

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 122,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 38,00 € (más gastos de envío).

PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Los *originales*, necesariamente inéditos hasta el momento de su publicación en el *Anuario de Derecho Civil*, pueden enviarse a Antonio Manuel Morales Moreno, Codirector de la Revista, o a Nieves Fenoy Picón, Secretaria. El envío puede hacerse a sus respectivas direcciones de correo electrónico (antonio.morales@uam.es; nieves.fenoy@uam.es), o a la dirección postal de ambos en la Universidad Autónoma de Madrid (Facultad de Derecho, calle Kelsen, 1, 28049 Madrid). El envío postal incluirá el soporte informático.

Los trabajos recibidos serán sometidos a un proceso de *evaluación*, realizado por especialistas independientes, antes de decidir su publicación. El autor será adecuadamente informado.

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28010 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: 91 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXV, FASCÍCULO III
Julio-septiembre, 2012

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2012

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

NIPO (AEBOE): 007-12-033-3
NIPO (M. de Justicia): 051-12-004-8
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

In memoriam de Manuel Albaladejo García

El pasado siete de abril fallecía en Madrid Manuel Albaladejo. Hecho triste para los amigos y para todos los que le profesábamos admiración y afecto. Pérdida muy significativa para el Derecho civil; y, para este Anuario, la de una de sus ilustres plumas, que en reiteradas ocasiones lo prestigió con su firma.

La trayectoria científica y universitaria de Manuel Albaladejo nos permite descubrir en él los rasgos de un jurista señero, al par que nos hace percibir el cambio profundo producido en nuestra Universidad en un tiempo relativamente reciente. Él pertenece, todavía, al período de los grandes maestros, en una Universidad estructurada sobre la confianza en ellos. A ellos se les encomienda la tarea de organizar, desde su cátedra, la enseñanza y la investigación. El catedrático elabora el programa de su asignatura, que es algo más que la guía de desarrollo del curso. Es el núcleo de un sistema, que refleja las convicciones científicas y pedagógicas del maestro, destinado a ser escenificado por él (sólo por él, o por aquellos a quienes elige para esa tarea). Y, en los casos más destacados, como es el de Manuel Albaladejo, el germen de una obra sistemática de exposición completa de la asignatura. Ese período de la Universidad española da paso a un período posterior, en el que se desarrolla un modelo de Universidad diferente. El papel de los maestros se transforma. El catedrático deja de ser el centro del sistema para convertirse en un profesor más. Su *auctoritas* no resulta de ocupar su cátedra, sino del reconocimiento de la comunidad científica y universitaria. Esta transformación no restó un ápice de grandeza a los grandes maestros, como Albaladejo. Él la mantuvo por su significado, por su obra, por el reconocimiento recibido dentro y fuera de la Universidad.

La carrera académica de Albaladejo comienza en la Universidad de Granada, bajo el magisterio del profesor Osorio Morales. En esos primeros momentos amplía estudios, como entonces era habitual entre quienes se preparaban para el oficio universitario, en Alemania, becado por la Fundación Humboldt, y en Italia, como becario del Real Colegio Albornociano de San Clemente de los

Españoles de Bolonia. Obtiene el grado de doctor en Derecho, por dos veces, por las Universidades de Bolonia y Madrid. Y, así mismo, se prepara para la docencia, desempeñando algunos puestos docentes, y para la investigación, entrando en contacto con la institución que entonces monopoliza en España el desarrollo de la Ciencia, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Es profesor auxiliar de Derecho Civil y Filosofía del Derecho (1942), encargado de la cátedra de Derecho Romano (1946-1947, 1947-48), profesor adjunto de Derecho Civil (1947) en la Universidad de Granada. Y mantiene colaboración científica con el CSIS, a través del Instituto «Francisco de Vitoria» (1947) y del «Instituto Nacional de Estudios Jurídicos» (1953). Este Instituto desarrollaba, en esos momentos, una labor inigualable en la promoción de la ciencia del Derecho. Fue por entonces, en 1948, cuando, en su marco institucional, nace este Anuario de Derecho Civil, bajo de la dirección de Federico de Castro.

Pero, sin duda, el momento estelar en los comienzos de la carrera universitaria de Manuel Albaladejo es la obtención de la cátedra de Derecho civil, en 1953. La ejerce, primero, en Oviedo; luego en Barcelona (desde 1956) y, por fin, en Madrid, en la Universidad Complutense (desde 1969). Su jubilación, en 1990, no le aparta de la Universidad. La etapa de Barcelona, unos trece años, es suficientemente larga como para dejar una huella que no ha desaparecido con el paso del tiempo. La memoria de Albaladejo sigue presente entre profesores y juristas catalanes. En esa etapa, es Vicedecano de la Facultad de Derecho; Decano por dos veces y Rector de esa universidad, en 1968. Es una etapa sin duda fecunda.

Cuando, en 1969, obtiene por concurso entre catedráticos una cátedra de Derecho civil en la Universidad Complutense, en Madrid, comienza un período largo y muy activo de consagración al magisterio. No termina en el momento de su jubilación, sino que se dilata en el tiempo hasta el momento de su muerte.

Fue para mí ese comienzo ocasión de trabajar con él, en mi condición de docente en un colegio universitario, adscrito a la Universidad Complutense. En cuanto al examen final, él consideraba que al estudiante hay que preguntarle de modo razonable: las cosas básicas que debe saber (que se puede esperar que sepa). También, en esa etapa, siendo Albaladejo director del Departamento de Derecho Civil de la Complutense, fomentó las buenas relaciones entre los profesores de Derecho Civil de la Complutense y la Autónoma, promoviendo la celebración, al final de curso, de un partido de fútbol en el que tomaba parte activa, como portero, al que seguía

una cena de profesores. Sirvan estas anécdotas para acercarnos a su perfil humano.

El magisterio universitario de Albaledejo ha sido muy importante y se plasma el ingente número de tesis doctorales dirigidas por él, que sobrepasa las ciento cincuenta, y las numerosas distinciones recibidas a lo largo de su carrera: doctorados «honoris causa», nombramientos honorarios, designaciones como hijo predilecto, etc.

En la obra científica de Albadalejo podemos diferenciar varios tipos de trabajos. Sus exposiciones generales del Derecho Civil, que, en versiones más o menos extensas, según a quién van destinadas, abarcan todas sus parte; sus monografías (como las dedicadas al albaceazgo, a la donación o a la prescripción,...) verdaderos tratados sobre una materia concreta, sus artículos científicos sobre muy diversas materias, casi siempre escritos en torno a alguna cuestión problemática y sus comentarios legislativos, particularmente los relativos a preceptos del Código civil. No es este el lugar de enumerar su inmensa obra, tarea imposible, dada su abundancia, sino de poner de relieve algunos de sus rasgos y estilo. Éste se caracteriza por afrontar los problemas de modo directo y vivo, en el marco del ordenamiento positivo, sin elucubraciones eruditas innecesarias, ni incursiones históricas superfluas. Los problemas son tratados de modo directo, en el marco real en que se presentan, ofrecido por la jurisprudencia. El instrumento básico que utiliza su pluma es su mente incisiva. Su curso de Derecho civil, que ha servido para formar a muchas generaciones de juristas, refleja, perfectamente, ese talante del autor. Es un modelo de claridad, orden, adecuada explicación y discusión de los problemas y de soluciones o conclusiones razonables. El rompecabezas del derecho positivo, plasmado en los preceptos del Código civil, se ordena y armoniza, en una perfecta combinación del arte de la exégesis con el de la sistematización.

En la actividad científica de Albaladejo hay que destacar, junto a la obra propia, el impulso de esa obra magna colectiva que son los Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales, dirigida en colaboración con Silvia Díaz Alabart. Son, sin duda, los comentarios más extenso del Código civil de las últimas décadas. En ellos participan muy destacados especialistas. Y, a pesar de su magnitud ingente, es una obra concluida con éxito, lo cual pone de manifiesto la capacidad de Albaladejo (por su habilidad, su capacidad de impulso, y su prestigio científico) para impulsar este tipo de obras. Por su planteamiento ambicioso recuerdan a otra obra, desgraciadamente inconclusa por falta de recursos: el «Tratado

Teórico Práctico de Derecho Civil», promovido y dirigido por Federico de Castro en el marco institucional del desaparecido Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

La faceta humana de Albaladejo también es singular. Lo conocí, en la tarde de un domingo del mes de octubre de 1963, en la tertulia de Federico de Castro, reconocido maestro, querido y admirado por él. Esa tarde nos contagió a todos con su desbordante vitalidad y humor, mezclados con el elegante gracejo sevillano de don Federico, nuestro anfitrión. Recuerdo que en un momento don Federico, dirigiéndose a mí, en presencia de él, refiriéndose a su agudeza intelectual, me lo definió así: «El señor Albaladejo es capaz de partir un pelo en cuatro». Esas manifestaciones, sin duda sinceras, eran muchas veces, en Castro, el preludio de alguna observación o llamada de atención, de pequeña intensidad, como en este caso no podía ser de otro modo. Y efectivamente, en ese momento, aunque muy benévola, la hubo. Albaladejo, que sin duda quería y admiraba a don Federico, salió victorioso, utilizando, muy elegantemente, la coraza de su humor.

En la biografía de Albaladejo quiero recordar, también, su condición de Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ahí he tenido ocasión de encontrarme en los últimos tiempos con él. En 1983 tomó posesión de su medalla. Fue Presidente de la Academia desde 1999 a 2003, y, posteriormente Presidente Honorario. Hasta el momento de su fallecimiento mantuvo una presencia activa. Además de su asistencia al Pleno de Académicos de los lunes, siguió ofreciendo una ponencia en el mismo. En los últimos tiempos, antes del comienzo del Pleno, reposaba pensativo (tranquilo) en un sillón de la antesala. Y si te acercabas a él para preguntarle cómo se encontraba, no hablaba de sus achaques o dolencias (con las que sin duda sabía convivir) sino del elevado número de años que tenía. Parece como si el paso del tiempo le estuviera ganando una batalla, lentamente, de la que no podría ya resurgir, como tantas veces en su vida había resurgido de los momentos adversos. No obstante transmitía paz, afabilidad y el peso de esa dignidad que hizo siempre de su figura la de un gran señor del Derecho civil.

Antonio Manuel MORALES MORENO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

En el presente trabajo el autor defiende la distinción, no aceptada por todos, entre interpretación extensiva y analogía. Ambas figuras conllevan la expansión de la norma, pero en la interpretación extensiva la norma se expande a otro caso perteneciente a la misma materia o institución que regula y que presenta identidad de razón con el caso que la norma contempla. En la analogía, en cambio, la norma se aplica a una materia o institución diversa pero semejante, de la que en ella expresamente se regula. Viene a ser una interpretación extensiva máxima o superlativa, lo que justifica que sus límites (ex art. 4.2 CC) sean mayores que los de la interpretación puramente extensiva.

PALABRAS CLAVE

Norma jurídica. Analogía. Interpretación. Integración. Laguna.

ABSTRACT

In this article the author defends the not widely accepted distinction between what is known as extensive interpretation of legal rules and analogy. He argues that both processes expand the legal rule but while in the first case this expansion applies to a case that belongs to the same legal institution and shares a common reasoning with the original rule that is to be expanded by this interpretation; in the second, this is, by using analogy, the legal rule is applied to a similar but different institution (hence the strict limits ex art 4.2 CC).

KEYWORDS

Legal rules, interpretation, analogy, integration, vacuum.

SUMARIO: I. *La analogía: el drama de todo jurista*. II. *Analogía e interpretación extensiva: el «quid quaestionis»; y Bobbio como el representante de todas sus posibles soluciones*. III. *La necesidad, en cualquier solución, de una perspectiva empírica, sólo instrumentalmente dogmática*. IV. *La analogía en la historia: desde su subsunción medieval como interpretación extensiva de grado sumo, hasta su inicial emancipación con Savigny como mecanismo autónomo de integración situado entre la interpretación y la creación de normas*. V. *Interpretación e integración; método y resultado: la analogía como interpretación concentrada metodológicamente en la lógica «a simili», y superlativa en su resultado expansivo (o integrativo)*. 1. La evidente posibilidad de una interpretación extensiva no fundada en la lógica: la estricta comparación entre interpretación lógica extensiva y analogía. 2. La posibilidad de una interpretación lógica conducente a un resultado simultáneamente expansivo y restrictivo, imposible en la analogía. 3. Interpretación (lógica) extensiva y analogía: la respectiva integración de lagunas casuísticas e institucionales. 3.1 Una breve precisión, siempre empírica, sobre la posible existencia de lagunas en la ley. 3.2 La distinción de lagunas en la ley según su alcance: lagunas casuísticas y lagunas institucionales; y su respectiva solución mediante la interpretación extensiva y la analogía. 3.3 La mayor exigencia de similitud lógica en la analogía, que en la interpretación lógica extensiva; *similis ratio* y *eadem ratio*: una relectura sobre la semejanza de casos, o de instituciones, y la identidad de razón entre ellos. V. *Límites a la analogía (art. 4.2 CC), y también a la interpretación lógica extensiva*. 1. La necesidad -lógica- de limitación en toda interpretación extensiva. 2. Determinación de los límites en la interpretación extensiva a partir de una interpretación restringida del art. 4.2 CC. 2.1 La interpretación extensiva y su permisión, como regla, en las normas excepcionales, salvo que su propia razón singular lo impida. 2.2 La prohibición de interpretación extensiva, y analógica, de las normas «penales», salvo que sea *in bonam partem*. 2.3 Permisión de la interpretación extensiva, como regla, en las normas temporales en cuanto sean excepcionales. VI. *Un final abierto. Bibliografía*.

I. LA ANALOGÍA: EL DRAMA DE TODO JURISTA

No hace mucho, desde su Sevilla, el profesor López y López, en sus «*Conversaciones con difuntos. Luigi Caiani: analogía*»¹, recordaba tiempos y lugares algo más lejanos trayendo a la memoria –como él mismo titulaba su inicio– su propio «recuerdo juvenil»:

¹ Publicado en los *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 29, año 2000 (pp. 308 y 309), cuyo arranque a continuación reproduzco en casi su integridad.

«Nieva. En la ventana del *salottino* del siglo XVIII de la *domus hispanica bononiensis* contempla distraído el discurrir de los copos hacia el suelo el joven aprendiz de Derecho, trasterrado a la elegante *caput iuris*, sin que logren abandonarle los ecos de la ciudad riente y mentirosa, allá en el lejano, en el profundo, en el misterioso y mágico sur. Piensa que Italia es tierra de ciencia, y que por eso está aquí, lejos de aquel desilustrado paraíso. Por un instante, cree oír los burlones espíritus de decenas de generaciones de colegiales, que le sugieren que es mejor buscar las tierras de la vida: siente como si sus espectros dolientes e ilustres –Agustín, Nebrija,...– le recordasen que los días del amor y del placer son los únicos sensatos; pero él, como ellos, ha escogido otra vía, que al cabo de los años resultará una *viacrucis dolorosa*, la de quien abraza un oficio que tiene por meta una utopía, y además una utopía sin la que los hombres no sabrían vivir, la Justicia... Es gris la tarde boloñesa, y el Colegio de España respira un silencio laborioso: «tarde parda y fría de invierno, los colegiales estudian...»². Siente que él pierde el tiempo, y entre remordimiento y aburrimiento, sus ojos recalcan en la benemérita *Enciclopedia del Diritto* de Giuffrè que el magnífico Rector Verdera ha hecho colocar allí. La obra aún no estaba completa, eso será muchos años después, cuando ya haga tiempo de los máximos y vanos entorchados académicos, y tenga, lo que es una paradoja constante de su vida, poquísimas ilusiones, pero las mismas convicciones y la misma implacable curiosidad. Entre los primeros tomos, como es lógico, los de la letra A, y, en concreto, el que tiene por voz *Analogía*, de Luigi Caiani... En aquel momento el joven aprendiz no puede saber que está ante una obra cuya reflexión le acompañará toda la vida, porque será su particular brevariario del drama del jurista, el drama de su pensamiento, de su estatuto epistemológico, de su ansia de la objetividad, la seguridad y la certeza; ansia tantas veces defraudada. Analogía...».

Cuando por primera vez leí tal comienzo, de su trabajo por entonces recién publicado, sentí asombro y satisfacción, tanto por la forma como por la sustancia en tal modo de escribir, que es expresión de brillantez en el pensar. Las reflexiones que luego, en las siguientes páginas, hará sobre la analogía el profesor López y López son, sin duda, envidiables. *Rectius*, admirables (pues jamás se envidia a quien se admira).

No era yo, sin embargo, consciente en aquella primera lección recibida que, *mutatis mutandis*, el mío iba a ser, o estaba siendo ya, el mismo drama que el de aquel maestro. Tal vez porque, en verdad, lo sea de todo jurista³. Pasada una década, tras su *relectio*, sentí definitivamente como propio, como compartido, aquel drama.

Sin duda, las distancias a salvar entre ambos son muchísimas: es mi caso, el de cierta madurez (obligada, es mi caso –insisto–,

² Recordando las *Soledades* de su admirado Machado.

³ En 1924, HÖFFDING (cuya cita tomo, precisamente, de CAIANI, p. 357), decía que la analogía es el *leitmotiv* de toda investigación jurídica.

por los años), sin demérito por ello de conservar –ilusamente– ciertas ilusiones (lo que es clara contradicción con aquella madurez –que ya dije ser forzada por la edad–); a los cuarenta años, ya se comienza a saber «*Que la vida iba en serio...*».

En lo anecdótico, o tal vez en lo fundamental –¡quién sabe!–, en mi personal reencuentro con la analogía, no me acompañan la gélida Bolonia y Caiani, sino –con mayor fortuna– la soleada Cagliari, que ilumina el Palazzo di Candia, donde alojado redacto estas páginas, y el maestro López y López, a quien modesta, pero afectuosamente, se las dedico.

Tan grata compañía no impide el drama que me ocupa, y preocupa, aun sin atormentarme: el de la analogía.

II. ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN EXTENSIVA: EL *QUID QUAESTIONIS*; Y BOBBIO COMO EL REPRESENTANTE DE TODAS SUS POSIBLES SOLUCIONES

Uno de los pasajes que más me llamó siempre la atención de aquella reflexión del profesor López y López⁴, era aquel donde afirmaba que la diferencia entre analogía e interpretación extensiva es:

«aporética, al menos si se toma de modo tajante, lo vemos enseguida, desde el instante en que hay una norma que hay que interpretar, precisamente aquella de la que se predicará la *eadem ratio...* Si no es así, no se comprende bien por qué tenemos tanta dificultad para disecar la analogía de la interpretación extensiva (*lex dixit, sed dixit minus quam voluit*)... Como ejemplo de la distinción entre interpretación e integración analógica, se cita⁵ la “prohibición de confesores” (art. 752 CC)... muestra la escéptica opinión sobre si es analogía o interpretación extensiva comprender en ella al sacerdote de un credo que no conozca la confesión auricular, e incluso si no será que la norma sólo se aplica restrictivamente al sacerdote católico, y en realidad *lex dixit magis quam voluit...*». Y concluirá tan condensada reflexión: «De todo ello se descende una llana consecuencia, y es que la escisión entre interpretación e integración del ordenamiento por vía analógica, sobre la base de la existencia en la primera y no en la segunda de un “material hermenéutico previo” no deja de ser una tautología, de la que sólo se escapa con un entendimiento *a priori* de lo que sea “material hermenéutico previo”, lo que derechamente nos devuelve a la

⁴ En pp. 312 y 313, que también reproducimos a continuación, casi en su integridad.

⁵ Refiriéndose probablemente a ROCA I TRIAS, que toma el ejemplo de DIEZ-PICAZO (*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.^a ed., Barcelona, 1993, pp. 280 y 281, que luego se verá con más detenimiento), para emplearlo aquélla constantemente en sus explicaciones sobre la analogía (en su *Comentario al art. 4 del CC*, en Edersa, dirigido por Albaladejo, tomado aquí de *vlex*).

petición de principio; y todo, dejando a un lado si todo proceso interpretativo no es, irremediamente, un proceso creativo, y por consiguiente, integrativo; y si toda lógica no es (ana)lógica.»

Al hacer yo aquella segunda lectura de estas páginas, a que antes me referí para tomar definitiva consciencia del drama de la analogía como propio, caí en la cuenta entonces de que, así como sucede con la analogía y la interpretación extensiva, como jurista siempre me había movido entre confines, intentando divisar, con alguna o ninguna fortuna, esa «línea del horizonte donde convergen el mar y el cielo»⁶ de lo jurídico; ahí estaban, y siguen estando, las cargas reales, las obligaciones *propter rem*, el *ius ad rem*; o, más en particular, la hipoteca y la fianza, el usufructo y el arrendamiento,...; o más en general, los derechos reales y los de crédito. O, en otro orden, el matrimonio y las parejas de hecho,... Y, curiosamente, en aquella relectura sobre la analogía del profesor López, pude descubrir que radicalmente, en lo más profundo de todos aquellos confines se escondían (para mí, al menos) la analogía y la interpretación extensiva (posible, o no, de las normas del matrimonio para aplicarlas a las parejas de hecho, las de la fianza a la hipoteca, las del usufructo al arrendamiento,... ¡O a la inversa, por qué no!).

Es inevitable que así sea. Porque, más en el fondo, más de raíz aún, plantearse la distinción entre analogía e interpretación extensiva, es planteársela entre *analogia legis* y *analogia iuris* (como cabría hacerlo entre una interpretación *legis* y otra *iuris*)⁷, entre analogía y principios generales del derecho, entre interpretación e integración del derecho, entre su aplicación y su propia creación. Es casi como preguntarse por la verdad misma del Derecho; por el quehacer diario de todo jurista.

Lo advertía Norberto Bobbio, prácticamente en la primera monografía moderna habida sobre la analogía, quien no en vano la dedica entera al intento de diferenciarla de la interpretación extensiva⁸. Realizada tal obra en su juventud, como tesis doctoral, no es extraña su evolución —o involución, habrá que ver— en tal cuestión: de su inicial

⁶ Frase que tomo de mi propia tesis doctoral cuando me refería a la figura de los deberes *ob rem*.

⁷ Ya cuando DE CASTRO (*Derecho civil de España*, Madrid, 1984, p. 483), se refiere a los elementos de interpretación de las leyes (gramatical, social, técnico y lógico), a fin de alcanzar la *ratio legis*, dice que ello no suele bastar, pues la interpretación no se limita a una norma, que no ha de ser interpretada aisladamente, sino como parte del conjunto jurídico. «Por ello —dice— puede decirse que la *interpretatio legis* supone o implica siempre —expresa o tácitamente— la *interpretatio iuris*». Sirva lo dicho para advertir, aunque sea en nota, que dado el posible paralelismo existente en este punto entre interpretación y analogía, no será tal distinción (*legis/iuris*), objeto de especial atención por nuestra parte (aunque, como veremos, para algunos como Bobbio lo haya sido, por creer que la contraposición defendida entre interpretación extensiva y analogía por Savigny venía circunscrita a la *iuris*).

⁸ En su obra *L'analogia nella logica del Diritto*, Turín, 1938.

negación de la distinción, pasará luego a admitirla, para posterior y finalmente matizarla.

Sin necesidad de que yo haga el esfuerzo de sintetizar tal recorrido, lo tomo ya hecho del profesor Atienza⁹, aunque respetando la cronología habida, en tres etapas, en el propio pensamiento del maestro Norberto Bobbio¹⁰:

La primera etapa: «En 1938 –en su aludida monografía– Bobbio había sostenido, tajantemente, que interpretación extensiva y analogía eran la misma cosa. Los criterios de distinción ensayados por los juristas le resultaban entonces insatisfactorios. Tanto la llamada interpretación extensiva como la analogía constituían, en su opinión, un mismo proceso de argumentación lógica en el cual no cabía hablar de creación de nuevas normas, pues si fuera así ya no se trataría de analogía, sino de arbitrio. Tal pretendida distinción no podía ser explicada teóricamente (y Bobbio citaba¹¹ aquí ejemplos en los que un autor consideraba un mismo supuesto, en un caso como interpretación extensiva y en otro como analogía), sino que obedecía a una razón práctica: era un expediente utilizado por los juristas para evitar la prohibición de la analogía, existente en algunos países para ciertas esferas del ordenamiento jurídico».

La segunda etapa: «En su trabajo de 1957¹², Bobbio sostiene –a diferencia de lo que había hecho en 1938– que la interpretación extensiva y la analogía pueden distinguirse entre sí, según el siguiente criterio (que toma de Giannini¹³): en la interpretación extensiva se extiende el contenido de una norma jurídica a casos no previstos, pero dicha operación tiene lugar sin salirse de la norma; en la analogía, la extensión tiene lugar en base a una norma superior –se crea, pues, una nueva norma– que se aplica tanto al caso regulado como al caso no regulado. Pero el procedimiento lógico –afirma Bobbio– es el mismo en los dos supuestos; lo que cambia es la función: en un caso se interpreta, en el otro se integra. Un ejemplo de interpretación extensiva sería éste: el concepto de “mediador”, que aparece en una determinada norma, se amplía para incluir en el mismo actividades distintas pero similares a las de mediación (por ejemplo, la de quien induce a la conclusión de un negocio después de que las partes hayan iniciado los contactos). Un ejemplo de analogía, este otro: los artículos relativos al arrendamiento se extienden al comodato, pero no porque se apliquen al comodato las normas relativas al arrendamiento, sino porque se ha creado una nueva norma que se aplica tanto al arrendamiento como al comodato. La distinción justifica que en ciertas materias pueda estar prohibida la analogía, pero permitida la interpretación extensiva, si bien el interés

⁹ *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986, pp. 60 y 61.

¹⁰ ATIENZA, en cambio, hace en esas páginas un recorrido a la inversa.

¹¹ En pp. 145 y 146.

¹² Se refiere a la voz *Analogia*, del Novissimo Digesto Italiano, contenida naturalmente en su Tomo I.

¹³ *L'analogia giuridica*, en *JUS* (Rivista per le Scienze Giuridiche), 1940, pp. 516-549, y 1941, pp. 41-75.

prete –precisa Bobbio– no siempre respeta la distinción, de manera que bajo el nombre de interpretación extensiva tienen lugar muchas veces verdaderas integraciones analógicas».

Y la tercera etapa: «En un trabajo posterior, de 1968¹⁴, Bobbio parece mantener esta misma postura aunque con algún cambio de matiz. Sigue aceptando la distinción, aunque sugiere que quizás no pueda efectuarse un corte neto entre las dos actividades e indica, en todo caso, la necesidad de llevar a cabo “una investigación sobre el uso interpretativo de los jueces”. Además, precisa que “desde el punto de vista operativo es posible que la interpretación extensiva como interpretación lata no tenga una función distinta, en algunos casos, a la del procedimiento analógico entendiendo como paso de un caso a un caso similar a través de la *eadem ratio*”».

En su vida, por tanto, compendia Bobbio las tres posiciones que puede haber, y de hecho hay en la doctrina¹⁵, sobre la distinción entre analogía e interpretación extensiva. Parecida a la evolución de Bobbio, aunque tal vez más moderada, fue, entre nosotros, la de don Federico De Castro: de un inicial escepticismo¹⁶, pasó a defender la diferencia¹⁷, para terminar de nuevo concluyendo, con Castán –¡ecclético por excelencia!–, que entre ambas sólo hay una diferencia de grado, de cantidad, e incluso más teórica que práctica¹⁸, lo que, lógicamente, sirve a la tesis monista para incardinar la analogía como tipo de interpretación extensiva¹⁹ y negar así la diferencia²⁰.

¹⁴ *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogía*, publicado en *Giurisprudenza Italiana*, 1968, pp. 695-702.

¹⁵ Como puede verse detenidamente en la exposición que de ellas hace, con exhaustivo elenco de los autores que a cada una se adscriben, FALCON Y TELLA (*El argumento de la analogía en el Derecho*, Madrid, 1989, pp. 322 ss.).

¹⁶ En la 1.ª edición, de 1942 (según data su prólogo), de su *Derecho civil de España*, p. 402.

¹⁷ En la 3.ª edición de su *Derecho civil de España*, de 1955, p. 539.

¹⁸ Resulta, como poco, curioso, que la afirmación de haber entre ambas una diferencia de grado ya fuera realizada en la 3.ª ed., de 1955, y conservada íntegra en la última, de 1984, cuando por aquel entonces hacía la distinción en un párrafo separado de aquella afirmación (que más delante se reproducirá, que sin más será eliminado, sin más reforma, en su última edición).

¹⁹ O en la interpretación declarativa lata, en opinión de LASERRA (pp. 101 ss.).

²⁰ Así, entre nosotros, CASTAN TOBEÑAS (*Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, reedición, Madrid, 2005, p. 321); DE CASTRO (en la edición de 1984, pp. 482 y 483); MONTES PENADES (en su *Comentario al art. 4.2 CC*, en «Comentarios a las reformas del CC. El nuevo Título preliminar», Madrid, 1977, pp. 220, 221, 232, entre otras); LAGAZ LACAMBRA (*El razonamiento por analogía como método de interpretación y de aplicación del Derecho en los diferentes sistemas nacionales*, en *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 69, 1983, pp. 16 ss.); ATIENZA; FALCON Y TELLA (cit., con cita de otros muchos autores, patrios o no). En Italia, mantienen tal postura, por ejemplo, CAIANI (en la voz *Analogía*, de la *Enciclopedia Giuridica*, p. 360), y hoy GIANFORMAGGIO (en la correspondiente voz del *Digesto delle Discipline Privative*, Sezione Civile, p. 327), quien concluye que «la distinzione é di grado, non di sostanza. L'interpretazione estensiva é una analogía “facile” (ritenuta o pretestuosamente fatta passare per), accettabile dal senso comune dei giuristi; l'analogía é una estensione che richiede giustificazione»; y muy recientemente, siguiéndole, GUASTINI (*Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad.,

III. LA NECESIDAD, EN CUALQUIER SOLUCIÓN, DE UNA PERSPECTIVA EMPÍRICA, SÓLO INSTRUMENTALMENTE DOGMÁTICA

En defensa de una u otra posición se han vertido mil y una razones²¹, sobre todo lógicas (como no podía ser de otra forma, tratándose de la analogía), y, por eso, muchas veces apriorísticas, que, la mayor de las veces también, se mueven sobre todo en el terreno dogmático, de los puros conceptos. No sin razón alguna, se ha llegado a decir que la distinción entre la analogía y la interpretación extensiva es «un semplice parto della fantasia dei giuristi»²².

Para contrarrestar tal visión, y abandonando el apriorismo y cierta pre-posición dogmática que me han dirigido en otros trabajos, en esta ocasión prefiero adoptar una reflexión más práctica, fundada en mi propia experiencia, acompañada de la más reseñable jurisprudencia habida sobre la analogía en los últimos años. *Verba movent, exempla trahunt*. Pues si el Derecho es arte y –según dicen– ciencia, en lo posible habremos de comprobar también, empíricamente, sus resultados. Nunca mejor, si cabe, que emplear con la analogía tal método de los ejemplos, de cuya similitud con otros se ha alimentado tradicionalmente aquélla.

Lo requiere también la propia practicidad de su distinción de la interpretación extensiva, y que, en sí misma usada como argumento,

Méjico, 1999, pp. 69 y 70); y FRANCAZANI (*Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milán, 2003, pp. 198 ss.), para al final (en pp. 200 y 201), concluir éste en una posición monista, negadora de la distinción, al ver en la interpretación extensiva y en la analogía un razonamiento lógico idéntico.

²¹ Para cuya exposición me remito, de nuevo, a FALCON Y TELLA (pp. 323 ss.). De un modo mucho más sintético exponen las diversas tesis, CASTAN (p. 321, con nota 2); o DE CASTRO (nota 4, p. 482); éste del modo en que sigue: «Se distingue la analogía de la interpretación extensiva, por ejemplo: en que o se llena una laguna o se rectifica una expresión conforme al espíritu de la ley (Savigny), ampliación de la ley por igualdad de fundamento o principio y pasar de la apariencia de la ley a su médula (Windscheid), que se sale de la letra o también de la voluntad del legislador (Regelsberger), que se desarrolla o aclara la ley (Gierke, Enneccerus, Coviello), que se investiga: como el legislador habría pensado o como ha pensado (Carnelutti), ascendiendo al principio jurídico o quedándose en el ámbito permitido por el lenguaje (Baumgarten), que opera sobre casos que no pueden resolverse con una disposición expresa o que se desenvuelve en torno a una disposición de ley para comprender casos virtualmente comprendidos en su espíritu (Castán)». Por su parte, BOBBIO (pp. 140-145), y siguiéndole BETTI (*Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. De los Mozos, Madrid, 1975, pp. 254 y 255), reconducían las diferencias defendidas entre interpretación extensiva y analogía a tres, todas ellas, en su opinión, rechazables: la primera, relativa al presupuesto volitivo (efectivo, aunque mal expresado, en el caso de la interpretación extensiva, y ausente, en el de la analogía), en cuanto a sus efectos (extensivo de la norma, la una, y creadora de una nueva norma, la otra), y, por último, acerca de su función (interpretativa, la extensiva, e integradora, la analógica). Para Bobbio (p. 149), interpretación extensiva y analogía son, por entonces, la misma cosa, pues en ambas por igual se extiende una norma (en su efecto), sobre la base de su *ratio* (igual fundamento), a un caso no previsto en ella (idéntico presupuesto).

²² Expresión, al parecer, de RAVA (que tomo de FALCON Y TELLA, p. 333, nota 384).

ha llevado a defender una posición favorable o contraria a aquella distinción: como advertía Bobbio, y con él muchos otros, existe el peligro de que la diferencia entre analogía e interpretación extensiva sirva de subterfugio para aplicar una norma penal, excepcional, ... a un caso no previsto en ella so pretexto de interpretarla extensivamente, cuando realmente se la aplica por analogía; lo que ha llevado a muchos a la negación misma de la distinción a fin de evitar aquel riesgo²³. De este modo, muerto el perro se acabaría la rabia. Más bien, con otros²⁴, creo que el verdadero peligro es la imprecisión en la diferenciación, o su negación misma, y que, por esto mismo, hallarla es labor primordial, a fin de que cuando se trate de analogía no haya extralimitación en su aplicación (cfr., nuestro art. 4.2 CC), como tampoco debe haberla tratándose de la interpretación extensiva (según se verá).

Por igual razón, no cabe, al menos de antemano, adoptar cómodas posiciones –supuestamente– eclécticas, o conciliadoras, que no hacen sino invitar, o alimentar a las negadoras. Sucede aquí –recuerdo ahora– como con aquellas tesis intermedias existentes acerca de la distinción entre el derecho real y el de crédito, que a la postre concluyen en posiciones monistas (realistas o personalistas), por haber sostenido antes una simple diferencia de grado o cuantitativa entre aquellos derechos.

Con aquel prisma, pragmático, se evita el exceso de dogmatismo que, al menos en esta ocasión, me parece ha enturbiado la cuestión, desubicándola, apartándola de su origen y, sobre todo, de su utilidad (práctica, insisto); pero obligado será, como contraprestación, aceptar ideas preconcebidas (aunque, al menos, sean aceptadas mayoritariamente). Y advertido quede, como ya advirtiera el profesor López, la plaga de posibles tautologías y peticiones de principio que invaden las páginas que siguen.

Cabría incluso circunscribirlas a un plano práctico estrictamente técnico o jurídico, desmarcado de la tensión política que, sin duda, late en la analogía, como en la interpretación en general, entre el legislador y el jurista, entre la creación de la norma y su aplicación. Al margen quede, pues, en la medida de lo posible, el miedo a los extremos: ya sea a una libre creación jurídica depositada en manos del intérprete, o ya sea la muerte, por desuso, de la norma en su dependencia absoluta, para ser renovada, del legislador –príncipe, emperador o parlamento democrático– para adecuarse a la realidad de cada caso, a la realidad de cualquier cambio. Aunque a nadie escapará que

²³ Por todos, BOBBIO (pp. 146 ss.).

²⁴ Como BOSCARRELLI (*Analogia e interpretazione estensiva nel Diritto penale*, Palermo, 1955).

también en la analogía hay una base de justicia, que como nos ha recordado López y López, ha de perseguir, como utopía, todo jurista: tratar por igual lo igual. Porque de eso trata la analogía²⁵.

En suma, no hago con todo ello sino una breve reflexión, sin pretensión mayor, sobre las lindes de la analogía, siguiendo aquel sabio lema metodológico del maestro –de maestros– don Juan Jordano Barea: «jurisprudencia realista, instrumentalmente conceptual, al servicio de la justicia».

IV. LA ANALOGÍA EN LA HISTORIA: DESDE SU SUBSUNCIÓN MEDIEVAL COMO INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE GRADO SUMO, HASTA SU INICIAL EMANCIPACIÓN CON SAVIGNY COMO MECANISMO AUTÓNOMO DE INTEGRACIÓN SITUADO ENTRE LA INTERPRETACIÓN Y LA CREACIÓN DE NORMAS

Ante todo hay que centrar la cuestión, situarla en su germen, para desde él justificar, si cabe, la distinción habida, al menos hoy tras el correr del tiempo, entre la analogía y la interpretación extensiva. Nada mejor para ello que un poco de historia (como homenaje también en el método).

Como es de esperar²⁶, aunque empleada la analogía en Roma²⁷, ya con sus riesgos²⁸, no existe entonces ninguna preocupación por justificarla y catalogarla. Como no la hay, en general, por elaborar ninguna sistemática jurídica.

Habrà para ello que esperar, como siempre, a glosadores y comentaristas. De entre otros muchos, Bobbio atiende, sobre todo, a Caepolla y, especialmente, a Hopper:

Del primero, toma²⁹ la distinción entre *interpretatio intensiva* (de *intensio*, *comprehensio*), operativa si el caso no expresamente

²⁵ Como dice LARENZ (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad., Barcelona, 1994, p. 374); o, entre nosotros, ROCA I TRIAS (en Edersa), con cita de doctrina y jurisprudencia constitucional italianas; aunque todos ellos hablen del principio de igualdad.

²⁶ Y desde el principio de su obra nos advierte BOBBIO (pp. 7 ss.), y, entre los nuestros, DE CASTRO (pp. 478 y 479).

²⁷ Y referida con las frases «*ad similia procedere*», «*trahere ad consequentias*», «*quae tendunt ad eadem utilitatem*», «*similes erunt*», «*ad similia procederé*»,... (según recopila DE CASTRO, p. 478, nota 3).

²⁸ Como nos recordarán, SAVIGNY (en su *Sistema de Derecho romano actual*, Tomo I, trad., Madrid, 1878, pp. 199 ss.), o entre nosotros, GOMEZ DE LA SERNA (en *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, Tomo I, Madrid, 1862, pp. 166, 181 y 182), al justificar la reinstauración de una exposición de motivos (en su caso, de la Ley Hipotecaria de 1861).

²⁹ En su ya citada monografía *L'analogia nella logica del Diritto*, Turin, 1938 (pp. 14-16).

previsto está, al menos, comprendido (*compreso*) en las palabras o en la mente de la ley, o en su *ratio*; y la *interpretatio extensiva*, que es verdadera interpretación, la analógica, para cuando no estando previsto ni comprendido el caso en la ley (ni en sus palabras, ni en su razón), hay que recurrir a la *similis ratio*. El primer tratadista que advirtió en tal diferencia la que hoy se conoce entre interpretación (la primera) e integración (que sería la segunda), será, según nos dice Bobbio³⁰, Federici, en el siglo XVI, cuya idea, no seguida en su tiempo, será retomada en la era moderna.

En su lugar, más éxito, según Bobbio³¹, tendrá Hopper, quien distinguirá cuatro tipos de interpretación: la histórica, la etimológica, la práctica y la analógica, que aunque sólo correctora en la obra de Hopper para resolver conflictos entre normas antinómicas, será empleada por mucho tiempo entre sus seguidores como interpretación también –y sobre todo– extensiva. Será admitida la analogía como un remedio y un método más de interpretación expansiva, diversa de la declarativa, de la comprensiva y de la restrictiva³².

Así hasta llegar al siglo XIX, en que Savigny, con su *Sistema del Derecho romano actual*³³, defiende la distinción, comúnmente aceptada hoy, del siguiente modo:

Tras referirse a los métodos que hay para interpretar la ley, considerada ésta aisladamente o en su conjunto, como son el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático, que sirven para resolver las contradicciones y antinomias de la ley, se refiere Savigny al otro gran problema: el de las lagunas de la ley que han de colmarse. Para ello el jurista dispone, entre otros mecanismos, de la analogía, advirtiendo Savigny³⁴ que «difiere esencialmente este procedimiento de la interpretación extensiva, con la cual se la confunde a menudo sin razón, pues la interpretación extensiva no tiene por objeto llenar una laguna en el derecho, sino rectificar una expresión impropia por medio del verdadero pensamiento de la ley, mientras que, por el contrario, en el método opuesto suponemos la ausencia de toda disposición legislativa, que es precisamente la que nos proponemos suplir en virtud de la unidad orgánica del derecho».

Al margen del criterio distintivo, es el hecho mismo de la distinción lo que, en su monografía de 1938, criticará Bobbio³⁵. Observa que la analogía se ha ido paulatinamente alejando de la interpretación para convertirse en creación de Derecho, con toda su peligrosi-

³⁰ En pp. 19-21.

³¹ Explica en pp. 48 ss.

³² Como explica BOBBIO (en pp. 22 ss.), donde hace mención especial de la sistemática germana de FORSTER.

³³ El primer tomo, aquí traducido al castellano, en su versión de Madrid, 1878.

³⁴ En p. 198.

³⁵ Y así lo advierte desde el comienzo mismo (en pp. 7 ss.).

dad, como él observa³⁶ ha sucedido en su propio tiempo, donde algunos códigos penales, como el soviético o el nazi, la acogen sin restricción. De ahí que pretenda reubicar la analogía dentro de la interpretación, como interpretación analógica, con la que la norma se recrea, se renueva y descubre, permitiendo en el jurista cierta labor creativa, pero dentro de un margen, como también se le permite, sin necesaria extralimitación, en toda interpretación jurídica.

En todo ese recorrido histórico que hace Bobbio, en síntesis ahora expuesto, creo que pasa inadvertido, entre los clásicos, uno muy destacable, aunque también éste, acorde con su tiempo, ubica-se la analogía dentro de la interpretación³⁷. Me refiero a Francisco Suárez³⁸, quien, en su *Tratado de las leyes y de Dios legislador*³⁹, tras distinguir⁴⁰ los tres sentidos que la palabra puede tener, dentro de su sentido propio (como son: el natural, equivalente al gramatical, el civil o jurídico, y el usual o vulgar, según su uso popular), luego⁴¹, «acerca de la ampliación del alcance de la ley –advierte– que las ampliaciones que puede concebirse en la ley son cuatro⁴²:

Una es manteniéndose dentro del sentido propio natural de las palabras». Lo que hoy, siguiendo en buena parte la clasificación castriana⁴³, se llamaría una interpretación literal, fiel a la letra de la ley. Pone Suárez el ejemplo de que la palabra «hijo», empleada en la ley, comprenda las hijas. Que no sé yo si valdría hoy, cuando por exigencias de lo políticamente correcto, el legislador se ve muchas veces obligado a mencionar ambos géneros en casi toda palabra.

«Otra –la segunda ampliación de la ley, sería– pasando por encima del sentido propio civil, sea en conformidad con la práctica del derecho común sea en conformidad con alguna ficción del

³⁶ En pp. 78, 146 ss., de su monografía. Y años más tarde, citando a LASERRA (pp. 101 ss.), volverá aquel a advertir de tal peligro en su trabajo de 1968, de GI, pp. 697 y 698.

³⁷ Y me mantengo en el terreno de la interpretación sin ignorar que, como advierte DE CASTRO (pp. 478 y 479), «la importancia de la analogía aumenta en los postglosadores, que la utilizan para evitar acudir al príncipe (*ultimum recursos*) para pedirle que decida una cuestión legalmente no prevista», del mismo modo que luego, como advierte el propio DE CASTRO (y antes, BOBBIO), Hopper empleara la analogía como último recurso para escoger entre dos disposiciones contradictorias.

³⁸ Por supuesto, no ignora BOBBIO la obra del jesuita, pero la refiere sólo (en pp. 38 ss.), para la diferencia –que luego se verá– entre *eadem ratio* y *similis ratio*.

³⁹ Que aquí se toma traducido por Eguillar, vol. IV (Libros VI y VII), Madrid, 1968.

⁴⁰ En pp. 626 ss.

⁴¹ En pp. 631 ss.

⁴² En cambio, CASTAN (p. 320, nota 1), quien –recuérdese– mantiene una tesis ecléctica (incluso negadora de la distinción en la práctica), dice que en el Tratado de Suárez sólo hay dos clases de interpretación, la comprensiva y la puramente extensiva, como equivalentes a las modernas interpretación extensiva y analogía, respectivamente. Más bien pareciera referirse a la distinción defendida por Caepolla, antes vista según explicación de Bobbio.

⁴³ Quien distingue (pp. 473 y 474): la interpretación literal, la declarativa (que puede ser lata o estricta), la crítica o correctiva (que puede ser extensiva o restrictiva), y la derogatoria.

derecho». Y pone el ejemplo de que la palabra «hijo», contenida en la ley, incluya los hijos civiles y los adoptivos, o que la expresión «hijo legítimo» comprenda los legitimados. Sería lo que hoy se conoce como interpretación declarativa lata, inclusiva de la que muchos califican como comprensiva, también diversa de la estrictamente extensiva, a la que el propio Suárez dedica su atención⁴⁴.

«La tercera –proseguía– puede ser pasando por encima de esos dos sentidos propios y ateniéndose a algún sentido impropio, sea en el significado de algún verbo o nombre, sea en la unión de las palabras, sea sobreentendiendo o supliendo alguna palabra no expresa en la ley. En esta tercera clase de ampliación puede darse una infinita variedad y desigualdad según que la impropiedad sea mayor o menor». Con la finalidad –añadirá– de evitar un resultado absurdo, inútil o injusto. Equivaldría tal estadio de ampliación a lo que hoy calificaríamos como interpretación extensiva.

Y, por último, «puede concebirse –en cuarto lugar– una ampliación pasando por encima de todo significado –aun impropio– de las palabras, únicamente ateniéndose a la semejanza de las cosas o de los casos o a la identidad formal de unas leyes con otras en cuanto tales». He aquí, aun sin mencionarla, la analogía, que como diversa del anterior hito de ampliación de la ley, según afirma el propio Suárez⁴⁵, no tiene por finalidad corregir la injusticia de una ley ampliando el sentido de sus palabras, sino la de aplicarla a un caso semejante a partir de su propia razón.

¿Cabría, aún, un estadio superior de ampliación? Responde el propio Suárez: «Puede añadirse –en quinto lugar– una ampliación que pase por encima de la mente del legislador, pero ésta no la admitimos».

Del mismo modo, según Suárez, al ser su opuesto, cabría hacer parecida clasificación de la posible restricción en el sentido de la ley, aunque matiza que sólo cabría pensar en tres hitos, correlativos a los tres primeros de ampliación: primero, el literal (que, en realidad, al coincidir totalmente con la palabra de la ley, no supone su ampliación, ni su restricción⁴⁶); segundo, el sentido –que hoy llamaríamos– declarativo estricto; y, tercero, la interpretación restrictiva, como opuesta a la extensiva. Mas no cabría pensar, concluye⁴⁷, en un cuarto tipo de restricción, opuesto a la analogía, pues no cabe restringir la razón, la mente del legislador, salvo dispensa, para llegar a no aplicarla, a su abrogación. Es lo que hoy, sin embargo, se

⁴⁴ En pp. 637, 640, 642,...

⁴⁵ En p. 634.

⁴⁶ De ahí que, según advierte el propio SUÁREZ (p. 648), al ser una interpretación tan «exacta», sea tan «rara».

⁴⁷ En pp. 647 y 648.

admite, con prudencia, dentro de lo que se conoce como interpretación correctora, que puede llegar como resultado más extremo a la derogación (tácita o por interpretación) de la ley⁴⁸.

Así, como ejemplos reales, he defendido la derogación tácita del artículo 1343 CC, sobre donaciones *propter nuptias*, por su incompatibilidad con la absoluta objetividad en la crisis matrimonial declarada por la última ley del divorcio; o la del artículo 110 LH, que declara, desde su redacción originaria, la extensión de la hipoteca a sobreedificaciones, cuando aún por entonces los pisos o locales de un edificio, constituidos en propiedad horizontal, no podían constituir finca registral propia;...

Aun de admitirse, hoy, que tal abrogación interpretativa es el opuesto a la analogía, pues, por interpretación lógica (o no), se llega a la derogación (también tácita, o presunta, como en la analogía) de una norma, no se la podría confundir con la interpretación restrictiva (como tampoco se ha de confundir, insisto, la interpretación extensiva con la analógica)⁴⁹. El salto en la labor interpretativa que hay en ambas es tanta, que, respectivamente, se distinguen de una y otra interpretación: en la analogía para crear una norma, en la abrogación para destruirla. De ahí sus necesarios límites (art. 4.2 CC, para la analogía, o la delicadeza a emplear en la interpretación sociológica, siempre con resultados correctores⁵⁰). Porque su función, y su consiguiente resultado, aunque similares, son diferentes a los de la interpretación extensiva, o a los de la restrictiva.

Como último recurso subsidiario, para todo tipo de interpretación, amplia y restrictiva, según el caso (que en la sistemática de Suárez, habría que estimar como el sexto estadio, el máximo y último antes de convertirse el jurista en legislador), quedaría la equidad, que no en vano puede cumplir la doble función de interpretar e integrar, siempre con un resultado correctivo de la ley, en evitación de su injusta aplicación al caso concreto (cfr., art. 3.2 CC).

Así lo intenté hacer ver, hace poco, en ADC, entendiendo la *carta de nacionalidad* como ejemplo –a seguir– de equidad ponderadora e integradora que, de conformidad con los artículos 21.1 y 3.2

⁴⁸ Que DE CASTRO (pp. 473 y 474), llama interpretación derogatoria (o *interpretatio abrogans*), y que estima como el resultado máximo a alcanzar por la interpretación.

⁴⁹ Por eso no es casual, como se vio, que en 1938 BOBBIO (pp. 139 ss.), negara no sólo la categoría de la interpretación extensiva, sino también la de la interpretación restrictiva, para sólo distinguir entre la interpretación declarativa (lata o estricta) y la analogía.

⁵⁰ En efecto, decía en su Preámbulo el Decreto de 31 de mayo de 1974 de reforma del Título Preliminar del CC: «La ponderación de la realidad social al tiempo de aplicación de las normas introduce un factor cuyo empleo, ciertamente muy delicado –dice–, es posible en alguna medida acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquéllos». Y mucho antes, así lo advertía la pionera STS de 21 de noviembre de 1934.

CC, corrige para casos concretos las posibles injusticias del rígido sistema legal de adquisición de nacionalidad.

Por encima ya de la equidad, se encontraría la creación absoluta de Derecho, labor que es, en nuestro actual sistema, exclusiva del legislador.

Aunque a veces el jurista intérprete juegue a ser legislador, como, por ejemplo, observé en el tema del *transexual*, antes de que el legislador diera una respuesta expresa al mismo. A fin de permitir el cambio de sexo y de nombre, nuestro Tribunal Supremo se amparó en el artículo 10.1 CE. Pero algunos autores, siendo probablemente el primero en hacerlo mi maestro, el profesor Gordillo Cañas⁵¹, le objetaron: ¿qué competencia tiene el TS para crear por sí solo un efecto, un derecho subjetivo –al cambio de sexo–, a partir del artículo 10.1 CE, que no es norma directamente aplicable por contener un principio programático que requiere de desarrollo legislativo para tener eficacia constitutiva? Ninguna. El cambio de sexo, de haberlo, ya fuese parcial o ficticio, debería ser reconocido por ley (cfr., art. 53 CE); más todavía si además el cambio podía tener su repercusión en materia matrimonial (art. 32.2 CE).

En cualquier caso, como puede verse, la analogía, a la que, es verdad, Suárez no dedica mucha atención, aparece en su obra como el estadio superior, como el grado –cierto, pero– máximo posible de interpretación expansiva, pero sin confundirla con los métodos de interpretación (como, en cambio, hacía Hopper al cotejarla con la interpretación histórica,...), sino atendiendo al resultado, para observar en ella una expansión de la norma, una interpretación extensiva de la norma en grado superlativo, en el máximo, al menos, que políticamente conviene dejar en manos del propio jurista.

Es lógico, entonces, que con el paso del tiempo, la analogía evolucionara para finalmente emanciparse de la interpretación, de sus diversas modalidades o grados de ampliación, y así constituir una categoría autónoma, independiente, puramente integrativa. Es lo que, según creo, culmina en el siglo XIX en la sistemática de Savigny, que no hace sino constatar la «mayoría de edad» de la analogía. Forma parte de la evolución del Derecho, de la maduración de la ciencia jurídica, y de toda ciencia en general, que su sistemática se haga cada vez más compleja, más rica, que el árbol de la ciencia (jurídica o cualquier otra) se ramifique, que incluso algunas de sus ramas se independicen como árbol propio, para así explicar, y dominar, la nueva realidad (social, moral,...), también cada vez más rica y compleja con el paso del tiempo.

⁵¹ En su Epílogo a *Ley, principios generales y Constitución: apuntes para una relectura...*, Madrid, 1990.

En mi experiencia investigadora, he podido comprobar en muchas otras ocasiones idéntica emancipación en otras figuras: ahí están las actuales servidumbres que en su origen nacieron como especies de propiedad (recayentes sobre el tramo de camino, de la vía de agua, ... que atravesaba una finca ajena); ahí están los derechos reales de goce, hasta poco antes de la codificación ubicados entre las servidumbres (personales); ahí está el *jus ad rem*, concedido en su origen para explicar la situación del clérigo que nombrado aún no ha tomado posesión de su nuevo cargo, hasta servir para referir cualquier derecho que mirando hacia una cosa goza por ello de cierta eficacia *erga omnes*; la hipoteca que nace de la prenda y de la *obligatio* para finalmente constituir categoría propia; ... ¡Y tantísimas otras emancipaciones jurídicas! ¿Por qué, entonces, negar tal emancipación en la analogía? ¿Por qué retenerla en los brazos de la interpretación?

Negar tal progreso, o emancipación, en la analogía, como pretende Bobbio en su primera obra para reconducirla a la interpretación expansiva, para denominarla «anológica», constituye, a mi juicio, una involución, un retroceso. Ninguna emancipación tiene vuelta atrás⁵². Más aún si, como hace al principio Bobbio, para negar la interpretación extensiva, en que subsume la analogía, hay que hacer lo propio con la restrictiva; en su opinión⁵³, sólo existe la interpretación declarativa (lata o estricta), para cuando la norma sea oscura o ambigua, y la interpretación por analogía (siempre extensiva de la norma, sobre la base de su *ratio*, a un caso no previsto en ella), para cuando la norma es insuficiente. Mas no explica cuál es la distinción que hay, en su sistemática, entre la interpretación declarativa lata y la analogía. Ni Caepolla, ni Hopper llegaron a tal reduccionismo⁵⁴.

A mi consideración, teniendo a la vista la clasificación hecha por Suárez entre las diversas clases de ampliación de la palabra de la ley, quizá el «error» cometido siglos después por Savigny, empujado por sus antecesores, haya sido centrar la comparación entre la interpretación extensiva (que en aquella sistemática de Suárez representa uno de los posibles grados de expansión de la norma), y la analogía (como el grado mayor de expansión de la norma en su aplicación), obviando en ella que también existen la interpretación declarativa lata (o comprensiva, en el decir de algunos clásicos)⁵⁵,

⁵² Y volviendo a la metáfora anterior, en que hablaba yo de la mayoría de edad de la analogía. Ni siquiera la emancipación por matrimonio tiene retorno, aunque haya separación o divorcio.

⁵³ En pp. 138 y 139 de su monografía de 1938.

⁵⁴ Llega incluso BOBBIO a negar la distinción entre analogía *juris* (creada, según él, artificiosamente por Hopper, cuando se trata en realidad de aplicar los principios generales del derecho), y la analogía *legis* (única verdadera analogía, a su juicio).

⁵⁵ Que, por supuesto, no ignora SAVIGNY [p. 157, con nota (d), por ejemplo, cuando se refiere a la interpretación esclarecedora, que es declarativa –lata o estricta– de palabras

o incluso –aunque mencionarla hubiera sido exigirle mucho adelante a su tiempo– la interpretación correctora.

Y que se haya arribado a la negación misma de aquella –la extensiva– se explica por haber circunscrito la interpretación extensiva a la sola que se funda en una interpretación lógica. O dicho de otro modo: negar, como hacen Bobbio (en su primera obra) y otros después⁵⁶, la diferencia entre interpretación extensiva y analogía creyendo que en ambas se extiende por lógica la norma, o su razón, a un caso no previsto en ella, es comparar, y confundir (en parte), el método con el resultado. Del mismo modo sucede cuando se compara, para confundirlas, la interpretación literal, o incluso la declarativa estricta, con la interpretación gramatical: cierto que el elemento gramatical puede concluir en una interpretación literal o en una declarativa (sea lata, sea estricta), pero no toda interpretación declarativa (lata o estricta), se basa en una interpretación gramatical, pudiendo, en cambio, ser el resultado de una interpretación lógica, sistemática,... Lo mismo sucede entre la interpretación extensiva y la analogía. Compararlas sin más, sobre todo si es para confundirlas, es confrontar el método interpretativo con su resultado, confundir el viaje con su destino, olvidando el camino. Veámoslo.

V. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN; MÉTODO Y RESULTADO: LA ANALOGÍA COMO INTERPRETACIÓN CONCENTRADA METODOLÓGICAMENTE EN LA LÓGICA «A SIMILI», Y SUPERLATIVA EN SU RESULTADO EXPANSIVO (O INTEGRATIVO)

1. LA EVIDENTE POSIBILIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA NO FUNDADA EN LA LÓGICA: LA ESTRUCTURA COMPARATIVA ENTRE INTERPRETACIÓN LÓGICA EXTENSIVA Y ANALOGÍA

Que toda analogía presuponga una interpretación lógica (en el método), y una extensión de la norma, o del conjunto de normas (en su resultado), no implica, a la inversa, que toda interpretación exten-

que sean anfibológicas legalmente –como familia, heredero, prescripción–, o que tenga una doble significación –como, ejemplo que cita, sucede con *pignus*–].

⁵⁶ Incluso GIANNINI (p. 530), en quien años después se apoyará Bobbio para rectificar y defender la distinción, llega a admitir, con la primera opinión de Bobbio, que desde un punto de vista lógico analogía e interpretación extensiva se identifican, porque en ambas, mediante un razonamiento lógico (fundado en la *ratio legis*), se aplica la norma a un caso no previsto en ella, pero similar al que sí prevé.

siva sea analógica, que presuponga como método una interpretación lógica. Hay, por tanto, que limitar aún más la confrontación:

Por supuesto, que la analogía, como medio de integración, presuponga, metodológicamente, una interpretación (que es la lógica), es evidente; en toda integración, como en realidad en toda interpretación, hay cierta creatividad por obra del jurista (intérprete e integrador)⁵⁷. De hecho, en la analogía se conjugan perfectamente ambas: la interpretación a través de la inducción, primero, y la integración mediante la deducción, después. Es así porque en el problema mismo que se resuelve, hay una norma incompleta (lagunosa), lo que presupone su imperfección (una norma imperfecta, que sólo una previa interpretación puede «perfeccionar»)⁵⁸.

Mas no acepta la analogía cualquier interpretación, o método interpretativo. Se fundamenta aquélla en una interpretación lógica de la norma a expandir por analogía, en su *ratio legis*. No en vano, etimológicamente la palabra analogía, proveniente del griego, significa «según la razón». Fuera quedan la interpretación gramatical, la histórica, sistemática,...

⁵⁷ Lo decía, en 1938, BOBBIO (pp. 133-135), comparando al jurista intérprete con el artista como intérprete; que «analogia é interpretazione nel senso più generico delle parole, perché riproduce, non ripetendolo ma svolgendolo, il nucleo stesso della norma, configurato alla sua ragione sufficiente»; y que la analogía «é creazione, così come é creazione ogni attività spirituale, che non ripete mai meccanicamente un atto precedente, ma rifanciendolo lo rinnova, ripensandolo lo sviluppa, ricreandolo lo modifica; é creazione, così com' é creazione l'interpretazione stessa». Entre nosotros, es conocida la afirmación de CASTRO (p. 465), cuando dice que «la aplicación de las normas supone una actividad creadora en cuanto que el intérprete da sentido, desarrolla y completa la ley»; o después (pp. 482 y 483), refiriéndose a la analogía, «recuerda que la interpretación (incluso la literal) supone una actividad creadora y que en nuestro Derecho, al imponerse la interpretación finalista, se hace preciso salir de la ley (de la investigación de su *ratio*)». Y, más recientemente, refiriéndose a la analogía, dirá ROCA I TRIAS, que «el procedimiento analógico es una técnica integrativa de las lagunas de la ley que opera a través de la interpretación... , por lo que parece inútil o superflua la discusión sobre los extremos planteados: no hay contraposición entre interpretación e integración».

⁵⁸ Ya en el Preámbulo del RD de 1974 de reforma del Título Preliminar del CC, en que se introducen los actuales arts. 3 y 4 CC, se dirá: «*Más allá de la actividad propiamente -dice- interpretativa, en la zona de la investigación integradora, figura la analogía y el derecho supletorio*». Por su parte, DE CASTRO (p. 478), al comentar la expresión «laguna» normativa, decía: «No se alude, como este término parece indicar, a una falta de cantidad, sino de adecuación, por lo que sería más apropiado hablar de la imperfección de la ley o del derecho y, respecto de una y de otro, de imperfección de contenido y de imperfección técnica. Lo atractivo de la imagen y lo enraizado de su uso no permiten presumir su abandono». Ya SAVIGNY (p. 149), aunaba los problemas bajo el manto resolutorio de la interpretación, al hablar de «la interpretación de cada ley, tomada separadamente y en sí misma, y la interpretación de las fuentes consideradas en su conjunto. Abrazando en este todas las materias del derecho, debemos encontrar en él un doble carácter de unidad y universalidad, lo cual nos impone una doble tarea, a saber, resolver las contradicciones -o antinomias, que también llama (en p. 179)- y llenar todas las algunas». Luego (p. 155, o en p. 180), volverá a insistir en que «los defectos de la ley pueden dividirse en dos clases principales: primera, expresión indeterminada, no conteniendo ningún pensamiento completo; segunda, expresión impropia, cuyo sentido está en contradicción con el verdadero pensamiento del legislador».

Cierto que la *ratio legis*, más que elemento interpretativo, es el objetivo mismo al que aspira toda interpretación: hallar el sentido de la ley; a cuyo fin sirven aquellos elementos hermenéuticos (gramatical, histórico, sistemático,...)⁵⁹. Pero el elemento lógico no se circunscribe a aquella *ratio*; aunque dirigida a ella, para alcanzarla se apoya en la lógica, en la retórica, en el razonamiento lógico (y en el sentido común). En ese sentido, la analogía, aunque teleológicamente fundada en la *eadem-ratio legis*, en su argumentación lógica, no se basa en cualquier razonamiento lógico o retórico, sino, más particularmente, en el argumento *a simili ad simile* (no aislado, ciertamente, sino coadyuvado por otros, como, vgr., el axioma *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*). Fuera quedan –tantísimos– otros aforismos lógicos⁶⁰, y al margen, en cierto modo, queda la *mens legis*, la *voluntas legislatoris*, que ya enlaza más bien con la interpretación histórica o, precisamente, genealógica.

En cambio, metodológicamente, la interpretación extensiva puede ser mucho más amplia que la analogía: ésta, como interpretación lógica (en el método), arriba siempre a una interpretación extensiva (en su resultado), pero no toda interpretación extensiva (como resultado), presupone (como método), la analogía, o sólo un razonamiento jurídico basado en el argumento *a simili*, como tampoco toda interpretación restrictiva se fundamenta exclusivamente en el argumento *a contrario*, sino también, aislada o conjuntamente, en cualquier otro posible razonamiento lógico, o en cualquier otro método interpretativo (gramatical, histórico,...), no exento, por supuesto, de su cierta lógica (como criterios filológico, genealógico, sociológico,...)⁶¹.

⁵⁹ Lo advertía ya hace tiempo DE CASTRO (p. 469), añadiendo, no obstante, que «el haberse enumerado entre los elementos de la clasificación de Savigny ha tenido el buen resultado de ofrecer en la práctica una base para afirmar el respeto a la *mens legis*, a pesar del creciente influjo del conceptualismo jurídico». Ya cuando SAVIGNY (p. 150), enumera tales elementos (gramatical, lógico, histórico y sistemático), advierte que «su remisión es indispensable para interpretar la ley, por más que alguno –decía– de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar».

⁶⁰ Del que hace tiempo hiciera un elenco, aún útil, DE CASTRO (p. 471).

⁶¹ Así CARCATERRA (pp. 16 y 17): tras afirmar que la interpretación extensiva no ha de ser necesariamente teleológica, pues admite cualquier otro método (lo que no sucede con la analogía), concluye, sin embargo, que sólo hay clara diferencia cuando la interpretación extensiva prescinde de la *ratio* de la norma a expandir, siendo necesario mayor precisión en fijarla cuando la interpretación expansiva opera por la lógica. Por eso, no centra bien el punto de comparación, al menos por el método, VILLAR PALASI (*La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, 1975, p. 214), al decir que «la diferencia entre la interpretación extensiva de una ley y la integración de la laguna legal auténtica estriba en que en el primer caso se opera con la lógica semántica (interpretar hijos como comprendiendo también a los nietos, por ejemplo) y en el segundo se actúa a través de los argumentos de lógica decisional (analogía y sus argumentos derivados)».

Así, por ejemplo⁶², cuando en mi *Usucapión de servidumbres*, defendí, de *lege lata*, la usucapión ordinaria de servidumbres (al menos, de las continuas y aparentes, que son usucapibles según el propio CC), no sólo lo hice por razones lógicas, sino también históricas (a la vista de su permisión en las Partidas), y sistemáticas (a la vista de los arts. 537, 1957 y 1959 CC, donde esta última norma se remite a aquella primera para, precisamente, mostrar que en ésta se regula una usucapión extraordinaria con un plazo singular, menor del general, habida cuenta de que siendo usucapibles las servidumbres continuas y aparentes, en su posesión van de suyo garantizadas la no interrupción y la publicidad, conforme exige el CC para toda usucapión).

Igual fundamento combinado, de lógica, historia y sistema, me condujeron, en mi obra sobre *Accesión invertida*, a extender la aplicación de los artículos 360 y 361 CC a los casos de construcción extralimitada, respectivamente según que el suelo desde el que se construía la obra invasora fuese de mayor o de menor valor, o, en su caso, dimensión, que el suelo invadido, aplicando, también extensivamente los artículos 376 y 377 CC (en este último caso por lógica, y sistemáticamente por la equivalencia entre los arts. 358 y 375 CC), para averiguar qué suelo en lid es el principal.

Mucho antes que en tales trabajos, pude observar el caso de la *multipropiedad*, como tal, antes de que se aprobara la Ley de aprovechamiento por turno que viniera a tipificarla (en realidad, a prohibirla como dominio en el ámbito turístico). Creada aquella al amparo de la autonomía de la voluntad, y del sistema de *numerus apertus* que rige en materia de derechos reales (y personales), la multipropiedad, diferenciada de otros derechos reales típicos (como las servidumbres, la habitación,...), se configuraba más en la práctica habitual como una especie de copropiedad, distribuida por cuotas en su titularidad y por turnos en el ejercicio del goce, que, cuando recaía sobre un complejo inmobiliario, presentaba los rasgos propios de cualquier propiedad horizontal. Habida, entonces, tal semejanza institucional, resultaban sin duda aplicables por extensión, o incluso a veces directamente –¡por analogía, decía yo puerilmente en mi *opera prima!*– las normas que regulaban aquellas otras figuras ya tipificadas (en los arts. 392 ss. CC, y en la LPH).

Recientemente, sobre *extensión objetiva de hipoteca*, también he defendido la extensión lógica del artículo 113 LH a los demás casos en que la hipoteca no se extiende a ciertas accesiones y mejoras (cfr., arts. 110.1.º *in fine* y 111 LH), acompañada aquella lógica de razones históricas (por ser aquella norma, como la del art. 112 LH, mero mimetismo de cuando sí era necesario proteger con ciertos privilegios al tercer poseedor de una finca hipotecada, con aquella exclusión de la extensión o con el beneficio de excusión, al no existir un Registro donde pudiera tal sujeto saber si la finca adquirida estaba o no libre de hipoteca). Así mismo, al creer que la regla de la extensión de la hipoteca se funda *in recto* en un rasgo material esencial en todo derecho o carga real, cual su inherencia al dominio

⁶² Los que a continuación cito son ejemplos de interpretación extensiva, no de analogía. La razón, que lo es de la propia distinción, conviene, de momento, no ser revelada.

que grava, y que sus salvedades (aquellos casos en que no opera la extensión; cfr., sobre todo, el art. 110.1.º LH *in fine*), se explican por los principios registrales de publicidad y especialidad (que impiden aquella extensión automática a agregaciones y nuevas edificaciones en tanto no se hagan las oportunas operaciones registrales de agregación o declaración de obra nueva, *ex arts.* 45 ss., 208 LH y 308 RH), he llegado a defender la expansión de tales salvedades, por fundarse en principios generales, a otros casos que han ido surgiendo con el tiempo (produciéndose aquí la extensión del 110.1.º *in fine* por interpretación sociológica), al ampliarse el propio concepto legal de finca registral (vgr., *ex arts.* 8.5, 107.11.º LH, 66 y 68 RH,...); así hasta el punto de tener que excluir de la extensión hipotecaria el caso de la «*elevación de edificios*» de aquel 110.1.º LH, en principio incluido en aquella extensión, en tanto las nuevas plantas, pisos,... formen finca registral independiente de la originariamente hipotecada.

En mis estudios sobre *Derecho de familia*, también he visto, o he propuesto yo mismo, extender la aplicación de una norma sin fundarme —exclusivamente, al menos— en su lógica, en su *ratio*: así, por ejemplo, ha sido una interpretación sociológica, basada en un previo cambio habido en la moral, la que ha permitido finalmente apoyar constitucionalmente las parejas de hecho en una interpretación extensiva del artículo 39 CE (especialmente, en su referencia a los hijos, matrimoniales o no, y a la mujer como madre, al margen de su estado civil). Idéntico fundamento (acompañado en esta ocasión de otros: literal, histórico,...), permitió ver incluido el divorcio entre las «*causas de disolución*» del matrimonio a que se refiere el artículo 32.2 CE, o que, tras producirse un nuevo cambio social (demostrado en la práctica de los tribunales durante años), en aquella expresión legal haya tenido encaje, hace poco, un divorcio —supuestamente— sin causa (en realidad, fundando en una única causa: la *desaffectio maritalis*), lo que incluso más bien podría hacer pensar en una interpretación no precisamente extensiva de aquella expresión, sino más bien correctora. Sin salir del artículo 32 CE, pero centrados ahora en su apartado 1, ya dije hace un tiempo que sólo una interpretación extensiva del mismo como resultado de una interpretación sociológica podría salvar la constitucionalidad —pendiente aún hoy— del matrimonio «homosexual». En este caso, sí se trataría de una interpretación auténticamente extensiva, no declarativa *lata a partir* de la ley de 2005 que permite tal matrimonio y que ordena, a partir del nuevo artículo 44.2 CC y de su disposición adicional primera, que «*Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes*». Servirá tal mandato legal para interpretar latamente (dentro de su sentido legal), la palabra «*matrimonio*», «*cónyuge*», o incluso la de «*marido*» que aún empleen otras leyes (como, en mis propios estudios, hice notar refiriéndome al tema de la filiación, a la vista de las normas, sobre adopción y reproducción asistida, sobre todo, en que según creí deben incluirse, por principio, todas las

uniones, con independencia del sexo de sus integrantes). En esos casos, la interpretación declarativa lata (o a veces estricta, como la de «*varón*», en cuanto donante de esperma), es obligada, porque hay una ley, la de 2005 sobre el matrimonio «homosexual», de igual rango que las demás, pero posterior en el tiempo. Pero no puede dicha Ley obligar a realizar tal interpretación, meramente declarativa, de una norma superior, ¡la superior a todas!, como es la Constitución en su artículo 32.

Centrada, entonces, la comparación cuando el método interpretativo coincide, entre interpretación lógica extensiva y analogía, no es, sin embargo, ahí, en el método, donde se explica la emancipación de ésta. Quedarse ahí, finalizar el viaje en tal ecuación, sin más, permitiría ver, a la postre, a la analogía como subtipo de interpretación lógica extensiva, para concluir en una posición negadora de la distinción, o, como poco, ecléctica, que admite entre ambas sólo una diferencia cuantitativa, al resultar la analógica más concentrada en el método lógico⁶³. Pero también la hay en el resultado, haciendo, junto a aquella, que la distinción sea cualitativa. A ambos, método y resultado, ha de atenderse para explicar la independencia de la analogía. Porque, igual que el método por sí sólo no la muestra, tampoco lo hace aisladamente una comparación centrada sólo en el resultado.

2. LA POSIBILIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN LÓGICA CONDUCENTE A UN RESULTADO SIMULTÁNEAMENTE EXPANSIVO Y RESTRICTIVO, IMPOSIBLE EN LA ANALOGÍA

Para empezar, no toda interpretación lógica ha de tener un resultado extensivo. Por supuesto, cabe que la lógica, fundada en el argumento *a contrario*, en sí o en cualquiera de sus múltiples variantes (como el *odiosa restringenda*)⁶⁴, de por resultado una interpretación restrictiva.

Mas no es tampoco aquí donde reside en sí la diferencia –cualitativa– de resultado con la analogía. De lo contrario, se caería, aunque por otra vía, en la misma confusión o relativización antes referida.

⁶³ Como, de hecho, concluye su monografía, de 1938, BOBBIO (pp. 144 y 145): «se una differenza si vuol fare, bisogna dire che l'interpretazione estensiva ha un significato più ampio che l'analogia, in quanto comprende non soltanto l'analogia, ma tutti gli altri mezzi diretti a estendere la portata della legge; per cui l'analogia non sarebbe che un aspetto, anche se il più rilevante, dell'interpretazione estensiva».

⁶⁴ Que también se pueden ver en DE CASTRO (p. 471).

Una diferencia, la primera: cuando la interpretación lógica, incluso la fundada en el argumento *a simile*, conduce a una interpretación extensiva, no analógica, suele ir acompañada de una interpretación restrictiva, que nunca sucede con la analogía⁶⁵.

Así, en el ejemplo antes indicado sobre *usucapión de servidumbres*, al restringir el sentido del artículo 537 CC, para limitarlo a la usucapión extraordinaria (singular, por su plazo reducido), se extendía el artículo 1957 CC en su aplicación para resultar aplicable a las servidumbres (continuas y aparentes).

Antes, en mi primer trabajo, referido a la *multipropiedad* como tal, al tratarse de una copropiedad funcional y social, deseada por sus titulares, aunque, por principio, le fuesen extensibles las reglas sobre copropiedad (arts. 392 ss. CC), carecían de aplicación las normas relativas a la acción de división (400 ss. CC) y al retracto legal de comuneros (1522 CC), cuya particular *ratio* no se identifica con la de aquella figura.

Proponía yo idéntico juego, expansivo y restrictivo, en materia de *construcciones extralimitadas*, extendiendo o restringiendo las normas el CC, a fin de evitar cualquier resultado injusto o absurdo a que pudiera conducir su rígida aplicación: cuando lo principal es el suelo del invasor, se amplía el sentido de las palabras empleadas por el artículo 360 CC, para deducir que en la expresión «*materiales ajenos*» se comprende todo aquello que sea accesorio para el suelo en que se construye; en cambio, el ámbito de aplicación del artículo 361 CC ha de quedar restringido para cuando lo principal sea el suelo invadido, y el constructor haya actuado de buena fe.

Otro tanto de lo mismo sucede en materia de reproducción asistida aplicada a las uniones homosexuales: pues si la palabra «*marido*» que en su regulación se sigue usando ha de ser ampliada (tal vez por simple comprensión, es cierto) a la esposa de la otra mujer inseminada, en cambio, en otras ocasiones hay que restringir su sentido para ni siquiera aplicarlo, por su imposibilidad, a las uniones gay (entre hombres).

Aun sin defender la siguiente tesis, otro supuesto en que se hacía ese doble juego, aunque extralimitada de la mera función interpretativa, para erigirse en creadora de Derecho, sucedió con la jurisprudencia formada en torno a la transexualidad antes de que se aprobara la ley que ahora la regula: antes de ella, por obra y gracia de nuestro Tribunal Supremo, que ni siquiera pudo apli-

⁶⁵ Algo similar defiende LARENZ (pp. 370, 385 y 386), quien refiriéndose a las lagunas ocultas (que luego veremos), decía que en ellas hay una reducción teleológica muchas veces acompañada de una ampliación teleológica. No obstante, también parecía admitir ese doble juego en materia de analogía, cuando, tras decir (en p. 389), que «la restricción de una norma, por la vía de su reducción teleológica, va acompañada, a menudo, con la ampliación en el ámbito de aplicación de otra norma», añadía: «A la inversa, la ampliación de una norma legal restrictiva por vía de analogía significa una restricción de la norma por ella restringida que va más allá de la restricción contenida en la ley». Si no entiendo mal, parece admitir que una norma de interpretación restrictiva se pueda aplicar por analogía, lo que de suyo (ya se verá), me resulta muy difícil –por no decir imposible– de imaginar.

car por analogía la normativa sobre rectificación del sexo del hermafrodita, terminó concediendo, sin apoyo normativo legal, la posibilidad del cambio de sexo y de nombre; pero, por otro lado, restringió (quizás por interpretación sociológica) el sentido de sexo que se venía empleando en Derecho, para limitarlo al cromosómico y así, *a.e.*, negar al transexual la posibilidad de casarse conforme a su nuevo sexo, que sólo lo era morfológico y social, o aparente.

3. INTERPRETACIÓN (LÓGICA) EXTENSIVA Y ANALOGÍA: LA RESPECTIVA INTEGRACIÓN DE LAGUNAS CASUÍSTICAS E INSTITUCIONALES

Admitido, hasta ahora, que interpretación e integración van juntos de la mano, pues en toda labor aplicativa (interpretativa e integradora) de la norma hay cierta labor creativa por parte del jurista, y que ese doble juego se observa en la analogía y en la interpretación extensiva, cabe observar que la entidad lagunosa que una y otra colman es cualitativamente diversa, lo que, consecuentemente, explica que la diferencia entre aquéllas también lo sea en cualidad.

3.1 Una breve precisión, siempre empírica, sobre la posible existencia de lagunas en la ley

Ante todo, debe recordarse que no todo aquello que no esté contemplado en la norma implica la existencia de una laguna⁶⁶, cuya sola averiguación ya presupone una labor interpretativa, y también valorativa, no sólo estrictamente jurídica:

Así, por ejemplo, no habrá verdadera laguna que colmar, si pudiendo el legislador regular una determinada cuestión, no ha querido voluntariamente hacerlo, porque desea, clara o tácitamente, que tal cuestión quede excluida (*inclusio unius exclusio alterius*), como sucede si al regular una materia se remite, en algunas de sus cuestiones, a la regulación contenida en otra materia, sin

⁶⁶ Todo lo que se diga ha de entenderse referido a la imprevisión en norma escrita, aunque en su día DE CASTRO (en su edición de 1955, p. 536), admitiera lagunas consuetudinarias. En tal caso, me atrevería a aportar el caso, también propio, del *Fuero del Baylío*, para cuyo completo conocimiento propuse, por su hermanamiento con la *Carta de Meatade* portuguesa, acudir al CC portugués originario, al de 1867, que lo regulaba como régimen supletorio de primer grado, aunque en tal caso su aplicación entre nosotros habría de quedar debidamente acreditada ante los tribunales, por tratarse de norma extranjera y ya derogada, referida a la comprensión de una costumbre propia de algunos pueblos extremeños (cfr., arts. 1.3 CC y 281.2 LEC).

hacer lo propio para otras cuestiones que en ésta se prevén, pero en aquélla no.

En tal remisión, decía Clemente De Diego⁶⁷, es el propio legislador quien declara el recurso a la analogía, e indicaba los casos de los artículos 528 CC, que aplica al uso y la habitación las normas del usufructo, el 1541 al extender las normas de la compraventa a la permuta, o el artículo 1553, sobre evicción en el arrendamiento... ¡Y tantos otros!⁶⁸

Lo decía yo también hace poco, al negar la aplicación por analogía de las normas del usufructo al arrendamiento, aunque a veces haya coincidencia de régimen legal entre ellos (vgr., arts. 1573 CC y 1.6 Ley de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico⁶⁹ –en adelante, LAT–), que la habrá por voluntad clara y expresa del legislador, precisamente por ser aquél consciente de la diferencia de naturaleza jurídica, que siempre ha de respetarse y que justifica la diferencia en lo restante del régimen jurídico de ambos derechos.

Algo parecido advertí, poco antes, en defensa de nuestra jurisprudencia que se muestra contraria a la resurgida teoría del hipotecante por deuda ajena como «fiador real»: ahí están, las SSTs de 28 mayo 1991, de 6 octubre 1995, de 23 marzo 2000, de 9 marzo 2001, de 3 noviembre 2004, y más recientemente la de 3 febrero 2009. En lo práctico, advertía yo en la misma sinopsis de aquel trabajo, publicado en «ADC», que admitir la tesis del «fiador real» conllevaría, como se pretende, aplicar por analogía el régimen legal de la fianza a la hipoteca dada por tercero, protegiendo con ello en demasía al hipotecante, por una especie imaginaria de *favor pigneratoris*, en detrimento de la hipoteca, del acreedor y, por ende, del crédito territorial y del tráfico jurídico inmobiliario. Aun aceptando la analogía, la tesis es inconducente –decía–, porque ninguna norma de la fianza tiene aplicación para el hipotecante no deudor: ora por su incompatibilidad con el régimen o, precisamente, con la naturaleza jurídico-real de la hipoteca (como así sucede, vgr., con los arts. 1822, 1825 a 1829, 1837, 1844, 1845, 1847, 1850 y 1854 ss. CC); ora por su innecesariedad (como sucede con las normas que son efecto de la accesoriedad de toda garantía o con las relativas al pago de deuda ajena); ora por su excepcionalidad (vgr., arts. 1843, 1851 a 1853 CC, entre otras); ora por todas las razones dichas conjuntamente (como así sucede con los artículos 1830 ss. y 1856 CC, sobre el beneficio de excusión). Todo

⁶⁷ En *La analogía en el Código civil español*, en RDP, 1914, p. 376.

⁶⁸ DE CASTRO (en su 3.ª ed., de 1955, p. 539, nota 6), enumeraba los artículos 185, 406, 1541, 1579, 1601 y 1669 CC. Últimamente, aclaraba TORRALBA SORIANO (en su *Comentario al art. 4.1 CC*, en «Comentarios a las reformas del CC. El nuevo Título preliminar», Madrid, 1977, p. 199), que en tales normas hay simple remisión legislativa, sin que haya verdadera analogía (que sería la aplicada por el intérprete para un caso no previsto, ni remitido, por el legislador).

⁶⁹ Cuando en la modalidad de aprovechamiento por turno arrendaticio declara aplicable la misma Ley, remitiéndose también a la aplicación –supletoria– de la LAU en materia de arrendamiento de temporada (contenido en el régimen general del arriendo para uso diverso al de vivienda).

—añadiría ya en el trabajo— porque, en el fondo, no hay laguna legal que integrar.

En la jurisprudencia de las últimas décadas, hay también muestras de lo dicho:

La STS de 20 mayo 1987 entendió que la normativa que fijaba el plazo prescriptivo de reclamación administrativa en materia de energía eléctrica era inaplicable por analogía para la reclamación judicial, porque se refiere expresa y conscientemente a la reclamación —sólo— administrativa, debiéndose entender excluida la judicial. Mucho antes, refiriéndose a la Ley del Suelo y a la LAU, la STS de 22 marzo 1969 vino a negar la aplicación por analogía de normas administrativas en el ámbito civil. De modo más general, antes la STS de 10 octubre 1960 vino a afirmar que *«la analogía como fuente especial de derecho no es válida entre sistemas legislativos distintos inspirados en principios jurídicos y sociales diferentes»*.

La STS de 22 julio 1994 se negó a aplicar por analogía (ni por extensión siquiera) las normas sobre adquisición forzosa de la LAR-1980 a un caso de arrendamiento histórico, entre otras razones, porque en aquella misma ley había remisiones de unas normas a otras, de unos tipos arrendaticios a otros, mas no lo había en tal materia referida a la adquisición forzosa, máxime cuando el arrendamiento histórico ya dispone de sus propios mecanismos para adquirir con preferencia la propiedad arrendada.

Aunque no comparto su razonamiento, al menos prueba la inexistencia de laguna por aquella razón, cuando hace poco la STS de 18 noviembre 2005 negó la aplicación por analogía del artículo 113 LH a fin de ejecutar una hipoteca que no se había extendido a una nueva edificación (conforme a la salvedad del art. 110.1.º LH *in fine*), *«dado que el legislador —decía— pudo preverlo expresamente y no lo hizo (“ubi lex voluit dixit, ubi noluit tenit”)*».

Tampoco habrá auténtica laguna, si hay reglas generales que aplicar supletoriamente⁷⁰, o antes reglas convencionales, pactadas de antemano con base en el principio de autonomía privada.

En mi experiencia es el caso en que critiqué a nuestra jurisprudencia (formada ya por dos SSTS —de 9 septiembre 2009 y 14 julio 2010—), por aplicar mediante la analogía el artículo 515 CC, sobre usufructo, al arrendamiento, cuando antes existen el artículo 1581 y, supletoriamente, el 1128 CC; o aquel otro, anterior, en que negué la aplicación por analogía de ciertas normas de la fianza a la hipoteca (por deuda ajena), bien por ser aquéllas incompatibles con el régimen o la naturaleza propios de la hipoteca, o bien —en lo que ahora importa— por su innecesariedad al haber normas genera-

⁷⁰ Quede ello advertido sin entrar en el problema, casi constitucional y genuinamente hispano, de si a través de la analogía, practicada dentro del derecho foral o especial, pudiera evitarse la aplicación directa, pero supletoria, del derecho estatal o común (cfr., arts. 13.2 CC y 149.3 CE).

les aplicables, como sucedía con aquellas que obedecían al principio de accesoriadad, común a toda garantía (cfr., arts. 1155, 1181, 1190, 1193, 1197, 1207 y 1208, 1302, CC, que hacían, por ejemplo, inútil acudir a los arts. 1824.I, 1825 *in fine*, 1826, 1835, 1841, 1847, 1853 y 1975 CC, sobre fianza), o con aquellas relativas al pago de la deuda por un tercero (siendo directamente aplicables al respecto los arts. 1158, 1159, 1210.3.º y 1212 CC, sin necesidad de acudir a los arts. 1838 y 1839 CC, entre otros, sobre fianza).

También en aquel otro trabajo anterior, sobre multipropiedad, sucedía algo parecido: una vez ya aprobada la Ley, que realmente la prohíbe –aunque sólo– en el ámbito turístico, vino a regular, en su lugar, lo que llamaba aprovechamiento por turno, comprendiendo dos modalidades: una jurídico-real y otra arrendaticia. Para la primera, dice la Ley que es un derecho real nuevo. Yo, en cambio, lo emparenté con el usufructo por su analogía –empleada tal expresión *in sensu lato*– y proponiendo por ello la aplicación analógica –empleada tal expresión, ahora sí, impropriamente, cuando quizá más bien se trata de aplicación supletoria– de algunas normas del CC sobre usufructo. De la modalidad arrendaticia, la Ley se remite, para su aplicación supletoria, a la LAU, al arriendo por temporadas; pero mostrada, por mi parte, la incompatibilidad entre su régimen, previsto en realidad aún para los de local de negocio, y el especial de aquella Ley sobre aprovechamiento por turno, en su lugar propuse aplicar –supletoriamente, ahora sí– algunas normas del CC sobre arrendamiento (de cosas) y, también, sobre hospedaje (habida cuenta de que en el aprovechamiento por turno hay una prestación de cosa, y también de servicios –los propios de la hostelería–).

A ellos cabe sumar el caso en que una pareja no casada haya convenido un régimen de copropiedad (392 ss. CC), o de sociedad universal, sea o no irregular (cfr., arts. 1665, 1669 y 1675 CC), ya sea convencional o tácitamente (vgr., mediante la aportación de ganancias o trabajo al acervo común, la cotitularidad de cuentas bancarias,...). En tal caso, en absoluto cabría suscitar la posible aplicación por analogía de las normas del matrimonio, pues, en realidad, no habría laguna que colmar.

En la jurisprudencia de las últimas décadas, hay también ejemplos de lo dicho:

Así, la STS de 2 enero 1980 vino a negar la aplicación por analogía del artículo 114.8.ª LAU-1964 a un caso de copropiedad (en que el dueño de un local, destinado a escuela, pretendía usar para los recreos el patio de vecinos), entre otras razones, porque hay una norma específica, directamente aplicable además, como es el artículo 7 LPH, que prohíbe realizar actividades molestas.

O la STS de 12 junio 1990 que aplicó finalmente los artículos 35.2, 36, 1700, 1705 y 1707 CC a los Colegios profesionales por ser personas jurídicas asociativas de interés particular. En cambio, hace poco, la STS de 11 julio 2002 ha venido a aplicar la anterior ley de asociaciones en su correlativo al actual artículo 40.3 de la vigente LO de Asociaciones a las asociaciones de taxi.

Recientemente ha venido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón a aplicar por analogía –dice– el artículo 404 CC a un caso de concurrencia de usos y disfrutes sobre un mismo inmueble. No creo yo que sea en tal caso analogía, por el simple hecho de que los artículos 392 ss. CC hablen de «*copropiedad*» (aunque también de «*comunidad de bienes*»), sino simple aplicación extensiva directa –a lo más supletoria (cfr., arts. 392.2, 469, 521 CC, sobre usufructo, o el art. 123 LH, sobre hipoteca)– de un régimen que es común para toda cotitularidad jurídico-real, plena o limitada⁷¹.

Por tratarse también de aplicar régimen común, hay que entender que la STS de 12 julio 1984 declaró aplicable el artículo 646 CC a las donaciones inoficiosas.

Recuérdese también aquella STS de 22 julio 1994 que se negó a aplicar por analogía (ni por extensión siquiera) las normas sobre adquisición forzosa de la LAR-1980 a un caso de arrendamiento histórico, entre otras razones, porque en aquella misma ley había remisiones de unas normas a otras, de unos tipos arrendaticios a otros, mas no lo había en tal materia referida a la adquisición forzosa, máxime cuando el arrendamiento histórico ya dispone de sus propios mecanismos a fin de adquirir con prioridad la propiedad arrendada.

Tampoco habrá laguna, ni por tanto analogía ni interpretación extensiva a la que acudir, cuando una norma pueda aplicarse fuera de su ámbito como simple criterio orientativo.

Por ejemplo, así lo decía yo en el caso particular en que las SSTS de 9 septiembre 2009 y 14 julio 2010, que comentaba críticamente, aplicaban el artículo 515 CC a ciertos arriendos, en los que por sus circunstancias concretas, bien pudo servir de criterio orientativo el contenido en dicha norma sobre usufructo. Y a su propósito, recordaba yo igual apreciación que había hecho antes Carrasco Perera al comentar⁷² la STS de 20 mayo 2004, que aplicaba el artículo 11.2 LAU a un arrendamiento urbano diverso al de vivienda (de modo semejante a como antes hizo la STS de 10 diciembre 1993 con el art. 81.5.º *b* LAU-1964)⁷³. Pues en tal caso, ni aplicación directa, ni analógica eran posibles –como ya dije antes, refiriéndome al primer caso en que no hay laguna legal– dada la voluntad expresa manifestada por el legislador, en aquella misma LAU, de establecer un régimen diverso para uno y otro tipo locativo, y sólo remitiendo el uno al otro cuando expresa y exclusivamente así lo desea (como hace, precisamente, en el título sobre arriendos diversos al de vivienda, sin que en él haya remisión expresa a aquel art. 11.2).

⁷¹ O a la coposesión, cabría entender (que algunas SSTS de 1988 –de 8 abril, 7 y 8 julio–, aplicaron a casos de traspaso de arrendamientos).

⁷² En CCJC, 2005, pp. 603-619.

⁷³ Como dice CARRASCO (p. 619), «la Sala no afirma que el art. 11.2 de la LAU se debe aplicar analógicamente, sino que *no hay objeciones que hacer* al método “analógico” utilizado por la Audiencia para fijar la renta debida».

En la jurisprudencia más reciente, ha venido a recordar la STS de 10 febrero 2006⁷⁴, sobre un caso de indemnización por fallecimiento producido tras caerse la puerta de garaje, que ello no justifica la necesaria aplicación analógica de los baremos regulados para fijar la indemnización en los casos de responsabilidad derivada de accidentes de vehículos de motor, que sólo tienen un carácter orientativo fuera de su ámbito de aplicación. También incluiría yo en esta línea la STS de 17 diciembre 1990 cuando entendió aplicables las normas sobre responsabilidad solidaria en materia de transporte aéreo de mercancías al caso en que los daños fueron ocasionados a personas (los viajeros).

Antes, la STS de 30 septiembre 1989, aunque dijo aplicar por analogía el artículo 1454 CC a un caso de opción de compra, también advirtió que el juez para fijar la indemnización pudo acudir a dicha norma «*de la misma forma que podía haber acudido a cualquier otro parámetro*». Más decisivo me parece esto último, que al fin y al cabo dependerá sobre todo de lo pactado o, prometido en su caso, mas no de aquella supuesta analogía entre compraventa y opción de compra, que, no en vano, ha venido a negar recientemente la STS de 2 junio 2009, negándose por ello a aplicar por analogía el artículo 1504 CC, al no ser la opción un contrato, sino precontrato o mera promesa de contrato, a decidir unilateralmente por el optante dentro del plazo de caducidad convencionalmente pactado.

Y tampoco habrá laguna que integrar cuando la materia de que se trate deba permanecer en el ámbito de la autonomía de la voluntad (lo que en cierto sentido, se ha dicho antes), o incluso en el de la moral (o, si se quiere, en el del Derecho natural, o en el de la propia libertad de mantenerse en la alegalidad –que no ilegalidad–, cuando así la ley parece permitirlo).

Al redactar el anterior párrafo pensaba –pecando tal vez de apriorismo– en el caso –recientemente resurgido del concubinato– de las parejas no casadas, y en el problema de si cabe aplicarles por analogía el régimen del matrimonio. Aunque, si no recuerdo mal, fue Lacruz el primero en negar, no sólo la analogía, sino la propia existencia de una laguna⁷⁵, no hace mucho, tras recopilar la jurisprudencia que, en efecto, niega aquella analogía (a lo que luego volveré), terminaba yo diciendo, apoyándome en la jurisprudencia del TC, que «la equiparación entre ambos tipos de unión iría también en contra de la propia libertad en general (art. 16 CE) y, en concreto, de la libertad a casarse o no (art. 32.1 CE), como expresión ésta del libre desarrollo de la personalidad. ¿Por qué vincular

⁷⁴ Y podrían citarse en tal sentido muchas otras (vgr., SSTS de 11 noviembre 2005, 2 marzo 2006, ...).

⁷⁵ En palabras de LACRUZ (*Convivencia «more uxorio». Estipulaciones y presunciones*, en Centenario del Código Civil, Tomo I, Madrid, 1990, p. 1063), «se institucionalizaría lo que, en sí, no constituye una institución». O como dice JORDANO (*Matrimonio y unión libre*, en AC, 1999, p. 190), «hay que respetar esa quasi-ajenidad al Derecho que algunos legítimamente desean». Y destacables son, al respecto, las reflexiones de RODRIGO BERCOVITZ (*Las parejas de hecho*, en Aranzadi Civil, 1993, pp. 1834-1836).

–casar– *ope legis* a los que pudiendo casarse por su propia voluntad, no quisieron casarse? ¿Por qué legalizar lo querido como alegar? ¿Por qué coartar legalmente la libertad –el libre albedrío, incluso– que la propia CE reconoce? No sólo no hay, pues, *eadem ratio* entre matrimonio y unión libre, sino que tampoco hay, en principio, laguna legal sobre parejas no casadas que integrar o colmar. No hay razón ninguna para una Ley de parejas de hecho para esas personas que pueden, pero no quieren casarse. Sería incongruente, tanto como lo es que los convivientes de hecho, pudiendo, no se hayan casado, pero luego reclamen –sin legitimidad– los derechos y las ventajas propias del matrimonio. Si las quieren, que se casen con todas las consecuencias. Como dijo Napoleón, en una de sus intervenciones durante la gestación del *Code*: “*Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux*”».

Aparte, siempre queda que la unión se legalice por otras vías convencionales, con múltiples posibilidades que el propio TS propone al amparo del artículo 1255 CC, que no del artículo 1328 CC: como pudieran ser la sociedad universal (cfr., arts. 1665 y 1675 CC), la copropiedad (*ex arts. 392 ss. CC*), o bien, como compendio de las dos fórmulas anteriores (según indicaba la STS de 18 marzo 1995), podría pactarse el régimen de sociedad irregular universal del artículo 1669 CC.

«Cierto es que a veces –seguí yo diciendo– la ruptura en una pareja no casada puede generar un desequilibrio económico para uno de los convivientes. Pero para dar solución justa a tal caso no es necesario acudir a las normas que regulan el matrimonio. De esas normas (arts. 97, 1438 CC,...) puede extraerse un principio general del Derecho, pero sin necesidad de crearlo *ex novo*, sino uno ya consolidado desde hace siglos, con antecedentes en el Derecho Romano, y que hoy se extrae con alcance general del artículo 1901 CC: el principio del enriquecimiento injusto, sin causa o torticero». «Forman ya legión –añadía en nota– las SSTs que aplican aquella doctrina del enriquecimiento injusto para solucionar justa, rectamente los casos de ruptura de las parejas de hecho, para así compensar o resarcir al conviviente de hecho que tras la separación sufre un perjuicio económico, otorgándole una indemnización por el servicio, por el trabajo o por el dinero que gratuitamente –o en menor medida que lo retribuido– ha prestado –o sacrificado por no obtenerlo– durante la convivencia en el trabajo del otro conviviente, en el hogar (en las tareas domésticas) o en el cuidado de los hijos de ambos o de éste. Al margen también quedaría, en tanto se den las circunstancias, la posible aplicación, directa (no por analogía), del artículo 1902 CC, sobre responsabilidad por daños».

En la jurisprudencia de los últimos tiempos hay otros casos:

Uno puede ser el de la STS de 7 octubre 2010 al declarar inaplicable la normativa sobre consumidores a un caso de contrato de distribución, no sólo porque en él la relación es entre profesionales (no una relación de consumo), sino porque, precisamente al ser entre iguales, debe regir ante todo la libertad de pacto. Similar es el caso, anterior en el tiempo, de la STS de 13 octubre 1998 para

negar que la normativa proteccionista de las viviendas de protección oficial sea aplicable al resto de viviendas, como el recurrente pretendía en el caso.

Sólo cuando haya una auténtica imprevisión normativa habrá que dar una solución jurídica: ¿de qué modo?

3.2 La distinción de lagunas en la ley según su alcance: lagunas casuísticas y lagunas institucionales; y su respectiva solución mediante la interpretación extensiva y la analogía

Con independencia de que la laguna habida en la ley sea debida a la consciencia o incluso a la negligencia del legislador, de que sea una laguna originaria, existente ya cuando se redacta la norma y sea intolerable tal omisión, o surja sobrevenidamente, provocada por los cambios sociales, morales, económicos,...⁷⁶, la distinción entre lagunas legales que, al menos aquí y ahora, importa destacar atiende al alcance, a la entidad real de dicha laguna, pues según tal

⁷⁶ Por ejemplo, BOBBIO (en NSsDI, 1957, p. 604), y siguiéndole CARCATERRA (en la voz *Analogía*, de la Enciclopedia Giuridica, p. 15), distingue entre lagunas subjetivas (provocadas por la negligencia y olvido, o por voluntad consciente del legislador que al no tener que legislarlo todo, se limita a los casos más frecuentes) y objetivas (surgidas por la evolución natural de la sociedad y de la técnica, que dan lugar a nuevos casos que la ley no pudo antes prever –que Carcatera llama lagunas históricas, frente a las lógicas o sistemáticas–); y luego (en GI, 1968, p. 698), distingue entre los casos de ambigüedad o imprecisión de la norma, y los de imprevisión, en cuyo caso el intérprete ha de hallar la norma reguladora de otra especie, diversa de la imprevista, pero perteneciente al mismo género (distinción ésta que aceptan, entre nosotros, LAGAZ LACAMBRA, p. 22; FALCON Y TELLA, p. 330; o VALLET DE GOYTISOLO, p. 1076, nota 114, y que se acerca a la que a continuación se expone, en nuestra opinión, como más acertada por ser la más próxima a la realidad, a la práctica del derecho). Ya lo decía CASTRO (p. 474): «Las disposiciones de la ley, como obra humana que son, no pueden regular ni preverlo todo; se contentan con disciplinar los casos más corrientes e importantes en la práctica. El cambio de las circunstancias, los inventos, las alteraciones de costumbres o de régimen, los trastornos sociales presentan nuevos problemas que no encuentran solución en la ley anticuada. Esta puede, además, tener una redacción incompleta; el legislador no ha reglamentado una situación por estimar quizá que todavía no ha llegado el momento oportuno para ello; la ley se ha redactado con descuido, en forma incompleta o contradictoria (antinomía). En estos supuestos, el intérprete busca y no encuentra el texto que le resuelva el caso presentado». También son conocidas las diversas clasificaciones hechas por LARENZ (p. 372 ss.), entre lagunas iniciales (ya sean conocidas o ignoradas por el legislador) y posteriores, o (en p. 365 ss.) entre lagunas normativas (cuando hay regulación, pero ésta es incompleta), y lagunas de regulación (cuando hay falta absoluta de regulación), o (en p. 370 ss.), la distinción, tan similar a la anterior, que hace entre lagunas manifiestas (donde falta un régimen legal para un determinado grupo de casos), que se resuelven mediante la analogía, y lagunas ocultas (donde falta un régimen legal para un determinado caso particular, excepcional), que se resuelven, en su expresión, mediante una reducción teleológica, que normalmente va acompañada de una extensión teleológica. También muy variopintas clasificaciones hace, entre nosotros, VILLAR PALAS (p. 73 ss.). Recientemente, FRANCANZANI (p. 81 ss.), distingue entre laguna genérica, provocada por la multiplicidad de la realidad social, que ha de resolverse mediante la analogía (al tratarse de una realidad nueva), y laguna específica, originada por la multiplicidad del lenguaje jurídico, que habrá de resolverse mediante la interpretación extensiva.

alcance, o entidad, así lo será el de su solución. Es la siguiente distinción que ya estableciera Savigny, aunque para ambas creyó aplicable la analogía⁷⁷:

«La determinación del derecho por analogía es susceptible de dos grados; a saber: primero, puede presentarse una relación de derecho enteramente nueva, hasta entonces desconocida, y para la cual no existe en el derecho positivo ninguna institución típica; entonces se procura la creación de una institución en armonía con el derecho existente; segundo, y este es el caso más ordinario, puede presentarse en el dominio de las diversas instituciones una cuestión nueva que ha de resolverse conforme a los principios y a la naturaleza de cada institución. La justa apreciación de los motivos de la ley toma en este caso una gran importancia.»

En efecto, cualquiera que sea el nombre que se les quiera dar, hay lagunas que suponen la imprevisión de un caso concreto dentro de una materia, o institución, que sí tiene respaldo normativo. En tal hipótesis, si aquel caso puede resolverse ampliando una de las normas que ya regulan dicha materia, o institución, aunque refiriéndose a otro caso, estaríamos ante un claro supuesto de interpretación extensiva: sin salirse de su ámbito normativo, la norma se extiende en su aplicación a un caso similar, pero en ella no expresamente contemplado. No se trata, como se ve, de un problema sólo de interpretación, pues puede que la norma a extender sea de suyo clara, no necesariamente ambigua u oscura, como erróneamente muchos han creído⁷⁸. Coadyuvado o no por otros elementos hermenéuticos, se arribará a tal resultado en virtud del argumento *a simile*, mas sin recurrir por ello a la analogía (a ella se recurre en el otro supuesto lagunoso, el que sigue). Tampoco es aquél un caso de pura integración, pues hay norma particular que aplicar directamente, aunque de forma extensiva.

Si la laguna consiste en la imprevisión de una materia, o institución, en su integridad (lo cual es muy excepcional), o (muy hipotéticamente) en un caso particular dentro de una materia sí regulada que, sin embargo, no puede ser resuelto por las demás normas que regulan tal materia, para aquel supuesto la interpretación extensiva resultará inútil por insuficiente. Se hace necesaria la analogía, el argumento *a simile*, que al no poderse hallar en el propio ámbito normativo (pues o bien no existe, o bien es muy incompleto), ha de

⁷⁷ En p. 197.

⁷⁸ O sólo cabe entenderla como errónea en cuanto no sirve directamente para resolver aquel caso que no prevé. El mismo BOBBIO, cuando (en GI, 1968, p. 698), distingue entre los casos de ambigüedad o imprecisión de la norma, para entender que se resuelven mediante la interpretación extensiva, frente a los casos de imprevisión, en cuyo caso el intérprete ha de hallar mediante la analogía la norma reguladora de otra especie, diversa de la imprevista, pero perteneciente al mismo género.

buscarse en el de otra normativa, reguladora de otra materia, de otra institución, similar a la que carece, por completo o para un caso particular, de previsión normativa. Como se ve, el salto en la integración es mayor que en la interpretación extensiva, por ser de mayor entidad, o calado, la propia laguna a colmar: la norma, o el conjunto normativo, a aplicar por analogía sale fuera de su ámbito normativo propio, o natural, para regular otra materia, otra institución, o el caso particular de una materia, o institución, no contemplada directamente por aquella norma, o por aquel conjunto normativo. Es, por tanto, un salto lógico *ad extra*, frente al interno o *ad intra* que supone la interpretación puramente extensiva.

Por eso, si es común –y aceptable– entender que en la interpretación extensiva la ley dijo menos de lo que quiso –o pudo– decir (como en la restrictiva se entiende que la ley dijo más de lo que quiso –o pudo– decir), cuando se recurre a la analogía es porque la ley no dijo –expresa y directamente– nada. Mientras en la interpretación extensiva hay –podría decirse– una dilatación lógica de la norma, para ser ella misma, en su letra y no sólo en su espíritu, aplicada a un caso no previsto en ella pero similar por su inclusión en la materia, o institución, que regula, en la analogía, en cambio, se produce –podría decirse– el salto lógico de una norma, o de un conjunto de normas, que se extiende aplicándose a una materia, o institución, diversa, pero semejante, de la que en ella expresamente se regula.

A mi juicio, así se podía advertir ya en Francisco Suárez. Recordémoslo:

Tras indicar, como primeros niveles de ampliación del sentido de la norma, lo que hoy llamaríamos interpretación literal y declarativa lata, añadía: «La tercera –ampliación– puede ser pasando por encima de esos dos sentidos propios y ateniéndose a algún sentido impropio, sea en el significado de algún verbo o nombre, sea en la unión de las palabras, sea sobreentendiendo o supliendo alguna palabra no expresa en la ley. En esta tercera clase de ampliación puede darse una infinita variedad y desigualdad según que la impropiedad sea mayor o menor». Con la finalidad, añadirá, de evitar un resultado absurdo, inútil o injusto. Equivaldría tal estadio de ampliación a lo que hoy calificaríamos como estricta interpretación extensiva. Y ya en un último estadio «puede concebirse –en cuarto lugar– una ampliación pasando por encima de todo significado –aun impropio– de las palabras, únicamente ateniéndose a la semejanza de las cosas o de los casos o a la identidad formal de unas leyes con otras en cuanto tales». He aquí la analogía, que, como diversa del anterior hito de ampliación de la ley, según afirma el propio Suárez⁷⁹, no tiene por finalidad corregir la injusticia

⁷⁹ En p. 634.

de una ley ampliando el sentido de sus palabras, sino la de aplicarla a un caso semejante a partir de su propia razón.

Y es la distinción que, con otra expresión (más moderna y precisa), y apoyado en otro autor⁸⁰, defenderá el propio Bobbio, en 1957, en la voz *Analogia*, contenida en el *Novissimo Digesto Italiano*, una vez superada su inicial negativa a la distinción defendida en su monografía de 1938⁸¹.

Merece la pena, en esta ocasión, reproducirlo original e íntegramente cuanto dice⁸²: «La quæstione é complicata dal fatto che mediante il ragionamento per analogia, ovvero mediante la conclusione dal caso regolato al caso non regolato simile attraverso *l'eadem ratio*, vengono compiute due operazione che sono di fatto distinte e quel che é più hanno una diversa qualificazione giuridica: la prima operazione é quella per cui si estende il contenuto di una norma giuridica a casi non previsti, ed é nota col nome di *interpretazione estensiva*; la seconda é quella con cui si produce una norma nuova, in quanto dalla norma espressa si risale ad una norma superiore che comprende tanto il caso regolato quanto il caso simile da regolare, e viene chiamata *interpretazione analogica*, o puramente e semplicemente, analogia. I due esempi fatti alla fine del paragrafo precedente –que ahora recordará– possono essere accolti come esempi tipici, il primo d'interpretazione estensiva, il secondo d'interpretazione analogica. –A saber– Mentre nel primo caso –sobre el artículo 1754.1.º CC italiano vigente, que aunque habla del mediador que pone en relación a las partes para concluir un negocio, puede aplicarse también cuando las partes ya habían iniciado con anterioridad sus tratos y el mediador se limita en su ayuda a concluirlos– infatti, é corretto dire che si é esteso il concetto di mediatore, a cui si riferisce la norma in quæstione sino a comprendervi un'attività diversa ma simile, nel secondo caso –sobre la aplicación de los arts. 1577.1.º y 1586 CC italiano, sobre arrenda-

⁸⁰ GIANNINI (p. 530): «Fra l'interpretazione estensiva e l'analogia corre allora questa differenza: che nella prima si estende una norma puramente e semplicemente; nella seconda si estende una norma... in virtù di un principio contenuto in altra norma di grado superiore, cioè a dire la seconda é una forma d'integrazione».

⁸¹ No obstante, buena razón lleva ATIENZA (pp. 62 y 63), cuando observa ya cierto antecedente en su monografía, donde niega la distinción entre interpretación extensiva y analogía, pero admite (en pp. 103 y 104, de su Monografía, que repite luego en *NssDI*, 1957, p. 604), aquella distinción entre lagunas subjetivas (provocadas por la negligencia y olvido, o por voluntad consciente del legislador) y lagunas objetivas (surgidas por la evolución natural de la sociedad y de la técnica, que dan lugar a nuevos casos que la ley no ha podido antes prever): en su Monografía (en aquellas pp. 103 y 104), ya decía que mientras en las lagunas subjetivas la analogía operaba por vía deductiva (donde se va de lo general a lo particular, por interpretación), en las objetivas operaba la analogía por vía inductiva (yendo de lo particular a lo general para volver a lo particular); esto es, lo que hoy comúnmente se acepta como genuina analogía. Por eso concluirá ATIENZA (p. 63): «En 1938 negaba la distinción entre interpretación extensiva y analogía –generalmente aceptada por los juristas– pero introducía una bastante semejante entre procedimiento analógico deductivo e inductivo. Y en 1957 desaparece esta última distinción, pero reaparece la primera». En el fondo, de su inconsciente, jamás negó por tanto la distinción.

⁸² En p. 605.

miento, al comodato–, non si protebbe altrettanto correttamente dire che si é esteso il concetto di locazione sino a comprendervi il comodato. In altre parole, mentre nel primo caso la conclusione é che sono mediatore anche persone diversa da quelle a cui la norma si riferisce, nel secondo nessuno direbbe che si applica al comodato la norma relativa alla locazione, bensí la estensione viene fatta in base a una norma superiore che si applica tanto alla locazione quanto al comodato».

De su razonamiento⁸³, personalmente me resulta de mayor provecho el ejemplo que la explicación teórica⁸⁴. De aquel cabría extraer la distinción que, entre nosotros, defenderá en su etapa intermedia, antes de relativizar la distinción relegándola a una cuestión de grado, don Federico De Castro⁸⁵, a quien, en dicho modo de entender la diferencia, seguirá su discípulo Díez-Picazo, sin mutar de opinión en posteriores reediciones de su obra⁸⁶; a ellos me sumo yo ahora.

Dirá el maestro: «La interpretación extensiva se ha podido llamar comprensiva o intelectiva; porque requiere sólo extender el alcance de una regla. Al utilizarse, se interpreta una regla relativa a la misma institución a que corresponde el caso de que se trata (por ejemplo –añade en nota–: a falta de regla sobre usufructo de acciones se acude a la de otro tipo de usufructo). El procedimiento analógico presupone la falta de una regulación para el caso (incluso interpretándolo extensivamente) en la de la institución propia y que, por eso, se buscan semejanzas en las reglas de otras instituciones, para ir ensayando sus principios (por ej. –en nota–: a falta de regla sobre las facultades del fiduciario, se examinan las del usufructuario). Se hablará de *analogia legis* cuando es suficiente acudir a las reglas de sólo otra institución, y de *analogia iuris* en el caso de ser necesario utilizar reglas de varias instituciones (si en el supuesto anterior –dice en nota– basta la aplicación de la regla sobre usufructo o si es necesario, además, tener en cuenta las relativas a la representación del ausente y de la posesión de buena fe)»⁸⁷.

⁸³ Que hoy siguen muchos en Italia; por ejemplo, CARCATERRA (pp. 16 y 17), distingue entre interpretación extensiva y analogía según la norma extendida, más allá de su letra, permanezca dentro de ella misma (para integrar lo que él llama lagunas subjetivas), o salga, trascienda para crear otra nueva (y sirva para colmar lo que él denomina lagunas lógico-sistemáticas), poniendo ejemplos de normas sobre servidumbres que se apliquen al uso y a la habitación, o de prenda a embargos, o normas procesales civiles a procedimientos administrativos,...

⁸⁴ Que, de hecho, ha sido muy matizada, o incluso criticada, por muchos, aun aceptando los ejemplos expuestos.

⁸⁵ En la edición de 1955, p. 539. En su posterior edición, desaparecerá en más tal explicación, que a continuación en texto se reproduce íntegramente.

⁸⁶ En *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.ª ed. (la que he manejado), Barcelona, 1993, pp. 280 y 281.

⁸⁷ Criticará VALLET DE GOYTISOLO (p. 1077), tal distinción, pues según él también cabe la analogía dentro de una misma institución, poniendo como ejemplos algunos, extraídos de su propia experiencia, como la restricción teleológica del artículo 1347.4.º CC,

De este modo queda claro cuándo una norma es interpretada extensivamente o es aplicada por analogía: según permanezca o no en su ámbito normativo, o institucional⁸⁸.

Así también lo explicará su discípulo⁸⁹, aun sin citarlo: «A mi juicio, el ámbito de aplicación de una norma jurídica comporta una doble limitación. Hay, en primer lugar, una delimitación genérica, que se produce a través de lo que podríamos llamar el marco institucional dentro del cual la norma actúa y, en segundo lugar, una delimitación específica que resulta de la configuración de su propio supuesto de hecho. De esta suerte actuamos por vía analógica cuando trasladamos la norma de un marco institucional a otro, mientras que operamos por vía de interpretación extensiva si mantenemos la norma dentro de su marco institucional, pero entendemos incluidos en el concreto supuesto de hecho normativo más casos de aquellos que su literalidad encierra. Por ejemplo, el artículo 752 –del CC al que al inicio se refería el Prof. López y López⁹⁰– dice que no producirán efecto las disposiciones testamentarias que haga el testador durante su última enfermedad a favor del sacerdote que en ella se hubiese confesado. Operaríamos por analogía trasladando esta norma, que pertenece al marco institucional del régimen jurídico del testamento, a los negocios jurídicos *inter vivos* y aplicándola, vgr., a una donación hecha por un enfermo al sacerdote que le haya confesado. En cambio, operaríamos por vía de interpretación extensiva si, manteniendo la norma dentro de su marco institucional del régimen jurídico de los testamentos, entendiéramos aplicable la prohibición no sólo al sacerdote que hubiese confesado al testador, sino también al sacerdote que sin haberle confesado le hubiese administrado el sacramento de la extremaunción o que hubiese prestado al enfermo cualquier otra clase de auxilios o de consuelos espirituales».

Al contrario de lo que dije acerca de Bobbio, muestro ahora mi conformidad con Díez-Picazo en la distinción que hace *in abstracto*, como efecto y causa, a la vez, al destacar la mayor exigencia que en la similitud se exige en la analogía frente a la interpretación extensiva cuando ésta se funda también en la semejanza. Pero, *in*

o la extensión –también– teleológica del artículo 1346.4.º CC. Mas sin necesidad de explicar tales casos, con ellos, y con su terminología, se está refiriendo Vallet a las que –hemos visto antes– LARENZ (en p. 370 y ss.), llama lagunas ocultas, que, en efecto, se resuelven mediante una reducción teleológica, que normalmente va acompañada de una extensión teleológica; pero como diversas de aquéllas, habla Larenz de lagunas manifiestas (donde falta un régimen legal para un determinado grupo de casos), que son las que, precisamente, se resuelven mediante la analogía.

⁸⁸ Creo que así quedan salvadas las objeciones que recientemente hace FRANCAZZANI (pp. 112 y 113), a la distinción, sobre todo pensando en aquella propuesta por Bobbio: a la duda que aquél plantea de no saberse cuándo se sale o no de la norma, la respuesta es, al menos en teoría, fácil (que ya luego veremos ejemplos): según que la norma se aplique dentro de la materia o institución que regula o fuera de ella. Y cuando al final Francanzani abraza el monismo en esta cuestión por entender (en p. 202 y ss.), que se llame interpretación extensiva o analogía, se trata siempre de extender el contenido (la letra) de la norma mediante la lógica (el pensamiento de dicha norma), cabe añadir una diferencia cualitativa, según tal extensión opere dentro o fuera de la misma institución que regula la norma.

⁸⁹ En pp. 280 y 281.

⁹⁰ Y tan insistentemente ROCA I TRIAS (en Edersa).

concreto, cierta reticencia cabe mostrar respecto al ejemplo del artículo 752 CC. Al margen de que, como posible norma «sancionadora», o incluso prohibitiva (del libre ejercicio de la confesión), deba ser de interpretación restrictiva⁹¹ (que ya se verá), se podrá admitir el ejemplo en su aplicación por analogía a la donación, pero no parece admisible el que se dice de interpretación extensiva, por parecer más bien un ejemplo de interpretación declarativa lata (o comprensiva, mejor); será, en cambio, extensiva su interpretación si la norma resulta aplicable, habida cuenta de los cambios sociales (esto es, mediante interpretación sociológica), al sacerdote de otras confesiones religiosas que cumpla similares funciones a las de la confesión católica⁹². Y si se apura, hasta la que indico podría ser también una declaración comprensiva, que, como ya indiqué, no se alcanza sólo mediante una interpretación gramatical.

Otros ejemplos más válidos, según creo, puede haber; algunos de ellos fruto de mi propia investigación. Como ejemplos de interpretación extensiva (a veces conjugada con una correlativa interpretación restrictiva), recuérdense los casos, ya explicados arriba, sobre multipropiedad, antes de ser legislada como aprovechamien-

⁹¹ Lo dice, adviértase desde el principio, López y López. Pues no cabe que su razón no sea proteger al testador, sino un cierto anticlericalismo. O, sin duda, por ser una norma que limita la libertad de testar.

⁹² Así lo creía ROCA I TRIAS: «sería un caso de interpretación extensiva la inclusión de ministros de otras religiones entre los sacerdotes que son incapaces para suceder al causante al que han confesado, de acuerdo con el artículo 752 del Código civil. Se trataría de un caso de aplicación analógica del artículo 752 del Código civil si se incluyera dentro de los incapaces de suceder al causante a los directores de órdenes religiosas, titulares de la residencia en la que el causante hubiera pasado los últimos años de su vida; en este caso, existe identidad de razón, puesto que lo que se pretende es evitar la captación de voluntad, pero el supuesto es evidentemente distinto. Por tanto, en el primer caso deberíamos concluir que nos hallamos ante un supuesto de interpretación extensiva y en el segundo, de aplicación de la ley por analogía». En cambio, no me parece el ejemplo que GIANNINI (p. 538), pone de analogía, frente a lo que suele calificarse como ejemplo de interpretación extensiva. Es el caso del artículo 1361 CC italiano de 1865 (ya derogado), que decía: «*Per produrre i suoi effetti la confessione deve essere fatta da persone capaci di obbligarsi (...)* *La confessione di tutori ed amministratori non pregiudica agli amministratori, se non quando sia fatta ne' casi e modi per cui essi possono obbligare gli amministratori medesimo*». Entiende Giannini que tal norma es aplicable por analogía a los padres, no por la semejanza habida entre patria potestad y tutela, sino porque la confesión es un acto que excede de la administración. De ser acertado, como creo, el razonamiento —que es lógico—, entiendo, entonces, que se trataría de una interpretación extensiva (y si se apura —mucho, según creo—, hasta comprensiva, por incluirse los padres entre los «administradores» que cita aquella norma —cfr., arts. 154.2.º, 162.3.º, 164 ss de nuestro CC-). Tampoco me convence el ejemplo que este autor pone de interpretación extensiva (en pp., 537 y 538), cuando afirma que al heredero aparente de buena fe se le aplican las normas sobre el poseedor de buena fe. Él mismo afirma que se alcanza tal conclusión mediante una interpretación sistemática. En tal caso, no vale el ejemplo, pues con él no se hace comparación con la analogía. Para hacerla debe tratarse de una interpretación extensiva basada en la lógica (particularmente en el axioma de la semejanza). Aparte, tampoco estimo válido tal ejemplo porque ni siquiera hay auténtica laguna legal, sólo un caso que, carente de norma específica que lo contemple, puede resolverse aplicando supletoriamente (no por analogía, ni por extensión), el régimen común sobre posesión de buena fe (en tanto que el heredero aparente lo es, precisamente, por poseer los bienes de la herencia). En cambio, sí me parece acertado cuando como ejemplos de analogía se refiere a la aplicación de las normas sobre contratos al testamento (o a la inversa), de los menores al incapaz, de la responsabilidad civil a la del Estado (otra cosa, es que haya la *eadem ratio*, que luego se verá, para que haya analogía),...

to por turno (a la que cabía aplicar, por extensión, ciertas normas del CC sobre copropiedad, y otras de la Ley sobre Propiedad Horizontal); sobre usucapión ordinaria de servidumbres (continuas y aparentes, por extensión del art. 1957, a la vista de los arts. 537 y 1959 CC); sobre la constitucionalidad de las parejas de hecho, o del matrimonio «homosexual,» mediante una interpretación extensiva de los artículos 39 y 32.1 CE, respectivamente; o sobre construcción extralimitada, en que se aplica extensivamente, según cada caso, el artículo 360 o el 361 *in fine* CC. En todos ellos, como se comprueba, la norma que se extiende en su aplicación, no sale de su ámbito material, o institucional: las normas sobre copropiedad y sobre propiedad horizontal se mantienen dentro de su natural ámbito aplicativo, aunque referidas a un tipo especial de comunidad inmobiliaria compleja y funcional (no para ser aplicadas, por ejemplo, a una cotitularidad obligacional); el 1957 CC queda referido a la usucapión (no a la extintiva, por ejemplo), de derechos reales (no de cualquier otra situación que pudiera ser usucapible, como, a bote pronto, se me ocurre que pudiera ser un título nobiliario); el 32 CE permanece dentro de la institución matrimonial, y el 39 CE dentro de la familiar; y, por último, aquellos artículos 360 y 361 CC se aplican dentro de la accesión inmobiliaria, con la singularidad de que en el caso, al que aquellas normas se extienden, se construye en suelo en parte propio y en parte ajeno.

Los casos de analogía quedan pospuestos, para cuando, a continuación, se vea la *eadem ratio* necesaria para su aplicación.

Incluso algunos casos que jurisprudencialmente han sido estimados como de analogía, creo que encajan y se explican mejor en la interpretación extensiva:

Así, por ejemplo, la STS de 10 mayo 1996 vino a aplicar a las federaciones deportivas una norma sobre clubs deportivos, que imponía un plazo de caducidad de 40 días para impugnar acuerdos adoptados por la Junta directiva. En cambio, la STS de 30 septiembre 1997 consideró inaplicable los artículos 16 y 17 LPH a una comunidad de titulares de puestos de atraque en un puerto, por no tener nada que ver con la comunidad de la LPH.

Otro caso, más reciente, es el de la STS de 21 noviembre 2000: tras afirmar la similitud existente entre la ejecución pignoratícia ante notario, del artículo 1872 CC, y la ejecución (judicial o no), en subasta pública, ya sea en general (*ex* arts. 1482-1518 LEC-1881), ya sean las particulares sobre prendas no posesorias o sobre hipotecas (LHM y arts. 129-135 LH), entiende el TS que cabe aplicar por analogía *iuris* dicha normativa en general (y por analogía *legis* los arts. 87 y 94 LHM). Al final, sin embargo, al tratarse el caso en particular de que el artículo 1872 CC no previera nada sobre anuncios y otros detalles de la subasta, el TS aplicó por analogía, en concreto, los artículos 1488.1.º LEC-1881 y 92.4.ª LHM. Tal vez el salto lógico, y por tanto, el recurso a la analogía quede explicado por aplicar normas de ejecución judicial a una ejecución extrajudicial (como pudiera resultar, por ejemplo, aplicar normas de la LEC en materia de arbitraje); pero no parece admisible hablar de analogía entre normas que se refieren a la prenda con o sin desplaza-

miento posesorio, cuando, precisamente, las normas en cuestión no atiendan particularmente a tal rasgo distintivo entre dos subespecies de prenda.

Más claro me parece, sin salirnos del mundo de las garantías reales, el caso de la STS de 22 diciembre 1988 cuando aplica la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 CC, referido expresamente a prendas e hipotecas (y a la anticresis *ex art.* 1884 CC), a un caso de compraventa con pacto de retro en garantía de la devolución del préstamo. Aunque extendida a un caso no expresamente contemplado, permanece aquella norma dentro de su natural ámbito normativo: el de las garantías reales.

Y más evidente aún, el supuesto de la STS de 6 mayo 1994 al aplicar por analogía –dice– el artículo 1463 CC, sobre la *traditio brevi manu* de bienes muebles, a la compraventa de bienes inmuebles. En cambio, creo que cabría extender, por verdadera analogía, tal norma, u otras circundantes a la misma que regulen la *traditio*, si se tratara de aplicarla a cualquier otro contrato, diverso de la compraventa, pero igualmente transmisivo de la propiedad, o de cualquier otro derecho real.

Otro supuesto de interpretación extensiva, según creo, podría ser el de aplicar el artículo 1380 CC a la comunidad pos-ganancial, cuando, aun disuelto el propio matrimonio, el ex-cónyuge sigue disponiendo de los bienes como si fuesen gananciales (así, las SSTS de 26 abril 1997, 11 mayo 2000, y 28 mayo 2004). Determinar en sí la naturaleza y el régimen de la comunidad pos-ganancial es ya cuestión enjundiosa, pero no me parece demasiado arriesgado creer que aquella aplicación, más que por analogía, lo es por extensión –por prolongación en el tiempo– de una norma a una comunidad ganancial, que aunque disuelta aún no ha sido liquidada.

Resta un último caso, muy significativo, y recentísimo: aunque (como hemos ya advertido antes, y volveremos a indicar luego), nuestra jurisprudencia niega la analogía entre el matrimonio y las parejas de hecho, hace poco, en efecto, ha venido a formarse doctrina jurisprudencial aplicando –en esta ocasión y para esta cuestión sí– por analogía el artículo 96.I CC al caso de pareja de hecho rota con hijos comunes, permitiendo mediante la aplicación por analogía de aquella norma que el conviviente no titular de la vivienda a quien se asigna la guarda de los hijos permanezca en aquel inmueble por tal razón. Así lo han resuelto las SSTS de 1 y de 14 de abril de 2011. El resultado al que llega esta jurisprudencia nos parece correcto, justo, pero no lo parece tanto en la herramienta hermenéutica que emplea. Si, como dicen tales SSTS, se impone ya hoy la igualdad de trato y la no discriminación por razón de filiación, entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales (cfr., entre otros, los arts. 14, 39 CE y 108 CC), ¿por qué se habla de una aplicación «*por analogía*» del artículo 96.I CC? Más bien se trata de una aplicación directa de dicha norma, que no se aplica por analogía (a lo más, por interpretación extensiva), sino directamente habida cuenta de que entre aquellas dos clases de filiación no hay semejanza o analogía, sino plena equiparación e identidad en su régimen. El hecho de que el artículo 96 CC, literalmente y por su

ubicación, se refiera a los «cónyuges», no impide que su contenido normativo se extienda por lógica a las uniones de hecho, no porque en esta cuestión éstas se equiparen a las parejas casadas, sino porque éstas son consideradas en aquella norma del artículo 96 CC, especialmente en su primer párrafo (frente a su párrafo tercero), no como tales uniones en sí, en su relación interna como pareja, sino como progenitores, como padres del hijo cuyo hogar y régimen de guarda y visitas se ha de fijar. De ahí que el párrafo primero pueda ser aplicable a las parejas de hecho, con hijos comunes, y nunca les resulte de aplicación el párrafo tercero de dicha norma. Con ello, no hay un salto lógico e institucional de la norma, como sería lo propio tratándose de la analogía; la norma no sale de su natural ámbito normativo (el de la crisis matrimonial) para ser aplicada a otra «institución» (la de las parejas de hecho), sino que permanece en el suyo propio (el de la atribución de la vivienda a los hijos, tras la crisis de sus padres), para extenderse por lógica (la de protección de los menores que impone la Constitución) a todos los hijos (con independencia de que los progenitores estén o no casados). Con esta «matización», que a primera vista pudiera parecer una mera sutileza técnica, se elude el posible escollo de querer aplicar por analogía el artículo 96.I CC, que al limitar la libertad de ejercicio de la propiedad del cónyuge titular de la vivienda podría ser una norma excepcional (*ex* art. 4.2 CC, como advertía hace tiempo Bello Janeiro⁹³, precisamente para negar la aplicación analógica del art. 96 CC); cuestión esta última a la que se volverá al final del trabajo.

No obstante lo dicho, cuando en nuestro ordenamiento se da entrada con alcance general a la analogía, en el artículo 4 del CC, tras la reforma de su Título Preliminar en 1974, se dirá en el Preámbulo de la misma: «La formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del derecho. No ocurre otro tanto con las llamadas lagunas de la ley, que pueden darse, siendo el medio idóneo y más inmediato de salvarlas la investigación analógica. Ésta no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible, por consideraciones de identidad o de similitud, al supuesto no previsto».

Parece, pues, al principio tener cierto miedo al vacío, pareciendo que niega la existencia misma de lagunas –que hemos llamado institucionales, para sólo admitir que las hay casuísticas. Es solo apariencia. Lo que en realidad niega es la existencia de lagunas jurídicas, en contra de la plenitud que suele referirse al Derecho (*cfr.*, art. 1.7 CC), para sólo admitir lagunas en las normas. Otra

⁹³ En *El precario. Estudio teórico práctico*, Granada, 1997, p. 69.

cuestión, más criticable, es la explicación que en ella se hace del método analógico. Veámoslo.

3.3 La mayor exigencia de similitud lógica en la analogía, que en la interpretación lógica extensiva; *similis ratio* y *eadem ratio*: una relectura sobre la semejanza de casos, o de instituciones, y la identidad de razón entre ellos

Si un caso no previsto expresa y directamente en la norma, puede, sin embargo, resolverse por extensión de dicha norma por ser aquél un supuesto perteneciente a la misma materia, o institución, que regula dicha norma, ello presupone (o supone tras una interpretación –en este caso– de los hechos) la semejanza o similitud entre el caso contemplado y el caso no previsto expresamente en la norma. Sólo habrá que ver, para extender la norma, que haya identidad de razón, esto es, que la razón porque la ley ha resuelto el caso que prevé sea idéntica a la razón por la que resolvería de igual modo el caso no previsto.

En la analogía, en cambio, donde no hay mera dilatación lógica de la norma, sino que ésta da un salto lógico de una materia a otra, de una institución a otra, no cabe presuponer nada:

Primero, habrá que ver si hay semejanza o similitud lógica, racional, entre las materias, entre las instituciones (entre aquella cuya regulación se pretende extender por analogía y la otra a que se pretende hacer tal extensión). Para ello puede ser útil la conexión –lógica también– entre género y especie. Vallet de Goytisolo⁹⁴, basándose en aquella distinción que defiende Bobbio⁹⁵, entre los casos de ambigüedad o imprecisión de la norma (que se resuelven mediante la interpretación extensiva), y los de imprevisión, en cuyo caso el intérprete ha de hallar (mediante la analogía) la norma reguladora de otra especie, diversa de la imprevista, entiende Vallet que mientras «la interpretación extensiva opera dentro de la misma especie, la analogía alcanza un *genus* que puede comprender otras *species*» (*sic*). Tal vez el problema sea en cada caso determinar (interpretar, siempre como problema previo al de integración), el género que se haya de tomar como referencia para la comparación

⁹⁴ En p. 1076, nota 114.

⁹⁵ En GI, 1968, p. 698, donde literalmente dice: «l'interpretazione estensiva opera quando l'interprete si trova di fronte ad un'espressione ambigua o imprecisa, che é suscettibile di essere intesa in un senso piú largo e in un senso piú stretto, e adota nel caso specifico il primo; l'analogia opera in una situazione completamente diversa, cioè quando l'espressione della norma, che funge da premessa del ragionamento, é, sì, chiara, ma é insieme tanto specifica da non poter essere estesa senza arbitrio a casi diversi, e proprio in ragione della sua specificità viene considerata come denotante la *species* di un *genus* che comprende altre *species*».

de especies. Como sucede con la idea misma de materia, o institución, que se viene utilizando.

De existir tal semejanza entre materias, entre instituciones, ya habrá que ver entonces, en segundo lugar, que exista aquella *eadem ratio –legis–* que justifique la aplicación de la norma prevista para un caso material a otro caso material o institucionalmente diverso pero similar.

En ello, pues, se muestra impreciso el Preámbulo de la reforma hecha al Título Preliminar del CC en 1974, cuando entiende aplicable la analogía «si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible, por consideraciones de identidad o de similitud, al supuesto no previsto». Aunque parezca emplearlos como términos sinónimos, o –peor aún– como disyuntivos, una cosa es la «*similitud*» (o semejanza) entre los casos, entre las materias, y otra la «*identidad*» en la razón de los casos particulares en comparación (el previsto normativamente, y el carente de previsión legal expresa y directa). Conjugados ambos, habrá analogía cuando haya semejanza de casos por identidad de su razón⁹⁶ (siendo insuficiente la similitud en dicha razón, como excesivo sería exigir la identidad de casos, pues no habría entonces laguna que colmar, al tratarse del mismo caso regulado en la misma ley). Más acertada, por fortuna, se muestra la letra de la ley, el artículo 4.1 CC, al decir: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante –dice– entre los que se aprecie –termina diciendo– identidad de razón».

Al respecto, interesa la siguiente reflexión de Larenz⁹⁷, sobre las lagunas manifiestas (las nuestras institucionales), integrables también en su tesis mediante la analogía: «El que dos hechos sean “similares” entre sí, quiere decir que concuerdan en algunos aspectos, pero no en otros. Si concordaran absolutamente en todos los aspectos que han de entrar en consideración, entonces serían “iguales”. Por tanto, los supuestos de hecho no deben ser absolutamente iguales ni desiguales entre sí; pero tienen que concordar precisamente en los aspectos decisivos para la valoración jurídica. Si éste es o no el caso, puede determinarse, no sólo con ayuda de las categorías lógicas de “identidad” o “no identidad”, sino que requiere, ante todo, poner en claro los aspectos decisivos de la valoración expresada en la regulación legal», añadiendo luego, que «para conocer qué elementos del supuesto de hecho legalmente regulado

⁹⁶ Como decía DE CASTRO (p. 480), «la analogía no se funda en la mera semejanza, sino en la *ratio* de la semejanza. La analogía no supone –aunque otra cosa parezca– pasar de lo particular a lo particular, sino que es preciso subir al principio general que comprende a un particular para saber si puede también comprender este otro caso».

⁹⁷ En pp. 374 y 375.

son importantes para la valoración legal y por qué lo son, es preciso retornar a los fines fundamentales de la regulación legal, a la *ratio legis*. Y finalmente dirá: «A ello hay que añadir la constatación positiva de que el hecho enjuiciable iguala en todos sus aspectos al legalmente regulado, así como la constatación negativa de que las diferencias que quedan no son de tal índole que excluyan aquí la valoración legal».

Es una distinción, entre similitud e identidad, ya gestada entre los clásicos, aun con diversas expresiones (que si semejanza, similitud, identidad, paridad, igualdad)⁹⁸. Así hasta culminar con aquella celeberrima frase atribuida a Aculciato: «*ubi eadem est ratio, ibi eadem juris dispositio esse debet*».

De entre ellos, de nuevo me parecen suficientes las explicaciones que al respecto nos daba, prácticamente un siglo después de aquella formulación, Suárez⁹⁹, quien, ante todo, defiende¹⁰⁰ la «diferencia entre igualdad e identidad de la razón. Llamo igualdad de la razón cuando, aunque las razones sean distintas, son comparables entre sí, como son vgr. las razones de amistad y de gratitud, que son distintas entre sí, pero que pueden equipararse y ser tenidas por moralmente iguales. En cambio, llamo identidad cuando en materias distintas se da una misma razón, vgr. la de fomentar la piedad o evitar el mal. Esta distinción la tocan los juristas –como Baldo, Tiraqueau, ... y otro más que menciona–, y a la igualdad la llaman semejanza de razón, a la otra identidad... Esto supuesto, juzgo –primeramente– que sola la semejanza de la razón por equiparación o equivalencia pero sin identidad, no basta para que la obligación de la ley se amplíe de un caso a otro semejante». En ello insistirá luego¹⁰¹: «Digo, pues, que, por sola la semejanza o igualdad –que él llama– de la razón, ninguna ley alcanza a los casos omitidos o de ninguna manera comprendidos en el significado de las palabras de la ley, y eso aunque acerca de esos casos nada hayan dispuesto otras leyes». En cambio, distinguiendo a continuación¹⁰², entre la interpretación –que llama– comprensiva y la puramente extensiva, tras entender que «la interpretación o ampliación comprensiva es cuando por ella se declara que tal caso o persona entró en la mente del legislador aunque éste no lo dijera expresamente», añade: «Mente o interpretación puramente extensiva se llama aquella por la que el alcance de la disposición de la ley se amplía a un caso que no entró en la mente del legislador, y eso por la semejanza o igualdad de razón».

⁹⁸ Que, por ejemplo, pueden verse en la monografía de BOBBIO (p. 32 ss).

⁹⁹ En pp. 635-640, de las que en texto solo reproduzco algunos pasajes.

¹⁰⁰ En p. 635.

¹⁰¹ En p. 637.

¹⁰² En la misma p. 637.

Veámoslo, ahora también con algunos ejemplos, en los que hay, o no, analogía, pues en donde hay interpretación extensiva (con su correlativa restricción), ya fueron vistos arriba¹⁰³.

En mis últimos comentarios jurisprudenciales ha sido tema recurrente negar la analogía en casos aparentemente similares: una, la habida, según doctrina, entre la hipoteca (por deuda ajena) y la fianza, y otra, la habida, según la propia jurisprudencia, entre el usufructo y el arrendamiento. En tales comparaciones institucionales hay, desde luego, rasgos comunes (en el primero, la presencia de garantías accesorias de una deuda ajena, y, en el segundo, dos derechos de goce recayentes sobre una cosa de propiedad ajena). Pero en ambas hay un rasgo diferencial radical, que impide la analogía, que impide ver siquiera aquella similitud de casos (materias, o instituciones), a que antes me referí como primer requisito comparativo para su recurso: la antagónica naturaleza jurídica que existe entre aquellas instituciones o figuras. Ciertas son sus coincidencias, pero no para ver en aquellas figuras las especies de un mismo género (como pudieran ser la garantía de un crédito, en el primer caso, o los derechos de goce, en el segundo). El género es otro: la hipoteca pertenece al género de las garantías reales y la fianza al de las garantías personales; o bien son (hipoteca y fianza) las especies de diversos subgéneros (las garantías reales y las personales), de un mismo género (que, ahora sí, sería la garantía del crédito); el usufructo pertenece al subgénero de los derechos reales, y el arrendamiento al de los derechos de crédito, dentro del género de los derechos patrimoniales. Pero por encima de tal parentesco, que, como se ve, no es directo (o «colateral de segundo grado», como exige la relación género-especie), destacan las diferencias, que son tan radicales: ahí están, por ejemplo, la inmediatez de poder *in re*, o en su caso la sujeción real, de unos (como sucede con el usufructo, o con la hipoteca) frente a la mediatividad y falta de inherencia real de otros (como la del arrendamiento, la fianza), la absolutividad de unos frente a la relatividad de otros en su eficacia,... datos distintivos éstos que se fundamentan, precisamente, en la diversa naturaleza jurídica de unos y otros y que justifican, a su vez, su diverso régimen jurídico (en cuanto a su adquisición, transmisión, extinción,...). Cada especie, dentro del género, con su propio régimen. Desde luego, hay en tales casos un género superior (los derechos patrimoniales en ambas comparaciones), que precisamente sirve para resaltar la comparación, la confrontación, no la similitud, que entre sus diversas especies existe. Hay para quien en esas comparaciones hay analogía por haber en ellas una simple diferencia de medida, al ver en las figuras cotejadas las ramas de un mismo tronco. Sí, del mismo tronco o género –supremo– por ser derechos patrimoniales, pero especies y ramas distintas, de diversa naturaleza y, por ende, de diverso régimen como lo son los derechos reales y los personales. ¿Por qué confundir, o unir, dos derechos netamente distintos? ¿Acaso también sólo existe una simple diferencia de

¹⁰³ En el epígrafe V.1 (y también en subepígrafes 2 y 3.2, del mismo ap. V), al apreciar la posibilidad de una interpretación extensiva no sólo basada en la analogía.

medida y, por ende, son confundibles o fusionables en su naturaleza y régimen, los derechos reales y los de crédito? Hay que precisar, concretar el género, lo más cercano posible a la especie, como si de las ramas de un mismo árbol se tratara (o de aquel grado de parentesco a que antes, metafóricamente, me referí). De lo contrario, siempre habría, más o menos remotamente, un género común que obligue siempre a la aplicación por analogía, de modo tan similar como sería emparentar a toda la humanidad a partir de Adán y Eva. No basta, al menos para la analogía, con un género tan genérico.

¿Acaso no habría también un género –remoto– común, por citar algún otro ejemplo, aunque por lo general rechazado, entre las parejas de hecho y el matrimonio, como sería el compromiso familiar de la unión? La práctica unanimitad de la doctrina y de la jurisprudencia, tanto del TC como del TS (véase, por todas, la unificadora STS de 12 septiembre 2005¹⁰⁴), niega que haya analogía entre el matrimonio y las uniones de hecho y que, por tanto, deban equipararse en sus efectos, a pesar de que la comunidad de vida de sus componentes, que forman por ello una familia, sea nota común en ambas. Pero es la solemnidad y formalidad de la unión matrimonial, en su constitución y en su ruptura, expresión de un compromiso no sólo moral, sino también jurídico, vinculante entre los esposos, la que falta, por su naturaleza, en las parejas no casadas, caracterizadas por su libertad en su creación y disolución, lo que, a la postre, impide la identidad de razón entre ambos tipos de uniones y, por ende, la aplicación analógica a las parejas de hecho de las normas del matrimonio.

En todos los supuestos citados, a la falta de semejanza entre las materias o instituciones, se une también la falta de *eadem ratio* en el particular caso conflictivo que se plantea. Como síntesis, cabría destacar los siguientes ejemplos:

En el caso de las parejas de hecho, uno de los problemas que (según vimos arriba) se plantea es el perjuicio económico que puede provocar su ruptura para uno de los convivientes. De producirse, en efecto, no cabría aplicar por analogía el artículo 97 CC (como, sin embargo, hicieron las SSTS de 5 julio 2001 y 16 julio 2002), sobre pensión compensatoria, sino más bien, por aplicación supletoria *ex* artículo 1.4 CC, o por analogía *iuris* si se quiere, el principio del enriquecimiento injusto, sin causa o torticero, deducible, entre otros, del artículo 1901 CC. O tal vez, en tanto se den las circunstancias, cabría aplicar, directamente (no por analogía), el artículo 1902 CC, sobre responsabilidad por daños. Porque, en ambos casos, como sucede en el de la ruptura de la pareja, se trata de resarcir al conviviente de hecho que tras la separación observa un perjuicio económico ya producido, otorgándole una indemnización por el servicio, por el trabajo o por el dinero que gratuitamente –o en menor medida que lo retribuido– ha prestado –o sacrificado por no obtenerlo– durante la convivencia en el trabajo del otro conviviente, en el hogar (en las tareas

¹⁰⁴ A la que ya seguirán otras, como las de 5 diciembre 2005, 30 octubre 2008,...

domésticas) o en el cuidado de los hijos de ambos o de éste. La *ratio*, en cambio, del artículo 97 CC, sobre pensión compensatoria, no es esa: precisamente por haber existido un compromiso jurídico, no solo moral, fundado en una esperanza de vida en común para el futuro, su objetivo es compensar (no resarcir), el desequilibrio que desde la crisis matrimonial, para el futuro inmediato (no por un daño ya producido), va a suponer para uno de los esposos dicha ruptura matrimonial.

Del mismo modo sucede en los otros casos indicados: en la hipoteca por deuda ajena, se podrían indicar muchos supuestos (casi tantos como normas regulan la fianza y pretenden aplicarse por analogía a aquella hipoteca), pero habiendo antes recordado las normas inaplicables, que lo son por su innecesariedad o por su incompatibilidad, sólo voy a destacar ahora un considerable número de normas referidas a la fianza que lo son por su excepcionalidad (vgr., arts. 1830 a 1834, 1843 y 1851 a 1853 CC)¹⁰⁵. Tal excepcionalidad impide de suyo la analogía (art. 4.2 CC, según habrá que recordar luego), pero lo que quiero aquí es destacar su razón singular, que nada tiene que ver con la razón de la hipoteca por deuda ajena: tales normas se explican por el llamado *favor fideiusorisoris*, que a su vez se justifica, no tanto por la accesoriedad de la fianza, al menos aisladamente considerada, sino más bien por la naturaleza jurídica de lo accesorio, la fianza, por ser ésta garantía personal, más comprometedora que la hipoteca, o que cualquier otra garantía real, en tanto supone mayor «sacrificio» para el fiador, que no se limita a vincular un bien propio en garantía del pago de una deuda ajena, sino que él mismo se convierte en deudor, aunque accesorio, y responde, como cualquier deudor, con todo su patrimonio. De ahí que, al ser deudor y responsable, el llamado *favor fidejussoris* no sea más que un trasunto para la fianza del más general *favor debitoris*. A ello probablemente se sume, como su fundamento, el viejo dicho popular aún hoy empleado de «*fiá y pagarás*». Por el contrario, el tercero hipotecante, que se «sacrifica» menos que el fiador, no merece ese trato de favor. Resultaría incluso *contra naturam* aplicar aquellas normas de la fianza al hipotecante que, no en vano, no debe, ni responde *stricto sensu*, y que, en cualquier momento, puede convertirse en auténtico tercero transmitiendo el bien hipotecado. Un trato de favor trasladable del fiador al tercero hipotecante, fundado en una especie imaginaria de *favor pigneratoris*, iría en detrimento de la hipoteca, del acreedor y, por ende, del crédito territorial y del tráfico jurídico inmobiliario. No se olvide que el acreedor hipotecario mira a la cosa hipotecada como garantía, importándole poco, o nada, quién sea su dueño.

Faltan, pues, en los supuestos anteriores la semejanza de materias y la identidad de razón legal en los casos particulares para recurrir a la analogía.

Y lo mismo observé recientemente en el otro caso, que resta por ver, relativo al arrendamiento; un caso particular en que la

¹⁰⁵ Dejo sin citar los artículos 1849 y 1975 CC *in fine*, cuya *ratio* y alcance, excepcional o no, resulta debatido.

jurisprudencia ha venido a aplicar por analogía el artículo 515 CC, sobre usufructo: en mi opinión, a la falta de semejanza institucional antes referida (entre el arrendamiento y el usufructo) se añade, en particular, que la *ratio legis* de aquella norma no es trasladable a ningún arrendamiento, al venir justificado precisamente aquel artículo 515 CC, como también el artículo 513.1.º CC, imponiendo así la temporalidad como esencial en todo usufructo (como también la impone el art. 1543 CC en todo arriendo), en la natural gratuidad del usufructo, por tradición de fin asistencial, que se muestra, no sólo disímil, sino incompatible con la esencial onerosidad del arrendamiento (según impone también el art. 1543 CC).

De entre la jurisprudencia de las últimas décadas pueden reseñarse los siguientes casos, en los que unas veces se acepta y en otras se rechaza la analogía:

Uno es el caso, ya visto, de la STS de 2 enero 1980, que vino a negar la aplicación por analogía del artículo 114.8.ª LAU-1964 a un caso de copropiedad (en que el dueño de un local, destinado a escuela, pretendía usar para los recreos el patio de vecinos), primero, porque el arrendatario y el copropietario son sujetos diversos (pues, como he dicho yo antes, ostentan derechos de parecido contenido, pero de naturaleza y eficacia antagónicas), y, segundo, porque aquella norma de la LAU se refiere a usos escolares exclusivamente del local arrendado, sin extenderse a las zonas no arrendadas.

La STS de 25 octubre 1993 declaró inaplicable el artículo 1473 CC a un caso en que se habían realizado sucesivas donaciones¹⁰⁶ de un mismo inmueble (el panteón de un cementerio, en el caso), porque presuponiendo tal norma, conforme al artículo 609 CC, título y entrega para adquirir la propiedad, resulta inaplicable a aquella y a cualquier donación, donde nunca hay modo. De ahí que el artículo 1473 CC resuelva un conflicto que, en realidad, no puede darse en la donación.

Otro ejemplo es el de la STS de 18 mayo 2006 que estima inaplicable el retracto arrendaticio tras haber sido adjudicado el piso a uno de los cónyuges arrendadores tras la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, alegando, entre otras razones (que ahora no importan), que la norma que concede aquel retracto no piensa en cualquier transmisión (lo que sería un género lejano, demasiado genérico), sino en aquella que sea onerosa (es ahí donde se halla el género para asimilar especies de casos), lo que no sucede en el presente supuesto, que lo es de adjudicación, cuando además el cónyuge ya era antes de aquella liquidación en parte dueño del piso alquilado, que era ganancial. Dicho pronunciamiento viene en cierto modo a coincidir con la posición ya adoptada tiempo antes por la STS de 6 febrero 1991 al destacar la diferencia que existe entre la disolución de una sociedad (en general) con lo que podría

¹⁰⁶ Aunque ni siquiera la última donación era válida, al no haberse escriturado, conforme exige el artículo 633 CC.

ser la venta, dación o división de una cosa común, y que impide aplicar por analogía el retracto arrendaticio (previsto, por entonces, en el art. 47 LAU-964), a aquel supuesto.

Otro caso (también arriba ya mencionado), se contiene en la STS 2 junio 2009, que se niega a aplicar por analogía el artículo 1504 CC, sobre compraventa, a un caso de opción de compra al no ser la opción un contrato, sino precontrato o mera promesa de contrato, a decidir unilateralmente por el optante dentro del plazo de caducidad convencionalmente pactado.

Formando jurisprudencia, las SSTS de 30 junio 2009 y 1 junio 2010 niegan que haya parecido alguno entre el exceso de edificabilidad y el exceso de cabida que justifique en aquel caso la aplicación de los artículos 1469 y 1470 CC.

Otro supuesto (también visto en otra ocasión), es el resuelto por la STS de 7 octubre 2010 al declarar inaplicable la normativa protectora sobre consumidores (sobre todo, la relativa a la responsabilidad por productos defectuosos) a un caso de contrato de distribución (en que se pretendía como indemnización la restitución de unas sanciones administrativas que hubieron de pagarse, y unos lucros cesantes); en general, niega la analogía aquella STS porque en aquel contrato –de distribución– la relación se establece entre profesionales (no una relación de consumo), esto es, entre iguales, donde, por tanto, debe regir ante todo la libertad de pacto; y, en particular, porque los daños reclamados no encontraban encaje (identidad de razón, digo yo), en los previstos por aquella normativa. Similar es el caso, anterior en el tiempo, de la STS de 13 octubre 1998 cuando se muestra contraria a que la normativa proteccionista de las viviendas de protección oficial sea aplicable al resto de viviendas, como el recurrente pretendía en el caso.

Se nos podría objetar, a la vista de todos los casos mencionados, que con tanta exigencia de semejanza e identidad lógicas difícilísimo resultará acudir alguna vez a la analogía. En buena parte, de eso se trata; no en vano, la analogía se erige en último recurso integrador, después del derecho supletorio (cfr. el ap. 3 del propio art. 4 CC)¹⁰⁷ y del sistema de fuentes (art. 1 CC), como mecanismo que permite la aplicación, precisamente, de los principios generales del Derecho (art. 1.4 CC), así como la equidad, en cuanto aplicadora del principio de justicia al caso concreto, también colma lagunas (cuya existencia ya prevea el legislador; cfr., art. 3.2 CC). Y ahí va otra de mis tantas tautologías, y lugares comunes: en esta ocasión sobre la conexión entre principios generales del Derecho y analogía (y equidad), que tal vez pueda resolverse, al menos a nuestra conveniencia, entendiendo la analogía (especialmente, si se trata de la analogía *juris*) como vehículo o instrumento aplicativo

¹⁰⁷ En el propio Preámbulo de la reforma hecha en 1974 del Título Preliminar del CC, se decía: «Más allá de la actividad propiamente interpretativa, en la zona de la investigación integradora, figuran la analogía y el derecho supletorio». Y tras referirse a la analogía, se dirá: «El otro procedimiento integrador está constituido por el derecho supletorio, función que, siguiendo la línea del anterior artículo 16, corresponde al Código civil, exponente todavía –¡ojalá!– de los principales rasgos caracterizadores del derecho común como lo prueba el propio contenido del título preliminar».

de aquellos principios (del mismo modo en que la equidad aplica el principio de justicia en particular al caso concreto).

Pero que sea difícil no significa que sea imposible el recurso a la analogía, como tampoco lo es el recurso a la equidad. De mi propia experiencia puedo poner el caso de la multipropiedad, configurada como tal, antes de que se aprobara la Ley de aprovechamiento por turno antes referida. En particular, en aquella ocasión mi trabajo se centraba más en el aspecto registral de la figura, y defendí yo entonces, con otros, una especie de sistema registral piramidal de folios registrales (que incluso permitiera abrir folio propio a cada turno), fundándome en la aplicación por analogía de los artículos 8.5 RH, 66 y 68 RH; una propuesta, ya hecha de *lege lata*, que se haría expresa en los artículos 6.1.II y 14.1 LAT¹⁰⁸. La aplicación analógica de aquellos preceptos de la normativa hipotecaria no sólo respondía a que en ellos se contemplaran o presupusiesen situaciones inmobiliarias complejas de cotitularidad más o menos afines a la multipropiedad, sino también a idénticas razones, más particulares, de claridad, material y registral: de un lado, a la existencia de una pluralidad de objetos, los derechos-turno, susceptibles de disposición y negociación separada e individual, que podían ser gravados o transmitidos por sí solos y con independencia de los demás derechos-turno. Y de otro lado, respondía aquella aplicación analógica a la propia viabilidad registral, a la necesaria agilidad y descongestión del Registro de la Propiedad, tanto en su llevanza por parte del Registrador, como en su consulta por parte de cualquiera que estuviere interesado en conocer el historial jurídico de cada derecho-turno.

Otros ejemplos hay de aplicación por analogía en la jurisprudencia (aparte de aquel –del que discrepo– sobre arrendamiento y usufructo, en varias ocasiones referido, y de los supuestos, antes vistos también¹⁰⁹, que la jurisprudencia califica como de analogía y yo de interpretación extensiva: como la aplicación del art. 1380 CC a la comunidad pos-ganancial,...):

Entre esos últimos, recuérdese el caso de la STS de 21 noviembre 2000: tras afirmar la similitud existente entre la ejecución pignoratícia ante notario, del artículo 1872 CC, y la ejecución (judicial o no), en subasta pública, ya sea en general (ex arts. 1482-1518 LEC-1881), ya sean las particulares sobre prendas no posesorias o sobre hipotecas (LHM y arts. 129-135 LH), entiende que cabe aplicar por analogía *iuris* dicha normativa en general (y por analogía *legis* los arts. 87 y 94 LHM). Al final, sin embargo, al consistir el problema concreto que se suscitaba en la imprevisión del artícu-

¹⁰⁸ Disponía, en efecto, el artículo 6.1.II LAT: «Si al inscribir el régimen en el Registro mediante la escritura reguladora no constaren como fincas registrales independientes los distintos alojamientos destinados a aprovechamiento por turno, el registrador les abrirá folio, aunque en la escritura no se haga división horizontal del inmueble». Y añadirá en su artículo 14.1: «La adquisición y transmisión de derechos de aprovechamiento por turno podrá inscribirse en el Registro de la propiedad, para lo que el contrato deberá elevarse a escritura pública y el registrador abrir folio al turno cuyo derecho de aprovechamiento sea objeto de transmisión, quedando siempre a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

¹⁰⁹ En el subepígrafe 3.2, del presente apartado V.

lo 1872 CC acerca de los anuncios y otros detalles de la subasta, el TS aplicó por analogía los artículos 1488.1.º LEC-1881 y 92.4.ª LHM, en particular. Tal vez el salto lógico, y por tanto, el recurso a la analogía quede explicado por aplicar normas de ejecución judicial a una ejecución extrajudicial (como pudiera resultar, por ejemplo, en el caso de aplicar normas de la LEC en materia de arbitraje); pero no parece admisible hablar de analogía entre normas que se refieren a la prenda con o sin desplazamiento posesorio, cuando, precisamente, las normas en cuestión no atiendan particularmente a tal rasgo distintivo entre dos subespecies de prenda.

Más claro, a mi consideración, resulta el caso de la STS de 13 mayo 1983 al aplicar las reglas sobre saneamiento por evicción en la compraventa a la dación en pago, por ser también ésta, dice, «una transmisión onerosa»; y también aplica a la dación en pago el art. 1532 CC sobre cesión del crédito, pues en ambos casos hay *datio*, como pago similar a la venta y a la novación por cambio de objeto, advirtiendo que si dicha norma no resulta aplicable a la compraventa es porque ésta dispone de normativa propia específica al respecto (arts. 1475 y 1479 CC).

Por su parte, la STS de 13 abril 1992, y en buena parte la RDGRyN de 1 abril 1993, han venido a aplicar diversas normas relativas al mandato o a la tutela (vgr., arts. 244.4.º en relación con el 247, o el 271.2.º CC), al cargo de albacea.

Otro supuesto, más reciente, se aprecia en la STS de 20 julio 2001, que considera aplicables los artículos 1303, 1307 y 1308 CC al caso de resolución del contrato al amparo del artículo 1124 CC: en él se prevé la posibilidad de indemnización por daños producidos, como en aquél (*eadem ratio*), y se refiere a una especie de ineficacia, la resolución contractual como ineficacia sobrevenida, semejante a la contemplada en aquellas otras normas, referidas a la nulidad del contrato, como ineficacia originaria. De igual modo se podrían haber invocado los artículos 1295 y 1298 CC, sobre rescisión del contrato, o más genéricamente incluso, el artículo 1896 CC, por subyacer, en el fondo de aquella indemnización, la evitación del enriquecimiento injusto (de nuevo, la aplicación de un principio general del Derecho, aplicable *ex artículo 1.4 CC*, o, si se quiere, extraíble por analogía *iuris*).

Extraña resulta la STS de 20 diciembre 2007 que aplica extensivamente por analogía –dice– el artículo 1158 CC a la atribución patrimonial hecha por una persona en evitación del nacimiento de una obligación a cargo de otra.

Y, últimamente, la STS de 15 noviembre 2010 ha aplicado por analogía las normas sobre revocación del mandato (1733 CC) y de la comisión mercantil (art. 279 C.Com), al contrato de mediación o corretaje: aunque, según dice, se trata de un contrato diverso de aquellos otros, en que no puede ser subsumido, se fundamenta el TS en que todos ellos son, por igual, contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos basados en una confianza mutua; de ahí que, de forma idéntica en todos ellos, la revocabilidad unilateral y justificada del mandante, o comitente, sea la regla general (salvo acuerdo o norma específica en contrario).

Defendida, así, la diferencia cuantitativa y cualitativa, de grado y de naturaleza, habida entre la interpretación extensiva y la analogía, queda observar su repercusión práctica. Pues tal distinción, ya se dijo desde un principio, no deviene en estéril jurisprudencia de conceptos.

V. LÍMITES A LA ANALOGÍA (ART. 4.2 CC), Y TAMBIÉN A LA INTERPRETACIÓN LÓGICA EXTENSIVA

1. La necesidad –lógica– de limitación en toda interpretación extensiva

Es ordinario decir que mientras la analogía está sujeta a ciertos límites, al no ser aplicable a cierto tipo de normas (como las penales, las excepcionales y las temporales, según enumera nuestro art. 4.2 CC), la interpretación extensiva, por el contrario, se encuentra libre de tales límites¹¹⁰.

Esta sería, pues, la importancia práctica de la diferenciación, y, a la vez, su riesgo o peligro, pues ha servido en no pocas ocasiones de subterfugio para en casos reales aplicar una norma penal, excepcional, ... a un caso no previsto en ella so pretexto de interpretarla extensivamente, cuando realmente se la aplicaba por analogía, lo que –como se advirtió al inicio– ha llevado a muchos a la negación de la distinción¹¹¹, o a entender aplicables iguales límites tanto a la analogía como a la interpretación extensiva¹¹², lo que no es sino un camino para negar en sí la distinción entre ambas categorías¹¹³. De este modo, como también dije metafóricamente, muerto el perro se acabaría la rabia. Más bien, con otros¹¹⁴, creemos que el verdadero

¹¹⁰ Así, entre otros muchos, BOBBIO (en NssDI, 1957, p. 605; y en GI, 1968, p. 697, haciéndose eco en este último de la peligrosidad de tal relevancia práctica); BOSCARRELLI (p. 168 ss). Y, entre nosotros, CLEMENTE DE DIEGO (p. 376); LAGAZ LACAMBRA (p. 32), advirtiéndolo como algo común en derecho comparado (Alemania, Bélgica, Holanda, ...). También DE CASTRO (p. 479), al explicar la evolución histórica de la analogía, y su distinción de la interpretación extensiva defendida por la Escuela histórica, termina diciendo: «La importancia práctica del concepto, aunque más modestamente, se marca en la distinción entre la interpretación extensiva, aplicable a todas las leyes, y la analogía, que se entiende impropia para el derecho singular e incluso para el particular».

¹¹¹ Por todos, BOBBIO (en su Monografía, pp. 146 y ss.).

¹¹² Así, LARENZ (p. 393). El propio SUÁREZ, aunque parecía (en pp. 632 y 633) limitar la interpretación declarativa lata a las solas leyes favorables, en cambio, refiriéndose (en pp. 637, 643 y 644) a la interpretación comprensiva y a la puramente extensiva, afirmaba su operatividad en las leyes penales, no favorables, y en las correctivas. No obstante, en opinión de CASTRO (en su 1.ª edición, p. 402, nota 6), también permitía Suárez acudir a la analogía en las leyes penales.

¹¹³ Como sucede cuando se dice, con CASTAN (p. 322), y CASTRO (p. 583), que la diferencia, aunque teóricamente existente, no es apreciable en la práctica. ¿Para qué, entonces, preocuparse por hacerla?

¹¹⁴ Como BOSCARRELLI (*Analogía e interpretazione estensiva nel Diritto penale*, Palermo, 1955).

peligro responde a la imprecisión al delimitar la diferenciación, o su negación misma, y que, por esto mismo, hallarla es la labor primordial, a fin de que cuando se trate de analogía no haya extralimitación en su aplicación (cfr., nuestro art. 4.2 CC).

Pero tampoco quiere ello decir que, *a contrario sensu*, la interpretación extensiva sea ilimitada. Tal contraposición es extrema, y la libertad que en ella se otorga a la interpretación puramente extensiva es inadmisibles. No cabe olvidar, al respecto, los diversos estratos jerárquicamente existentes a la hora de ampliar, o de restringir, el sentido de la norma. Recorriéndolos uno a uno, desde abajo, irrelevante es preguntarse por el margen de libertad en el intérprete de la norma si estamos ante la interpretación literal, que es neutra en su resultado (y por eso tan extraña¹¹⁵); y para la interpretación declarativa, sea la estricta o la amplia, tampoco debe haber límites, pues no se sale de la norma, ni de su letra siquiera. Por tanto, aunque se tratara de una ley penal, excepcional, o temporal, dentro del significado propio y civil de sus palabras –que diría nuestro Suárez– cabe cualquier declaración, lata o estricta, que exija dicho sentido.

Pero la interpretación extensiva, como su contraria la restrictiva, sí implica alteración del sentido propio de la norma, debiendo de estar por ello en parte limitada. ¿Con qué alcance? Lógicamente, no puede ser la misma restricción que para la analogía. De ser así, habría, en efecto, que concluir que tal distinción es teórica, e inútil por tanto. Al representar aquélla un estadio inferior de ampliación de la norma, frente a la analogía que se ha emancipado por implicar la mayor ampliación que de una norma pueda hacerse, los límites de la extensiva deben ser menores, a los de la analogía. A mayor poder de ampliación en la norma mayor restricción, o control, en la libertad del intérprete para su recurso. Sería absurdo creer que un hito inferior de ampliación de la ley está sujeto a iguales o a mayores límites que el hito superior, de mayor alcance extensivo, como es la analogía. ¿Acaso cabría imaginar una norma que deba interpretarse restrictivamente y pueda, sin embargo, ser aplicada por analogía? Más lógico es pensar, que a menor alcance extensivo de la norma menores son los límites a tal posible expansión¹¹⁶.

¹¹⁵ «Rara», en expresión de SUAREZ (p. 648), para decir que en tal interpretación no habría límite al ser «una interpretación exacta sin restricción ni ampliación».

¹¹⁶ Sin embargo, LARENZ, refiriéndose a la analogía, tras decir (en p. 389), que «la restricción de una norma, por la vía de su reducción teleológica, va acompañada, a menudo, con la ampliación en el ámbito de aplicación de otra norma», añadió: «A la inversa, la ampliación de una norma legal restrictiva por vía de analogía significa una restricción de la norma por ella restringida que va más allá de la restricción contenida en la ley». Si no entiendo mal, parece admitir que una norma de interpretación restrictiva se pueda aplicar por analogía, lo que de suyo me resulta muy difícil –por no decir imposible– de imaginar.

Que el CC sólo fije los límites de la analogía, y que calle sobre la interpretación extensiva, nada quiere decir. No es un silencio permisivo para ésta, aunque tal vez sea un *mutis* imprudente. En general, el CC calla sobre la interpretación extensiva, como en general nada dice sobre la restrictiva, ni sobre el alcance de la interpretación por su resultado. Sólo habla para referirse al método (art. 3.1 CC). Pero nada significa tal silencio, como tampoco lo significaba, para la analogía, cuando por mucho tiempo no disponíamos de un artículo 4.2 CC, ni siquiera de su ap. 1 (lo que a veces permitió incluso un debate centrado en la propia admisión de la analogía¹¹⁷). Sí la preveían otras normas (como la DT 13 del CC, art. 8 LAU-1964, sobre todo), y el debate, ya por entonces, se centraba más en fijar los límites –lógicos y normativos– para la aplicación analógica (en concretar las leyes que fuesen inhábiles para su extensión analógica), que en el hecho mismo de la conveniencia de tal restricción.

Mutatis mutandis, creo que hoy debe suceder lo mismo con la interpretación extensiva: antes que negar sus límites, o afirmarlos pero igualándolos por completo a los de la analogía negando así la distinción entre ambas, creo que la clave reside en averiguar cuáles sean esos límites de una interpretación, que por estar en un estadio inferior al de la analogía, debe estar menos cercenada.

2. Determinación de los límites en la interpretación extensiva a partir de una interpretación restringida del artículo 4.2 CC

En la búsqueda de los límites que han de respetarse en cualquier interpretación extensiva resultará útil fijarse, al menos, como nuestro único punto de referencia normativo, en el propio artículo 4.2 CC, que fija el máximo de limitación para el máximo interpretativo e integrador, la analogía, por debajo del cual se ha de fijar el alcance de la interpretación extensiva. En su traslado a la interpretación extensiva, que es menos que la analogía, habrá de ser aquel artículo 4.2 CC lógicamente restringido en su alcance. La cuestión, por tanto, queda centrada en determinar el alcance de dicha restricción aplicativa del artículo 4.2 CC en sede de interpretación extensiva.

De Castro¹¹⁸, que no tenía por entonces como apoyo tal norma, tomaba como referencia la regla «favorabilia amplianda, odiosa restringenda», para desde ella «señalar directrices para la interpre-

¹¹⁷ Como, sobre todo, sucedió en Italia, aunque la posición mayoritaria era admitir la analogía salvo que la ley misma la prohibiese (así, BETTI, p.156; CAIANI, en la voz *La analogía*, p. 360).

¹¹⁸ En p. 470.

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

Destacable es la cita del maestro Castro, pues ha servido de modelo a doctrina y jurisprudencia, que, *grosso modo*, aún mantiene tal criterio para fijar el límite entre la interpretación extensiva y la restrictiva.

A los límites de la analogía se refería Castro después, coincidiendo algunos de ellos «casualmente» con los de la interpretación extensiva; pero otros no, sucediendo incluso que algunas de las restricciones que citaba para la interpretación extensiva no encontraban reiteración para la analogía:

«Por su relación con la analogía –decía– podría hacerse una clasificación de las reglas jurídicas del modo siguiente, según que: 1º Refleje un principio de carácter general, extrapositivo; en este caso, el poder expansivo de la regla –por medio de la analogía–, no tendrá más límites que el opuesto por otra regla legal. 2º Esté informada por un principio de carácter general, pero de origen positivo; tiene poder expansivo mediante la analogía, pero limitado al caso de no existencia de costumbre o de principio general aplicable. 3º Se trate de regla especial; el ámbito de su ratio está limitado por su especialidad, no pudiendo exceder de él mediante la analogía, aunque dentro de ese espacio, sí podrá jugar la analogía;... 4º Las reglas que antes se designaban con el carácter de «odiosas», como las sancionadoras y fiscales, las de carácter excepcional, ocasional, creadoras de privilegios en sentido estricto, carecen de principios de carácter general y, por eso, no son aptas para su extensión por analogía».

Por mi parte, aunque orientativos sigan siendo tales elencos, como obediencia a la norma antes que al maestro De Castro (cfr., art. 9.1 CE), partiré de la que ya existe, el artículo 4.2 CC, para desde ella poder coincidir, o no, con él:

2.1. La interpretación extensiva y su permisión, como regla, en las normas excepcionales, salvo que su propia razón singular lo impida

Recordemos que en aquel artículo 4.2 CC se dice que «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos en ellas». Aunque tripartita, posiblemente el género común de tales

—u otras— especies de limitación a la analogía, sea la idea de singularidad, de particularidad de la norma, que bien puede obedecer a razones puramente lógicas, de lógica jurídica, o técnica-jurídica (acordes al procedimiento —analógico— en que se está), o bien a razones de política legislativa (de legalidad y seguridad), que al inicio se advirtió que las había en la analogía¹¹⁹. Sea por una u otra razón —ya se verá— parece que todos esos supuestos legales que enumera nuestro art. 4.2 CC para excluirlos de la analogía se caracterizan por esa común singularidad.

Comienzo, pues, por el límite prototípico, por el caso más genuino de norma singular: el de las leyes «*excepcionales*», en expresión del CC. Para saber de su sentido y de la causa de su exclusión de la analogía, vale como arranque acudir al espíritu de la norma, a la explicación que del artículo 4.2 CC nos dió el propio Preámbulo de la reforma del CC de 1974 en que aquella norma se introdujo: «Las leyes excepcionales, también excluidas —de la analogía—, forman el tradicionalmente llamado “*ius singulare*” que, por constituir una derogación del derecho general para determinadas materias, impide la existencia de lagunas en cuanto lo no expresamente integrado en la norma excepcional queda atenido a la norma general»¹²⁰. O dicho de otro modo: la analogía consiste en la traslación de la razón general contenida en una norma, o en un conjunto de ellas, que por su generalidad pasa a ser aplicada a otra materia, o institución, diversa pero similar de la prevista en aquélla, o en aquel conjunto normativo; imposible será, por tanto, aplicar por analogía una norma que, por ser excepcional, carece, no de razón, naturalmente, pero sí de razón general que la justifique, y que por la generalidad de su razón se permita aquella traslación normativa de una materia a otra, de una institución a otra¹²¹. De darse tal caso, a la materia, o institución, sin normativa expresa que la regule, habrá que aplicarle el principio o razón general que corresponda, que normalmente se hará por analogía —*legis* o *iuris*— de una norma, o pluralidad de normas, que por su generalidad se justifiquen, o por aplicación directa, aunque supletoria, del principio general del Derecho correspondiente (art. 1.4 CC).

¹¹⁹ Y que, tras la CE-1978, encuentran acomodo en los artículos 9.3 y 25.1 CE, con incidencia directa en el artículo 4.2 CC (así advertido desde la STC de 27 junio 1984).

¹²⁰ Ya lo decía la antigua STS de 21 febrero 1900, al negar «que valgan argumentos de analogía, ni el principio de que donde la razón es la misma, idéntica debe ser la regla de derecho contra preceptos legislativos tan claros y terminantes como los que se contienen en los artículos —835 y 839 CC—, y para atribuir á la excepción que es de interpretación estricta, casos que por no estar comprendidos en ella entran de lleno bajo el imperio de la regla general».

¹²¹ Así lo entendió hace tiempo BOSCARRELLI (pp. 41 y ss.).

Ya lo decía hace tiempo Savigny¹²²: «La interpretación por vía de analogía deja de ser aplicable cuando el conjunto que tomamos como punto de partida presenta el carácter de una excepción á la regla, pues en este caso falta una de sus condiciones esenciales, á saber, la ausencia de toda regla... Por la misma razón no es legítima la extensión analógica de los privilegios propiamente dichos, pues en materia semejante tampoco falta la regla. De igual manera nunca debe extenderse un derecho anormal o *jus singulare* más allá de sus límites positivos, porque dicha extensión sería destruida por la regla existente... En efecto, si nos sirviésemos del derecho anormal, no para extender la excepción que consagra, sino para zanjar una cuestión del mismo género todavía indecisa, entonces habría analogía verdadera y no existiría el motivo de la reprobación pronunciada; pero aun en este mismo caso debe buscarse la analogía, no en el *jus singulare*, sino en los principios del derecho normal, en vista de que la interpretación por vía de analogía descansa sobre el encadenamiento interior y necesario del derecho, cosa que falta á, las reglas anormales, trasplantadas al dominio del derecho; y, por consiguiente, no puede atribuírseles la fuerza orgánica y creadora del derecho normal.»

No por excepcionales hay que pensar necesariamente en normas restrictivas, sancionadoras o cativas. Éstas más bien se subsumen en las «leyes penales» a que se refiere el propio artículo 4.2 CC (y que luego se verán). Al contrario, pueden ser normas favorables, protectoras de ciertos sujetos, objetos o de ciertos derechos; vgr., las normas protectoras de fiadores, las normas concedentes de privilegios crediticios, de algún derecho de retención,... –¡y tantos otros ejemplos!–. Aunque beneficiosas para sus destinatarios, resultan singulares, excepcionales, por salvar o excluir para determinados casos (personas o derechos) un principio general del derecho; vgr., el principio de igualdad (entre iguales¹²³ –entre deudores, o entre acreedores, en los casos citados, como es el principio de la *par conditio creditorum*), o la exigencia de heterotutela (de no tomarse la justicia con la propia mano),... –por sólo limitarme a las razones generales salvadas en aquellos privilegios mencionados–.

¹²² En pp. 198 y 199.

¹²³ Por eso no cabe incluir entre las excepcionales, aunque sean especiales por su materia, las normas protectoras de trabajadores, consumidores,... No son estrictos privilegios, pues no se está dando un trato de favor a un sujeto frente a su igual, sino compensando la inicial desigualdad que hay entre ambos (empresario y trabajador, o entre aquél y el usuario). Responde, por tanto, a exigencias de justicia, de tratar por iguales a los iguales y a los desiguales de desigual forma, protegiendo, dentro de esa desigualdad, al más débil (el trabajador, el consumidor,...) frente al más fuerte. De ellas, DE CASTRO (p. 470), decía (recuérdese): «las disposiciones de carácter social, dictadas para proteger a los económicamente más débiles, se entiende que son de carácter imperativo, irrenunciable y de interpretación extensiva». En cambio, aquellas normas verdaderamente excepcionales (citadas en texto), aunque no sean caprichosas (al menos, no deben de serlo), sí otorgan un trato de favor entre iguales (al fiador, aunque deudor, mejor tratado que el deudor afianzado; o al acreedor privilegiado, frente a otros acreedores,...).

A veces la excepcionalidad de la norma no está tanto en su razón, sino en su consecuencia, que puede ser singular, por su contraste con lo que sería la solución general, a pesar de encontrarse fundada en un principio general del derecho. Es, en cualquier caso, un modo, aunque diverso del común, de excepcionar la regla.

Un ejemplo pude constatarlo hace poco, al defender una vez más a nuestra jurisprudencia que se muestra contraria a la analogía entre la hipoteca por deuda ajena y la fianza; se trataba, en aquel caso, de aplicar, o no, por analogía el art. 1852 CC: la STS de 3 febrero 2009 se negó a ello, entre otras razones, por ser dicha norma excepcional, a lo que objetaron algunos¹²⁴ al comentarla que dicha norma se fundamenta en el principio general de la buena fe. Pareciese en ello no advertirse que aunque fundada en una máxima general, como es la buena fe (art. 7.1 CC), o incluso pudiera serlo el no abuso del derecho (art. 7.2 CC), la excepcionalidad del artículo 1852 CC estriba en su resultado, en la medida que impone al acreedor –una carga, nunca presumible, restrictiva de su libertad de actuación sobre sus derechos– y en la consecuencia que sanciona –nunca mejor dicho– para su efectividad: la liberación del fiador como protección de su sola expectativa de subrogación y como sanción al acreedor (frente a la solución general, como pudiera ser la indemnizatoria *ex* arts. 7.2, 1902 CC –o cfr., arts. 1001, 1111, 1937 CC–); lo que, en definitiva, impediría la aplicación por analogía de aquel art. 1852, como igual sucede con tantas otras normas que protegen singularmente al fiador (por fundarse en aquel *favor fideiussoris*, antes recordado, que como tal favor no puede ser extendido por analogía). Así lo advertí, al negar la aplicación por analogía al hipotecante no deudor de los artículos 1843, 1830 y ss, 1851 a 1853 CC, entre otros¹²⁵.

Sin salir de la fianza, entre tales normas destaca también en este sentido el artículo 1851 CC, que también pude tratar en más de una ocasión. En este caso, que la protección del fiador frente a la posible insolvencia sobrevenida del deudor una vez concedida a éste la prórroga sea la verdadera *ratio* del artículo 1851 CC viene justificada por la gestación de dicha norma, al apartase de la solución (de cobertura o relevación, antes que de automática extinción) adoptada por los demás Códigos decimonónicos ante idéntico riesgo: en síntesis, éstos presumían en principio la prórroga como beneficiosa para el fiador, salvo que por ello hubiera riesgo verdadero de insolvencia del deudor, en cuyo caso le quedaría al fiador el recurso a la cobertura (siempre condicionada a la intervención del deudor y a la aquiescencia del acreedor); nuestro CC, por el contrario, parece presumir casi *iuris et de iure* tal riesgo de insolvencia sobrevenida al ver siempre la prórroga como dañina o más onerosa para el fiador, y por eso va mucho más allá que los otros Códigos, pareciéndole poco la posible relevación o cobertura del 1843 CC. De ahí que su excepcionalidad se observe también en su

¹²⁴ Como BERCOVITZ (en CCJC, 2009, n.º 81, pp. 1232-1237).

¹²⁵ Dejo sin citar los artículos 1849 y 1975 CC *in fine*, cuya *ratio* y alcance, excepcional o no, resultan debatidos.

resultado: la liberación automática del fiador (sin necesidad de intervención alguna del acreedor) como protección ante un presumido riesgo, el de insolvencia del deudor, que, en realidad por principio, es la causa-función de la fianza como garantía para el acreedor.

Hay, en cambio, otros casos, en que aun pudiendo considerarse la norma como excepcional, por salvar lo que con alcance general establece otra norma, si tanto la una como la otra están fundadas en su solución en un principio general, no debe haber inconveniente en la posible interpretación extensiva de una u otra según proceda en cada caso:

Y lo explico con un ejemplo, antes ya mencionado, referido a la extensión objetiva de hipoteca regulada en los arts. 109 y ss. LH. Ante todo, creo yo que la regla de la extensión de la hipoteca se funda *in recto* en un rasgo material esencial en todo derecho o carga real, cual su inherencia al dominio que grava, y que sus salvedades (aquellos casos en que no opera la extensión; cfr., sobre todo, el art. 110.1.º LH *in fine*), se explican por los principios registrales de publicidad y especialidad (que impiden aquella extensión automática a agregaciones y nuevas edificaciones en tanto no se hagan las oportunas operaciones registrales de agregación o declaración de obra nueva, *ex arts.* 45 y ss., 208 LH y 308 RH). Siendo esa la razón, general tanto para justificar la extensión como la posible no extensión de la hipoteca, pienso que cabe extender la salvedad, la no extensión de hipoteca, a otros casos que han ido surgiendo en el devenir de los tiempos (produciéndose aquí la extensión del 110.1.º *in fine* por interpretación sociológica), al ampliarse el propio concepto legal de finca registral (vgr., *ex arts.* 8.5, 107.11.º LH, 66 y 68 RH,...), hasta el punto de tener que excluir de la extensión hipotecaria el caso de las elevaciones de edificios, en principio incluido en aquella extensión, en tanto las nuevas plantas, pisos,... formen finca registral independiente de la originariamente hipotecada.

Para todos estos y otros casos de normas excepcionales que pudieran imaginarse, el artículo 4.2 CC declara excluida la analogía, ¿y la interpretación extensiva? Para la común opinión que defiende la distinción entre ambas categorías, la interpretación puramente extensiva quedaría fuera, libre de tal prohibición, como de cualquier otra. En cambio, también los hay que, aun a veces sin abordar si quiera la categórica distinción entre analogía e interpretación extensiva, consideran que ésta no debe operar en las normas excepcionales, al ser éstas de necesaria interpretación restrictiva (o, cuando menos, estricta)¹²⁶. A nuestro juicio, es aquélla y no ésta

¹²⁶ Ya hemos visto, que según CASTRO (p. 470), «las leyes especiales, excepcionales, concesión de privilegios... serán de aplicación preferente, pero de interpretación restrictiva». Lo decía basándose en la jurisprudencia, de entre la cual sobresalen las SSTs de 21 febrero 1900, al decir de «la excepción que es de interpretación estricta»; la de 19 abril 1927, al

la respuesta adecuada, como regla, no exenta de alguna excepción; al modo en que parece preverlo el CC portugués, cuyo artículo 11 dispone: «*As normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva*». En este punto, discrepo, por tanto, con la última opinión del maestro De Castro¹²⁷:

Ante todo, no debe haber objeción en admitir la extensión de una norma excepcional si aquélla se alcanza mediante cualquier mecanismo interpretativo (gramatical, sistemático¹²⁸,...), diverso del lógico interno de la norma excepcional, o si se extrae de la lógica de otra u otras normas, que sean generales en su razón. Pero, ¿y si se trata de una interpretación extensiva exclusiva o preferentemente lógica, fundada en la *similis ratio*, siendo dicha razón singular, por excepcional? Precisamente, según vimos, es la hipótesis de interpretación extensiva verdaderamente confrontable con la analogía, y es, no en vano, en este punto donde se observa la diferencia que hay en su alcance extensivo, o integrador: mientras que las normas excepcionales no son aplicables por analogía, pues ésta consiste en la traslación de la *ratio legis* de una institución a otra institución o materia similar, y en aquellas normas no hay principio o razón general que trasladar, en cambio, por principio no debe haber inconveniente en interpretar extensivamente una norma excepcional, aun cuando se trate de una interpretación exclusivamente lógica, pues ésta, a diferencia de la analogía, sólo implica una dilatación lógica de la norma *ad intra*, una expansión o traslado de la razón –aunque singular– dentro de su mismo ámbito institucional o material propio, natural, o específico (en cuanto dentro de la especie que regula)¹²⁹. Más aún, si

advertir que «según regla de hermenéutica, jurídica, los imperativos legales de carácter especial son de interpretación rigurosa y restringida». Y así, con cierta vehemencia, se puede ver en ROCA I TRÍAS (en Edersa), concluyendo que admitir la interpretación extensiva de una norma excepcional sería arbitrario, contrario al principio constitucional de igualdad. Y en tal opinión me encuadraba yo, por mimetismo, y obediencia a aquel maestro. Aunque ahora, en parte, mantenga cierta discrepancia.

¹²⁷ No así de su anterior posición, defensora de la diferencia, en el modo antes explicado (en la 3.^a edición de su *Derecho civil de España*, 1955, p. 539), donde al referirse a los límites de la analogía, la vetaba cuando «se trate de regla de carácter especial; limitada por su especialidad, no puede exceder de ella mediante el artificio de la analogía (aunque –advertía– dentro de ese espacio, sí pueda jugar)».

¹²⁸ Ahí, según creo, entraría la posibilidad de extensión entre las diversas normas contenidas en una misma ley singular o especial (como sería el caso de la LAU, a que muchos autores, como PUIG BRUTAU, GULLÓN, ROCA I TRÍAS, se referían para defender la analogía en normas excepcionales). Sería, por ejemplo, el reciente supuesto de la STS de 20 febrero 1998, que aplica el artículo 54.2 LAU-1964 (referido a venta o donación) a un caso de atribución hereditaria, aun reconociendo que se trata de una norma excepcional por proteccionista, fundándose en que el artículo 8 de la propia LAU-1964 proclama la posibilidad de recurrir a la analogía.

¹²⁹ Al ser igual, idéntico el ámbito normativo en que la norma excepcional se extiende, no parece que haya vulneración de la exigencia de igualdad (y justicia, me atrevería a decir), como, en cambio, cree ROCA I TRÍAS (cit.).

la excepcionalidad de la norma consiste en atribuir un beneficio, un trato de favor: *Favorabilia amplianda*.

Por ejemplo, en los casos antes referidos a la fianza, de normas excepcionales fundadas en el *favor fideiussoris*; con exclusión de aquellas de tinte punitivo (que se verán luego), ¿qué razón obliga a excluir *a priori* su interpretación extensiva, ya sea a otras garantías personales por deuda ajena, en que el garante comprometa su patrimonio, o ya sea dentro de la estricta institución de fianza? Otra cosa, inadmisibles, es que se extendiera, por analogía, a otra institución, o materia (vgr., una garantía real), donde aquella razón singular (el *favor fideiussoris*) no tendría razón de ser.

Fuera de ese ejemplo general, creo que por aquella razón cierta «jurisprudencia»¹³⁰ formada antaño en torno al art. 8 LAU (que admitía expresamente la analogía de la LAU), consideraba posible tanto la analogía como la interpretación extensiva de normas excepcionales, de la LAU o de otra norma, «*siempre que* –según se precisaba– *no resulte desbordado su ámbito de vigencia*». ¡*Haec est quaestio!* Naturalmente, en mi tesis (la de Castro y Díez-Picazo), tal permisión es sólo referible a la interpretación extensiva.

Tal posibilidad de interpretación lógica extensiva de una norma excepcional, quedará, naturalmente, excluida, vetada, cuando dentro de esa interpretación lógica, haya otra razón, también lógica pero preponderante, que, aislada o conjuntamente con otras razones hermenéuticas, impida en el caso particular aquella extensión (vgr., piénsese en axiomas como el *a contrario sensu*, el aforismo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus, inclusio unius exclusio alterius*,... y tantos otros, derivados en su mayoría de aquel primero¹³¹, que invitan a una interpretación restrictiva, o cuando menos estricta). En esa restricción influirá en muchas ocasiones que la norma sea odiosa: *Odiosa restringenda*.

2.2. La prohibición de interpretación extensiva, y analógica, de las normas «penales», salvo que sea *in bonam partem*

Aquella concurrencia, o alternativa a la lógica, de métodos interpretativos para extender una norma excepcional (recuérdese, para aplicarla a otros casos dentro de la materia o institución que dicha norma regula), es, precisamente, la que ha permitido ver que

¹³⁰ Que entrecorrimo, pues como advierte MONTES (pp. 226 y ss.), se suele afirmar como *obitum dictum* a partir de una progresiva generalización y deformación de la primera idea sostenida por la STS de 7 noviembre 1940, y luego ampliada por las SSTs de 27 de junio 1941, 21 abril 1951, 28 septiembre 1968 y 24 enero 1970 (que pueden en aquellas pp. 226 y ss. de Montés Penadés).

¹³¹ Como pueden verse citados, entre los de mayor importancia por su utilidad, en CASTRO (pp. 471 y 483, nota 4).

las «leyes penales» a que se refiere el artículo 4.2 CC, no se refieran ni siquiera estrictamente a las normas sancionadoras de Derecho penal (como pudieran ser aquellas que imponen multas, o penas de cárcel, inhabilitación,... ante la comisión de alguna falta o delito), sino también a cualquier otra norma que sea punitiva, o sancionadora, o incluso sea restrictiva de derechos (especialmente si se trata de derechos fundamentales) o de la capacidad de obrar; sobre todo, cuando dicha sanción opere como efecto de haber infringido una norma, con independencia, en principio, de que la naturaleza de la norma vulnerada sea penal, fiscal, administrativa o civil¹³². Aun siendo el propio artículo 4.2 CC una norma prohibitiva (y excepcional, en cierto modo, al restringir el uso de la analogía), cabe hacer de ella tal interpretación extensiva por exigencias, que lo son incluso sobrevenidamente constitucionales, de legalidad y de seguridad (*ex arts. 9.3 y 25.1 CE*¹³³), y por la propia lógica, extraíble acaso como principio de todo el ordenamiento, del axioma «*favorabilia amplianda, odiosa restringenda*». Al ser, además, la libertad, ejercida responsablemente dentro de la legalidad y el orden, el principio natural, su sanción, cualquiera que sea su naturaleza, no puede concebirse sino como la excepción. He aquí que también las penales sean normas excepcionales excluidas también por ello de la analogía.

A la primera razón alude expresamente (y a la segunda probablemente lo haga indirectamente), la propia reforma del CC de 1974 –antes ya, por tanto de la CE–1978– en su Preámbulo, al decir: «No obstante las ventajas de la analogía, resulta justificada su exclusión de determinadas leyes. En las penales es la normal consecuencia del estricto principio de legalidad que ha primar exento de incertidumbres o fisuras». Esto es, *nullum crimen, nulla poena sine lege*; legalidad, que, en el fondo, obedece a razones de seguridad, que, ya después de aquella reforma, el artículo 9.3 CE conectará, al mencionarlas conjuntamente, con algunas de sus manifestaciones, como son «*la irretroactividad de las disposicio-*

¹³² Del problema de aquella dicción era ya consciente, recién reformado el Título Preliminar del CC, MONTES PEÑADES (p. 217), al advertir que frente a las mayores limitaciones que para la analogía recogía la doctrina y jurisprudencia anteriores, el artículo 4.2 CC sólo hablaba de «leyes penales», «lo que ya de entrada –decía– plantea el problema, y no de escasa entidad, de averiguar si también respecto del artículo 4.2 hemos de aplicar el argumento a contrario y, consiguientemente, aplicar la solución del artículo 4.1 y extenderlas o bien hemos de proceder a pari y tratar de descubrir la eadem ratio para no aplicar la analogía, precisamente por aplicar por analogía el precepto que limita la analogía. Lo que, me apresuro a aclarar, es algo más que un trabalenguas». Para él la solución estriba en incluir esas otras posibles limitaciones a la analogía en tanto se traten de normas que sean excepcionales o penales como exige el artículo 4.2 CC.

¹³³ Aunque de esta última, el artículo 25.1 CE, se haya negado «*su aplicación extensiva o analógica*» a normas que no sean penales o administrativas, en el decir de las SSTC de 2 diciembre 1982 y 14 diciembre 1988.

nes –de nuevo, dice– *sancionadoras no favorables* –dice– o *restrictivas de derechos individuales*» (en estrecha conexión, y coincidencia, con la misma irretroactividad que impone el art. 25.1 CE, en materia –ahora sí– estrictamente penal y administrativa).

Por el propio devenir de la materia preferida en mis investigaciones, en más de una ocasión (sobre multipropiedad, hipoteca, . . . , y especialmente sobre servidumbres, estimadas tan odiosas por rememorar el viejo feudalismo), ha salido a la palestra que toda norma relativa a cargas reales y derechos reales limitados, en tanto su razón sea la restricción del dominio, ha de ser estimada como excepcional, y como tal de interpretación restrictiva, en cuanto contraria al principio de presunción de libertad de la propiedad (que, según reiterada jurisprudencia, se ha de presumir libre salvo que se demuestre lo contrario).

Así, por ejemplo, recientemente la STS de 18 mayo 2006 se negaría a aplicar por analogía el régimen del retracto arrendaticio, entre otras razones, por ser dicho régimen excepcional. Ya he mencionado la STS de 22 julio 1994, que se negó a aplicar por analogía (ni por extensión siquiera) las normas sobre adquisición forzosa de la LAR-1980 a un caso de arrendamiento histórico, entre otras razones, por ser aquellas normas excepcionales.

Siendo ello así, no creo, coincidiendo –ahora sí– con De Castro, que la interpretación extensiva quede libre de dicha limitación¹³⁴. Creer lo contrario, sería acaso como dejarla al margen de la legalidad y de la seguridad jurídica¹³⁵. Por pura lógica, sería un contrasentido admitir una interpretación extensiva de una norma odiosa, cuando así sólo cabe –o debe– hacerse de las favorables:

Por eso, *a.e.*, dentro de aquel grupo, que venimos viendo, de normas excepcionales que protegen al fiador, no todas son interpretables extensivamente, pues no todas se limitan a dicho trato de favor; las hay también, que incluso a modo de tal protección, imponen alguna sanción, al deudor afianzado, o al acreedor, como sería el caso, antes visto, del artículo 1852 CC, que habrá por ello de interpretarse restrictivamente.

¹³⁴ Así, CASTRO (p. 470): «las disposiciones de carácter penal o sancionador se interpretarán de modo restrictivo, para excluir su <<odiosa extensión>>: . . . los preceptos limitativos de la capacidad son de interpretación restrictiva, y del mismo modo los que restringen el ejercicio o ámbito de la propiedad». En la jurisprudencia, ya lo decía la vieja STS de 7 febrero 1928: «*que las leyes sancionadoras carecen de interpretación extensiva*». En el vigente CC portugués (art. 11 antes transcrito), donde se admite la interpretación extensiva de las normas excepcionales, ya no se recoge, sin embargo, tal posibilidad que también admitía en su Anteproyecto para referirla a las normas penales. En cambio, creía BOSCARRELLI (cit.), lo contrario, salvo que expresamente la propia norma penal la prohibiese, poniendo al respecto como ejemplo (en p. 170, nota 178), el del artículo 2 del Código Penal español de 1928, que decía: «*No se admitirá interpretación extensiva ni tampoco la analogía o semejanza para definir delitos o faltas o agravar penas*».

¹³⁵ Y, por tanto, en contra de la propia Constitución, al vulnerar sus artículos 9.3 y 25.1, como hace tiempo advirtió ROCA I TRÍAS (con base ya entonces en jurisprudencia constitucional que así se manifestaba).

De esta conexión –sistemática y lógica– entre legalidad y seguridad en materia de analogía, para excluirla de las normas penales, entendidas éstas *in sensu lato*, cabe extraer algunas otras consecuencias, a fin de precisar –de interpretar– aún más aquella expresión, relativa a las «*leyes penales*», pues todavía cabe abundar en su extensión, con alguna correlativa restricción, siendo ello un juego –ya vimos– tan usual cuando se trata de interpretación, no de analogía; a saber:

Sabiendo que la legalidad y la seguridad aconsejan que las normas penales no se extiendan por analogía, aunque no sean estricta o puramente penales, creo que deben incluirse en esta especie, o si se prefiere como subespecie dentro de las normas excepcionales restrictivas, las normas de orden público (como pueden ser, vgr., las normas procesales, o las civiles relativas a la nacionalidad, a los estados civiles en general, las que regulan la prescripción,...). Sorprende, en mi caso al menos, la afirmación tan admitida, en doctrina y en abundantísima jurisprudencia, de que las normas de orden público deban ser interpretadas restrictivamente (o de un modo estricto, como poco). Y nada se diga sobre la analogía¹³⁶. Tal vez sea porque prohibida la interpretación extensiva, que es lo menos, vaya de suyo también proscrita para ellas la analogía, que es lo más (en extensión teleológica). Sin embargo, por mi propia experiencia investigadora, vengo sospechando desde hace un tiempo que tal afirmación, si no tautológica, está, a mi juicio, mal dirigida, o enfocada, a la interpretación extensiva, cuando más bien debiera referirse sólo a la analogía. Bien está que las normas de orden público, por sus razones singulares de seguridad, sean imperativas y, por ende, indisponibles (incluso en su resolución de conflictos mediante transacción o arbitraje, cfr., art. 1814 CC), y que por ello sean también irrenunciables en los derechos que conceden y en los deberes que imponen, especialmente si con ello pudiera quedar algún tercero afectado, pues con ello está precisamente en juego el orden público (art. 6.2 CC). Pero, ¿por qué excluir la interpretación

¹³⁶ Así, refiriéndose a la nacionalidad, lo decía DE CASTRO (p. 398), «por tratarse de un estado civil, ser de orden público y afectar a la capacidad –las normas sobre nacionalidad–, han de interpretarse de modo estricto y no cabe extender las disposiciones que la regulan por interpretación analógica y menos por criterios extrajurídicos». En general sobre la interpretación de las normas, ya hemos visto lo que decía (en p. 470): «las normas procesales se consideran de orden público y de interpretación rígidamente ajustada al texto legal». Aunque, recuérdese que dicho autor, en la última edición de su obra, de la que tomamos tal afirmación, ya creía que entre analogía e interpretación extensiva sólo hay una diferencia de grado. En la jurisprudencia, ya dijo antes la STS de 12 noviembre 1928 «que las reglas sobre procedimiento por el concepto de derecho público que les corresponde en cuanto el rito es norma y garantía de los intereses controvertidos en los juicios que se suscitan ante toda clase de Tribunales, requieren una interpretación rígidamente ajustada al texto de la ley».

extensiva, que, recuérdese, no implica salirse de la letra ni de la lógica de la norma a extender? Creo que incluso permitiría respondería a aquellas razones de orden público, cuando dicha extensión se haga en apoyo y con apoyo de tal orden público. Vayan algunos ejemplos de ello:

Algunos son propios, como ya puede advertir al tratar de la usucapación de servidumbres y proponer, *de lege lata*, la usucapación ordinaria de servidumbres continuas y aparentes (también propuesta, aunque *de lege ferenda*, para toda servidumbre). Ya era entonces consciente de la común afirmación en jurisprudencia de que la regulación sobre prescripción, por ser de orden público, era de interpretación restrictiva¹³⁷. Ciertamente que la materia responde a razones de seguridad, aunque también –creí, y aún creo– a razones de justicia. Si en los últimos tiempos se está abriendo el campo a la autonomía de la voluntad en tal materia (naturalmente, para pactar un plazo de prescripción extintiva diverso del legal, lo que no deja de ser cuestionable), ¿por qué se mantiene la rigidez en su interpretación? Como simple dato significativo, pues no se trata aquí de adentrarnos en esta cuestión –susceptible de estudio separado–, ¿por qué, entonces, no fue mantenida en nuestro CC aquella norma del influyente Proyecto de CC de 1851 que expresamente imponía la taxatividad en materia de prescripción¹³⁸? Quede aquí sólo sugerida la cuestión, y la invitación hecha a otros para su estudio. Casi como anecdótico puede quedar aquel caso, referido arriba, de la STS de 10 mayo 1996, que vino a aplicar a las federaciones deportivas una norma sobre clubs deportivos, que imponía un plazo de caducidad de 40 días para impugnar acuerdos adoptados por la Junta directiva.

Vaya otro caso, propio, sobre nacionalidad: al estudiar el Real Decreto 453/2004, de 18 de marzo, sobre atribución de la nacionalidad por carta de naturaleza a las víctimas extranjeras del atentado terrorista del 11-M, pude constatar: por un lado, que la rigidez del sistema de adquisición de la nacionalidad, justificada precisamente por ser una materia de orden público, tiene su contrapunto, su grado de flexibilización o de justicia particular (*ex art. 3.2 CC*), en el mecanismo de la carta de naturaleza del artículo 21 CC; y, por otro, que aun siendo materia de orden público, permitía una interpretación flexible de sus normas, incluso la carta de naturaleza. Aunque no pudiera ser posible su aplicación por analogía. Por eso, *a.e.*, comentando aquel RD 11-M, decía yo que no era posible su extensión por analogía a casos similares, pasados o futuros, de otros atentados terroristas con víctimas extranjeras, pues según decía el artículo 1 RD 11-M sólo «*concurren circunstancias excepcionales en las víctimas de los atentados terroristas del 11 de*

¹³⁷ Y sin referirse a la usucapación de servidumbres, lo ha dicho, por ejemplo, la STS 20 mayo 1987.

¹³⁸ Me refiero a su artículo 1934, que decía: «*No se admiten otras prescripciones que las establecidas por la ley*». Vigente ya el CC, dirá la STS de 31 enero 1902 que «la prescripción, por su naturaleza, no puede hacerse extensiva por mera interpretación o deducción que parezca más o menos lógica y racional, ni para ampliarla ni para restringirla a casos determinados».

marzo de 2004». Lo que no impide que las víctimas extranjeras de cualquier atentado terrorista diverso al del 11-M pudieran instar la concesión de naturalización por carta conforme al trámite habitual. Pero esa imposibilidad para la analogía casaba con una posible interpretación extensiva del RD 11-M en sí mismo, en su aplicación *ad intra*. Así: por un lado, el art. 1 RD 11-M entendía «*por víctimas, en todo caso, los heridos en dichos atentados*»; como en ella no se distinguía ni precisaba más («*Ubi lex...*»), y su *ratio* era resarcitoria –la íntegra compensación *honoris causa* de la víctima–, haciendo que en este punto la norma fuese favorable, bien podría incluirse, al modo en que lo hacen otras normas sobre terrorismo, cualquier tipo de herida o daño: moral (corporal o psicofísico) o incluso patrimonial. Del mismo modo, al favorecer la norma a los «*cónyuges*» de la víctima extranjera, no había de distinguirse si residía o no legalmente (o no) en España, o si incluir al cónyuge no divorciado aún, pero sí separado, legalmente o de hecho, al no precisar frente a otras normas sobre terrorismo que, en su literalidad, expresamente sólo incluyen al cónyuge no separado legalmente e implícitamente al separado de hecho.

También hay algún ejemplo en la propia jurisprudencia más reciente:

Uno es el de la STS de 21 noviembre 2000: tras afirmar la similitud existente entre la ejecución pignoraticia ante notario, del artículo 1872 CC, y la ejecución (judicial o no), en subasta pública, ya sea en general (*ex arts.* 1482-1518 LEC-1881), ya las particulares sobre prendas no posesorias o sobre hipotecas (LHM y arts. 129-135 LH), entiende que cabe aplicar por analogía *iuris* dicha normativa en general (y por analogía legis los arts. 87 y 94 LHM). Al final, sin embargo, al consistir el problema concreto que se suscitaba en la imprevisión del artículo 1872 CC acerca de los anuncios y otros detalles de la subasta, el TS aplicó por analogía los artículos 1488.1º LEC-1881 y 92.4.ª LHM, en particular. No parece admisible hablar de analogía entre normas que se refieren a la prenda con o sin desplazamiento posesorio, cuando, precisamente, las normas en cuestión no atiendan particularmente a tal rasgo distintivo entre dos subespecies de prenda. Se ha procedido, por tanto, a la extensión lógica de una norma dentro de su *específico* ámbito aplicativo.

En compensación con esa extensión que añadido a la comúnmente admitida para entender qué son «leyes penales», hay por otro lado que interpretarla restrictivamente para limitarla al caso en que la sanción (penal, civil,...) sea más grave, o menos leve. Porque si la norma, aun siendo penal, establece, comparada con otra norma de posible aplicación, una sanción menor, más leve, «más favorable», *in bonam partem*, sí cabrá la expansión de aquélla, la más benévola. En cierto modo lo advierte el artículo 9.3 CE al declarar «la irretroactividad de las disposiciones –de nuevo, dice– sancionadoras no favorables». Lo impone, asimismo, la propia lógica; de

nuevo: «*favorabilia amplianda, odiosa restringenda*». Y sin con tal fundamento y para aquel caso es razonable admitir la analogía (que es lo más), también habrá que admitir, como posible, una interpretación extensiva (que es lo menos).

Ahí está el ejemplo antes referido del RD 11-M, sobre naturalización por carta –a favor (quiero subrayar)– de las víctimas extranjeras de aquel desgraciado atentado.

Otro ejemplo puedo ofrecer, aunque deba ahora corregirlo, o matizarlo más bien: decía yo, al aplicar el artículo 360 CC en materia de construcción extralimitada, cuando el suelo del constructor invasor es el principal, que tal aplicación era posible aun cuando el constructor invasor hubiese actuado de mala fe (en cuyo caso merecía pagar el doble del valor del suelo, al modo italiano, como venían ya haciendo nuestros tribunales incluso para la invasión de buena fe), aun siendo aquélla una norma sancionadora (que, en parte al menos, sin duda lo es), pues se trataba de aplicarla extensivamente, no por analogía. ¡*Mea culpa!* Pero, sin necesidad de corregir la conclusión (la aplicación extensiva del artículo 360 CC al invasor de mala fe), sólo debo aprovechar la ocasión –que yo mismo me brindo–, para justificarla por ser la norma menos desfavorable, por tratarse de una extensión *in bonam partem* frente a la mayor sanción que supondría aplicar los artículos 362 y 363 CC, como, en cambio, defiende nuestra jurisprudencia sobre la acción invertida cuando el constructor se ha extralimitado de mala fe, aun siendo su suelo el principal, ordenando por ello la destrucción de la obra extralimitada; así, entre otras, las SSTs de 28 octubre 1971 (acerca de un edificio de seis plantas que sólo se extralimitó en 49,20 m²), de 11 marzo 1985, de 28 enero 1993, o la de 27 enero 2000 (aunque ésta sobre un caso en que el suelo invadido es de mayor importancia que la obra invasora), hablando ésta de la aplicación analógica de aquellos artículos 362 y 363 CC.

Y puedo afirmar, tal vez por deformación profesional (o por mi ignorancia de las otras ramas jurídicas), que en Derecho civil tal salvedad a la prohibición contenida en el artículo 4.2 CC, es decir, que la permisón de la analogía y de la interpretación extensiva en normas –en principio, o aparentemente– punitivas, es muy abundante en su casuística. Tal vez, por un lado, porque en Derecho civil no cuenta tan sólo la ley (la estricta legalidad, que, en cambio, sí rige con rigor en materia penal, fiscal,... donde, no casualmente, no actúan los principios generales como fuente supletoria), sino también la moral¹³⁹ (cfr., arts. 1.3, 1255, 1328 CC,...), y, por otro

¹³⁹ A veces olvidada en esta materia, en la referencia de la analogía en materia civil al menos, cuando conectando analogía, legalidad y norma prohibitiva, suele concluirse, con ligereza a mi juicio, que todo aquello que no está legalmente prohibido se ha de entender como permitido. Buena prueba de que ello no es así lo vieron ya los franceses de principios del siglo XIX cuando se debatía su Código civil: en la gestación de las diversas categorías de ineficacia de los contratos (que si inexistencia, nulidad, anulabilidad,...), la doctrina francesa había acuñado la siguiente máxima: «*pas de nullité sans texte*». Se enten-

lado, porque, bajo la apariencia de una norma sancionadora, en multitud de veces en realidad hay una norma resarcitoria del daño causado, o proteccionista de la parte más débil habida en una relación o en un conflicto. Sabido es que, en general, el fin del Derecho civil no es tanto castigar al infractor, sino proteger a la víctima (ahí está el art. 1911 CC, en que desaparece la prisión por deudas, que en nada satisface al acreedor; o los arts. 1902 y ss. CC¹⁴⁰,...); lo que, desde luego, no quita la existencia de normas civiles punitivas (como es, entre otros muchos, el caso del art. 111 CC según la STS de 11 mayo 1995, o más en general las diversas categorías y normas relativas a la ineficacia de los contratos, empezando por el art. 6 CC¹⁴¹). Tal vez por eso, también sea ahora el momento –aunque no sea este trabajo el lugar– de cuestionar otros lugares comunes, que fueron justificables en su momento, pero que no parecen estarlo tanto ya hoy, en los que tradicionalmente se ha impuesto siempre una interpretación restrictiva (como sucede, vgr., con la normativa restrictiva de la capacidad de obrar¹⁴², o con la prohibitiva de la representación tuitiva para con el representado,...). No se olvide que el ejemplo del artículo 752 CC, tan traído para ver la diferencia entre analogía e interpretación extensiva, fue al principio interpretado restrictivamente (vgr., en la STS de 6 abril 1954), por ver en ella una norma restrictiva de un derecho, de la libertad de testar¹⁴³.

Me parece, así, acertado, por ejemplo, que la STS de 22 diciembre 1988 aplicara la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 CC,

día, pues, que no había contrato nulo sin un texto legal que lo expresase. Pero vióse en aquel debate que había negocios jurídicos que, aunque no prohibidos expresamente por la Ley, debían ser ineficaces por ser *contra naturam*, por ir contra la Moral o el Orden Público –límites éstos que junto a la ley fueron también recogidos en nuestro Derecho para la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC)–. ¿Y qué negocio se puso como ejemplo? Precisamente el del matrimonio entre personas de igual sexo. ¡Quién lo diría!

¹⁴⁰ Que menciona MONTES (p. 222), como norma sancionadora, pero informada por principios generales (lo que impide, por tanto, estimarla como norma excepcional), lo que ha posibilitado su progresiva objetivización. Como significativo también habría que recordar la aplicación por analogía del artículo 1903 CC, al principio negada por la jurisprudencia (vgr., STS de 30 abril 1969); y aún hoy por cierta doctrina (ROCA I TRÍAS), para ser finalmente aceptada (en SSTS de 23 febrero 1976, comentada por PUIG PEÑA, 29 septiembre 1986,...), por entender que su enumeración de casos es *ad exemplum*, que no es norma punitiva, sino resarcitoria, y que la responsabilidad se justifica, y puede expandirse por analogía, en la existencia de una relación de subordinación o dependencia o de particular custodia y vigilancia entre el agente del daño y el responsable del mismo.

¹⁴¹ Cuando en el decir de MONTES (p. 221) «la nulidad se presenta como veste de sanción».

¹⁴² Ya la vieja STS de 7 febrero 1927, sobre incapacidades laborales, decía, apoyándose en una jurisprudencia ya formada en la cuestión, que su régimen «es de carácter limitativo y, por lo tanto, de interpretación rigurosa y restringida, sin que sea lícito, por lo tanto, aplicarlo a otros casos que a los en él previstos expresamente».

¹⁴³ Del modo de interpretar el artículo 752 CC de dicha STS se preguntaba MONTES PENADES (p. 221, nota 43): «¿Esta es una norma odiosa? ¿No es una norma que protege la libertad de testar –principio general– y que por ende se debería poder aplicar a otras causas de sugestión o captación de la voluntad?».

referido expresamente a prendas e hipotecas (y a la anticresis *ex art.* 1884 CC), a un caso de compraventa con pacto de retro en garantía de la devolución del préstamo. Aunque extendida a un caso no expresamente contemplado, permanece aquella norma dentro de su natural y específico ámbito normativo: el de las garantías reales (con fuerza ejecutiva en exceso al impago), y en garantía de la parte generalmente más débil en todo préstamo (y de su propiedad, por encima de la hipoteca), en cuanto que el prestatario es, además, un deudor usualmente aceptante de las condiciones predispuestas por el acreedor prestamista. Se trata, con ello, de una protección mínima, imprescindible, que ni perjudica al acreedor (pues sólo le impide la autotutela, sin afectarle en nada a la fuerza ejecutiva directa y preferente de su garantía real), ni mima en exceso al deudor (como, en cambio, creo que sucedería de extender las normas de la fianza a la hipoteca por deuda ajena).

También acertada me resulta la STS de 13 mayo 1983 al aplicar las reglas sobre saneamiento por evicción de la compraventa a la dación en pago. Y en otra materia, la STS de 13 abril 1992, y en buena parte la RDGRyN de 1 abril 1993, cuando aplica diversas normas relativas a la tutela (vgr., arts. 244.4.º en relación con el 247, o el 271.2.º CC), o sobre mandato también (vgr., en su cotitularidad mancomunada, en sus causas de extinción,...), al cargo de albacea.

Y por eso, no me parece buen ejemplo el que pone Clemente De Diego¹⁴⁴, como de analogía, cuando, según veo, parece más bien de interpretación extensiva, que es posible, además, por tratarse de una norma protectora del más débil (el representado), antes que punitiva para con el más fuerte (el representante): recordando del Derecho romano aquella norma que prohibía al tutor comprar para sí bienes de su pupilo, y que Paulo y la jurisprudencia romana extendieron a curadores, procuradores y administradores en general (para así reflejarse finalmente en la propia ley). Con tal dato histórico, al que se añaden elementos sistemáticos, e incluso literales, amén del lógico, no habría, entonces hoy, ningún problema en dar una interpretación extensiva, e incluso bastando que fuese declarativa lata, al artículo 1459 CC –de por sí ya casuístico (y «comprehensivo»)–. Por eso tampoco me convence el ejemplo que Giannini¹⁴⁵, pone de analogía, frente a lo que suele calificarse como ejemplo de interpretación extensiva. Es el caso del artículo 1361 CC italiano de 1865 (ya derogado), que decía: «*Per produrre i suoi effetti la confessione deve essere fatta da persone capaci di obbligarsi. (...) La confessione di tutori ed amministratori non pregiudica agli amministrati, se non quando sia fatta ne' casi e modi per cui essi possono obbligare gli amministrati medesimo*». Entiende Giannini que tal norma es aplicable por analogía a los padres, no por la semejanza que hay entre patria potestad y tutela, sino porque la confesión es un acto que excede de la administración. De ser acertado, como creo, el razonamiento –que es lógico–, entiendo, entonces, que se trataría de una interpretación extensiva (y si se apura –mucho, según creo–, hasta comprensiva, por incluirse

¹⁴⁴ En pp. 371 y 372.

¹⁴⁵ En p. 538.

los padres entre los «administradores» que cita aquella norma –cfr., arts. 154.2.º, 162.3º, 164 ss de nuestro CC¹⁴⁶–).

Del mismo modo que en muchas ocasiones se han puesto ejemplos de analogía cuando, en mi opinión, lo son de interpretación extensiva, en otras se han referido como interpretación extensiva lo que, a mi juicio, serían más bien casos de interpretación lata, o comprensiva. Pienso, sobre todo, en los ejemplos de interpretación extensiva que hace tiempo refería Boscarelli¹⁴⁷ a normas del Código Penal italiano: una muestra era su artículo 342.II, referido a quien ofende el honor de un político «mediante comunicación telegráfica, con escrito o diseño», que creía Boscarelli poder extender a la ofensa hecha por transmisión radiográfica; y el otro ejemplo era la extensión al curador de su artículo 519.II cuando condena al tutor que abusa del menor de 16 años. En ambos casos cabe, a mi juicio, una interpretación comprensiva, declarativa lata (máxime aquel primero, donde, usando de una interpretación gramatical, el elenco de medios en que realizar la ofensa parece meramente *ad exemplum*, y donde, empleándola ahora sociológica o evolutiva, probablemente no pudo ser tal caso incluido en la norma en el momento de ser redactada, acorde a la tecnología entonces alcanzada).

Más difícil tal vez sea, o parezca, el ejemplo recordado por Falcón y Tella¹⁴⁸, cuyo origen se suele atribuir a Ihering, pero que habiéndose convertido en recurrente, o manido (y, quizás, en otra hada inheringiana), ya se ignora su procedencia: érase el caso de un lebrero en que se decía «Prohibido entrar con perros», y decidido un experto domador a entrar con un oso, ello, evidentemente, no le fue permitido: ¿por aplicación analógica o por interpretación extensiva de aquel lebrero? En opinión de Falcón, que nos recuerda este curioso supuesto, se trataría de interpretar extensivamente la norma, «ya que no habría laguna –dice–, sino un pensamiento mal expresado». En la mía, desde luego, no veo yo mala expresión en tan claro lebrero. A la vista del caso del oso, tal vez resulte incompleto, pero sin necesidad de acudir a la analogía (buscando un género, como el de «animal peligroso, o molesto», en que incluir perros, osos y otras posibles especies), tal vez baste con una interpretación extensiva, no basada en la lógica a *simile*, sino en la lógica, o sentido común, de que quien no puede lo menos (entrar con un perro), no puede lo más (entrar con un oso), y en la realidad social (interpretación sociológica, pues), de que son los perros los animales más comunes con que se suelen frecuentar muchos lugares en que se muestra aquel lebrero (bares, hoteles, restaurantes, cines, autobuses,...).

Ya se nos decía en su Manual, coescrito por López y López y otros, al tratar de la interpretación, no de la analogía, con el siguiente ejemplo: «la hipotética norma que prohibiera subir a un avión portando armas blancas, con mayor razón permitiría impedir el acceso a quien porte armas de fuego: textualmente se prohíbe lo menos (el arma blanca), pero por la «ratio» de la norma se debe entender prohibido lo más (el arma de fuego)».

¹⁴⁶ No obstante, hace un tiempo que la STS de 28 noviembre 1989 negó la aplicación por analogía del artículo 166 CC por ser norma prohibitiva.

¹⁴⁷ En pp. 174 y 175.

¹⁴⁸ En pp. 334 y 335.

2.3. Permisión de la interpretación extensiva, como regla, en las normas temporales en cuanto sean excepcionales

Entre las normas excepcionales –y creo decir bien¹⁴⁹– están imbuidas, como dice el artículo 14 del *Codice* y termina diciendo el artículo 4.2 del nuestro, «las –leyes– *de ámbito temporal* –que– *no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos en ellas*»; como pudieran ser, *a.e.*, las disposiciones transitorias (con la excepción de las del CC –como la n.º 13, sobre analogía, precisamente–, que tienen ambición de generalidad, como de todos es sabido); la legislación dictada en tiempos de guerra (y por su razón), las disposiciones dictadas con ocasión de algún siniestro o catástrofe (natural, económico,...), o las propias leyes presupuestarias anuales. En efecto, de todas ellas dice la propia Reforma de 1974 en su Preámbulo: «Las leyes de ámbito temporal determinado deben someterse al mismo régimen –que las normas excepcionales a que se acababa de referir–, de una parte, porque en modo alguno puede desbordarse en lo más mínimo su esfera de vigencia y, de otra parte, porque tal circunstancia las dota de un acusado matiz de excepcionalidad». De nuevo, la legalidad y, sobre todo en esta ocasión, la seguridad y el orden público así lo exigen (cfr., art. 2 CC, en sus aps. 2 y 3). Merecida, en principio, es la crítica generalizada que suele hacer la doctrina a esta hipótesis¹⁵⁰, descartada de la analogía, por su propia evidencia, al creer, como dice el propio artículo 4.2 CC, que al ser norma temporal o transitoria, no puede aplicarse fuera de su tiempo, una vez derogada, ni tampoco retroactivamente antes de su entrada en vigor, sin que así lo exprese la propia ley (cfr., art. 2.3 CC *in fine*). Sería una suerte de resurrección o de retroacción normativa, según el caso, hecha por obra de la analogía. Pero no parece haber sido esa la intención del artículo 4.2 CC, aunque su letra haga pensar lo contrario. Para aquella limitación en el ámbito temporal de aplicación, bastaba con otras normas que marcan la vida, el comienzo y el fin de toda ley, siendo algunas de ellas introducidas en aquella misma reforma del Título Preliminar del CC en 1974 (cfr., arts. 2 CC, 9.3 CE,...). Lo que quiere decir el artículo 4.2 CC es que mientras esa norma temporal esté vigente, aun dentro de su tiempo, por su propia excepcionalidad

¹⁴⁹ Al menos, con DE CASTRO (p. 103), que ya se apoya en el artículo 14 de las disposiciones generales sobre las leyes del CC italiano vigente, cuando dispone: «*Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi –dice– in esse considerati*».

¹⁵⁰ Como puede verse, recopilando tales opiniones, en LETE DEL RÍO (*Reflexiones sobre la analogía*, en AC, 2003, p. 117), y antes en ROCA I TRÍAS (en Edersa, al finalizar el comentario del art. 4.2 CC).

(justificada por su finalidad, según se decía en aquel Preámbulo y puede verse en los ejemplos citados), no puede aplicarse por analogía a otras materias o instituciones (vgr., a otras catástrofes, guerras...) diversas de las que expresamente contempla. Y, ¿qué decir de la interpretación extensiva: también queda ésta vetada para tales normas, o, en cambio, ha de permitirse? Al ser la norma temporal singular por su temporalidad la respuesta a tal pregunta ha de ser idéntica que para las demás normas excepcionales, de modo que, frente a la opinión de otros, como De Castro¹⁵¹, no creo que deba haber *a priori* objeción a sus resultados expansivos.

Y, una vez más, vaya, aunque sea por detrás, un caso que lo ejemplifique:

Por mi parte, basta con remitirme a aquel RD 11-M, sobre víctimas del terrorismo de aquel atentado terrorista en Atocha, que aun no siendo aplicable fuera de su ámbito normativo, no sólo temporal (sólo para quienes fueron heridos en el atentado de aquel día y que así lo solicitaran en el plazo de seis meses que marcaba la norma), sino también material (antes reseñado), ello no impedía la interpretación de sus normas aplicadas dentro de los márgenes de aquel ámbito de aplicación (como antes, también quedó explicado).

VI. UN FINAL ABIERTO

Queda así agotada, por mi parte, la cuestión relativa a la distinción, cualitativa y cuantitativa, que considero existe entre interpretación extensiva y analogía, con la intención verdadera, ignoro si alcanzada, de centrarla en sus parámetros, antes que con la de resolverla:

Ad intra, que la comparación entre interpretación extensiva y analogía ha de circunscribirse a la interpretación extensiva fundada, exclusiva o preferentemente, en la lógica a *simili* (dejando al margen la apoyada en otro método hermenéutico, incluso lógico), para ver en ella una dilatación lógica, esto es, la expansión de la norma, dentro de su propio y específico ámbito normativo, a otro caso perteneciente a la misma materia, o institución, que regula y que presenta identidad de razón con el caso que aquella norma contempla, frente a la analogía en la que se produce un salto lógico, como demuestra que opere la extensión de una norma, o de un conjunto de normas, fuera de su natural ámbito normativo, aplicándose

¹⁵¹ Quien, aunándolas, decía (p. 470), que «las leyes especiales, excepcionales, concesión de privilegios, reglas ocasionales y transitorias serán de aplicación preferente, pero de interpretación restrictiva».

a una materia, o institución, diversa, pero semejante, de la que en ella expresamente se regula. De ahí la doble exigencia de una *similis ratio* (de una semejanza entre las materias, o instituciones: la regulada y la nueva), y de una *eadem ratio* (de una identidad de razón lógica entre la norma previsoras del caso adscrito a la materia, o institución tipificada, y el caso de la otra materia, carente de régimen normativo directo). Con dicha diferencia queda demostrada la emancipación de la analogía, advertida ya por Savigny, como interpretación extensiva máxima o superlativa, quedando así también justificado que los límites que la restringen (*ex art. 4.2 CC*), sean mayores que los de la interpretación puramente extensiva, al quedar ésta situada en el siguiente escalafón de ampliación de la norma, entre la analogía y la interpretación declarativa lata.

Por eso mismo, *ad extra*, la confrontación no ha de limitarse a comparar analogía e interpretación extensiva, sino ampliarse a la que ha de hacerse entre ésta y su nivel inferior expansivo, como es aquella interpretación declarativa lata, cuyos confines pueden resultar tan difíciles de trazar como aquellos otros, máxime con la importancia, también práctica, de que esta última interpretación de grado expansivo menor se entiende libre, fuera de cualquiera de las restricciones que, en cambio, someten a las de grado superior. Y, con más ambición, habrá que cotejarlas todas ellas con sus posibles contrarios: los diversos grados y estadios de restricción en la interpretación jurídica. Culminado todo ello con la equidad. Sólo así podrá observarse el sistema interpretativo por su resultado, y sólo así se comprenderá la independencia, o madurez, alcanzada por la analogía dentro de aquel sistema. Del mismo modo en que a veces la vista de los árboles impide ver el bosque, comparar sólo analogía e interpretación extensiva, impide ver el sistema aplicativo del Derecho en su conjunto. Quede con esa metáfora el camino abierto para que otros completen dicha visión.

BIBLIOGRAFÍA:

ATIENZA: *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986.

BETTI: *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. De los Mozos, Madrid, 1975.

BOBBIO:

— *L'analogia nella logica del Diritto*, Turín, 1938.

— *Voz Analogia*, en el *Novissimo Digesto Italiano*, contenida naturalmente en su Tomo I.

— *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, en *Giurisprudenza Italiana*, 1968, pp. 695-702.

- BOSCARRELLI: *Analogia e interpretazione estensiva nel Diritto penale*, Palermo, 1955.
- CASTÁN TOBEÑAS: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, reedición, Madrid, 2005.
- CAIANI: Voz «*analogía*», en Enciclopedia del Diritto, Tomo I.
- CARCATERRA: En la voz *Analogía*, de la Enciclopedia Giuridica.
- CLEMENTE DE DIEGO: *La analogía en el Código civil español*, en RDP, 1914.
- DE CASTRO: *Derecho civil de España*, Madrid, 1984.
- DÍEZ-PICAZO: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.^a ed., Barcelona, 1993.
- FALCÓN Y TELLA: *El argumento de la analogía en el Derecho*, Madrid, 1989.
- FRANCANZANI: *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milán, 2003.
- GIANFORMAGGIO: Voz «*Analogía*», en el Digesto delle Discipline Privatische, Sezione Civile.
- GIANNINI: *L'analogia giuridica*, en *JUS* (Rivista per le Scienze Giuridiche), 1940, pp. 516-549, y 1941, pp. 41-75.
- GUASTINI: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad., Méjico, 1999.
- LAGAZ LACAMBRA: *El razonamiento por analogía como método de interpretación y de aplicación del Derecho en los diferentes sistemas nacionales*, en Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n.º 69, 1983.
- LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad., Barcelona, 1994.
- LETE DEL RÍO: *Reflexiones sobre la analogía*, en AC, 2003.
- LÓPEZ Y LÓPEZ: «*Conversaciones con difuntos. Luigi Caiani: analogía*», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n.º 29, año 2000.
- MONTÉS PENADÉS: En su *Comentario al art. 4.2 CC*, en «*Comentarios a las reformas del CC. El nuevo Título preliminar*», Madrid, 1977.
- ROCA I TRÍAS: En su *Comentario al art. 4 del CC*, en Edersa, dirigido por Albaladejo (tomado aquí de vlex).
- SAVIGNY: *Sistema de Derecho romano actual*, Tomo I, trad., Madrid, 1878.
- SUÁREZ: *Tratado de las leyes y de Dios legislador*; traducido por Eguillar, vol. IV (Libros VI y VII), Madrid, 1968.
- TORRALBA SORIANO: *Comentario al art. 4.1 CC*, en «*Comentarios a las reformas del CC. El nuevo Título preliminar*», Madrid, 1977.
- VILLAR PALASÍ: *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, 1975.

Nuevas técnicas de identificación de las fincas: su aplicación al deslinde *

M.ª ELENA SÁNCHEZ JORDÁN

Profesora Titular de Derecho civil
Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas
Universidad de La Laguna

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto analizar el papel que pueden jugar las nuevas técnicas de identificación de las fincas, desarrolladas gracias al empleo de las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación, en el ámbito del deslinde. Tras el estudio de los presupuestos necesarios para llevar a cabo el deslinde y del tratamiento que se les ha dispensado en la jurisprudencia, el estudio se centrará en los diversos modos de practicar el deslinde, en especial, en el ejecutado a propósito de la identificación gráfica de la finca en el procedimiento previsto en la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de marzo de 2000. A partir de tales datos, se tratará de dilucidar si la base gráfica registral puede utilizarse como medio de prueba en los casos de confusión de linderos o si lo que sucede es, más bien, que el deslinde se configura como presupuesto necesario para la elaboración de la base gráfica de la finca registral.

PALABRAS CLAVE

Deslinde, identificación gráfica de la finca, bases gráficas registrales.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «El Registro de la Propiedad como instrumento vertebrador de la información territorial; datos espaciales, metadatos y Directiva INSPIRE (II)» (DER 2011-23321), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

ABSTRACT

The scope of this paper is to analyze the role of the new techniques on land identification, developed thanks to the Information and Communication Technologies, in the field of land demarcation. Firstly we will study the necessary requisites to carry out land demarcation as well as the way in which Courts have dealt with them. Secondly, we will focus in the different ways in which land demarcation can be fulfilled, especially in the case ruled in the Instruction of the Directorate General for Registries and Notaries of March 2 2000. Finally and taking into account what has been previously said, we will try to find out if the Land Registry graphical bases may be used as a means of evidence in cases in which boundaries are not well defined or if what happens is that land demarcation is a necessary premise to complete the Land Registry graphical base.

KEYWORDS

Land demarcation, graphical land identification, Land Registry graphical bases.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El deslinde:* 1. Presupuestos. 2. Formas de deslinde; en especial, el practicado a propósito de la identificación gráfica de la finca registral. 3. Los criterios de decisión del Código civil.—III. *A modo de conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los ámbitos en los que las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) han puesto de manifiesto su utilidad es el relativo a la información geográfica, la cual, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España (en adelante, LISIGE), presenta un gran interés no solamente por los cometidos específicos para los que se genera, sino también para otras aplicaciones que en muchos casos no estaban previstas inicialmente. La LISIGE incorpora al ordenamiento español la Directiva 2007/2/CE, de 14 de marzo de 2007, por la que se establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea (INSPIRE). Esta Directiva tiene por objeto «*fijar normas generales con vistas al establecimiento de una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea, orientada a la aplicación de las políticas comunitarias de medio ambiente y de políticas o actuaciones que puedan incidir en el medio ambiente*» (art. 1.1), y debe basarse en las infraestructuras de información espacial establecidas y gestionadas

por los Estados miembros (art. 1.2). Y si la Directiva INSPIRE se dedica, fundamentalmente, a diseñar las líneas maestras para la elaboración de dicha infraestructura de información espacial en el seno de la Unión Europea, mientras que la LISIGE se ocupa de las infraestructuras de información geográfica en España¹, en ambas normas es posible encontrar referencias a algunos conjuntos de datos geográficos que resultan familiares a los juristas: así, por un lado, tanto INSPIRE como la LISIGE hacen mención expresa a los datos catastrales²; por otro, se puede entender que en ellas se encuentran aludidos los datos con contenido geográfico que constan en el Registro de la propiedad.

En el caso de INSPIRE no existe una referencia específica a los datos geográficos que se contienen en el Registro de la propiedad, que son los relativos a la situación de la finca registral, que es un aspecto que debe hacerse constar en el momento de su inmatriculación, de conformidad con lo previsto en el artículo 9.1 Ley Hipotecaria (en adelante, LH); sin embargo, que el legislador europeo tuvo presentes los datos registrales es una afirmación que puede deducirse de los estudios que ha llevado a cabo el grupo de trabajo instituido a nivel europeo para ocuparse del tema «parcela catastral»³. En cuanto a la LISIGE, la situación se simplifica, pues los datos registrales encuentran claro acomodo en la referencia que el Anexo III, letra h) hace a la cartografía específica, que es «aquella que proporciona una imagen cartográfica de las características físicas, jurídicas... de un territorio...». Y es que, desde comienzos de este siglo, en el Registro de la propiedad se ha venido desarrollando, gracias sobre

¹ Me parece importante resaltar que, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la LISIGE, que a su vez sigue las líneas marcadas por la Directiva INSPIRE, las infraestructuras de información geográfica (denominadas, también, infraestructuras de datos espaciales, IDEs) que se establezcan en nuestro país deben concebirse de manera que «se garantice el almacenamiento, disponibilidad y mantenimiento de datos geográficos al nivel más adecuado, que sea posible combinar, de forma coherente, esos datos provengan de cualesquiera fuentes en toda España y en la Unión Europea, y puedan ser compartidos entre distintos usuarios y aplicaciones». Resulta de especial interés, a los efectos de este trabajo, la afirmación que se contiene a continuación, de acuerdo con la cual debe intentarse que «sea posible que los datos geográficos recogidos a un determinado nivel de las Administraciones y organismos del sector público sean compartidos con otras Administraciones y organismos del sector público». Lo expuesto parece apostar por el camino de la coordinación y la colaboración entre administraciones y organismos públicos, lo que probablemente daría lugar a un importante ahorro de recursos económicos y de tiempo.

² En el Anexo I, apartado 6 de INSPIRE, y en el Anexo I (Información Geográfica de Referencia), apartado 3, de la LISIGE.

³ Sobre este punto, vid. SÁNCHEZ JORDÁN, «La Directiva INSPIRE y los sistemas registrales europeos», p. 26, y TRUJILLO CABRERA, «La Directiva INSPIRE en España: ¿Registro o Catastro?», pp. 74 y ss., ambos en *La información territorial en el Registro de la propiedad: la incidencia de la Directiva INSPIRE y de las bases gráficas registrales* (coord. SÁNCHEZ JORDÁN), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

todo al empleo de las TICs⁴, un proyecto inicialmente denominado Geo-base⁵ por ser esta la denominación de la herramienta informática que lo sustentaba⁶, que tenía como objetivo inicial la traducción gráfica de la finca registral⁷, generando así las denominadas *bases gráficas registrales*. Esta representación gráfica viene a completar la tradicional descripción literaria de la finca⁸ y debe hacerse constar mediante nota al margen de la última inscripción de dominio⁹. Sin embargo, esta nueva herramienta, nacida con un propósito determinado, pronto dio pie al desarrollo de otras funciones muy relevantes, de entre las que pueden destacarse las dos siguientes: por un lado, ha facilitado la solución de problemas jurídicos que tradicionalmente han estado presentes en la aplicación de la técnica registral, como son las dobles inmatriculaciones o los excesos de cabida¹⁰; por otro, ha permitido la asociación de numerosas capas de información territorial existentes, producidas por distintas administraciones públicas, a la base gráfica registral¹¹.

Este trabajo tiene por objeto estudiar si dichas bases gráficas registrales –que pueden considerarse, en mi opinión, un conjunto de datos espaciales o geográficos, de acuerdo con la definición ofrecida por el artículo 3.3 de INSPIRE (y reiterada en el art. 3.1.c) LISIGE)¹²–, nacidas, como ya se apuntó más arriba, con el propó-

⁴ En este sentido, ESPIAGO, en el *Prólogo* a REQUEJO LIBERAL, *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base)*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 11.

⁵ Sobre el fundamento legal del proyecto Geo-base vid. REQUEJO LIBERAL, *Descripción geográfica...*, cit., pp. 34 y ss.

⁶ Y que ha ido cambiando y se ha ido mejorando, añadiendo nuevas funcionalidades a las inicialmente contempladas, permitiendo dar respuesta a las necesidades que se van detectando.

⁷ REQUEJO LIBERAL, *Descripción geográfica ...*, cit., p. 29.

⁸ VÁZQUEZ ASEÑO, *La información territorial asociada a las bases gráficas registrales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 34 y ss.; ARRIETA SEVILLA, «Aproximación sistemática a las bases gráficas registrales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías (RADNT)*, n.º 19, 2009, p. 62. En realidad, la primera referencia a la necesidad de disponer de una base gráfica en los Registros como complemento a la descripción alfanumérica de la finca se señalaba en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 31 de agosto de 1987, pero su regulación más detenida se ha llevado a cabo a través de la Instrucción de la DGRN de 2 de marzo de 2000 (BOE 21 marzo 2000).

⁹ De acuerdo con lo previsto en la regla cuarta de la Instrucción de la DGRN de 2 de marzo de 2000.

¹⁰ VÁZQUEZ ASEÑO, *La información territorial asociada...*, cit., pp. 104 y 105, nota al pie 8; ARRIETA SEVILLA, «Aproximación sistemática...», cit., pp. 73 y 74. Se ocupa de nuevo de la utilidad de las bases gráficas registrales para evitar problemas de doble inmatriculación VÁZQUEZ ASEÑO en *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 253 y ss.

¹¹ REQUEJO LIBERAL, *Descripción geográfica ...*, cit., pp. 115 y ss.; VÁZQUEZ ASEÑO, *La información territorial asociada...*, cit., profundiza en la información que se asocia a las bases gráficas y en su eficacia jurídica.

¹² Según los preceptos citados, un conjunto de datos espaciales (o geográficos) es una recopilación identificable de datos espaciales (o geográficos).

sito originario de completar el contenido del Registro identificando gráficamente las fincas registrales, pueden jugar algún papel relevante en el caso de ejercicio de una acción inherente al derecho de propiedad en la que la representación gráfica del fundo y, en consecuencia, los datos sobre su ubicación, descripción y superficie resultan, al menos a primera vista, de interés; me ocuparé, en concreto, de la acción de deslinde —o quizás sería más correcto hablar del deslinde, en general, puesto que no me voy a limitar al análisis del deslinde acordado en procedimiento contencioso—, con el fin de explorar si la base gráfica registral puede utilizarse como medio de prueba en los casos de confusión de linderos o si lo que sucede es, más bien, que el deslinde se configura como presupuesto necesario para la elaboración de la base gráfica de la finca registral.

II. EL DESLINDE

El artículo 384 del Código civil regula, como facultad del propietario (y, también, de los titulares de derechos reales sobre una finca), la de deslindar su propiedad¹³. La mayoría de la doctrina ha entendido que el deslinde tiene por objeto la fijación de los límites inciertos entre predios vecinos¹⁴, para evitar las usurpaciones del terreno¹⁵, lo que ha llevado a afirmar que se dirige, pues, a resolver una cuestión de hecho¹⁶. Mediante el deslinde se pide, en concreto,

¹³ Puede afirmarse que el deslinde, tal y como se entiende en la actualidad, es una derivación del derecho de propiedad, concebido como derecho absoluto y excluyente a raíz de la Revolución francesa (PARRA LUCÁN, *Vías pecuarias y propiedad privada*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 156-158).

¹⁴ Así, por ejemplo, PINTÓ RUIZ, voz «Deslinde», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Tomo VII, Barcelona, 1955, p. 298; ROCA JUAN, «Artículo 384», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. por ALBALADEJO), T. V, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 2.ª ed. 1990, p. 487; HUALDE SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de 18 de abril de 1984», en *CCJC* n.º 5, 1984, p. 1618; DORAL GARCÍA, «Artículo 384», en *Comentario del Código civil* (dir. por BERCOVITZ, R. et al.), T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1057; LACRUZ BERDEJO et al., *Elementos de Derecho civil III-1.º*, 2.ª ed. (revisada por LUNA SERRANO), Dykinson, Madrid, 2003, p. 283.

¹⁵ DORAL GARCÍA, op. et loc. cit.; PARRA LUCÁN, op. cit., p. 157, o para evitar intrusiones en propiedad ajena, como afirma MONTÉS, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980, p. 278; el mismo autor en «Artículos 348 y 349», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. por ALBALADEJO), T. V, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 2.ª ed. 1990, p. 221.

¹⁶ PALÁ MEDIANO, «Deslinde y Amojonamiento», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 72, 1954, pp. 532 y 533; CABRERA HERNÁNDEZ, «Reivindicación y deslinde: sus diferencias», *Anuario de Derecho Civil*, T. XV, 1962, p. 748; DORAL GARCÍA, «Artículo 384», cit., p. 1059; PARRA LUCÁN, op. cit., p. 159. PRATS ALBENTOSA, «El conflicto de la acción de deslinde», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 92, n.º 3, 1993, pp. 222 y ss., precisa que el propósito del deslinde consiste en resolver cuestiones relativas a la materialización y definición del objeto del derecho de propiedad, pero no se ocupa de situaciones en las que se susciten controversias relativas al derecho de propiedad (p. 224). También en la jurisprudencia se ha afirmado que con el deslinde se trata de resolver una cuestión de

que se fije la línea geométrica que representa el límite externo del objeto del derecho real del solicitante, en aplicación de las determinaciones contenidas en su título¹⁷. En mi opinión, cuando el deslinde no desemboque en el amojonamiento de los confines discutidos, esta determinación debería llevarse a cabo mediante la identificación gráfica de la finca con el dibujo de un plano sobre una cartografía oficial; en principio, ha de entenderse por tal la del Catastro, *ex* artículo 33.2 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (TRLRHL), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, según su nueva redacción dada por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES), que se refiere a ella afirmando que «constituirá la base para la georreferenciación de los bienes inmuebles»¹⁸, pero me parece que no deben quedar excluidas las bases gráficas propias del Registro¹⁹, en coherencia con los principios rectores de la LISIGE y, por ende, de la Directiva INSPIRE²⁰. Entiendo, asimismo, que sería admisible la representación gráfica elaborada por un técnico topógrafo con la determinación de las coordenadas geográficas de los vértices, o incluso la identificada sobre una ortofotografía²¹, pues esta última posibilidad facilita enormemente el reconocimiento de los confines al titular del inmueble y a sus colindantes. Me parece que la mera descripción literaria de la línea que separa una finca de otra difícilmente podría alcanzar el propósito que se persigue con el deslinde que, como se ha dicho, consiste en trazar la línea perime-

hecho; en esta línea, SSTS de 27 octubre 2008 (RJ 2008\6309) y 11 julio 1988 (RJ 1988\5607). En cambio, GRIMALT SERVERA, *El deslinde entre particulares*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 145, entiende que la finalidad del deslinde no se restringe a la delimitación de la finca, sino que permite, también, resolver controversias dominicales sobre una determinada franja de terreno.

¹⁷ MONTÉS, «Artículos 348 y 349», *cit.*, p. 227, nota 108; PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 160, nota a pie de página 30.

¹⁸ El nuevo art. 33.2 TRLRHL dispone: «La base geométrica del Catastro Inmobiliario está constituida por la cartografía parcelaria elaborada por la Dirección General del Catastro. Dicha cartografía catastral constituirá la base para la georreferenciación de los bienes inmuebles».

¹⁹ En este sentido, DELGADO RAMOS, «Calificación y actuación registral en materia de bases gráficas tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley del Catastro por la Ley de Economía Sostenible», en www.notariosyregistradores.com, 21 de marzo de 2011, p. 12 (página visitada el 20.12.2011).

²⁰ Debe tenerse presente que la LISIGE considera que la interoperabilidad de los servicios de información geográfica (que es la capacidad de combinar conjuntos de datos geográficos y de facilitar la interacción de los servicios de información geográfica) es una cualidad que aumenta el valor añadido de los datos geográficos y de los servicios de información geográfica en su artículo 3.1.h), con lo que quizás el objetivo a lograr sería el de hacer interoperables los datos catastrales con los registrales.

²¹ En estos momentos existen ortofotos que podrían considerarse oficiales, que son aquellas elaboradas al amparo del Plan Nacional de Ortofotografía Aérea (PNOA) por el Instituto Geográfico Nacional (IGN), que se encuentran disponibles en la página de la Infraestructura de Datos Espaciales de España (IDEE).

tral que representa los límites externos de la finca, con el fin de resolver las dudas sobre los linderos.

1. PRESUPUESTOS

De lo expuesto resulta que los presupuestos para que proceda el deslinde son los siguientes: en primer lugar, es necesario que las fincas cuyos confines pretenden fijarse sean colindantes²², contigüidad que no se da cuando los predios estén separados por terrenos de uso público²³ pero que, en cambio, se considera que existe cuando el elemento de división entre fundos se atribuye a un elemento natural como, por ejemplo, un barranco²⁴. Es preciso, en segundo término, la confusión de linderos entre fincas²⁵ de forma tal que no se puede tener conocimiento exacto de la línea perimetral de cada propiedad ni de su extensión²⁶, incertidumbre que es la que tratará de despejarse a través del deslinde y consiguiente trazado de la línea perimetral que delimita la finca y la separa de la vecina; por ello no procederá la acción de deslinde cuando los predios estén perfectamente identificados y delimitados²⁷, separados entre sí por instalaciones de cierre²⁸ o por otros medios que no

²² DORAL GARCÍA, «Artículo 384», cit., p. 1058; PRATS ALBENTOSA, «El conflicto de la acción de deslinde», cit., p. 215.

²³ PALÁ MEDIANO, «Deslinde y Amojonamiento», cit., p. 526; ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., p. 489, así como STS 30 junio 1973 (RJ 1973\2718).

²⁴ ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., pp. 490 y 491.

²⁵ PINTÓ RUIZ, voz «Deslinde», cit., p. 298; ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., p. 487; HUALDE SÁNCHEZ, «Comentario», cit., pp. 1618 a 1622; PRATS ALBENTOSA, «El conflicto de la acción de deslinde», cit., pp. 215 y ss., especialmente pp. 222 y 223; Díez GARCÍA, «Artículo 384», *Comentarios al Código Civil* (dir. BERCOVITZ), 3.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 535.

²⁶ SSTS de 12 diciembre 2005 (RJ 2006\196), 23 abril 1999 (RJ 1999\3142) y 14 octubre 1991 (RJ 1991\6915), entre otras.

²⁷ Como apunta numerosísima jurisprudencia; así, entre muchas otras, SSTS de 27 octubre 2008 (2008\6309), 30 enero 2007 (RJ 2007\1304) y 30 de enero 2007 (RJ 2007\1303), 12 diciembre 2005 (RJ 2006\196), 20 julio 2006 (RJ 2006\4737), 3 mayo 2004 (RJ 2004\2152), 21 junio 1997 (RJ 1997\4889), 10 febrero 1997 (RJ 1997\938), 18 abril 1984 (RJ 1984\1953), 20 de enero de 1983 (RJ 1983\253), 27 de abril de 1981 (RJ 1981\1664) y 27 de mayo de 1974 (RJ 1974\2106).

²⁸ LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos*, cit., p. 283; Díez GARCÍA, «Artículo 384», cit., p. 535. Esta es la tendencia que se aprecia en abundante jurisprudencia, que considera que no procede la acción de deslinde si se acredita que hay elementos externos que delimitan los linderos entre fincas [así, SSTS 20 julio 2006 (RJ 2006\4737) y 26 junio 2003 (RJ 2003\4310)], pues la acción de deslinde está «estrictamente encaminada a precisar una línea perimetral inexistente en su exteriorización práctica», como señalan las SSTS 18 abril 1984 (RJ 1984\1953) y 14 octubre 1991 (RJ 1991\6915). Debe indicarse, no obstante, que FRADES DE LA FUENTE, «Artículos 384 a 387», en *Comentarios al Código civil* (coord. Rams Albesa), T. III, Bosch, Barcelona, 2001, p. 245, se hace eco de alguna sentencia en la que se afirma que si por alguna de las partes en el litigio se sostiene que los medios de cierre no se corresponden con los linderos reales de la finca, es preciso acudir a acciones como la reivindicatoria o la declarativa [en este sentido, STS 27 de abril de 1981 (RJ 1981\1664)].

dejen lugar a dudas sobre el confín del fundo²⁹, salvo que hubieran sido colocados de forma unilateral por uno de los colindantes³⁰. Debe apuntarse que en el caso de que existieran muros o elementos de cierre situados en un lugar que no se corresponde con el lindero real, la solución no es clara: mientras que es abundante la jurisprudencia que sostiene que es improcedente acudir a la acción de deslinde en tales casos³¹, hay autores que sostienen que, en estos supuestos, sí que cabe el deslinde, dirigido a corregir la separación errónea³²: mientras la contienda verse sobre la extensión del terreno y no exista controversia de títulos, será de aplicación la acción de deslinde; si se diera impugnación acerca de la existencia o validez de los títulos de los propietarios, el ámbito sería el propio de la acción reivindicatoria³³. Se requiere, en tercer lugar, la identificación de la finca que, sin embargo, presenta algún lindero confuso³⁴. Se ha señalado, por último, que es preciso que las partes reconozcan mutuamente la propiedad de las fincas colindantes, ciñéndose la discusión al lugar por donde discurre el lindero común³⁵, pues al deslinde corresponde exclusivamente remediar las inexactitudes que presenta la definición material de la finca³⁶, reservándose a otras acciones –básicamente, a las acciones reivindicatoria y decla-

²⁹ Así, por ejemplo, en la STS 14 octubre 1991 (RJ 1991\6915), la finca del actor colindaba con una vía asfaltada, por lo que se entendió que no procedía acordar el deslinde al estar suficientemente delimitado su fundo, lo que «aleja toda idea de incertidumbre en la fijación de linderos, que es lo que la acción de deslinde contempla».

³⁰ En este sentido, STS 25 junio 2007 (2007\3547), 14 octubre 2002 (2002\10171) y 21 junio 1977. También en el caso resuelto por la sentencia de 20 de enero de 1983 (RJ 1983\253, comentada por CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 20 de enero de 1983», *CCJC* n.º 1, enero/marzo 1983, pp. 51 y ss.), el Supremo entiende que no existe confusión entre predios en un supuesto en el que la fijación del lindero se había llevado a cabo de forma unilateral por uno de los vecinos, en este caso mediante el levantamiento de una pared divisoria.

³¹ Por todas, STS de 18 de abril de 1984 (RJ 1984\1953), en la que puede leerse que «No hay confusión de linderos cuando los predios se hallan separados por instalaciones de cierre, con independencia de que la superficie abarcada se corresponda o no con la extensión objetiva del correspondiente derecho de dominio, que constituye problema a dilucidar en contienda diversa a la suscitada con la acción de deslinde, estrictamente examinada a precisar una línea perimetral inexistente en su exteriorización práctica».

³² PRATS ALBENTOSA, «El conflicto de la acción de deslinde», cit., pp. 223 y 224; FRADES DE LA FUENTE, *op. cit.*, pp. 245 y 246.

³³ HUALDE SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de 18 de abril de 1984», p. 1621; PRATS ALBENTOSA, *op. et loc. ult. cit.*

³⁴ MONTÉS, *La propiedad privada*, cit., p. 278, y «Artículos 348 y 349», cit., p. 221; DORAL GARCÍA, «Artículo 384», cit., p. 1058; PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 160; LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos*, cit., p. 283.

³⁵ CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 20 de enero de 1983», cit., p. 57; LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos*, cit., p. 283.

³⁶ PRATS ALBENTOSA, «El conflicto de la acción de deslinde», cit., p. 224. Téngase en cuenta que, para este autor, con el deslinde no solo pueden establecerse los linderos confusos, sino que la acción sirve también para rectificar los linderos ya existentes (pp. 223 y 224). También admiten que el deslinde sea la vía para rectificar confines, sin que ello implique necesariamente reivindicación, MONTÉS, *La propiedad privada*, cit., pp. 278 y 279; DORAL GARCÍA, «Artículo 384», cit., p. 1059, y PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 160.

rativa, con las que en ocasiones se la confunde³⁷— las discusiones relativas a los derechos y a los títulos de las partes³⁸. Como se ha apuntado, en el deslinde no pide el solicitante que se le dé, como en la reivindicatoria, sino que se fije un límite, que quede para cada uno lo que le corresponda³⁹.

Llegados a este punto me parece que es conveniente destacar que, para algún autor, la causa que explica que se haya entendido (sobre todo por parte de la jurisprudencia) que la acción que tiene por objeto rectificar los lindes ya existentes, aunque discutidos, excede los límites de la acción de deslinde consiste en la inseguridad que existe en nuestro ordenamiento respecto de las cuestiones de hecho —por tanto, las relativas a la situación, extensión y linderos— relativas a los fundos⁴⁰, dato que ha llevado a otorgar una preeminencia injustificada y excesiva a la posesión como hecho demostrativo de la extensión del fundo, llegando a equipararla a un derecho⁴¹; precisamente esta es una de las dificultades que quizás pueda ser superada a través del uso de las bases gráficas registrales, como trataré de exponer más adelante. Es probable también que aquella circunstancia explique que en ocasiones se haya considerado reivindicatoria toda acción en la que se produce una rectificación de linderos⁴², por entenderse que llevaría implícita la recuperación del espacio poseído por el vecino y supondría, de acuerdo con la tesis discutida, un conflicto sobre derechos. Me parece, en cambio, que resulta más apropiado afirmar que la declaración judicial de deslinde se limita a trazar la línea geométrica que representa la exacta definición material del ámbito superficial que corresponde al actor, pero no sirve para hacer cesar la perturbación que pudiera estar causando el propietario del fundo vecino: la acción de deslinde culmina con la identificación cierta del ámbito sobre el

³⁷ MONTÉS, *La propiedad privada*, cit., p. 278, así como «Artículos 348 y 349», cit., p. 221; PRATS ALBENTOSA, «El conflicto de la acción de deslinde», cit., p. 224; PARRA LUCÁN, *op. cit.*, pp. 160 y 161.

³⁸ HUALDE SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de 18 de abril de 1984», p. 1621.

³⁹ MONTÉS, *La propiedad privada*, cit., p. 280, y «Artículos 348 y 349», cit., p. 223; DORAL GARCÍA, «Artículo 384», cit., p. 1059.

⁴⁰ PRATS ALBENTOSA, «El conflicto de la acción de deslinde», cit., p. 224.

⁴¹ PALÁ MEDIANO, «Deslinde y Amojonamiento», cit., p. 532; PRATS ALBENTOSA, *op. et loc. ult. cit.* A su juicio, ninguno de los órganos que tiene atribuida la fe pública responde sobre la veracidad de la extensión que se otorga en una escritura a una finca, ni de la que consta en el asiento de inscripción registral de dominio, lo que ha llevado a que se potencie la consideración que debe recibir la posesión, al tratarse del hecho material relativo al fundo más manifiesto y público.

⁴² Como denuncia PRATS ALBENTOSA, «El conflicto de la acción de deslinde», cit., pp. 225 y ss., quien además apunta que si el lindero queda definido de manera más exacta como consecuencia de su rectificación y esto supone que una determinada porción de terreno se atribuye a uno de los dos fundos, únicamente podría concluirse que la acción ejercitada ha sido la reivindicatoria si se sostiene una concepción extremadamente amplia de esta acción.

que recae la propiedad del actor (o bien el derecho real del que fuera titular)⁴³.

2. FORMAS DE DESLINDE; EN ESPECIAL, EL PRACTICADO A PROPÓSITO DE LA IDENTIFICACIÓN GRÁFICA DE LA FINCA REGISTRAL

Los particulares han dispuesto tradicionalmente de tres vías para llevar a cabo el deslinde: el acuerdo entre las partes (deslinde contractual), la jurisdicción voluntaria y el juicio contencioso. Creo que a ellas ha de añadirse una nueva posibilidad, contemplada en la Instrucción de la DGRN de 2 de marzo de 2000, que si bien se refiere a la «implantación de la base cartográfica en el Registro de la Propiedad», contiene un modo de practicar el deslinde que presenta algunas particularidades con respecto a las tres vías antes referidas.

2.1 El deslinde contractual

En el deslinde contractual, que no ha sido objeto de una regulación específica –razón por la que se sostiene que resultan de aplicación las reglas generales en materia de contratos⁴⁴–, pueden darse dos posibilidades: la primera hipótesis contempla el acuerdo de las partes en la determinación del lindero, supuesto en el que el convenio recibe la consideración de negocio de fijación⁴⁵, que no crea ni modifica ni transmite los respectivos derechos y que, en cambio, vincula a las partes, que únicamente podrán impugnarlo si se diera alguna de las causas para la impugnación de los contratos (como, por ejemplo, vicios del consentimiento o falta de capacidad)⁴⁶. La segunda se daría cuando exista discrepancia entre los colindantes sobre el lugar por donde discurren los linderos y puede desembocar en una determinación *ex novo* de los linderos o en una rectificación de los mismos: dado que las partes ceden en sus pretensiones origi-

⁴³ CARRASCO PERERA, «Comentario a la STS de 20 de enero de 1983», cit., pp. 57 y 58; PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 160, especialmente nota a pie de página 30. La STS 5 octubre 1976 (RJ 1976\3874) no condena a los demandados a restituir a los actores una superficie, sino que los condena a respetar la propiedad que corresponde a los actores de acuerdo con la linde que se ha determinado, incluso con respecto a un terreno que anteriormente resultaba estar poseído por los demandados.

⁴⁴ A partir de PALÁ MEDIANO, «Deslinde y Amojonamiento», cit., p. 535, es una afirmación constante entre los autores que se ocupan de las vías del deslinde.

⁴⁵ ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., pp. 491 y 492; LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos*, cit., p. 284.

⁴⁶ ROCA JUAN, *op. et loc. cit.*, FRADES DE LA FUENTE, «Artículo 384», cit., p. 250.

nales para evitar el pleito, se ha afirmado que el negocio representa una transacción⁴⁷, que tendrá valor de cosa juzgada para las partes, *ex* artículo 1.816 CC, lo que en principio les impediría reclamar una fijación distinta del lindero en el futuro, salvo que de la misma transacción resulte otra cosa, tal y como indica el artículo 1.815 CC⁴⁸.

Por lo que se refiere a los posibles efectos frente a terceros del acuerdo en virtud del cual se practica el deslinde, debe distinguirse entre los restantes interesados actuales y los adquirentes posteriores a título oneroso de las fincas deslindadas. Los primeros serían los titulares de derechos reales limitados que pudieran resultar perjudicados por el deslinde y que no intervinieron en él: estos tendrían la posibilidad de impugnar el deslinde si justifican la lesión de su derecho, debiendo dirigir su pretensión contra el dueño⁴⁹. Por lo que se refiere a los adquirentes a título oneroso, se ha apuntado que solo resultarían perjudicados si el deslinde estuviera publicado por el amojonamiento –siempre y cuando los signos de señalización coincidieran con los determinados en el convenio de deslinde– o por su inscripción en el Registro de la Propiedad⁵⁰. Sin embargo, no se ha explicado cómo se debería practicar esta inscripción en un momento en el que la descripción de la finca registral era meramente literaria, por lo que en principio me parece que con esta solución se mantendría la incertidumbre en cuanto a los confines de la finca siempre y cuando el deslinde no desembocara en el amojonamiento, a no ser que los linderos recién determinados se apoyaran sobre elementos de apreciación objetiva⁵¹, tales como barrancos, carreteras o muros estables. Entiendo que, salvo en los casos recién expresados, los terceros adquirentes difícilmente verían despejadas sus dudas con la consulta a los libros registrales. Me parece que este problema podría quedar superado en la actualidad mediante el empleo de las bases gráficas registrales, con inde-

⁴⁷ ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., p. 492; LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos*, cit., p. 284; FRADES DE LA FUENTE, «Artículo 384», cit., p. 250.

⁴⁸ FRADES DE LA FUENTE, «Artículo 384», cit., pp. 250 y 251. Como indica la misma autora, a lo que no afecta la transacción, sin embargo, es a la posibilidad de la parte de ejercitar en el futuro una acción declarativa o reivindicatoria si adquiere la propiedad sobre una porción del otro fondo a través, por ejemplo, de la usucapión.

⁴⁹ PALÁ MEDIANO, «Deslinde y Amojonamiento», cit., p. 535; FRADES DE LA FUENTE, «Artículo 384», cit., p. 251; ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., p. 492, añade que a estos no les será oponible el convenio de deslinde.

⁵⁰ PALÁ MEDIANO, *op. et loc. cit.*, ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., pp. 492 y 493.

⁵¹ En la denominación utilizada por VÁZQUEZ ASENJO, en «Tratamiento del exceso de cabida en el sistema de bases gráficas registrales», *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, n.º 153 (mayo-junio 2011), pp. 92 y ss. En su opinión, son linderos de apreciación objetiva «todos aquellos que son susceptibles de ser representados gráficamente sobre una referencia visualmente objetiva».

pendencia del grado de eficacia que se le atribuya⁵², cuestión sobre la que volveré con detenimiento más adelante.

2.2 El deslinde acordado en procedimiento de jurisdicción voluntaria

El deslinde practicado en el ámbito de la jurisdicción voluntaria⁵³ continúa regulado en la actualidad por las normas contenidas en el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881, que dedica sus artículos 2.061 a 2.070 al deslinde y amojonamiento, al haberse retirado en noviembre de 2007 el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, PLJV) publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» de 27 de octubre de 2006⁵⁴.

De acuerdo con la normativa en vigor, está facultado para solicitar el deslinde no solo el propietario del fundo, sino también el titular de algún derecho real de uso y disfrute sobre el mismo (art. 2.061 LEC 1881)⁵⁵. El mismo precepto que contempla las reglas de legitimación activa indica que en la propia demanda se debe señalar el alcance del deslinde; en concreto, «si el deslinde ha de practicarse en toda la extensión del perímetro del terreno o solamente en una parte que confine con heredad determinada»⁵⁶, lo que permite afirmar, en mi opinión, que habrá que citar a todos los propietarios colindantes cuyos linderos sean confusos, pero no a aquellos respecto de los cuales los confines sean ciertos⁵⁷.

⁵² Sobre los efectos de la base gráfica registral, *vid. VÁZQUEZ ASENJO, Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., pp. 287 y ss., quien distingue entre base gráfica registral con efectos de dictamen, con efectos identificativos y con efectos descriptivos, en función de los criterios tenidos en cuenta por el Registrador de la Propiedad en orden a su validación.

⁵³ A propósito de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, estudiada precisamente a propósito del deslinde, *vid. PARRA LUCÁN, op. cit.*, pp. 158 y 159, en especial, nota 24.

⁵⁴ Sobre la truncada reforma de la jurisdicción voluntaria, puede consultarse GARCÍANDÍA GONZÁLEZ y LIÉBANA ORTIZ, «Jurisdicción voluntaria y Registro de la Propiedad (Breves consideraciones sobre el régimen instituido por una reforma frustrada)», *R.C.D.I.* núm. 726, julio 2011, pp. 1997 y ss.

⁵⁵ Según FRADES DE LA FUENTE, «Artículo 384», cit., p. 251, debe entenderse que están legitimados para solicitar el deslinde en el procedimiento de jurisdicción voluntaria los titulares de cualquier tipo de derecho real, y no solo los titulares de derechos de uso y disfrute, pues el artículo 384 CC, posterior a la LEC 1881, se refiere a los titulares de derechos reales en general, sin distinguir entre los que facultan para el uso y disfrute y los que no lo hacen. Ha de apuntarse, no obstante, que el artículo 110.2 PLJV reserva la legitimación activa al propietario de cualquiera de las fincas que se pretende deslindar y al titular de un derecho real de uso y disfrute constituido sobre alguna de ellas, volviendo así al criterio del artículo 2.061 LEC 1881.

⁵⁶ El artículo 112.1 PLJV se refiere al alcance del deslinde en idénticos términos, si bien precisa que en la solicitud en virtud de la cual se inicia el expediente de deslinde se expresará la descripción de las fincas.

⁵⁷ FRADES DE LA FUENTE, «Artículo 384», cit., p. 251. LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos*, cit., p. 284, quien además expone cómo la jurisprudencia es constante a la hora de exigir que se cite a todos los dueños de los predios colindantes cuando lo que se pide no

En el caso de que comparezcan todos los interesados y exista avenencia de todos ellos, se produciría, en realidad, un deslinde convencional, si bien practicado de acuerdo con las reglas de la LEC⁵⁸. Si faltase alguno de los colindantes pero no hubiese oposición por parte de los presentes, se llevará a cabo el deslinde; quien no hubiera comparecido conservará «su derecho para demandar, en el juicio declarativo que corresponda, la posesión o propiedad del que se creyese despojado en virtud del deslinde», según dispone el artículo 2.064 LEC 1881. Es dudosa la respuesta al interrogante relativo a la posición del propietario colindante que, habiendo sido citado, no comparece: ¿puede ejercitar con posterioridad una acción de deslinde pidiendo la rectificación del anterior en el que no participó o podría únicamente ejercitar una acción reivindicatoria o declarativa?⁵⁹ Parece seguro, al menos, que no puede solicitar un nuevo deslinde mientras se den las mismas circunstancias, pero sí que procedería una nueva petición si se dan nuevas causas, como en el caso de que vuelva a darse la confusión de linderos⁶⁰ —lo que sucederá en muy pocas ocasiones si el deslinde se produce a propósito de la representación gráfica de la finca registral, como trataré de justificar más adelante— o si en los terrenos deslindados tuviera lugar una actuación destinada a la ejecución del planeamiento, como, por ejemplo, un proyecto de equidistribución⁶¹, que arrojará una nueva situación de incertidumbre.

De acuerdo con el artículo 2.070 LEC 1881, en el caso de que alguno de los colindantes formulara oposición se suspenderá el deslinde únicamente respecto a él, reconociéndosele la posibilidad

es simplemente una fijación de linderos sino la determinación de la superficie del predio que se trata de deslindar.

⁵⁸ ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., p. 493; DORAL GARCÍA, «Artículo 384», cit., p. 1058; FRADES DE LA FUENTE, *op. et loc. cit.*

⁵⁹ Se ha apuntado que cabe la posibilidad de que el colindante disconforme con el deslinde practicado ejercite la acción declarativa o la reivindicatoria, con la consecuencia de que habrá de practicarse un nuevo deslinde que habrá de llevarse a cabo de conformidad con la declaración de derechos que obtenga como resultado de su acción, tesis que se apoya en la idea de que el deslinde acordado en jurisdicción voluntaria no tiene eficacia de cosa juzgada ni alcance para la declaración de derechos, según se ha señalado en la jurisprudencia, ya desde antiguo [SSTS 1 abril 1892 (Gaceta 24 de julio 1893) y 23 de noviembre de 1903 (Gacetas 8 y 9 de diciembre 1904)]; así, ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., p. 494, y nota al pie 40.

⁶⁰ PINTÓ RUIZ, voz «Deslinde», cit., p. 301; ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., pp. 494 y 495; FRADES DE LA FUENTE, «Artículo 384», cit., p. 252. También se encuentran pronunciamientos en este sentido en la jurisprudencia [SSTS 23 noviembre 1903 (Gacetas 8 y 9 de diciembre 1904) y 30 abril 1895 (Gaceta 16 agosto 1896)].

⁶¹ ARNÁIZ EGUREN, *La inscripción registral de actos urbanísticos*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2001, p. 57, explica que las operaciones de equidistribución consisten en «actos administrativos por virtud de los cuales se modifica la descripción de las fincas preexistentes al proceso urbanístico, se adjudican a la Administración las fincas de cesión obligatoria, se adjudica el suelo restante a los propietarios de las fincas preexistentes en proporción a las cuotas de valor que les atribuya el propio expediente y se fija la afección de las fincas de resultado a la contribución en los gastos de urbanización y los demás del proyecto».

de acudir al juicio declarativo que corresponda. El mismo precepto dispone, en consecuencia, que aun manifestándose la oposición por alguno de los colindantes, se podrá continuar adelante con el deslinde si lo solicita el promotor del expediente y no se niegan los restantes colindantes⁶².

La práctica del deslinde realizado sin oposición se hará constar en un acta en la que se expresarán todas las circunstancias que den a conocer la línea divisoria de las fincas (art. 2.066 LEC 1881)⁶³, que se protocolizará por el Notario que hubiera intervenido y que podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad en virtud de lo previsto en el artículo 12.1 del Reglamento Hipotecario (RH)⁶⁴. Obsérvese que la única referencia que hace la legislación vigente a la materialización del deslinde consiste en la manifestación –se entiende que literaria– de las circunstancias que indiquen los confines entre fincas, además de los mojones colocados, su dirección y la distancia de uno a otro, junto a «las cuestiones importantes que se hayan suscitado», mientras que el PLJV añade la mención de las coordenadas geográficas de cada uno de los mojones (art. 112.4); además, el PLJV contempla la posibilidad de que al acto de deslinde hubieran concurrido peritos que hubieren de confeccionar plano o levantamiento topográfico (art. 112.5), lo que supone una mejora sustancial respecto de la situación vigente, a no ser que las partes intervinientes hubieran aportado, junto con los títulos que están autorizados a presentar al amparo del artículo 2.065-I LEC 1881, algún tipo de representación gráfica de la finca (planos, croquis, ortofotos). Ha de hacerse constar que si el título consiste en una escritura pública que contenga «hechos, actos o negocios susceptibles de generar una incorporación en el Catastro o en el Registro de la Propiedad», el titular del derecho real sobre el inmueble estará en condiciones de adjuntar a la misma una certificación catastral descriptiva y gráfica del inmueble, con el contenido señalado en el artículo 3.1 TRLC (según la nueva redacción dada por la LES⁶⁵), pues tal certificación habrá debido incorporar-

⁶² El artículo 112.3 PLJV se expresa en parecidos términos.

⁶³ Parece más correcta la regulación contenida en el artículo 112.4 PLJV, que se ocupa del acta que debe extenderse tras la práctica del deslinde, sin distinguir si el deslinde se ha producido con o sin oposición; lo que interesa y es relevante, a mi juicio, es que se haya llevado a cabo el deslinde, con independencia de que haya o no habido oposición por parte de algún colindante.

⁶⁴ Según el artículo 113 PLJV, el título suficiente para inscribir en el Registro de la Propiedad el deslinde y el amojonamiento es el testimonio del acta, junto con el de la resolución aprobatoria del expediente. Debe apuntarse, además, que el PLJV permite la realización del deslinde y el amojonamiento mediante escritura pública ante Notario competente (art. 111).

⁶⁵ «La descripción catastral de los bienes inmuebles comprenderá sus características físicas, económicas y jurídicas, entre las que se encontrarán la localización y la referencia

se al documento público –parece que de manera obligatoria– en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la misma norma⁶⁶. Esta modificación introducida en el TRLC incrementa de forma notable el número de casos en los que debe adjuntarse la base gráfica de un inmueble –con carácter obligatorio– a la hora de llevar a cabo una operación con trascendencia jurídico-registral sobre un inmueble. Hasta la reforma operada por la LES, la aportación de una base gráfica –de un plano, al menos– era exigible en casos determinados, tales como la inmatriculación de una finca en el Registro (art. 53.7 Ley 13/1996, de 30 de diciembre), así como la inscripción registral de ciertas operaciones como reparcelaciones (art. 7.12 RD 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; en adelante, NCRH) o expropiaciones (art. 24.2.c NCRH)⁶⁷, pero no existía una regla general del alcance del nuevo artículo 3.2 TRLC.

2.3 El deslinde contencioso

La última de las vías clásicas para lograr la determinación de los confines entre fundos está representada por el ejercicio de la acción de deslinde en el procedimiento contencioso, que presenta como principal particularidad la que ya se ha señalado con anterioridad: mediante el ejercicio de esta acción se discute sobre una cuestión de hecho, acerca de la determinación de los linderos de la finca, y no se plantea un conflicto de derechos⁶⁸. Están legitimados para ejercitarla tanto los propietarios de terrenos como los titulares de derechos reales sobre ellos⁶⁹, según resulta del artículo 384 CC.

catastral, la superficie, el uso o destino, la clase de cultivo o aprovechamiento, la calidad de las construcciones, la representación gráfica...»

⁶⁶ «La certificación catastral descriptiva y gráfica acreditativa de las características indicadas en el apartado anterior y obtenida, preferentemente, por medios telemáticos, se incorporará en los documentos públicos que contengan hechos, actos o negocios susceptibles de generar una incorporación en el Catastro Inmobiliario, así como al Registro de la Propiedad, en los supuestos previstos por ley. Igualmente se incorporará en los procedimientos administrativos como medio de acreditación de la descripción física de los inmuebles».

⁶⁷ En este sentido, DELGADO RAMOS, «Calificación y actuación registral en materia de bases gráficas tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley del Catastro por la Ley de Economía Sostenible», cit., p. 10.

⁶⁸ PALÁ MEDIANO, «Deslinde y Amojonamiento», cit., p. 537; CABRERA HERNÁNDEZ, «Reivindicación y deslinde: sus diferencias», cit., p. 748; ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., pp. 497-499; PRATS ALBENTOSA, «El conflicto de la acción de deslinde», cit., pp. 224 y ss.; DORAL GARCÍA, *op. cit.*, p. 1057; PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 157; FRADES DE LA FUENTE, «Artículo 384», cit., p. 253.

⁶⁹ ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., p. 488, precisa, en cuanto a la legitimación para solicitar el deslinde, que deben entenderse comprendidos el propietario y los titulares de

El mismo precepto dispone que la acción se dirigirá contra los dueños de los predios colindantes, legitimación pasiva que la doctrina amplía a los titulares de derechos reales limitados⁷⁰. Debe hacerse notar que la jurisprudencia restringe el alcance del precepto⁷¹ –de manera acertada, a mi juicio, al ser la confusión de linderos presupuesto para el deslinde– y exige únicamente la citación del colindante afectado por dicha confusión⁷²; cosa distinta sucede cuando se pretenda determinar no solo el lindero sino, además, la cabida de la finca, en cuyo caso sí que será imprescindible citar a todos los propietarios colindantes⁷³. Si los fundos no son contiguos, no es preciso el emplazamiento⁷⁴.

Resulta de interés destacar que la jurisprudencia ha señalado que aunque el demandado tenga inmatriculado un exceso de cabida, no es preciso que el actor que ejercita la acción de deslinde solicite previa o contemporáneamente la nulidad o cancelación de la inscripción vigente a favor del demandado en el Registro de la Propiedad, pues su acción, lejos de contradecir el dominio del demandado sobre la finca colindante, la reconoce expresamente,

derechos reales que implican posesión, y, además, el acreedor hipotecario; también admite expresamente la legitimación del acreedor hipotecario Díez GARCÍA, «Artículo 384», cit., p. 534. ROCA JUAN justifica, además (*op. cit.*, pp. 488 y 489), el interés que debe reconocerse a todos los titulares de derechos reales limitados sobre el predio que pudieran resultar afectados por el deslinde, por lo que propone que en el deslinde practicado por los propietarios se requiera la citación de los titulares de tales derechos reales limitados, y sostiene la consiguiente atribución a estos de la facultad de impugnar el deslinde en el que no hubieran intervenido si se considerasen perjudicados; en mi opinión convendría precisar, no obstante, que dispondrán de tal facultad de impugnación si no se les hubiera citado; si se les hubiera citado y no hubieran intervenido, entiendo que carecen de posibilidad alguna de intentar participar *a posteriori*. Por lo que toca a la jurisprudencia, esta ha reconocido la facultad de solicitar el deslinde al titular de cualquier derecho real, sin distinciones entre derechos de uso y disfrute y derechos de garantía; así, la STS 23 de mayo de 1967 (RJ 1967\2584) afirma que el deslinde se trata de una facultad inseparable de la propiedad y derechos afines.

⁷⁰ ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., p. 490, y FRADES DE LA FUENTE, «Artículo 384», cit., p. 257, se refieren, en general, a «titulares de derechos reales sobre la finca». DORAL GARCÍA, «Artículo 384», cit., p. 1059, afirma expresamente que la acción de deslinde puede interponerse frente a los titulares de un derecho de garantía.

⁷¹ Así, por ejemplo, SSTS de 16 noviembre 2005 (RJ 2005\7634), 27 enero 1995 (RJ 1995\174), 3 de noviembre de 1989 (RJ 1989\7844) y 4 de mayo de 1970 (RJ 1970\2221), 8 de julio de 1953 (RJ 1953\2030) y 16 de abril de 1947 (RJ 1947\465). Lo destacan, entre otros, ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., p. 490, y FRADES DE LA FUENTE, «Artículo 384», cit., p. 257. En la misma línea debe indicarse, como destaca Díez GARCÍA, «Artículo 384», cit., p. 536, que el propio TS apunta que no prosperará la excepción de litisconsorcio pasivo necesario porque se entiende que, cuando se trata de acciones reales, cada demandado goza de autonomía procesal respecto a los demás que puedan ostentar un derecho sobre la cosa.

⁷² En contra de esta opinión puede citarse a PINTÓ RUIZ, voz «Deslinde», cit., p. 299, para quien el propietario legitimado activamente cumple citando a los propietarios de las fincas colindantes –se entiende que a todos–, considerando que de esta manera está correctamente formada la litis.

⁷³ SSTS de 19 diciembre 1975 (RJ 1975\4586) y 13 mayo 1960 (RJ 1960\2038); también, ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., p. 490.

⁷⁴ DORAL GARCÍA, *op. et loc. cit.*

además de que el dato de hecho relativo a la medida superficial de la finca queda fuera de la órbita de la fe pública del Registro [STS 28 marzo 1979 (RJ 1979\973)]. A propósito de esta sentencia, se ha afirmado justamente que la acción de deslinde no tiene como objetivo primordial rectificar la cabida registral y, además, que difícilmente la inscripción registral contendrá una descripción geográfica de sus límites, que quedarán identificados únicamente por los nombres de los colindantes⁷⁵. Ha de indicarse, no obstante, que esta última circunstancia puede entenderse superada en la actualidad en aquellos Registros en los que se encuentra implantado el proyecto de bases gráficas registrales al que ya se ha hecho alusión a lo largo del presente trabajo⁷⁶.

Por lo que se refiere a la eficacia de la sentencia dictada en el procedimiento de deslinde, se ha afirmado que obliga con fuerza de cosa juzgada, decidiendo y fijando los límites entre predios colindantes⁷⁷, si bien me parece que debería admitirse la posibilidad de ejercitar una nueva acción de deslinde si vuelve a producirse la confusión de linderos⁷⁸, tal y como sostiene la doctrina en relación con el deslinde convencional⁷⁹. Cabría, además, impugnar la sentencia si se dan circunstancias tales como un defecto en su ejecución⁸⁰. Conviene tener en cuenta, en todo caso, que al tener por objeto el deslinde una cuestión de hecho, el deslinde acordado en sentencia firme no impide el ejercicio posterior de una acción en la que se discuta la validez o nulidad del título del actor [STS 20 septiembre 1997 (RJ 1997\6456)], ni el de una acción reivindicatoria o declarativa, por la falta de identidad entre la causa de pedir y la pretensión [STS 11 julio 1988 (RJ 1988\5607)]; por la misma razón, la desestimación de una acción reivindicatoria por falta de identificación de la finca no produce efecto de cosa juzgada respecto a una posterior acción de deslinde [STS 3 abril 1987 (RJ 1987\2483)].

⁷⁵ LACRUZ BERDEJO *et al.*, cit., pp. 284 y 285.

⁷⁶ Precisamente el desarrollo e implantación en el Registro de la Propiedad de las bases gráficas registrales ha permitido a algún autor afirmar que en ciertos supuestos, la base gráfica registral de la finca (esto es, su representación gráfica), estará protegida por el artículo 34 LH; en este sentido, VÁZQUEZ ASEÑO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., pp. 337 y ss., así como DELGADO RAMOS, «Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», en *RADNT*, n.º 17, 2008, p. 25.

⁷⁷ ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., p. 501; FRADES DE LA FUENTE, «Artículo 384», cit., p. 261.

⁷⁸ Lo admiten de forma expresa PINTÓ RUIZ, voz «Deslinde», cit., p. 301; ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., p. 501 y FRADES DE LA FUENTE, «Artículo 384», cit., p. 260.

⁷⁹ PINTÓ RUIZ, voz «Deslinde», cit., p. 301; ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., pp. 494 y 495; FRADES DE LA FUENTE, «Artículo 384», cit., p. 252.

⁸⁰ ROCA JUAN, «Artículo 384», cit., p. 501 y FRADES DE LA FUENTE, «Artículo 384», cit., p. 260.

2.4 El deslinde practicado a propósito de la identificación gráfica de la finca registral

En último término haré referencia a la que se podría considerar como una vía *sui generis* para acordar el deslinde en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, que es como podría calificarse, en mi opinión, una posibilidad prevista en la Instrucción de la DGRN de 2 de marzo de 2000, sobre implantación de la base cartográfica en el Registro de la Propiedad, regla cuyo propósito fundamental es ordenar el procedimiento –en el que se reconoce el papel fundamental de las TICs– al que deben atenerse los Registradores de la propiedad a la hora de representar gráficamente las fincas registrales. Dicha fórmula guarda estrecha relación con el procedimiento de jurisdicción voluntaria, tal y como podrá comprobarse cuando se exponga su contenido, si bien no se encuentra prevista en la LEC 1881 ni se encuentra mencionada en el PLJV, por lo que me parece que podría considerarse una especialidad del deslinde acordado en jurisdicción voluntaria.

La Instrucción señala en su preámbulo que «la base gráfica identificará exclusivamente las fincas en sentido estricto, entendiéndose como tales las superficies de suelo delimitadas poligonalmente cuya propiedad pertenece a una sola persona o a varias pro indiviso», lo que permite intuir que el deslinde de fincas juega un papel básico en este procedimiento de traducción gráfica de la descripción literaria de la finca registral y que desembocaría, dando un paso más, en lo que algunos autores han denominado inscripción gráfica registral⁸¹.

Y aunque es cierto que el propósito principal del Registro de la Propiedad no consiste en evitar discusiones sobre deslindes sino que tiene por objeto evitar incertidumbres sobre las titularidades y las cargas y gravámenes que pesan sobre las fincas⁸², también es verdad que la existencia de un soporte gráfico que permita una correcta identificación de la finca –cuya elaboración obligaría, obviamente, a determinar sus linderos, dado que la finca es definida de manera expresa como una superficie de suelo delimitada poligonalmente– es una aspiración sentida desde antiguo en nuestro ordenamiento jurídico⁸³. En la actualidad se afirma, de forma explícita, que la

⁸¹ En terminología acuñada por VÁZQUEZ ASENJO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., pp. 23-143, donde analiza el denominado «principio de inscripción gráfica registral», y, en lo que aquí interesa, sus efectos jurídicos (en especial, pp. 74 a 76).

⁸² Como apuntan DELGADO RAMOS, «Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», en *RADNT*, cit., p. 18, y VÁZQUEZ ASENJO en *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., p. 94.

⁸³ Sobre los intentos históricos de dotar al Registro de la Propiedad con un soporte gráfico, *vid.* ARRIETA SEVILLA, «Aproximación sistemática a las bases gráficas registrales».

existencia de tal base gráfica incrementaría el grado de seguridad jurídica prestado por la institución registral⁸⁴. En la línea de lo hasta aquí expuesto no es de extrañar, por lo tanto, que en la mencionada Instrucción de 2 de marzo de 2000 se haga referencia a un procedimiento *para la adecuación de la descripción gráfica* de la finca inscrita, en el que se contempla un modo de practicar el deslinde que me parece que es distinto de los expuestos hasta ahora.

La Instrucción se ocupa, en primer lugar, de la identificación de la finca a través de la referencia catastral (apartado primero)⁸⁵. En segundo término, se refiere a la identificación gráfica practicada por el Registrador de la propiedad, «siempre que a su juicio exista plena identidad entre la descripción de la finca que resulte del Registro y lo que resulte de la gráfica de la misma obtenida por su referencia catastral»⁸⁶ (apartado segundo); a propósito de esta labor ha de apuntarse, no obstante, que en la mayoría de los Registros que están procediendo a la identificación gráfica de las fincas la actuación que se ha generalizado es la denominada validación, que es la operación en virtud de la cual el Registrador afirma la coincidencia identificativa entre la base gráfica registral –y no la que resulta del Catastro⁸⁷– y la descripción literaria de la finca⁸⁸.

cit., p. 61. Creo que merece la pena destacar que la primera tentativa tuvo lugar con la Ley del Catastro de 1906, si bien ni este ni otros esfuerzos posteriores lograron cuajar en la práctica.

⁸⁴ En el Preámbulo de la Instrucción DGRN de 2 de marzo de 2000. En una línea parecida, ARRIETA SEVILLA, «Aproximación sistemática a las bases gráficas registrales», cit., p. 62.

⁸⁵ En coherencia, me parece, con la línea iniciada con la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que, como ya dije, impone en su artículo 53.7 la obligación de aportar una certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca registral a la hora de su inmatriculación, regla que ha sido objeto de numerosas críticas. Entre ellas, las formuladas por REQUEJO LIBERAL, *Descripción geográfica...*, cit., pp. 98-100; DELGADO RAMOS, «Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», *RADNT*, cit., pp. 21-23; ARRIETA SEVILLA, «Aproximación sistemática a las bases gráficas registrales», cit., pp. 65-69.

⁸⁶ Las hipótesis en las que el Registrador deberá proceder a esta identificación gráfica de la finca registral son, según la mencionada Instrucción de 2 de marzo de 2000, las siguientes: *a)* al practicar cualquier asiento con relación a la finca; *b)* en todos los supuestos de inmatriculación de fincas; *c)* cuando la identificación de la representación gráfica de la finca registral se manifieste por los propios otorgantes de un negocio jurídico que produzca efectos en el Registro de la propiedad; *d)* en todos los supuestos contemplados por los apartados *a)* a *f)* de la regla cuarta del artículo 51 del RH –nótese que estos párrafos han sido anulados por la STS (Sala 3.ª) de 31 de enero de 2001 (RJ 2001\1083), por lo que esta letra queda sin contenido–; *e)* como acto específico, mediante instancia por duplicado dirigida al Registrador de la propiedad por el titular registral, o acta notarial, a la que se acompañe, en ambos casos, la representación gráfica de la finca sobre el plano parcelario catastral o el propio del Registro, de forma que permita su incorporación a la base cartográfica.

⁸⁷ En contra del empleo de la cartografía catastral como base gráfica del Registro, VÁZQUEZ ASENJO, «Efectos identificativos y descriptivos de la finca registral», *RADNT*, n.º 7, 2007, pp.105-107.

⁸⁸ VÁZQUEZ ASENJO, «Aplicación de la teoría de las bases gráficas registrales al expediente de dominio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 693, 2006, p. 210. Nótese que VÁZQUEZ ASENJO en *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, p. 138, afirma que la validación –que yo calificaría como básica, o con efectos de mero

A continuación la Instrucción prevé [apartado tercero, número 1, letra *a*)], la posibilidad de acudir a esta particular vía que podrá desembocar, creo, en la rectificación de la descripción gráfica ya elaborada a través de una nueva delimitación del contorno de la finca. Los casos en los que se considera procedente acudir a este expediente –que la propia norma considera procedimiento de deslinde voluntario– presuponen, a mi juicio, la confusión de linderos: así, por un lado, se alude al supuesto en el que del propio Registro o de la cartografía⁸⁹ resulten datos que desvirtúen u ofrezcan dudas sobre la verdadera identificación gráfica de las fincas, lo que denota que no existe una delimitación cierta, al tiempo que pone de manifiesto una cierta contradicción con el apartado anterior, que preveía que se procediera a la identificación gráfica de la finca en caso de *plena identidad* entre la descripción registral de la finca y lo que resulte de la cartografía catastral⁹⁰; por otro, se refiere al caso en el que los interesados no estén conformes con la gráfica asignada, lo que significa, igualmente, que hay discrepancias en el polígono que se ha trazado para delimitar la finca.

En los supuestos recién aludidos, la parte –que debe ser un titular inscrito, pues solo así podrá disponer de una base gráfica validada por el Registrador⁹¹– que esté en desacuerdo con la representación gráfica de su finca puede intentar que esta se corrija a través de un deslinde voluntario, articulado de la siguiente manera: en primer lugar, mediante una instancia dirigida al Registrador de la propiedad, quien deberá revisar la identificación ya realizada, lo

dictamen, para distinguirla de otros tipos de validación sobre los que volveré más adelante– no significa en ningún caso descripción perimetral del contorno exacto de la finca, a lo que añade que, dado que la única finalidad de la validación es poder localizar las fincas en el territorio, esta operación en ningún caso puede llegar a producir efectos de deslinde sobre el dominio inmobiliario inscrito en el Registro de la Propiedad; esta afirmación es coherente con la posibilidad de rectificar la base gráfica de la finca registral en el procedimiento específico de deslinde previsto en el apartado tercero, punto 1, letra *a*) de la Instrucción de 2 de marzo de 2000. Por su parte, ARRIETA SEVILLA, «Aproximación sistemática a las bases gráficas registrales», cit., pp. 69-72, enumera los principales criterios que emplean los Registradores para proceder a la validación. Para JUEZ PÉREZ, «Identificación gráfica de fincas registrales», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 42, septiembre 2007, pp. 120 y ss., la validación no solo exige la localización plena e indubitada de la finca, sino que para efectuar dicha operación es precisa una petición, siquiera indirecta, por el interesado, consistente en proporcionar una base gráfica con el documento inscribible

⁸⁹ En la Instrucción no se especifica a qué cartografía se refiere, pero creo que podría sostenerse que se quiso aludir a la cartografía catastral, pues es la que en la norma que se está analizando se contraponen en numerosas ocasiones al parcelario del Registro.

⁹⁰ Y tampoco encaja bien con la que se ha dicho es la práctica habitual en los Registros, que consiste en validar –esto es, en afirmar la coincidencia identificativa– entre la base gráfica de una finca registral y su descripción literaria, si bien la discrepancia podría explicarse cuando la validación se ha producido de oficio por el Registrador, sin intervención del titular registral y, mucho menos, de los colindantes.

⁹¹ Si integramos esta regla con la previsión del artículo 384 CC, ese titular inscrito podría tratarse, creo, del propietario o del titular de un derecho real sobre la finca.

que entiendo que presupone la necesidad de aportar algún nuevo elemento de juicio a la operación identificativa que ya ha llevado a cabo, pues en caso contrario no se entiende en qué cambiaría una representación efectuada precisamente cuando, a juicio del Registrador, se dan los criterios para llevarla a cabo, o, si se piensa en la validación, cuando se da identidad entre la base gráfica registral y la descripción literaria de la finca. En segundo término, el ajuste puede producirse en acta notarial de deslinde –que se supone es el acta a la que se refieren los artículos 2.066 y siguientes LEC 1881, lo que requeriría, parece, acudir a este procedimiento–. En este segundo supuesto parece que lo que en realidad solicitará la parte es la adecuación de la gráfica ya asignada a la finca por el Registrador (de conformidad con lo previsto en el apartado segundo de la Instrucción) con la representación gráfica resultante del deslinde consignado en el acta notarial. Debe decirse que también en esta ocasión nos hallamos ante una propuesta de rectificación de la identificación ya practicada por el Registrador y, como acabo de apuntar respecto a la hipótesis anterior, creo que es precisa la presencia de un *plus* respecto a lo previsto en el apartado segundo de la Instrucción de 2 de marzo de 2000.

En mi opinión, y de acuerdo con la letra de la norma que estoy analizando, creo que los elementos que fortalecen la nueva representación gráfica, convirtiéndola, posiblemente, en definitiva e inmodificable –salvo que se den causas excepcionales que justifiquen su cambio, que podrían ir desde una catástrofe natural a un expediente de ejecución del planeamiento– son dos: la conformidad del titular, por un lado, y la de los colindantes⁹², por otro, a la delimitación gráfica de la finca⁹³. La concurrencia de ambos elementos, unidos a la elaboración de la base gráfica sobre una cartografía oficial⁹⁴, que puede ser, como ya apunté *supra*, la propia del Catastro,

⁹² Me parece que no es preciso que los colindantes, que deberán ser oídos en el procedimiento y que habrán de aceptar la nueva propuesta de delimitación de la finca para que el Registrador pueda acordar la rectificación, dispongan de un título inscrito en el Registro de la Propiedad: creo que podría admitirse que sus manifestaciones de aceptación de los linderos les vincularán si en el futuro decidieran inmatricular sus inmuebles en el Registro y solicitaran al Registrador la identificación de la finca.

⁹³ Precisa VÁZQUEZ ASENJO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., p. 331, que el consentimiento del titular registral tiene que prestarse hacia el contorno perimetral gráfico de su finca, mientras que el de los colindantes se prestará sobre una parte del contorno perimetral previamente aceptado por el dueño de la finca, pero no sobre todo él, sino solo sobre el lindero que le afecte; por tanto, con el que linde con su inmueble.

⁹⁴ El autor que se ha ocupado de este asunto con mayor profundidad se refiere, en realidad, a la sanción de la autoridad oficial competente, aunque seguidamente explica que esta intervención de la autoridad oficial competente se exige para el reconocimiento de la cartografía sobre la que las partes hacen sus manifestaciones (así, VÁZQUEZ ASENJO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., p. 333).

pero también la elaborada por el Registro⁹⁵, determina que la nueva base gráfica, resultado de una rectificación y validada de nuevo por el Registrador, produzca efectos que algún autor ha calificado como descriptivos, como si la delimitación de la finca se hubiera producido a propósito de un procedimiento de deslinde⁹⁶, produciendo una seguridad jurídica absoluta y suprimiendo la posibilidad de conflictos de colindancia en el futuro⁹⁷. Dichos efectos son mucho más potentes que los denominados efectos de mero dictamen y que los efectos identificativos, que se dan en supuestos de validación en los que concurren circunstancias distintas de las recién examinadas⁹⁸, lo que explica que los efectos jurídicos que se les reconocen sean diferentes (y más débiles).

⁹⁵ A favor de esta interpretación amplia de lo que puede entenderse por cartografía oficial pueden citarse el apartado segundo, letra e), y el apartado tercero, punto 1, letras b) y c) de la Instrucción de 2 de marzo de 2000. Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que el artículo 33.4 TRLC apunta a la preeminencia de la cartografía catastral sobre la propia del Registro; es más, parece que pretende que la cartografía catastral sea utilizada como cartografía básica para la identificación de las fincas, si bien es verdad que reconoce la posibilidad de que se haya utilizado una cartografía distinta de la catastral precisamente para la identificación de las fincas en el Registro de la Propiedad.

⁹⁶ Según VÁZQUEZ ASEÑO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., p. 324, la base gráfica registral a la que se le reconocen efectos descriptivos «se halla en una situación equivalente a la de los linderos que han sido objeto de deslindes judiciales o administrativos. En realidad, la validación que otorga valor descriptivo a la base gráfica registral correspondiente supone un acto semejante a esas actuaciones de deslinde, ya que se produce con base en el mismo material y consentimientos en que se basan aquellas, siempre –claro– en el ámbito jurisdiccional voluntario o no conflictivo». Debe tenerse en cuenta que, para este autor, los titulares colindantes que deben prestar su consentimiento para que la base gráfica registral alcance esos efectos descriptivos han de ser titulares registrales: su consentimiento –afirma VÁZQUEZ ASEÑO– no va dirigido a reconocer el dominio de su vecino de forma directa, sino a reconocer el lindero de su propio dominio; ese consentimiento producirá efectos descriptivos no con respecto a toda la base gráfica registral, sino únicamente en relación con el lindero respecto al cual haya prestado consentimiento (*op. cit.*, p. 330). A mi juicio, en cambio, no es necesario que los colindantes tengan sus títulos inscritos en el Registro de la Propiedad pues, como ya expliqué con anterioridad, entiendo que su aceptación de la base gráfica de la finca del vecino (titular registral) los vinculará hacia el futuro, de manera que al menos ese linde de la finca será fijo.

⁹⁷ VÁZQUEZ ASEÑO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., pp. 324 a 327. Además, el autor sostiene que a las bases gráficas registrales que cumplan con los requisitos para que se les reconozcan efectos descriptivos les resulta de aplicación el principio que denomina de fe pública gráfica registral, que establece una presunción de exacta georreferenciación (*op. cit.* pp. 337-347).

⁹⁸ Según VÁZQUEZ ASEÑO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., pp. 287 y pp. 291 y ss., los efectos de mero dictamen se producen cuando la validación de la base gráfica registral por el Registrador parte de los datos manifestados por el titular registral que constan inscritos en el folio registral y tiene el valor de ser un dictamen elaborado por un fedatario público, mientras que los efectos identificativos se producen cuando el titular registral manifiesta de manera expresa en el título adecuado que su finca se corresponde con una base gráfica con ciertas coordenadas georreferenciadas; en tal supuesto, el Registrador deberá calificar si la georreferenciación que se ha manifestado es coherente con la ortofoto y la cartografía de apoyo y si esta coherencia es compatible, a su vez, con la descripción literaria de la finca; si la calificación fuera positiva, la base gráfica registral tendrá los mismos efectos que el resto de las declaraciones contenidas en el Registro de la Propiedad, en especial, los

Este procedimiento de rectificación de la base gráfica de la finca registral prevé, por último, que «todas las partes afectadas por la delimitación de una finca», esto es, el titular y los colindantes –que, en esta ocasión parece que deben ser todos ellos⁹⁹, ya que la confusión de linderos no es presupuesto necesario para acudir al mismo–, manifiesten su conformidad con la representación gráfica de la misma, que puede haberse efectuado bien sobre el plano catastral, bien sobre el propio del Registro. Obtenidos tales consentimientos, creo que puede sostenerse que se ha producido un deslinde convencional acordado en un procedimiento de jurisdicción voluntaria *sui generis*¹⁰⁰, con los efectos atribuidos al mismo¹⁰¹, efectos que en este caso se verán reforzados por la intervención del Registrador y que consistirán, para algunos

establecidos en el artículo 38 LH, de modo que el titular registral estará protegido frente a cualquier ataque que se produzca a la identificación o localización relativa de la finca correspondiente, sin que la protección alcance al perímetro de la finca representada de forma gráfica (*op. cit.*, p. 321). El citado autor sostiene, además, que para modificar la base gráfica registral ya validada en contra de la voluntad del titular registral inscrito, el interesado en la rectificación deberá acudir al oportuno procedimiento judicial, donde la carga de la prueba recae sobre quien inste el procedimiento (*op. cit.*, p. 306). Una clasificación algo distinta es la propuesta por DELGADO RAMOS, tanto en «Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», *RADNT*, cit., pp. 19-26, como en «Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», *Diario La Ley*, n.º 6861, 12 enero 2008, pp. 1480-1484. Para este autor ha de distinguirse entre (i) la base gráfica de la finca según manifiesta su titular, que no gozará de la presunción de veracidad del artículo 38 LH por no haber sido objeto de comprobación y calificación registral; (ii) la base según opinión o dictamen profesional del Registrador, que tendrá el valor de un dictamen de peritos, mas no el de un documento público ni el de una certificación registral; y (iii) la formalmente inscrita en el Registro, como resultado de la petición del interesado de la inscripción de una base gráfica identificativa de su finca, en cuyo caso el Registrador calificará la pretensión de acuerdo con los criterios legales aplicables; en caso de que la calificación sea positiva, procederá a la inscripción de la base gráfica extendiendo una nota marginal y archivando copia de la base gráfica aportada por los interesados. Una vez practicada la inscripción formal y archivada la base gráfica, considera el autor que producirá los mismos efectos que los demás asientos registrales, proclamando no solo quién es dueño, sino de qué es dueño. Es más, concluye que la base gráfica inscrita en el Registro delimita jurídicamente y, por tanto, define y distingue de manera exclusiva y excluyente la extensión objetiva del derecho subjetivo que se califica, se inscribe y se publica. De acuerdo con esta opinión, la denominada inscripción formal de la base gráfica de la finca en el Registro evitaría cualquier tipo de discusión futura sobre los linderos de la finca

⁹⁹ A diferencia de lo que propuse a propósito del deslinde contencioso; en aquel caso me pareció que bastaba con citar al titular colindante cuyo lindero se discute, pues la acción de deslinde presupone la confusión de linderos, que por lo general afectará a uno solo de los colindantes (o a varios, pero que se encontrarán determinados); ahora, en cambio, el presupuesto es diferente –incertidumbre o disconformidad con la representación gráfica de la finca–, susceptible de afectar a todos los colindantes.

¹⁰⁰ VÁZQUEZ ASENJO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., p. 325, afirma que la base gráfica registral con efectos descriptivos se produce con los mismos materiales y consentimientos necesarios para las actuaciones de deslindes, y se encuentra en una situación parecida a la de los linderos que han sido objeto de un deslinde judicial.

¹⁰¹ Sobre tales efectos, *vid. supra*, apartados 2.1 y 2.2.

autores, en reconocerles la protección otorgada por el principio de fe pública registral¹⁰².

3. LOS CRITERIOS DE DECISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

Los artículos 385 a 387 CC procuran al Juez una serie de criterios para fijar los linderos de un fundo¹⁰³ ya sea en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, ya en el procedimiento contencioso¹⁰⁴. Y mientras que algunos de ellos representan verdaderos elementos de prueba —a los títulos, la posesión y otros medios de prueba se refieren los artículos 385 y 386 CC—, y de ellos me voy a ocupar en este apartado, otros son criterios que van a permitir al juez adoptar una decisión cuando los medios de prueba no sean concluyentes (art. 386, segundo inciso) o cuando de los títulos en conflicto resulte una discordancia entre los datos contenidos en ellos y las verdaderas

¹⁰² Aunque propongan clasificaciones diferentes (y requieran algunas condiciones también diversas), tanto VÁZQUEZ ASENJO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., pp. 321 y ss., como DELGADO RAMOS, «Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», *RADNT*, cit., pp. 23-26, y «Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», *Diario La Ley*, cit., pp. 1482-1484, llegan a la misma conclusión: la base gráfica registral inscrita en el Registro (y consentida por titular y colindantes y sancionada por la autoridad oficial competente, según VÁZQUEZ ASENJO; calificada por el Registrador e inscrita la base gráfica, de acuerdo con DELGADO RAMOS) resulta protegida por el principio de fe pública registral, que VÁZQUEZ ASENJO convierte en principio de fe pública gráfica registral, de acuerdo con el cual la protección abarcará la perfecta descripción del perímetro delimitativo de la finca; además, sostiene que el lindero de la base gráfica registral con efectos descriptivos permitirá localizaciones geográficas absolutas y producirá efectos identificativos de la finca frente a terceros así como auténticos deslindes entre partes, sancionados oficialmente a perpetuidad (*op. ult. cit.*, pp. 321 y 322).. Con esta propuesta se supera la deficiencia apuntada en su momento por PRATS ALBENTOSA, en «El conflicto de la acción de deslinde», *cit.*, p. 224, donde se lamenta de la inseguridad existente en nuestro ordenamiento jurídico respecto de las cuestiones de hecho relativas a los fundos; en su opinión, «ninguno de los órganos que tienen atribuida la fe pública responde sobre la veracidad de la extensión que se otorga en una escritura a una heredad, o de aquella que consta en el asiento de inscripción de dominio de un predio». De aceptarse las tesis propuestas por VÁZQUEZ ASENJO y DELGADO RAMOS, las dificultades recién denunciadas quedarán superadas, pues las bases gráficas registrales inscritas se presumirán exactas.

¹⁰³ Apunta DORAL GARCÍA, «Artículo 384», cit., p. 1060, que pese al orden marcado por los artículos 385-387 rige el principio de libertad de prueba [en este sentido, y entre tantas otras, STS de 6 abril 1994 (RA 1994\2942), en la que se afirma que estos preceptos —en referencia a los artículos 385, 386 y 387— no imponen ninguna limitación en la apreciación de la prueba]; a ello añade que no hay jerarquía entre las pruebas, sino un orden de relevancia; FRADES DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 258, precisa que las normas citadas determinan un orden de preferencia entre los criterios aplicables.

¹⁰⁴ A favor de su empleo tanto en la jurisdicción voluntaria como en la contenciosa, LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos*, cit., p. 285; también ROCA JUAN, «Artículos 385, 386 y 387», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. por ALBALADEJO), T. V, vol. 1.º, cit., pp. 503 y 504, donde apunta, además, que cabe la posibilidad de que estos criterios sean aplicados voluntariamente en un caso de deslinde convencional; igualmente, FRADES DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 258.

superficies de las fincas (art. 387). Ha de indicarse que el sistema diseñado por estos preceptos es de aplicación forzosa, en el sentido de que siempre que se den los presupuestos exigidos para el ejercicio de la acción, el juez estará obligado a decidir los confines de la finca, sin que le quepa la posibilidad de desestimar la demanda por falta de pruebas¹⁰⁵. Y si bien tanto la doctrina –que, además, ha dispensado interpretaciones diversas al sistema establecido por estos criterios¹⁰⁶– como la jurisprudencia se han pronunciado sobre ellos en numerosas ocasiones, las novedades que pueden introducir las bases gráficas registrales (en forma de ventajas para el titular registral cuya finca disponga de base gráfica) en el ámbito de la prueba justifican, en mi opinión, que se vuelva sobre este punto.

Merece la pena profundizar, en especial, en la referencia a los títulos del propietario, a los que se refiere tanto el artículo 385 CC, de conformidad con el cual «el deslinde se hará en conformidad con los títulos de cada propietario, y a falta de títulos suficientes, por lo que resultare de la posesión en que estuvieren los colindantes», como el artículo 386 CC, en el que puede leerse que «si los títulos no determinasen el límite o el área perteneciente a cada propietario, y la cuestión no pudiera resolverse por la posesión o por otro medio de prueba, el deslinde se hará distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales». Una interpretación sistemática de lo previsto en ambas normas, que además tome en consideración la aplicación que la jurisprudencia ha efectuado de las mismas permite afirmar, me parece, que debe entenderse que es título suficiente aquel que resulte lo suficientemente expresivo de la cabida de la finca o que contenga datos que basten para su deslinde¹⁰⁷, o, si se acude a la letra del artículo 386 CC, el título que determine el límite o el área perteneciente a cada propietario¹⁰⁸, y no, como sostiene algún sector doctrinal, el documento público fehaciente¹⁰⁹ o el título inscrito en el Registro de la Propiedad¹¹⁰.

¹⁰⁵ En este sentido, ROCA JUAN, «Artículos 385, 386 y 387», *Comentarios al Código civil*, cit., p. 504; LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos*, cit., p. 285; FRADES DE LA FUENTE, *op. cit.*, pp. 259 y 260.

¹⁰⁶ Puede consultarse un resumen de las distintas posiciones doctrinales en ROCA JUAN, «Artículos 385, 386 y 387», *Comentarios al Código civil*, cit., pp. 504 y 505.

¹⁰⁷ Como resulta de las SSTs de 31 marzo 1987 (RJ 1987\1844), 8 mayo 1985 (RJ 1985\2263) y 30 junio 1964 (RJ 1964\3737).

¹⁰⁸ A favor de esta interpretación, LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos*, cit., p. 285; FRADES DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 259.

¹⁰⁹ Entre otros, MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, Tomo III, 8.ª ed., Madrid, Reus, 1976, p. 420; PALÁ MEDIANO, «Deslinde y Amojonamiento», cit., p. 541; DORAL GARCÍA, «Artículo 384», cit., p. 1060. ROCA JUAN, «Artículos 385, 386 y 387», *Comentarios al Código civil*, cit., p. 505, parece adherirse a esta postura, aunque recoge también la tesis sostenida por la jurisprudencia.

¹¹⁰ Esta es la posición de MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, cit., p. 420, para quien los títulos no inscritos han de considerarse insuficientes porque no

Teniendo en cuenta el contenido y la eficacia que se ha atribuido a las bases gráficas registrales, me parece que en principio podría considerarse que la base gráfica registral es título suficiente –en la expresión empleada por los preceptos analizados– para acordar el deslinde¹¹¹. Mas, en realidad, su valor a los efectos del deslinde y las posibilidades de oposición de los colindantes¹¹² a lo en ella determinado serán distintos en función de los efectos que se le reconozca, que, recuérdese, variarán según las circunstancias tenidas en cuenta por el Registrador en el momento de la validación: si con ocasión de la elaboración de la base gráfica registral los colindantes hubieran admitido las líneas delimitativas trazadas por el Registrador, que previamente habrán sido consentidas por el titular registral inscrito, y que han sido efectuadas sobre una cartografía sancionada oficialmente, estarán vinculados por ellas¹¹³, de manera que el deslinde quedaría excluido por innecesario: la elaboración de la base gráfica registral equivaldría al deslinde¹¹⁴. A favor de esta tesis puede alegarse que en el procedimiento de deslinde –que, lógicamente, producirá los efectos de un deslinde– previsto en el apartado tercero, punto 1, letra *a*) de la Instrucción de 2 de marzo de 2000 se describe la elaboración de una base gráfica registral –en realidad, se refiere a la rectificación de una base gráfica ya existente– en la que se exigen los consentimientos de todas las partes afectadas por la delimitación (titular y colindantes) a la base gráfica,

perjudican a terceros, perdiendo de vista, me parece, que la suficiencia a la que alude el artículo 385 CC, en combinación con lo dispuesto en el artículo 386, se refiere a la descripción de la finca contenida en el título, que deberá ser expresiva de la cabida de la finca o bien contener datos bastantes para llevar a cabo la delimitación de la misma.

¹¹¹ Díez GARCÍA, «Artículo 385», en *Comentarios al Código Civil* (dir. BERCOVITZ), cit., p. 537, admite como título la certificación registral acreditativa de la inscripción del título, aun cuando según la citada autora, «ésta no ampara los meros datos físicos», circunstancia que puede variar en los próximos años si se consolidan algunas de las tesis que sobre las bases gráficas registrales se han expuesto por algunos de sus principales estudiosos (y aplicadores), como VÁZQUEZ ASENJO y DELGADO RAMOS.

¹¹² Que ocuparán la posición de demandados en el procedimiento de deslinde.

¹¹³ Los colindantes cuyo consentimiento interesa deben ser titulares registrales inscritos, según VÁZQUEZ ASENJO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., pp. 328-330; en mi opinión, y como ya justifiqué con anterioridad a propósito de la base gráfica elaborada en el ámbito del procedimiento regulado en el apartado 3.1.a) de la Instrucción de 2 de marzo de 2000, basta que se trate de colindantes.

¹¹⁴ Es lo que sucedería cuando a la base gráfica registral se le reconocieran efectos descriptivos, de acuerdo con la clasificación de VÁZQUEZ ASENJO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., pp. 323 y ss. De seguirse las propuestas de DELGADO RAMOS, «Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», *RADNT*, cit., p. 25, el titular registral con el nivel máximo de protección (el dispensado por el art. 34 LH) de una finca con base gráfica inscrita solo podría quedar afectado por acciones de deslinde sobre una parte concreta del perímetro de su finca, y únicamente en la medida en que ello quepa dentro del margen de error en la precisión de los trazos de un plano (por ejemplo, por las escalas del plano, el grosor del trazado de los lados o del perímetro).

que deberá estar representada sobre cartografía oficial (plano parcelario catastral o el propio del Registro).

Si se trata, en cambio, de una base gráfica registral con efectos identificativos, que es la que resulta del supuesto en el que el Registrador ha calificado la manifestación del titular registral según la cual su finca se corresponde con una base gráfica formada por ciertas coordenadas de georreferenciación determinadas, coherentes con la ortofotografía y cartografía de apoyo y ello es compatible, a su vez, con la descripción literal contenida en el folio registral, los efectos son algo más débiles. Pero aunque esta base gráfica no excluya el deslinde, me parece que es indudable que podrá ser considerada título suficiente y constituirá un medio de prueba especialmente relevante: no solo porque la base gráfica registral contendrá datos preciosos sobre el área y los linderos de la finca, sino también porque dicha representación gráfica es el resultado de una actuación (calificación) practicada por un operador jurídico cualificado —el Registrador de la propiedad—, en virtud de la cual afirma la coincidencia entre la base gráfica expresamente aceptada por el titular registral y la descripción literaria de la finca contenida en el folio registral. En este supuesto se presume que la finca inscrita con base gráfica registral tiene la ubicación y delimitación geográfica relativa determinadas por el asiento respectivo¹¹⁵ y se le anudan los efectos del artículo 38 LH¹¹⁶, lo que significa que el titular registral queda protegido frente a cualquier ataque que se produzca a la identificación o localización de la finca correspondiente. Debe precisarse, no obstante, que la presunción tiene carácter *iuris tantum*, de manera que cabría prueba —en este caso, título— en contrario, aunque considero que será difícil aportar títulos de mejor condición que la base gráfica registral en lo que a expresión de la cabida de la finca y de los datos necesarios para determinar sus linderos se refiere.

Me parece, por último, que cuando la base gráfica registral aportada fuera de las que producen efectos de mero dictamen —es aquella que resulta de la validación practicada de oficio por el Registrador, quien afirma la coincidencia identificativa entre la base gráfica de la finca y su descripción literaria¹¹⁷, pero cuyo

¹¹⁵ VÁZQUEZ ASENJO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., pp. 300 y 301. El mismo autor considera, no obstante, que la protección dispensada por la citada presunción no alcanza a la descripción del perímetro de la finca, apuntando, en concreto, que los efectos de estas bases gráficas registrales son, por lo general, meramente relativos, útiles para localizar o identificar la situación del inmueble, y no absolutos, descriptivos o configuradores del perímetro lineal de la finca registral (VÁZQUEZ ASENJO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., pp. 303 y 321 y ss.).

¹¹⁶ De acuerdo con la propuesta de VÁZQUEZ ASENJO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., pp. 299-306 y 321 y 322.

¹¹⁷ De acuerdo con DELGADO RAMOS, «Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», *RADNT*, cit., p. 20.

resultado no ha sido aceptado de forma expresa por el titular registral¹¹⁸— podrá afirmarse, igualmente, que se trata de un título suficiente, pues aunque ni siquiera participe de las consecuencias que se reconocen a las bases gráficas con efectos identificativos y no reciba, por lo tanto, la protección del artículo 38 LH, contiene datos bastantes sobre la superficie de la finca y sus linderos; siendo además, como la anterior, resultado de la labor del Registrador, es probable que el juez le dispense un trato favorable¹¹⁹.

Por lo tanto, si el interesado en practicar el deslinde —o alguno de los colindantes demandados (o meramente citados, si se tratase de un procedimiento de jurisdicción voluntaria)— aportase la base gráfica registral de la finca, en principio resultaría innecesario acudir a los restantes elementos de prueba relacionados en los preceptos objeto de análisis, aunque esto no es segurísimo: hay casos en los que la jurisprudencia ha otorgado preferencia a los datos catastrales frente a las manifestaciones contenidas en los títulos¹²⁰, mas ello sucedió, muy probablemente, porque los documentos que con-

¹¹⁸ VÁZQUEZ ASENJO, *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, cit., p. 287. Para este autor, una de las notas características de esta base gráfica registral es que, si bien queda reflejada gráficamente en la herramienta informática de gestión gráfica del Registro, no lo está en los folios registrales. En el mismo sentido, DELGADO RAMOS, *op. et loc. ult. cit.*

¹¹⁹ Nótese que para DELGADO RAMOS, «Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», *RADNT*, cit., p. 20, el dictamen emitido por el Registrador sobre esta base gráfica tendrá el valor jurídico de un dictamen de peritos, y no el de un documento público ni el de una certificación registral, aunque sí que podrá ser tenida en cuenta por aquel cuando le sea útil para fundamentar una nota de calificación relativa a las dudas sobre posible doble inmatriculación, falta de identidad de la finca en excesos de cabida, cambios descriptivos u otros supuestos. Resulta de interés observar que los dictámenes periciales consistentes en representaciones del territorio (no planos topográficos, sino vistas de paisajes, perspectivas áreas o caballerías en la que se recogen plantas de edificios, alzados, dibujos de casas, etc., así como la orografía que los alberga) eran de gran importancia en materia de deslinde durante la Edad Moderna; en este período el deslinde se caracterizaba por referirse a disputas entre concejos limítrofes por cuestiones de términos. Sobre estos aspectos, GÓMEZ GÓMEZ, «Las pruebas periciales en la Administración de justicia del Antiguo Régimen: «Vistas de Ojos» y «Paños de Pintura». Las diligencias de deslinde, apeo y amojonamiento en la Real Chancillería de Granada», en *La Administración de justicia en la historia de España: actas de las III Jornadas de Castilla-La Mancha sobre investigación en Archivos*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Guadalajara, 1999, pp. 411 y ss.; se refiere a la utilidad de los apeos para resolver litigios entre pueblos sobre demarcaciones de sus términos en el período indicado PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 158. Sobre la importancia de la prueba pericial en el deslinde se ha pronunciado, entre muchas otras, las SSTs 8 noviembre 2007 (RJ 2007\7419) y 3 mayo 2004 (RJ 2004\2152), que sostienen que aquella será valorada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin que resulte obligatorio resolver de acuerdo con lo dictaminado en ella.

¹²⁰ Como en el caso resuelto por la STS de 8 mayo 1985 (RJ 1985\2263), y ello porque los datos sobre las extensiones superficiales consignados en los títulos no se correspondían con la realidad (y eran, por tanto, insuficientes). En el caso resuelto por esta sentencia, los datos que aparecen en los títulos reducían la extensión superficial de su finca a una séptima parte, aproximadamente, de lo que los asientos del Catastro de rústica le reconocían (y los actores no cuestionaban).

tenían la descripción literaria de la finca no iban acompañados de su representación gráfica¹²¹.

Cuando los títulos aportados no permitieran efectuar el deslinde, el artículo 385 CC remite al Juez a la posesión, que debe ser en concepto de dueño¹²², pacífica¹²³ y adquirida sin vicios¹²⁴. Si la posesión tampoco permitiera resolver la cuestión, el artículo 386 CC admite otros medios de prueba, que comprenderá cualquiera de los contemplados en la LEC¹²⁵, que sirva para determinar dónde se sitúa el lindero entre las fincas¹²⁶.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las principales conclusiones que pueden extraerse del análisis que se ha efectuado son las siguientes: en primer lugar, que en todos aquellos supuestos en los que el deslinde no desemboque en el amojonamiento de los confines discutidos, su determinación debería llevarse a cabo mediante la identificación gráfica de la finca, bien sobre una cartografía oficial, bien mediante un plano elaborado por un técnico topógrafo con la determinación

¹²¹ Obsérvese que en el momento en que se dicta la sentencia en la que se contienen tales manifestaciones aún no era obligatoria la aportación de una certificación catastral descriptiva y gráfica, totalmente coincidente con la descripción de la finca contenida en el título inmatriculador, en el momento de la inmatriculación, ya que dicha exigencia fue impuesta por el artículo 53.Siete de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

¹²² LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos*, cit., p. 285; Díez GARCÍA, «Artículo 385», cit. en *Comentarios al Código Civil* (dir. BERCOVITZ), cit., p. 538.

¹²³ STS de 8 noviembre 2007 (2007\7419).

¹²⁴ LACRUZ BERDEJO *et al.*, *op. et loc. ult. cit.*

¹²⁵ LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos*, cit., p. 285. La jurisprudencia del TS ha venido afirmando que en este ámbito rige el principio de libertad de prueba en la fijación judicial de los linderos entre heredades cuando los existentes se hayan cuestionado, precisando que los artículos 384 a 387 del Código Civil establecen solo unos principios a seguir puntual y ordenadamente en cuanto esto sea posible; en esta línea, SSTS 8 noviembre 2007 (RJ 2007\7419), 23 diciembre 1999 (RJ 1999\9490). Además, las SSTS de 8 noviembre 2007 (RJ 2007\7419) y 8 mayo 1985 (RJ 1985\2263) remiten a la apreciación en conjunto de todos los medios de prueba cuando resulte la insuficiencia de los títulos para determinar el límite o área de cada propiedad y la cuestión no pueda resolverse, tampoco, por la posesión. También, STSJ Cataluña 2 noviembre 1994 (RJ 1994\1978). En materia probatoria resulta igualmente de interés la STSJ Galicia 11 noviembre 2004 (RJ 2005\5498), que reconoce la correcta valoración de todos los medios de prueba alegados en un supuesto en el que, ante la insuficiencia de los títulos, los órganos sentenciadores complementan los elementos probatorios acudiendo a la prueba documental, a la pericial y al reconocimiento judicial.

¹²⁶ FRADES DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 259. Quizás en estos casos sería razonable que el tribunal admitiera como medios de prueba los que sin embargo no admite como títulos: es el caso, por ejemplo, de las resoluciones aprobatorias de un deslinde administrativo o las fichas catastrales (a los que alude Díez GARCÍA, «Artículo 385», cit., p. 537). En concreto, el TS ha rechazado atribuir la consideración de títulos a las fichas catastrales en su sentencia de 16 mayo 2008 (RJ 2008\3543).

de las coordenadas geográficas de los vértices, bien sobre una ortofotografía.

En segundo término, que la representación gráfica de las fincas registrales y, en especial, su inscripción en el Registro de la Propiedad, puede dar lugar a cambios relevantes en el ámbito del deslinde, aunque debo precisar que en estos momentos nos hallamos aún en el campo de las especulaciones, pues no existe jurisprudencia al respecto. La innovación más destacada es la derivada de la validación de la base gráfica de una finca por parte del Registrador de la propiedad a la que se le atribuyen efectos descriptivos: esta operación significaría, en realidad, deslindar la finca, y daría lugar a la fijación de unos linderos que resultarían inatacables, evitando por lo tanto litigios futuros salvo en el caso de que se dieran circunstancias excepcionales que modificaran tales confines —piénsese, por ejemplo, en una reparcelación urbanística—. Lo expuesto supondría que la elaboración de la base gráfica registral de una finca con los requisitos exigidos para atribuirle efectos descriptivos equivaldría, en realidad, a llevar a cabo el deslinde de esa finca, afirmación que resulta reforzada por lo dispuesto en el apartado 3.º.1.a) de la Instrucción DGRN de 2 de marzo de 2000.

Ha de apuntarse, por último, que cuando a la base gráfica se le reconozcan efectos identificativos, o incluso cuando se le atribuyan efectos de mero dictamen, se presentará como un medio de prueba privilegiado en el procedimiento de deslinde, tanto en el efectuado en vía contenciosa como en el realizado en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, pudiendo considerarse título suficiente a los efectos del art. 385 CC.

BIBLIOGRAFÍA

- ARNÁIZ EGUREN, R., *La inscripción registral de actos urbanísticos*, 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2001.
- ARRIETA SEVILLA, L. J., «Aproximación sistemática a las bases gráficas registrales», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías (RADNT)*, n.º 19, 2009.
- CABRERA HERNÁNDEZ, J. M., «Reivindicación y deslinde: sus diferencias», *Anuario de Derecho Civil*, T. XV, 1962.
- CARRASCO PERERA, Á., «Comentario a la STS de 20 de enero de 1983», *CCJC* n.º 1, enero/marzo 1983.
- DELGADO RAMOS, J.:
- «Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», en *RADNT*, n.º 17, 2008.
 - «Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», *Diario La Ley*, n.º 6861, 12 enero 2008.
 - «Calificación y actuación registral en materia de bases gráficas tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley del Catastro por la Ley de Economía Sostenible», en www.notariosyregistradores.com, 21 de marzo de 2011.

- DÍEZ GARCÍA, H., «Artículo 384», *Comentarios al Código Civil* (dir. BERCOVITZ), 3.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- DORAL GARCÍA, J. A., «Artículo 384», en *Comentario del Código civil* (dir. BERCOVITZ, R. et al.), T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- ESPIAGO, J., *Prólogo a REQUEJO LIBERAL, Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base)*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- FRADES DE LA FUENTE, E., «Artículos 384 a 387», en *Comentarios al Código civil* (coord. Rams Albesa), T. III, Bosch, Barcelona, 2001.
- GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M. Y LIÉBANA ORTIZ, J. R., «Jurisdicción voluntaria y Registro de la Propiedad (Breves consideraciones sobre el régimen instituido por una reforma frustrada)», *R.C.D.I.* núm. 726, julio 2011.
- GÓMEZ GÓMEZ, A. A., «Las pruebas periciales en la Administración de justicia del Antiguo Régimen: “Vistas de Ojos” y “Paños de Pintura”. Las diligencias de deslinde, apeo y amojonamiento en la Real Chancillería de Granada», en *La Administración de justicia en la historia de España: actas de las III Jornadas de Castilla-La Mancha sobre investigación en Archivos*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Guadalajara, 1999.
- GRIMALT SERVERA, P., *El deslinde entre particulares*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- HUALDE SÁNCHEZ, J., «Comentario a la Sentencia de 18 de abril de 1984», en *CCJC* n.º 5, 1984.
- JUEZ PÉREZ, A., «Identificación gráfica de fincas registrales», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 42, septiembre 2007.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., *Elementos de Derecho civil III-1.º*, 2.^a ed. (revisada por LUNA SERRANO), Dykinson, Madrid, 2003.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, Tomo III, 8.^a ed., Madrid, Reus, 1976.
- MONTÉS PENADÉS, V., *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Civitas, Madrid, 1980.
- «Artículos 348 y 349», *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. por ALBALADEJO), T. V, vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 2.^a ed. 1990.
- PALÁ MEDIANO, F., «Deslinde y Amojonamiento», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 72, 1954.
- PARRA LUCÁN, M. Á., *Vías pecuarias y propiedad privada*, Dykinson, Madrid, 2002.
- PINTÓ RUIZ, J. J., voz «Deslinde», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Tomo VII, Barcelona, 1955.
- PRATS ALBENTOSA, L., «El conflicto de la acción de deslinde», *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 92, n.º 3, 1993.
- REQUEJO LIBERAL, J., *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base)*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- ROCA JUAN, J., «Artículo 384» y «Artículos 385, 386 y 387», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* (dir. por ALBALADEJO), T. V, vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 2.^a ed. 1990.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M. E., «La Directiva INSPIRE y los sistemas registrales europeos», en *La información territorial en el Registro de la propiedad: la incidencia de la Directiva INSPIRE y de las bases gráficas registrales* (coord. SÁNCHEZ JORDÁN), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- TRUJILLO CABRERA, C., «La Directiva INSPIRE en España: ¿Registro o Catastro?», en *La información territorial en el Registro de la Propiedad: la incidencia de la Directiva INSPIRE y de las bases gráficas registrales* (coord. SÁNCHEZ JORDÁN), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

- VÁZQUEZ ASENJO, Ó., «Aplicación de la teoría de las bases gráficas registrales al expediente de dominio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 693, 2006.
- «Efectos identificativos y descriptivos de la finca registral», *RADNT*, n.º 7, 2007.
- *La información territorial asociada a las bases gráficas registrales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, Bosch, Barcelona, 2010.
- «Tratamiento del exceso de cabida en el sistema de bases gráficas registrales», *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, n.º 153 (mayo-junio 2011).

La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*

CARLES VENDRELL CERVANTES

Doctor en Derecho

RESUMEN

Desde el marco teórico del Derecho del enriquecimiento, resulta oportuno, por su interés práctico, el planteamiento en el Derecho español de una acción restitutoria, de naturaleza no indemnizatoria, dirigida a reintegrar en el patrimonio del titular del derecho de la personalidad la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor ilegítimo (condictio por intromisión). Así, el presente artículo analiza el encaje de esta acción en el Derecho del enriquecimiento español; sus fundamentos dogmáticos y normativos; y, asimismo, presta particular atención al objeto de la pretensión restitutoria, con el fin de dilucidar si las ganancias obtenidas por el intromisor quedan comprendidas en ella. Finalmente, se estudian las relaciones entre esta condictio y la acción indemnizatoria, lo que permite trazar una clara distinción entre ambas acciones, ordenar su concurrencia en la práctica y, en fin, valorar la posible idoneidad de la primera como expediente para superar la irracionalidad e imprevisibilidad en la concesión de indemnizaciones por el daño moral derivado de la intromisión en los derechos de la personalidad.

PALABRAS CLAVE

Derechos de la personalidad; derechos fundamentales: honor, intimidad y propia imagen; enriquecimiento injustificado o sin causa; condictio por intromisión; derecho subjetivo absoluto; contenido de atribución (Zuweisungsgehalt); licencia o regalía hipotética; Derecho de daños y restitución de ganancias; daño moral.

* Este trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación DER 2009-08200, del Ministerio de Economía y Competitividad (investigador principal: Prof. Dr. Ramón Casas Vallès).

ABSTRACT

Within the framework of Spanish unjustified enrichment law, it is of practical interest to consider a claim for restitution that, beyond tort law, entitles the holder of a personality right to recover from an infringer the economic advantage obtained by unlawful interference (condictio arising from the interference with another's right). This article analyzes how this claim sits in the context of Spanish unjustified enrichment law and its theoretical and statutory grounds. It also focuses on the scope of the claim, specifically on whether the claimant may recover the profits obtained by the infringer. The relationship between the unjustified enrichment claim and the tort claim is also considered, allowing a clear distinction to be drawn between them and an analysis of how they might be coordinated from a procedural perspective and the suitability of the unjustified enrichment claim as a way to overcome the unpredictability and lack of coherence in the awarding of damages for non-economic loss by Spanish courts for the breach of personality rights.

KEYWORDS

Personality rights; fundamental rights: honour, privacy and image; unjustified enrichment; condictio arising from the interference with another's right; absolute rights; allocation-potential of a right (Zuweisungsgehalt); reasonable licence fee; tort law and restitution of profits; non-economic loss.

SUMARIO: I. *Planteamiento.* II. *El Derecho del enriquecimiento en Derecho español: aproximación.* III. *Fundamento dogmático:* 3.1 El fundamento dogmático de la *condictio* por intromisión: el contenido de atribución de los derechos y posiciones jurídicas subjetivos. 3.2 El contenido de atribución de los derechos de la personalidad incorporal: 3.2.1 La protección del honor, la intimidad y la propia imagen por medio de la técnica de los derechos de la personalidad. 3.2.2 Los derechos de la personalidad como derechos subjetivos absolutos. 3.2.3 Los derechos de la personalidad incorporal como derechos con contenido de atribución. 3.3 Conclusión intermedia. IV. *Fundamento normativo.* V. *El objeto y alcance de la pretensión restitutoria:* 5.1 El objeto y alcance de la *condictio* por intromisión. 5.2 La puesta en práctica del mecanismo de reintegración de la ventaja obtenida por el intromisor en el patrimonio del titular de los derechos a la intimidad y a la propia imagen: el precio de la autorización hipotética. VI. *Delimitación respecto de la acción indemnizatoria:* 6.1 La confusión entre remedios de reintegración del derecho lesionado y remedios de resarcimiento del daño causado. 6.2 El valor del precio de la autorización hipotética como daño resarcible. 6.3 La acción de enriquecimiento injustificado como instrumento de superación de la irracionalidad e imprevisibilidad en la concesión de indemnizaciones por el daño moral. VII. *Conclusiones.*

I. PLANTEAMIENTO

El encuadramiento normativo en el ordenamiento español de la protección jurídico-civil del honor, la intimidad y la propia imagen en la lógica del derecho subjetivo y, en particular, en la de los derechos de la personalidad permite identificar, de forma coherente, un conjunto de pretensiones de naturaleza no indemnizatoria dirigidas a reintegrar al titular en la posición jurídica conferida por la norma de atribución del derecho subjetivo y que se ha visto alterada indebidamente por una intromisión en su ámbito objetivo de protección¹. No obstante, el reconocimiento de estas acciones inhibitorias (cesación y prohibición) y de remoción –que, pese a su claro fundamento normativo en la LO 1/1982 y su enorme trascendencia práctica, no cuentan con un desarrollo práctico y teórico significativo en nuestro Derecho– no se ha visto completado con la admisión –ni siquiera de su planteamiento serio– de la posibilidad de que el titular cuyo derecho de la personalidad ha sido infringido reintegre en su patrimonio por medio de la acción de enriquecimiento injustificado la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor.

Y lo cierto es que, con independencia del encaje dogmático y normativo de esta acción en el Derecho español, la posibilidad de conceder una pretensión de enriquecimiento a los titulares de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen reviste un interés práctico de primer orden en nuestro ordenamiento.

Piénsese, p.ej., en los siguientes casos:

STS 22-VII-2008²: *A*, una modelo en el inicio de su carrera profesional, llegó a un acuerdo con *B*, un profesional de la peluquería, por el cual éste le costeaba a aquélla un reportaje fotográfico para la confección de un *book* y, a cambio, la modelo autorizaba al peluquero para la reproducción de las fotografías del reportaje «para hacer publicidad de sus peinados en diversas revistas denominadas del corazón y otras especializadas en productos de peluquería³». Como consecuencia de este acuerdo, una de las fotografías fue reproducida y difundida en un especial de moda de la revista *Lecturas*. Algunos años más tarde, la misma fotografía

¹ En nuestra doctrina, el planteamiento más claro de la proyección de la distinción entre remedios de protección del derecho subjetivo absoluto y remedios indemnizatorios en el ámbito de los derechos de la personalidad se encuentra en PANTALEÓN, F., «Art. 1.902», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. / Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. / BERCOVITZ R. / SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1.972; y, sobre todo, en «La Constitución, el honor y unos abrigos», *La Ley*, 1996, II, D-162, pp. 1.689-1.690; «La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa», *Derecho Privado y Constitución*, 1996, p. 210. *Vid.*, sobre ello, *infra* 6.1.

² Caso *Revlon*, RJ 2008/4495.

³ *Apud* SAP Barcelona (Sec. 17.ª) 15-I-2000, caso *Revlon*, AC 2001/132114 (FJ 1).

objeto de esta última publicación fue utilizada, en distintos formatos, en una campaña publicitaria de la línea de productos «*Young Color Shampoo*» de la compañía *C*. Tanto *C* como la agencia de publicidad encargada de la campaña habían contactado, con anterioridad, y con la finalidad de obtener las pertinentes autorizaciones para explotar la fotografía y la imagen de la modelo, con *B*; quien, después de una negociación, autorizó a *C* la reproducción y difusión de la fotografía para la campaña del champú. Si se asume la conclusión alcanzada por los tribunales en este caso, por la cual *A* no dispone de una acción indemnizatoria contra *C* en la medida en que la conducta de *C* al explotar la fotografía litigiosa sin la autorización de *A* no fue negligente, cabe preguntarse: ¿dispone *A*, en Derecho español, de una acción de enriquecimiento injustificado frente a *C*? Y en este caso, ¿cuál es el objeto y alcance de la acción? ¿El valor de mercado del uso de su imagen en la campaña publicitaria del champú o las ganancias obtenidas por *C* con la venta de los productos «*Young Color Shampoo*»?

STS 27-XII-2010⁴ / STS 15-VI-2011⁵: *A*, un conocido futbolista, celebró su boda con una fiesta privada en un castillo en Francia, cuyos invitados no estaban autorizados para captar imágenes del evento. No obstante –y probablemente por la intervención de algún *paparazzo* infiltrado– distintas fotografías del evento y de la celebración fueron publicadas por las revistas *B* y *C*. Aparte de las acciones de cesación y de remoción frente a *B* y *C*, es claro que *A* dispone de una acción indemnizatoria por el daño moral ocasionado por la intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen; mas es igualmente evidente que, en este caso, habida cuenta de que *A* no reside en el lugar de publicación de las revistas de *B* y *C* y de que las fotografías daban cuenta, simplemente, de un acto cuya celebración había sido previamente divulgada por *A*, la cuantía indemnizatoria del daño moral de la que responden *B* y *C* no debería ser, usualmente, muy elevada⁶. Ahora bien, con independencia de estas acciones, ¿dispone *A* de una acción de enrique-

⁴ Caso *boda Ronaldo – Qué me dices*, RJ 2011/20.

⁵ Caso *boda Ronaldo – Hola*, RJ 2011/4630.

⁶ Las cuantías finalmente concedidas por daño moral en estos casos han sido: (i) 30.000 € [STS 27-XII-2010 (caso *boda Ronaldo – Qué me dices*)]; y (ii) 60.000 € [STS 15-VI-2011 (caso *boda Ronaldo – Hola*)]. Advuértase, en relación con la indemnización del daño moral en general, que es muy probable que ésta, en los términos en los que se haya normativamente configurada en la LO 1/1982 y en atención a la condición iusfundamental de los derechos en ella regulados, no se limite a compensar la repercusión psíquico-negativa experimentada por la víctima del daño, sino que, como parece desprenderse de la práctica de los tribunales, también se dirija a satisfacer otras funciones normativas de carácter *satisfactorio* o preventivo-punitivas; lo que resultaba especialmente cierto desde el criterio de cuantificación del daño moral del antiguo art. 9.3 III LO 1/1982. Todo ello, como es sabido, ha situado al resarcimiento del daño moral derivado de la lesión de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en una posición de cierta imprevisibilidad. Sirva de ejemplo ahora, tanto de esta imprevisibilidad como del carácter no estrictamente compensatorio que desempeña dicho resarcimiento, la comparación con la STS 24-IV-2000 (caso *Lydia Bosch*, RJ 2000/2673), en la que, en un contexto fáctico similar al de los casos *boda Ronaldo*, las afectadas merecieron una indemnización de 3.005,06 €. *Vid.*, sobre estas cuestiones, *infra* 5.1., 6.2. y 6.3.

cimiento frente a *B* y *C*? ¿Puede exigir *A* la restitución de las ganancias netas obtenidas con la comercialización de los números de las revistas que incluyen las fotografías litigiosas?

SAP Madrid (Secc. 19.^a) 23-VI-2009⁷: en el marco del lanzamiento en España de la revista *In touch*, *B*, su editora, inició una campaña publicitaria en la que se anunciaba la revista junto con la reproducción no autorizada de la imagen del conocido actor *A*. Como en el caso anterior, resulta oportuno preguntarse (i) si, con independencia de las acciones de cesación y remoción, *A* ostenta una pretensión de enriquecimiento injustificado frente a *B*; o (ii) si esta pretensión se dirige a exigir a *B* el precio de una autorización o licencia hipotética o las ganancias netas obtenidas por *B* con la venta del primer número de la revista. Pero, además, cabe plantearse: ¿cuál sería la relación entre esta acción y la eventual acción indemnizatoria por el daño patrimonial sufrido por *A* por la explotación no autorizada de su imagen por *B*? ¿*Y* es compatible una pretensión –indemnizatoria o restitutoria– dirigida a exigir a *B* el precio de la autorización hipotética para la explotación de la imagen litigiosa con la acción indemnizatoria por el daño moral?

SAP Sevilla (Secc. 5.^a) 2-VI-2011⁸: reproducción, durante la emisión de un reportaje en un programa de televisión, de una conversación telefónica privada e íntima, en la cual, *A* y *B*, dos conocidos personajes públicos, se intercambian expresiones cariñosas y afectivas⁹. Aparte de las acciones de cesación, remoción e indemnizatorias derivadas de la lesión del derecho a la intimidad¹⁰, ¿disponen *A* y *B* de una acción de enriquecimiento injustificado frente a las personas responsables del programa de televisión? ¿Es relevante para la estimación de esta acción que el afectado no hubiese consentido jamás la publicación de este dato íntimo en un programa de televisión y, mucho menos, a cambio de una remuneración?

STS 7-VII-2004¹¹: publicación no autorizada en una revista de unas fotografías de una conocida modelo en *top-less*, y que fueron realizadas, mediante teleobjetivo, mientras aquélla se encontraba en un yate privado. De nuevo, cabe preguntarse si, además de las acciones de cesación y remoción frente a la editora de la revista y de la acción indemnizatoria por el daño moral sufrido –que, aquí, como en los casos *boda Ronaldo* y *Bardem c. In touch*, habría que

⁷ Caso *Javier Bardem c. In touch*, AC 2009/1731.

⁸ Caso *Duquesa de Alba y A. Díez c. Sálvame*, JUR 2011/376865.

⁹ En el caso resuelto por la resolución citada, también fueron objeto de enjuiciamiento, desde la perspectiva de los derechos al honor de *A* y de *B*, los comentarios realizados por las personas que participaron en la tertulia posterior a la emisión del reportaje en dicho programa.

¹⁰ Aquí la cuantía indemnizatoria por el daño moral sufrido por *A* y *B* (tanto por la lesión a la intimidad como al honor) fue cifrada por la AP en 300.000 €.

¹¹ Caso *Naomi Campbell c. Interviú*, RJ 2004/5237.

estimar presumiblemente de poca entidad¹²-, la modelo podría ejercitar válidamente una pretensión de enriquecimiento para exigir a la revista, bien el precio de la autorización o licencia para explotar comercialmente su imagen en dicha publicación, bien las ganancias netas obtenidas por la venta del número litigioso de la revista; o, asimismo, si sería relevante, para estimar esta última acción, el hecho de que la modelo no tuviera predisposición alguna a autorizar para la publicación de dichas imágenes, ni, desde luego, a negociar con la editora de la revista un precio por ello.

La adopción y desarrollo práctico de la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en Derecho español exige, no obstante, definir, en primer lugar, los rasgos característicos del Derecho del enriquecimiento en nuestro ordenamiento, con especial consideración a sus bases históricas y dogmáticas (II); así como dotar a esta acción de un fundamento dogmático (III) y normativo (IV) convincentes. Igualmente, resultará oportuno determinar el objeto y alcance de la pretensión restitutoria (V); y, en fin, delimitarla respecto de la acción indemnizatoria derivada de la intromisión en dichos derechos (VI).

II. EL DERECHO DEL ENRIQUECIMIENTO EN DERECHO ESPAÑOL: APROXIMACIÓN

La ausencia en el CC español de 1889 de una regulación unitaria y específica de la obligación de restituir el enriquecimiento indebidamente obtenido no impidió, como es sabido, la introducción en nuestro ordenamiento de la doctrina del enriquecimiento injustificado o sin causa¹³. Sobre la base de una difusa referencia a una regla contenida en Las Partidas¹⁴, la jurisprudencia del TS –también, con anterioridad a la entrada en vigor del CC– recurría, a principios del siglo xx, a una especie de principio general, según el cual *nadie debe enriquecerse torticeramente en perjuicio de*

¹² No obstante, los tribunales concedieron una indemnización a la modelo por dicho concepto de 84.141,69 €.

¹³ *Vid.*, para una imprescindible aproximación histórica, ÁLVAREZ-CAPEROCHE, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, 3.ª ed., Comares, Granada, 1993, pp. 11-19 y 123-141; DÍEZ-PICAZO, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en DE LA CÁMARA, M. / DÍEZ-PICAZO, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 15-34; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 21-51.

¹⁴ Inspirada, a su vez, en una rúgula del Digesto, *vid.*, sobre ello, NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en Derecho español*, Reus, Madrid, 1934, pp. 139-148; DÍEZ-PICAZO, L., «La doctrina...», *cit.*, pp. 15-16; ÁLVAREZ-CAPEROCHE, J.A., *El enriquecimiento...*, *cit.*, pp. 18-19.

otro¹⁵. El paulatino incremento de las referencias a este principio ético y –según convenido– jurídico generó la necesidad –algo retrasada históricamente, en el caso español– de buscar una ordenación dogmática y un fundamento normativo al conjunto de ideas que subyacen bajo este vago principio.

La necesidad de construir una exposición dogmática y normativa de la idea de que nadie puede enriquecerse a costa de otro –esto es, la concepción de un Derecho del enriquecimiento– ha sido una inquietud constante en el Derecho privado europeo continental¹⁶. En la cultura jurídica germánica¹⁷, SAVIGNY consiguió unificar las distintas *conditiones* dispersadas en el Derecho romano bajo un principio «común y sencillo¹⁸»; cuyo supuesto de hecho consistía en el «enriquecimiento sin causa de otro a costa de nuestro patrimonio¹⁹»; o más técnicamente, en «el aumento de un patrimonio mediante la minoración de otro sin causa, o cuya causa originaria ha desaparecido²⁰». De esta manera, este autor configuró un único principio –«muy sencillo²¹– que operara como fundamento común de todos los supuestos de enriquecimiento injustificado y del que, así, pudieran desprenderse las distintas acciones restitutorias²² derivadas de este supuesto de hecho²³. La construcción de SAVIGNY fue aceptada

¹⁵ Sobre esta jurisprudencia, *vid.*, desde una aproximación condescendiente, NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 1-16; críticamente, ÁLVAREZ-CAPEROCHE, J.A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 124-127; Díez-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 17-20. Resaltan estos dos últimos autores la conexión, en esta primeriza jurisprudencia, entre la necesidad de restituir un enriquecimiento y la comisión de un tuerto, esto es, de un ilícito civil; de ahí, la insistencia del carácter *torticero* del enriquecimiento.

¹⁶ *Vid.*, desde una luminosa perspectiva comparada, Díez-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 71-100; GALLO, P., *L'arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 1990, 121-140; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento sem causa no direito civil. (Estudo dogmático sobre viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa)*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 277-383.

¹⁷ *Vid.* una precisa introducción al desarrollo histórico del *Bereicherungsrecht* en REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983, pp. 11-38; en la doctrina española, Díez-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 85-89.

¹⁸ Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin, 1841, p. 507.

¹⁹ Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des...*, V, cit., p. 526.

²⁰ Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des...*, V, cit., p. 525.

²¹ Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des...*, V, cit., p. 511.

²² Para «exigir el regreso de aquello que ha salido de nuestro patrimonio», cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des...*, V, cit., p. 567.

²³ Las aportaciones de SAVIGNY en este campo han sido oportunamente contextualizadas por la doctrina actual en el pensamiento jurídico de este autor, *vid.* REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., pp. 13-14; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, 3.ª ed., C.H. Beck, München, 2007, p. 5; ELLGER, R., *Bereicherung durch Eingriff*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 55-59. Así, partiendo del principio general de su Derecho privado –el señorío sobre las cosas (propiedad) y sobre la conducta de las otras personas (obligación)–, SAVIGNY considera, lógicamente, que el enriquecimiento de un patrimonio a costa de otro exigirá el ejercicio de ese señorío por medio de la voluntad de una persona; por lo que dicha voluntad constituirá la causa del desplazamiento patrimonial. En la medida en que esta causa no exista o desaparezca, el desplazamiento patrimonial carecerá de fundamento jurídico, por lo que podrá exigirse su restitución mediante una *condictio*. Por otro lado, SAVIGNY, preocupado, en esencia, por los desplazamientos patri-

y desarrollada por los pandectistas²⁴ y por la práctica jurídica en el siglo XIX; y terminó por influenciar, indudablemente, la regulación del enriquecimiento injustificado en el BGB (§§ 812-822)²⁵.

Esta regulación definitiva –superando las posiciones discrepantes en cuanto a su concreto encaje normativo entre el primer y segundo borrador del BGB²⁶– optó, finalmente, por una aproximación claramente unitaria; y se concretó normativamente en un único fundamento para las pretensiones restitutorias derivadas de una situación de enriquecimiento injustificado (§ 812 I 1 BGB). No obstante, para una mayor claridad²⁷, el codificador alemán reconoció explícitamente algunos supuestos concretos, como la *condictio ob causam finitam* (§ 812 I 2, proposición 1.ª BGB); la *condictio causa data causa non secuta* (§ 812 I 2, proposición 2.ª BGB); una *condictio indebiti* (§ 814 BGB); y la *condictio ob turpem causam* (§ 817 BGB). Desde este postulado normativo, y teniendo en cuenta sus antecedentes, no debe sorprender que la interpretación del Derecho del enriquecimiento en el BGB recurriera, a principios del siglo XX, a una aproximación unitaria, por la cual se reconocía una pretensión general de enriquecimiento injustificado, cuyo hecho generador consistía, simplemente, en la verificación de dos presupuestos jurídico-materiales: (i) un desplazamiento patrimonial entre la persona enriquecida y la persona empobrecida, generando los consiguientes enriquecimiento y empobrecimiento; y (ii) la ausencia de una causa o fundamento jurídico en dicho desplazamiento²⁸.

En cambio, el Derecho francés tenía que partir de un planteamiento sustancialmente distinto²⁹. A pesar de que las *condictiones*

moniales ejecutados en atención a un plan jurídico-obligatorio, concibió el enriquecimiento injustificado como un límite necesario del funcionamiento práctico del sistema alemán de transmisiones patrimoniales o adquisiciones derivativas *inter vivos* regido, como es sabido, por el *dogma de la abstracción* (*Abstraktionsgrundsatz*); esto es, que la validez y eficacia del negocio de disposición es, generalmente, independiente de la validez y eficacia del negocio de obligación sobre el que aquél se realiza.

²⁴ Desde un planteamiento claramente alejado del expuesto por la doctrina alemana actual (*vid.* REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., pp. 13-14; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 4-5; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 55-59), BADOSA COLL («Les altres fonts d'obligacions al Llibre Sisè, en especial, l'enriquiment injustificat», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA [Ed.], *Contractes, responsabilitat i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya*, Documentia Universitaria, Girona, 2012, pp. 375 y 381-383) sitúa el nacimiento de la institución del enriquecimiento injustificado en la obra de Bernhard WINDSCHEID (1817-1892), a quien califica como su *verdadero creador*.

²⁵ *Vid.* REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., p. 14; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 5; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 59-66.

²⁶ *Vid.* REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., pp. 15-21; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 5-7.

²⁷ *Cfr.* LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 7.

²⁸ *Vid.*, sobre la teoría tradicional unitaria del Derecho del enriquecimiento alemán (*Einheitslehre*), REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., pp. 22-24; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 8; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 383-390.

²⁹ *Vid.* GORÉ, F., *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, Dalloz, Paris, 1949, pp. 22-30; y, desde una imprescindible aproximación comparada, Díez-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 89-94; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit.,

romanas estuvieron vigentes en Francia durante varios siglos³⁰, la decisión del codificador francés de erigir la *causa* en requisito esencial de todo contrato conllevó la prescindencia de aquellas *condiciones*; pues la propia *action en nullité* se ocuparía de controlar los desplazamientos patrimoniales realizados en ejecución de un contrato con causa ilícita, o cuya causa ha desaparecido, y de esta manera, fundar jurídicamente la *restitutio in integrum* de dichos desplazamientos³¹. Así, resulta comprensible que, a diferencia de la codificación alemana, el *Code Civil* de 1804 no contuviera una regulación del Derecho del enriquecimiento, y se limitara a reconocer, de forma más bien residual, y bajo la hoy discutida noción de los cuasicontratos³², la *condictio indebiti* (arts. 1.376-1.381 *Code [paiement de l'indu]*)³³. No obstante –y por razones que todavía hoy resultan difíciles de comprender– la jurisprudencia francesa creó y desarrolló una acción general de enriquecimiento sin causa, bajo la etiqueta de la llamada *action de in rem verso*³⁴.

pp. 22-28; KÖNIG, D., *Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittmittelpfänger einer Vertragsleistung nach französischem Recht*, Alfred Metzner, Berlin, 1967, pp. 20-26; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 285-304; GALLO, P., *L'arricchimento senza...*, cit., pp. 121-132.

³⁰ Cfr. GORÉ, F., *L'enrichissement aux...*, cit., p. 23.

³¹ Cfr. GORÉ, F., *L'enrichissement aux...*, cit., pp. 23-24; Díez-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 67 y 90; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 22; GALLO, P., *L'arricchimento senza...*, cit., pp. 275-276.

³² Para una visión crítica de la aparición y desarrollo de la categoría de los cuasicontratos en los ordenamientos privados europeos, vid. VON BAR, C., «Die Überwindung der Lehre von den Quasiverträgen in den Privatrechten der Europäischen Union», en HOHLOCH, G. / FRAN, R. / SCHLECHTRIEM, P., *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 93-112. En nuestra doctrina, PASQUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos*, Montecorvo, Madrid, 1986, pp. 328-325; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 29-33; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6.^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 176-179.

³³ Lógicamente, en el *Code Civil* –como sucederá con el CC español–, se reconocen, a parte de la *condictio indebiti*, pretensiones restitutorias reguladas de forma dispersa en función de su ámbito de aplicación; unas pretensiones derivadas de supuestos que –al menos desde una perspectiva actual– podrían ser configurados como un enriquecimiento injustificado. Detalla estas pretensiones, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 285-286.

³⁴ Según los extensos estudios históricos de las doctrinas germana y portuguesa (vid. WILBURG, W., *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Universitätsbuchhandlung Leuschner & Lubensky, Graz, 1934, pp. 94-96; KUPISCH, B., *Die Versionsklage. Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Carl Winter, Heidelberg, 1965, pp. 116-121; KÖNIG, D., *Der Bereicherungsanspruch...*, cit., pp. 20-22; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 288-292), los curiosos orígenes de esta acción se remontan a 1808. En esta fecha, se publicó el *Handbuch des französischen Zivilrechts* de KARL SOLOMO ZACHARIÄ (1769-1843); y en el que, al parecer, se contenía un intento de concebir, en el Derecho civil francés codificado, una acción general por impensas (*Verwendungsklage*), bajo una interpretación *sui generis* de la *actio de in rem verso realis*. Posteriormente, en 1844, los juristas estrasburgueses CHARLES AUBRY (1803-1883) y CHARLES RAU (1803-1877) publicaron una traducción al francés del manual de ZACHARIÄ. No obstante, una incorrecta traducción de aquéllos, por la que se asimilaba el verbo *verwenden* (aquí: emplear, usar) a *s'enrichir* (enriquecerse), conectó aquella *actio de in rem verso* con el principio ético de que nadie puede enriquecerse a costa de otro. Y, sobre la base de esta conexión, las posteriores versiones de la obra de AUBRY y RAU (que ya no se limitaba a la traducción revisada y ampliada del trabajo de ZACHARIÄ, sino que se trataba de un *Curso de Derecho*

Así, a partir de la decisión de la *Cour de Cassation* en el caso *Boudier* de 1892³⁵, la jurisprudencia empezó a recurrir, con cierta frecuencia, a la *action de in rem verso*; entendida, pues, como una acción general de enriquecimiento sin causa, con fundamento en la equidad³⁶. Esta configuración convertía a dicha acción en un instrumento de equidad con un ámbito objetivo muy amplio, e idóneo, en consecuencia, para erigirse en un cómodo expediente para jueces y tribunales para apartarse de la solución normativa expresamente prevista en el ordenamiento positivo; lo que, lógicamente, comportó considerables críticas³⁷. Consciente de ello, la propia jurisprudencia francesa decidió limitar el alcance de la *action de in rem verso*, para lo que, de nuevo, recurrió a AUBRY y RAU; en esta ocasión, para añadir dos requisitos o presupuestos para la aplicación de aquella acción: (i) la persona enriquecida debe haber obtenido el enriquecimiento sin una causa legítima; y (ii) la persona empobrecida no debe contar para recuperar lo que se le debe con ninguna acción contractual, cuasicontractual, delictual o cuasidelictual³⁸. De esta manera, a los requisitos característicos de la aproximación unitaria germánica (enriquecimiento, empobrecimiento y ausencia de causa), la jurisprudencia francesa añadió el requisito de la subsidiariedad; entendido en el sentido de que la acción general de enriquecimiento sin causa solo resultaría aplicable en ausencia de otras pretensiones primarias de naturaleza contractual o extracontractual.

Civil siguiendo el método de éste) concibieron una auténtica acción general de enriquecimiento sin causa; esto es, una acción restitutoria de naturaleza personal, caracterizada, no obstante, por ser subsidiaria respecto a las acciones contractuales, cuasicontractuales, delictuales y cuasidelictuales.

³⁵ Cass. civ. 15-VI-1892, caso *Boudier*, CAPITANT, H. / TERRÉ, F. / LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10.^a ed., Dalloz, Paris, 1994, pp. 631-634; Patureau, arrendador de un predio rural, resolvió el contrato de arrendamiento debido al incumplimiento de las obligaciones de Garnier-Godard, el arrendatario. Este último, con anterioridad a la resolución del contrato de arrendamiento, había contratado con Boudier el suministro de abonos en el predio. Después de que Boudier ejecutara este suministro, y debido a la insolvencia de su parte contractual (Garnier-Godard), reclamó el pago del valor de los abonos suministrados al propietario (Patureau), en tanto que éste se había enriquecido al recuperar el predio con unos abonos por los que no había pagado su valor. La Corte de Casación confirma la decisión de los tribunales de instancia, que estimaron la acción del suministrador de abonos contra el propietario. Para la Corte —influenciados por la configuración de AUBRY y RAU—, la *action de in rem verso*, a pesar de no estar regulada por el Derecho positivo, deriva del «*principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui*»; y cuyo único presupuesto de aplicación consiste en que el demandante acredite «*l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit*».

³⁶ *Vid.* un resumen de esta jurisprudencia en ROUAST, A., «L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile», *RTDC*, 1922, pp. 39-45; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., p. 294 (nota 787).

³⁷ *Vid.*, sobre estas críticas, ROUAST, A., «L'enrichissement sans...», cit., pp. 43-45; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., p. 295 (nota 788).

³⁸ Cfr. Cass. civ. 2-III-1915, caso *Briauhant*, CAPITANT, H. / TERRÉ, F. / LEQUETTE, Y., *Les grands...*, cit., pp. 638-640. *Vid.*, sobre esta nueva jurisprudencia, ROUAST, A., «L'enrichissement sans...», cit., pp. 44 y ss.; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 295-296.

Desde una extraña –y, en todo caso, contradictoria– síntesis de las reseñadas concepciones germánica y francesa³⁹, las codificaciones italiana y portuguesa recogieron en sus códigos vigentes una regulación del Derecho del enriquecimiento. Así, el *Codice Civile* de 1942 reconoció en el artículo 2.041 una cláusula general de *arricchimento senza causa*; que, desde un planteamiento unitario, constituye el fundamento de una «(a)zione generale di arricchimento». La peculiaridad de la codificación italiana consiste en que, de forma completamente autónoma a esta acción, y con prescindencia de la categoría de los cuasicontratos, sigue conteniendo una detallada regulación de la *condictio indebiti* (arts. 2.033-2.040). No obstante, la regulación italiana carece de originalidad, pues se limitó a reconocer el modelo francés de la *action de in rem verso*⁴⁰. De ahí que, además de establecer los tradicionales requisitos del enriquecimiento, empobrecimiento y ausencia de causa, fijara, en el artículo 2.042, el «(c)arattere sussidiario dell'azione». Con unas influencias germánicas más marcadas⁴¹, la regulación del *Enriquecimiento sem causa* en el *Código Civil Português* de 1966 (arts. 473-482) reconoció un principio general común, erigido en fundamento de una acción genérica inspirada en la construcción germánica de las *condictiones* romanas (art. 473.1); enumerando –como el § 812 I 2 BGB– los supuestos tradicionales cubiertos por dichas *condictiones* (art. 473.2). No obstante, influenciado claramente por las concepciones francesa e italiana, el artículo 476 ofrece una regulación autónoma de la *condictio indebiti* («*Repetição do indevido*»); y, además, se establece –en una posición contradictoria⁴²– la «(n)atureza subsidiária» de la obligación de restitución por enriquecimiento (art. 474).

Desde un planteamiento parecido –aunque algo más coherente–, la *Compilación del Derecho civil de Navarra o Fuero Nuevo*⁴³ también reguló el «*enriquecimiento sin causa*» (leyes 508-510). Se parte, asimismo, de una concepción unitaria, donde se reconoce un principio común que fundamenta una genérica acción de enriquecimiento (ley 508.1); si bien se especifican –con el modelo de las *condictiones* romanas– los supuestos específicos de aplicación del principio general (ley 508.1 y 2)⁴⁴. Aquí, la *condictio indebiti* («*pago de lo indebido*») no recibe un tratamiento autónomo respecto a la acción de enriquecimiento, y se limita a especificar algunas particularidades en el régimen de la prueba (ley 509).

³⁹ Esta última, como ha quedado dicho, inspirada, a la vez, en la poco afortunada construcción unitaria germánica.

⁴⁰ Que, al parecer, había sido recibida por la jurisprudencia y doctrina italiana anterior al *Codice* de 1942, cfr. GALLO, P. *L'arricchimento senza...*, cit., pp. 137-138. *Vid.*, además, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 355-359.

⁴¹ Cfr. MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 380-382.

⁴² *Vid.*, así, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., p. 383.

⁴³ Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la *Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*.

⁴⁴ *Vid.* EGUSQUIZA BALMASEDA, M. Á., «Ley 508», en RUBIO TORRANO, E. (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2002, p. 1.731. Nótese que esta autora atribuye el planteamiento del Fuero Nuevo –claramente inspirado en las reseñadas tesis de SAVIGNY y la pandectística alemana– a «*la doctrina más moderna*».

El primer intento ambicioso de enhebrar una imagen dogmáticamente elaborada del Derecho del enriquecimiento en el ordenamiento privado español no se produce hasta 1934, por medio del trabajo de Rafael Núñez Lagos⁴⁵ (1902-1991). Con independencia de su fundamento dogmático y normativo⁴⁶, la tesis de este autor se encuentra manifiestamente inspirada por el modelo de la pandectística alemana⁴⁷; lo que, por lo pronto, le lleva a centrarse, esencialmente, en las pretensiones restitutorias derivadas de contrato⁴⁸, esto es, y en terminología actual, en la *condictio* de prestación⁴⁹. Pero, además, este planteamiento –unido al desarrollo jurisprudencial de la *action de in rem verso* francesa– lleva a Núñez Lagos a asumir los requisitos tradicionales de la acción general de enriquecimiento sin causa (enriquecimiento; empobrecimiento; relación causal entre enriquecimiento y empobrecimiento; y ausencia de causa)⁵⁰.

El trabajo de Núñez Lagos, como es sabido, ejerció una influencia decisiva en la jurisprudencia de los años posteriores a la Guerra

⁴⁵ Vid. *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, cit.

⁴⁶ Para NÚÑEZ LAGOS, el objeto central del Derecho del enriquecimiento viene constituido por un «desplazamiento patrimonial sin causa»; esto es, «una atribución patrimonial» (pp. 17 y ss.) que no representa «el cumplimiento de un fin predeterminado» (p. 102); de manera que, «(u)na atribución sin causa es una atribución que no cumple su finalidad» (p. 103). En cuanto a su fundamento normativo, el autor, apoyándose en la admisión de la categoría del negocio jurídico abstracto en Derecho español (pp. 37 y ss.), termina por atribuir al artículo 1.901 CC el reconocimiento de una *condictio sine causa generalis*; que, tal como hizo el § 812 BGB, «suple y encierra en su contenido todas las condiciones del sistema clásico» (p. 150). La idea de fundar una acción general de enriquecimiento sin causa en Derecho español, a modo de *condictio sine causa generalis*, en el art. 1.901 se encuentra también en LACRUZ BERDEJO, J. L., «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *RCDI*, 1969, pp. 569-603, esp., pp. 569-571. Vid. una certera crítica a ambas tesis en DíEZ-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 33-34, 60-67 y 108-114. No obstante, algún pronunciamiento jurisprudencial vuelve a insistir en aquella idea, vid. STS 22-VI-2007, caso *frigoríficos*, RJ 2007/5427 (FJ 3), donde, ante una pretensión restitutoria derivada de la extinción de un contrato de distribución en exclusiva, el TS alude a la posibilidad de concebir una *condictio sine causa generalis* en las normas del CC relativas al pago de lo indebido (arts. 1.895 y ss.). Curiosamente, este razonamiento se inspira, claramente, en una tesis de DíEZ-PICAZO («La doctrina...», cit., pp. 107-116) por la cual este último autor trata de ampliar el ámbito de aplicación de la *condictio indebiti* a los pagos indebidos sin error. Pero como el propio autor advierte (cfr. pp. 111 y 115-116), esta extensión se hace desde la lógica de la *condictio* de prestación; pero, en ningún caso, concibiendo una *condictio sine causa generalis* –esto es, una acción general para todo supuesto de enriquecimiento–, ni mucho menos fundando esta acción restitutoria en la regulación del pago de lo indebido en el CC.

⁴⁷ Vid., entre otras muchas referencias, NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento...*, p. 11, donde puede observarse la inquietud del autor por superar la dispersión de condiciones en el Derecho romano; causada «por el origen práctico, al margen de la lógica abstracta, de la teoría del enriquecimiento sin causa».

⁴⁸ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 15-16, 17-22 y, esp., pp. 102-103.

⁴⁹ Advierte de ello, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 33. La misma objeción dirige DíEZ-PICAZO («La doctrina...», cit., p. 33) a la tesis de LACRUZ.

⁵⁰ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, R. *El enriquecimiento...*, cit., pp. 6, 8, 16 y, esp., 107 y ss.

Civil española⁵¹; lo que llevó a que el TS admitiera progresivamente la existencia de una acción general de enriquecimiento sin causa o injustificado, si bien con un fundamento normativo distinto al de aquel autor; y, en todo caso, recurriendo a la expresión de aquellos requisitos tradicionales⁵². Pero ello, esto es, el recurso a estos requisitos tradicionales, ha sido empleado –como en el caso de la jurisprudencia francesa– más como un expediente de contención de los límites de la acción que como la consecuencia de una construcción dogmática convincente⁵³. Por lo demás, la jurisprudencia española se ha caracterizado –frente a, por ejemplo, la francesa– por una asunción menos rigurosa –o, mejor dicho, más sandungueira– del requisito de la subsidiariedad⁵⁴.

En realidad, en todos los ordenamientos reseñados menos –curiosamente– el alemán (y por las razones que enseguida se detallan), la concepción de una acción general de enriquecimiento sin causa, más o menos subsidiaria, e ínsitamente ligada a los requisitos institucionales (enriquecimiento, empobrecimiento, relación causal entre ambos y ausencia de causa) sigue siendo la aproximación más usual a nivel doctrinal y jurisprudencial al Derecho del enriquecimiento; incluso, en los planteamientos más críticos con dicha construcción⁵⁵.

⁵¹ Cfr. Díez-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 21-25; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 26-33.

⁵² Cfr., entre otras muchas, STS 16-XI-1967 (RJ 1967/416, CDO 3); STS 5-XII-1980 (RJ 1980/4736, CDO 2); y, más recientemente, STS 9-II-2006 (RJ 2006/546, FJ 5); STS 10-X-2007 (RJ 2007/7406, FJ 6); STS 23-VII-2010 (RJ 2010/6574, FJ 3).

⁵³ Vid. una certera crítica al empleo de estos requisitos en BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 26-28 y 333-336.

⁵⁴ A despecho de la doctrina mayoritaria (cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L., «Notas sobre...», cit., pp. 599-601; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 118-120; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, I, cit., pp. 122-123) y de algún dato legal (cfr. art. 32.1.6.ª LCD), la jurisprudencia sigue recurriendo, con frecuencia, al requisito de la subsidiariedad, cfr., entre otras muchas, STS 12-I-1943 (RJ 1943/17); STS 22-XII-1962 (RJ 1962/4966); STS 19-II-1999 (RJ 1999/1055); STS 22-II-2007 (RJ 2007/2233); STS 23-VII-2010 (RJ 2010/6574); STS 7-XII-2011 (JUR 2011/429439, FJ 5). No obstante, la propia Sala 1.ª ha negado, en varias ocasiones, que la acción de enriquecimiento sea subsidiaria, cfr. STS 12-IV-1955 (RJ 1955/1126); STS 10-III-1958 (RJ 1958/1068); STS 24-I-1975 (RJ 1975/95); STS 14-XII-1994 (RJ 1994/10111). Esta asunción pendular del requisito de la subsidiariedad deriva, muy probablemente, de los perfiles terriblemente difusos de la genérica acción de enriquecimiento injusto que, según se ha convenido, existe en Derecho español; de ahí que, como ha estudiado PASQUAU LIAÑO («Comentario a la Sentencia de 19 de febrero de 1999», *CCJC*, 1999, pp. 894-901), la jurisprudencia haya manejado distintos usos del concepto subsidiariedad. Vid., sobre esto último, también, CARRASCO PERERA, Á., «Comentario a la Sentencia de 25 de noviembre de 1985», *CCJC*, 1986, pp. 3.221-3.223. Como prueba de la falta de claridad de esta jurisprudencia, vid. como una decisión reciente todavía conecta el requisito de la subsidiariedad con el «sistema de jerarquía de las fuentes establecido en el artículo 1 CC» (STS 30-IV-2007, RJ 2007/2396, FJ 2).

⁵⁵ Vid., así, en Francia, BÉNABENT, A., *Droit Civil. Les obligations*, 11.ª ed., Montchrestien, Paris, 2007, pp. 345-347. En Italia, BIANCA, C. M., *Diritto civile*, 5, *la responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 813-819; pp. 49. En Portugal, ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 491-504. En España, Díez-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, II, 9.ª ed., Madrid, 2003,

No obstante, al mismo tiempo que la construcción germánica unitaria del Derecho del enriquecimiento se extendía en Francia, Italia, España y Portugal –reformulada, parcialmente, por una jurisprudencia francesa cautelosa ante su propia creación inicial–, una importante corriente doctrinal en Alemania empezó a advertir de lo inapropiado de aquélla para explicar la complejidad de supuestos que encierra el Derecho del enriquecimiento; y, en todo caso, de su incapacidad para ser aplicada a las nuevas estructuras económicas.

Como se ha señalado, la concepción originaria de Savigny y los pandectistas –centrada en el concepto de *desplazamiento patrimonial* (*Vermögensverschiebung*) sin causa– tenía muchas dificultades para explicar aquellos enriquecimientos generados por el uso y explotación de derechos ajenos⁵⁶. Así, por un lado, el uso y explotación de cosas materiales ajenas⁵⁷ no conduce a un desplazamiento de un bien del patrimonio del empobrecido al del enriquecido; sino, más bien, las ventajas patrimoniales generadas por el uso o explotación de la cosa surgen originariamente en el patrimonio de aquél; con lo que, difícilmente, se puede decir que la acción de enriquecimiento deba dirigirse a restituir un bien que se ha *desplazado injustificadamente* del patrimonio del empobrecido al del enriquecido. Por otro lado, el paso de una sociedad agraria –aquella que, en realidad, preocupaba a SAVIGNY– a una sociedad industrial conllevó la necesidad de proteger con posiciones jurídicas exclusivas bienes inmateriales, así como la libre competencia en el mercado⁵⁸. De esta manera, cualquier intento de erigir la concepción savigniana de las *condictiones* romanas en un instrumento eficaz de protección de los derechos sobre bienes inmateriales estaba condenado a un resultado insatisfactorio⁵⁹.

pp. 526-527; LACRUZ BERDEJO, J. L./RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho civil*, II-2, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2009, pp. 416-418; LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, 11.ª ed., Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires, 2007, pp. 327-328; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del...*, I, cit., pp. 118-123.

⁵⁶ Vid. ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 68 y ss.; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 8-9.

⁵⁷ Vid., p. ej., el supuesto de hecho del artículo 362 CC.

⁵⁸ La implantación y consolidación en la Europa del siglo XIX de la libertad de industria y comercio –especialmente, tras la unificación alemana (1871)– aceleró la iniciativa privada y, en consecuencia, la necesidad de proteger mediante instrumentos jurídicos los bienes inmateriales, así como la libre competencia en el mercado. Este contexto económico –que representa el sustrato sobre el que se construye una de las teorías más trascendentales de la historia del Derecho privado europeo, como es la de los bienes inmateriales– ha sido extensamente analizado por la doctrina jurídica alemana, vid., p. ej., COING, H., *Europäisches Privatrecht*, II, C.H. Beck, München, 1989, pp. 148-151; y, esp., WADLE, E., *Geistiges Eigentum. Bausteine zur Rechtsgeschichte*, I, VCH, Weinheim, 1996, pp. 75-94.

⁵⁹ Vid., así, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 70-71; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 8-9. Este último autor señala, de forma didáctica, los problemas que se dependen del intento de solucionar, desde la tesis del *desplazamiento patrimonial* de SAVIGNY, un caso de infracción de derechos de autor como el del caso *Ariston* (RG 8-VI-1895, RGZ, 35, 1895, pp. 63-75 [vid., sobre este caso, *infra* 5.1.]).

Consecuentemente, las propias teorías unitarias del Derecho del enriquecimiento trataron de introducir cambios en las tesis originarias, para, de este modo, ofrecer nuevos matices a la interpretación de los §§ 812 y ss. BGB que permitieran acomodar a estas nuevas realidades. Doctrina y jurisprudencia alemanas manejaron distintas opciones, como, p. ej., la utilización del modelo del ahorro de gastos como expediente restitutorio en los casos de uso o explotación de un derecho ajeno; o un ensanchamiento del concepto de patrimonio⁶⁰; pero, sobre todo –y de especial interés para la interpretación de la jurisprudencia española vigente– aquéllas trataron de reinterpretar el Derecho del enriquecimiento en el BGB mediante la introducción –más o menos encubierta– de dos elementos o requisitos. Por una parte, se trató de sustituir la trasnochada idea del desplazamiento de un bien de un patrimonio al otro por la necesidad de la producción de una ventaja en el patrimonio de la persona enriquecida y un perjuicio en el de la persona empobrecida; por otra, se exigía una relación de causalidad directa entre la ventaja y el perjuicio⁶¹. Este planteamiento –cuya proximidad con la todavía hoy usual posición en los Derechos francés, italiano, español es evidente– comportó, entre otras disfunciones, la asimilación del pretendido requisito del empobrecimiento –o la forma de producción del enriquecimiento– con la noción de daño patrimonial⁶². De esta manera, la acción de enriquecimiento se revestía de

⁶⁰ Vid., críticamente sobre ambas opciones, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 68-69 y 72-80.

⁶¹ Puede verse una planteamiento ejemplar de esta posición en los sucesivos trabajos de ENNECERUS, L./LEHMANN, H., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Recht der Schuldverhältnisse*, 11.ª ed., Elmert, Marburg, 1930, p. 682; ya con algún matiz innovador, la 15.ª ed. (J. C. B. Mohr [Paul Siebeck], Tübingen, 1958, pp. 874-885, esp., pp. 877-878.

⁶² Cierta doctrina italiana, al reseñar los requisitos de la acción de enriquecimiento, sigue relacionado el *impoverimento* con un daño en el patrimonio del acreedor de la obligación de restituir, vid., p. ej., BIANCA, C. M., *Diritto civile*, 5, cit., pp. 814-815. Vid., en nuestra doctrina, DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Sistema de...*, cit., p. 526; CAPILLA RONCERO, F., «Cuasicontratos y enriquecimiento sin causa», en LÓPEZ, Á./MONTÉS, V. L./ROCA, E., *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 294; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 12.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pp. 916-917; LACRUZ BERDEJO, J. L./RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de...*, II-2, cit., p. 417, con cita explícita de la reseñada obra de ENNECERUS/LEHMANN, dando a entender que es la interpretación vigente del Derecho alemán. Son igualmente significativas de la vinculación entre el requisito del empobrecimiento y el concepto de daño patrimonial, las reflexiones de BUSTO LAGO, J. M./PEÑA LÓPEZ, F., «Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 1997, núm. 1, p. 149. No obstante, como destaca, acertadamente, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 39, «(u)na acción de enriquecimiento supeditada a la existencia y a la cuantía de un daño (como sostiene aún hoy en nuestro ámbito jurídico una buena parte de la doctrina), por mucho que se declare conceptualmente distinta de la acción indemnizatoria, no puede entenderse sino como un subtipo de éste cuya peculiaridad consiste en que la presencia de un enriquecimiento por parte del causante hace innecesaria la imputación subjetiva de su conducta (la culpa) y limita en la medida de aquél la cuantía “indemnizatoria”». Le siguen, aparentemente, MARTÍN CASALS, M./RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal samarità. L'absorció dels beneficis obtinguts amb la causació de danys», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA [Ed.], *Contractes, responsabilitat i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya*, Documentia Universitaria, Girona, 2012, pp. 523-524.

unos requisitos profundamente abstractos y diseñados más para salvar una construcción dogmática que para orientar la solución de conflictos de intereses prácticos⁶³; y, además, generando soluciones –cuestión, de nuevo de interés para el Derecho español– extrañas a la lógica restitutoria de la intromisión en derechos absolutos. Vid., p. ej., el razonamiento de la resolución del *Reichsgericht* (RG) en el caso *Fraunberufe* (RG 9-VI-1928)⁶⁴: la editorial titular de los derechos de edición (reproducción y distribución) del libro «*Profesiones Femeninas*» demandó a otra editorial que editó un libro con el título «¿*Qué deberían llegar ser nuestras hijas?*», y cuyo contenido era en gran parte una reproducción literal de aquél. La demanda por vulneración de los derechos de autor incluía una pretensión de enriquecimiento injustificado *ex* § 812 BGB por la que se exigía la restitución de las ganancias obtenidas con la venta de los ejemplares de la obra ilícita. Esta pretensión es íntegramente estimada, y ello, desde una aplicación mecánica del razonamiento descrito: el tribunal, para afirmar la existencia de un *desplazamiento patrimonial sin causa* entre demandado y demandante, se limita a constatar, simplemente, la existencia de una relación causal entre las ganancias obtenidas por el infractor de los derechos de autor y el perjuicio sufrido en el patrimonio del demandante. Se comprenderá, entonces, que, desde una aproximación como ésta, Derecho de daños y Derecho del enriquecimiento se hayan visto tantas veces indebidamente confundidos; y, en cualquier caso, se haya creído –idea hoy más que extendida en Derecho español– que el objeto de la acción de enriquecimiento viene constituido por las ganancias obtenidas por la vulneración de un derechos subjetivo⁶⁵.

Nótese que, en nuestra doctrina, no es infrecuente abordar una posible acción de enriquecimiento por intromisión en los derechos de propiedad industrial desde aquellos requisitos tradicionales; llegandose, desde luego, a resultados claramente desafortunados, *vid.*, así, p. ej., Reglero Campos⁶⁶: «*Como se sabe, los presupuestos fundamentales de aplicación de esta institución son la obtención de un ventaja patrimonial de quien se enriquece y el correlativo empobrecimiento de otra persona, así como la relación causa-efecto entre lo primero y lo segundo (naturalmente, otro presupuesto fundamental es que no exista causa que legitime el enriquecimiento). Estamos ante un empobrecimiento no sólo cuando hay una disminución del activo (damnum emergens) sino también cuando no hay un aumento del mismo (seguro o previsible) (lucrum cessans). En buena parte de los casos la violación del derecho de marca (como, en general, la de cualquier derecho inmaterial de contenido patrimonial) supone un empobrecimiento en la segunda de las manifestaciones apuntadas. Pero no serán infrecuentes los*

⁶³ En la doctrina española, *vid.* una concisa y certera crítica a los requisitos del enriquecimiento, empobrecimiento y relación de causalidad entre ambos en BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 38-41 y 333-335.

⁶⁴ RGZ, 121, 1928, pp. 258-263.

⁶⁵ *Vid. infra* 5.1.

⁶⁶ *Vid.* «Responsabilidad civil por daños a la propiedad industrial», en REGLERO CAMPOS, L. F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, III, 4.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 724-725.

casos en los que no pueda hablarse en puridad de empobrecimiento (incluso puede ocurrir que la actividad ilegítima reporte ventajas al titular del derecho violado, como sucede, por ejemplo, cuando esa actividad da notoriedad a una marca o a una obra del intelecto que no la tenía hasta entonces». En el mismo sentido, se pronuncia González Gozalo, para quien el titular de un derecho de propiedad intelectual o industrial infringido no «puede invocar la doctrina del enriquecimiento injusto, pues si bien es cierto que el infractor obtiene un lucro al que no tiene derecho, también lo es que el titular no padece el correlativo empobrecimiento que exige la aplicación de esta teoría⁶⁷». De ser ciertos los planteamientos de estos autores, la acción de enriquecimiento por intromisión no procedería en aquellos casos en los que el titular del derecho infringido no ha sufrido un daño emergente en su patrimonio o en los que no ha visto frustrada, por la intromisión, una ganancia; lo que supone, como decimos, una lamentable confusión entre Derecho del enriquecimiento y Derecho de daños⁶⁸; y, en términos más prácticos, la asunción de dichos planteamientos y, en particular, la exigencia del requisito del empobrecimiento determinaría que, en nuestro ámbito de estudio, en aquellos casos en los que el titular no estaba predispuesto a autorizar para la intromisión en su derecho a la personalidad, no procedería la acción de enriquecimiento; tal y como concluyó, erróneamente, la jurisprudencia alemana durante muchos años⁶⁹.

De hecho, la asunción de este planteamiento no parece ser infrecuente en la práctica de los tribunales, como es de ver del razonamiento seguido por la SJMER Barcelona 28-VI-2011⁷⁰, que, después de distinguir acertadamente entre las acciones indemnizatoria y de enriquecimiento en la LCD, sostiene, no obstante, que los «requisitos necesarios» de este última acción son: «en primer lugar, un enriquecimiento del demandado, entendido como una ventaja, provecho o aumento de su patrimonio. En segundo lugar, un empobrecimiento del demandado por la salida de bienes o derechos o de la pérdida de ingresos o beneficio esperable consecuencia del acto desleal. Y, por último, es necesario que el enriquecimiento y el empobrecimiento estén causalmente ligados (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1988)» (FJ 21). Adviérta-

⁶⁷ Cfr. «La Propuesta de Directiva relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual», *pe.i.*, 2003, núm. 14, p. 80.

⁶⁸ *Vid.*, en el mismo sentido, SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus fremden Persönlichkeitsrecht», en FISCHER, R./GESSLER, E./SCHILLING, W./SERICK, R./ULMER, P. (Hrsg.), *Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag am 18. September*, C.H. Beck, München, 1976, p. 464; CANARIS, C. W., «Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts», en AHRENS, H.-J./VON BAR, C./FISCHER, G./SPICKHOFF, A./TAUPITZ, J., *Festschrift für Erwin Deutsch*, Carl Heymann, Köln *et alii*, 1999, p. 89; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 100-111 y 334. *Vid.*, de nuevo, sobre esta idea *infra* 6.2.

⁶⁹ *Vid.*, sobre esta cuestión, BALTHASAR, S., «Eingriffskondiktion und Lizenzbereitschaft bei der unerlaubten Nutzung von Persönlichkeitsmerkmalen in Werbung und Berichterstattung», *ZUM*, 2005, pp. 874-897, esp., p. 876; e *infra* 5.2.

⁷⁰ Caso *Phercab* (no publicada todavía en bases de datos electrónicas).

se que la asunción de este planteamiento tradicional y la coherente exigencia del requisito del empobrecimiento –especialmente inapropiados en este caso, al tratarse de la *condictio* de la LCD, como ahora se explica– es utilizado por el JMER para reducir el alcance de la pretensión restitutoria, por medio de una minoración del valor de mercado del bien inmaterial (secretos empresariales) sobre el cual el demandante tenía una posición jurídico-exclusiva que fue lesionada por la conducta desleal de la demandada.

En este contexto económico y jurídico, apareció una de las construcciones jurídicas modernas más decisivas para el Derecho del enriquecimiento y, en especial, para la configuración dogmática de los remedios jurídicos restitutorios derivados de la infracción de derechos subjetivos absolutos. Bajo lo que con posterioridad se ha denominado teoría de la separación o diferenciación –por oposición a las tesis unitarias–, Walter Wilburg⁷¹ (1905-1991) y Ernst von Caemmerer⁷² (1908-1985) defendieron la necesidad de superar la aproximación unitaria al Derecho del enriquecimiento por medio de la identificación, más allá de las atribuciones patrimoniales realizadas con la finalidad de ejecutar un plan-jurídico obligatorio (prestación), de otros tipos o supuestos de enriquecimiento injustificado; y todo ello, desde la inquietud de conseguir una rigurosa diferenciación entre las diversas pretensiones restitutorias y, en especial, de sus funciones y requisitos.

Como se habrá advertido, la crítica a las teorías unitarias nació desde la observación de que, en la práctica, existían casos de explotación o usurpación de derechos ajenos que merecían una respuesta desde el Derecho del enriquecimiento. De ahí que, como han señalado Reuter/Martinek⁷³, los trabajos de Wilburg y Von Caemmerer se inspiraran en la obra del que hoy es considerado por la doctrina alemana –en expresión pretenciosamente científica– como el *descubridor de la Eingriffskondiktion*⁷⁴; esto es, el primero en integrar la acción restitutoria derivada de la intromisión en un derecho subjetivo dentro del molde dogmático de la *condictio* o acción de enriquecimiento injustificado⁷⁵.

⁷¹ Vid. *Die Lehre von der ungerechtfertigen Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht* (1934), cit., *passim*.

⁷² Vid. «Bereicherung und unerlaubte Handlung», en DÖLLE, H./RHEINSTEIN, M./ZWEIGERT, K. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Rabel*, I, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1954, pp. 333-401; «Grundprobleme des Bereicherungsrechts», en LESER, H.G. (Hrsg.), *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften*, I, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, pp. 370-392.

⁷³ Vid. *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., p. 25.

⁷⁴ Vid., así, MEDICUS, D., *Bürgerliches Recht*, 21.^a ed., Carl Heymann, Köln, 2007, p. 450 (Rdn. 704); le siguen REUTER, D./MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., p. 25; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 89.

⁷⁵ Se trata del monumental artículo –485 pp.– de SCHULZ, F., «System der Rechte auf den Eingriffserwerbs», *AcP*, 1909, núm. 105, pp. 1-485. No obstante, este autor concibió una pretensión de restitución de aquello que se obtiene con ocasión de una intromisión

En el caso de WILBURG, su obra destaca, como punto de partida, las inconveniencias de resolver todos los casos desde el imaginario de la *condictio* de prestación⁷⁶; es decir, desde el planteamiento de que (casi) todas las atribuciones patrimoniales tienen lugar bajo la ejecución de un plan jurídico-obligatorio. Por ello, propone distinguir con claridad entre acciones de enriquecimiento derivadas de prestación (*Leistungskonditionen*) y acciones de enriquecimiento no derivadas de prestación (*Nichtleistungskonditionen*)⁷⁷; a pesar de que su fundamento jurídico siempre sea unitario⁷⁸. No obstante, conviene precisar de antemano que, como se ha indicado por la doctrina actual⁷⁹, dicha distinción –a pesar de su elegante encaje en los dos modos de producción del enriquecimiento según el § 812 I BGB [*«El que mediante prestación (...) o de otro modo (...)»*]- no fue contemplada por el codificador alemán con el propósito de incluir una *Eingriffskondition*; sino que aquella segunda opción se correspondía con la idea savigniana por la que, en ocasiones, el desplazamiento patrimonial sin causa se produce sin la concurrencia de una declaración de voluntad del empobrecido⁸⁰. En cualquier caso, WILBURG separó, de esta manera, el concepto de causa o justificación para los supuestos de *condictio* de prestación y para los otros tipos, en especial, para la acción de enriquecimiento derivada de la utilización de un derecho ajeno⁸¹; apuntando, además, las diferentes funciones que cumple la acción de enriquecimiento en cada uno de los dos supuestos⁸².

Por su parte, von Caemmerer desarrolló la distinción propuesta por Wilburg, identificando una tipología de pretensiones de enriquecimiento injustificado⁸³. Así, configuró, además de los supuestos de *condictio* derivada de prestación⁸⁴, otros grupos como –entre otros– los de enriquecimiento derivado de: (i) intromisión en derecho ajeno⁸⁵; (ii) el pago de una deuda ajena⁸⁶; (iii) la realización de impensas⁸⁷; o (iv) un contrato a favor de tercero⁸⁸. Desde esta clasificación, el autor trazó una luminosa distinción entre las funciones de la *Leistungskondition* –dirigida, en esencia, a las disfuncio-

ilícita (*Anspruch auf den Eingriffserwerb*) como una consecuencia del principio común de enriquecimiento injustificado; es decir, desde una posición unitaria. Vid. una completa reseña crítica de la obra de este autor en ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 89-102.

⁷⁶ Cfr. WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 12-18.

⁷⁷ Cfr. WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 22-51.

⁷⁸ Cfr. WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 49-51.

⁷⁹ Vid. LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 10.

⁸⁰ Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des...*, V, cit., p. 523.

⁸¹ Cfr. WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 113-114 y 12 y ss.

⁸² Cfr. WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 11 y 28 y ss.

⁸³ Cfr. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 334 y ss.; «Grundprobleme des...», cit., pp. 370-376.

⁸⁴ Vid. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 340-352; «Grundprobleme des...», cit., pp. 376-378.

⁸⁵ Vid. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 352-360; «Grundprobleme des...», cit., pp. 378-383.

⁸⁶ Vid. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 360-363; «Grundprobleme des...», cit., pp. 384-387.

⁸⁷ Vid. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 365-367; «Grundprobleme des...», cit., pp. 383-384.

⁸⁸ Vid. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 369-374.

nes derivadas de la circulación de bienes jurídicos⁸⁹– y las de la *Eingriffskondition*, preocupada por proteger las posiciones jurídicas exclusivas reconocidas por el ordenamiento jurídico como derechos subjetivos⁹⁰; punto de partida axial para el desarrollo dogmático y régimen jurídico de la última de las acciones.

Las tesis diferenciadoras de Wilburg y von Caemmerer –aceptadas y desarrolladas por la doctrina mayoritaria actual⁹¹– implican, en consecuencia, una convincente desacreditación de la formulación tradicional del Derecho del enriquecimiento bajo aquella acción general de enriquecimiento con sus requisitos institucionales clásicos. Como apuntó Von Caemmerer⁹², la lógica formal abstracta bajo la que se formularon los requisitos del enriquecimiento, empobrecimiento y la relación causal entre ambos derivó en un expediente para corregir aquellos enriquecimientos que, sobre la base de la equidad, se consideraban injustos. Aquellos ordenamientos que, como el español, recibieron y desarrollaron acriticamente las primeras teorías germánicas del Derecho del enriquecimiento dan, todavía hoy, la razón a aquel autor⁹³. Y es que no deja de ser significativo que, al mismo tiempo que, desde el Derecho alemán, se advertía de los riesgos derivados de la aproximación tradicional unitaria, la jurisprudencia española recibía a tambor batiente la tesis de Núñez Lagos; una tesis que, acorde con sus influencias, buscaba, ante todo, una «*lógica abstracta*⁹⁴».

Atento al cambio en el pensamiento jurídico predominante en la Europa continental⁹⁵ –y, sobre todo, desde la inquietud, pues, de

⁸⁹ Cfr. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 342-343.

⁹⁰ Cfr. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., p. 353.

⁹¹ Cfr., entre otras referencias, LARENZ, K./CANARIS, C.W., *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderer Teil*, 13.ª ed., C. H. Beck, München, 1994, pp. 129-131; SCHLECHTRIEM, P., *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 6.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 294-295 (Rdn. 718-719); MEDICUS, D., *Schuldrecht II Besonderer Teil*, 14.ª ed., C. H. Beck, München, 2007, pp. 239-240 (Rdn. 632); LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 8-15; EMMERICH, V., *BGB – Schuldrecht Besonderer Teil*, 12.ª ed., C.F. Müller, 2009, p. 214 (Rdn. 4-5); LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht Besonderer Teil*, 6.ª ed., Vahlen, München, 2011, p.338 (Rdn. 1012-1013).

⁹² *Vid.* «Bereicherung und...», cit., pp. 338-339.

⁹³ *Vid.*, en el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., p. 96; BASOZÁBAL, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 37.

⁹⁴ Cfr., p. ej., NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento...*, cit., p. 11. En el prólogo a esta obra, CASTÁN TOBEÑAS –es decir, el puente por el que transitó esa *lógica abstracta* hasta alcanzar la jurisprudencia del TS– se lamenta de que, «en nuestra Patria [...] el formalismo y el conceptualismo jurídico no han llegado a arraigar y [...] las investigaciones teórico-dogmáticas son rara avis»; por lo que considera que «se ha de ver con júbilo la aparición de un jurista de técnica rigurosa, heredero de los clásicos pandectistas alemanes del siglo pasado, que se lance animoso a reconstruir aquellos conceptos fundamentales que constituyen la base de nuestro derecho privado y, más en concreto, de nuestro vigente Código Civil [...]» (cfr. p. VIII).

⁹⁵ En Portugal, las tesis diferenciadoras o tipológicas (*doutrina da divisão*) son asumidas y desarrolladas, entre otros, por MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 438 y 441 y ss.; *Direito das Obrigações*, I, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 395 y ss. En Italia, *vid.* TRIMARCHI, P., *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 3-50; más recientemente, entre otros, y con más referencias, SIRENA, P., «La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)», *Riv. Dir. Civ.*, 2006, pp. 305-322, esp., pp. 308 y ss.

superar una construcción jurisprudencial que, a pesar de estar revestida formalmente de unos requisitos, nunca ha dejado de ser, desde sus inicios, un expediente de equidad⁹⁶–, Díez-Picazo propuso, en 1988, una ambiciosa reformulación del Derecho del enriquecimiento español⁹⁷. No se trata de trasplantar la nueva concepción alemana al ordenamiento privado español⁹⁸; sino de, desde la idea de dotar de un tratamiento diferenciado a los distintos tipos de enriquecimiento injustificado, identificar dichos grupos de supuestos en el ordenamiento jurídico vigente⁹⁹. De esta manera, no solo se intenta conseguir una ordenación dogmática coherente de instituciones jurídicas con estructura restitutoria similar pero cuya regulación, en su caso, es dispersa; sino también ofrecer criterios razonables de orientación de la solución de los conflictos de intereses más usuales¹⁰⁰. Así, desde este planteamiento¹⁰¹, se habla de

⁹⁶ Cfr., de nuevo, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 27.

⁹⁷ Vid. Díez-Picazo, L., «La doctrina...», cit., pp. 71-133, esp., pp. 100 y ss.; más recientemente, *Fundamentos del...*, I, cit., pp. 123-128.

⁹⁸ De hecho, la experiencia descrita en este apartado debería servir para alertar de la asunción acrítica de creaciones dogmáticas foráneas, especialmente aquellas provenientes de la ciencia jurídica alemana o, en general, cualesquiera que se presenten bajo una formulación excesivamente abstracta o con una denominación con fuerza persuasiva. Y es que, por otro lado, no debe olvidarse que, incluso, la teoría de la diferenciación –y en general el Derecho del enriquecimiento alemán– no constituye ningún demiurgo que ofrezca respuestas coherentes y razonables a todos los conflictos de intereses en este campo. Su utilidad, entre nosotros, se limita a ofrecer un marco dogmático en el que desarrollar la ordenación de distintas pretensiones existentes en nuestro ordenamiento. Vaya por delante, pues, que, en Derecho español, el Derecho del enriquecimiento no está destinado, en última instancia, a ofrecer una norma genérica en la que fundar aquellas distintas pretensiones; punto de partida, por cierto, mucho más acorde con las mejores aportaciones doctrinales de la teoría de la diferenciación que con la solución normativa actual de los §§ 812 y ss. BGB o, incluso, que con aquella que se desprende de los *Principios del Enriquecimiento Injustificado* del llamado *Study Group on a European Civil Code*, cfr. von Bar, C./CLIVE, E./SCHULTE-NÖLKE, H. (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich, 2008, pp. 319 y ss.; vid., no obstante, las razones aducidas para adoptar un modelo unitario en este último sistema normativo en von Bar, C./SWANN, S., *Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.)*, Sellier, Munich, 2010, p. 179 (§ 147).

⁹⁹ Vid. Díez-Picazo, L., «La doctrina...», cit., p. 97; *Fundamentos del...*, I, cit., p. 124; Basozábal Arrúe, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 47.

¹⁰⁰ Vid., en el mismo sentido, Basozábal Arrúe, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 47.

¹⁰¹ Autorizadamente seguido, entre otros, por Miquel González, J. M., «Enriquecimiento injustificado», en VV. AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2.806-2.808; Paz-Ares, C., «La indemnización por clientela en el contrato de concesión», *La Ley*, 1997, II, D-105, pp. 1.817-1.819; Fernández-Nóvoa, C., *El enriquecimiento injustificado en el Derecho industrial*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 9-21; Basozábal Arrúe, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 35-51; Massaguer, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 549-553; Capilla Roncero, F., «Cuasicontratos y...», cit., pp. 293-294; Portellano Díez, P., «Art. 12», en Menéndez Menéndez, A./Díez-Picazo y Ponce de León, L. (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 604; *La defensa del derecho de patente*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 161-162; *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades*

una *condictio* de prestación¹⁰²; de una *condictio* por intromisión, en la que se integrarían los supuestos de disfrute, de usurpación, de consumo y de disposición de un derecho o cosa ajenos¹⁰³; de una *condictio* por inversión o desembolso¹⁰⁴, de la que se desprenderían una *condictio* de regreso para supuestos de pago de una deuda

de negocio, Civitas, Madrid, 1996, p. 135; *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 146-154; GARCÍA RUBIO, M. P., «Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en BARROS BOURIE, E./GARCÍA RUBIO, M. P./MORALES MORENO, A. M., *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 90-91.

¹⁰² En la que se integrarían no solo la *condictio indebiti* (arts. 1.895-1.901 CC), sino también las acciones restitutorias derivadas de la nulidad o anulabilidad de contrato (arts. 1.303 y ss. CC), e incluso, entre otras, la restitución procedente de la resolución de un contrato sinalagmático (arts. 1.123, 1.122 o 1.295 CC). Este planteamiento está teniendo cierta acogida, a modo de *obiter dictum*, en distintas decisiones del TS, que utilizan el marco dogmático unitario de la *condictio* de prestación para orientar el objeto y sentido de la pretensión restitutoria enjuiciada, *vid.*, así, STS 22-VI-2007 (*frigoríficos*, FJ 4); STS 23-II-2007 (RJ 2007/1465, FJ 2: «la «*condictio de prestación del art. 1303 CC*»»); STS 14-VI-2007 (RJ 2007/5120, FJ 2). En un caso, la lógica de la *condictio* de prestación parece haber desempeñado un papel determinante en la *ratio* de su decisión, *vid.* STS 8-I-2007 (RJ 2007/812, FJ 7). Repárese, en todo caso, en que la propuesta de abordar estos problemas restitutorios bajo la figura de la *condictio* de prestación –y, en general el planteamiento tipológico español– sigue siendo esencialmente doctrinal, y cuyo desarrollo práctico consistente parece todavía lejano, tal y como recuerda un *obiter dictum* de la SAP A Coruña 25-I-2008 (JUR 2008/132265): «La tipificación de las acciones de enriquecimiento en *condictio de prestación, condictio por intromisión y condictio por inversión o desembolso es un intento doctrinal de explicar y perfilar la figura del enriquecimiento sin causa formulado hace ya veinte años. Este intento, avalado por el notorio prestigio de su autor, no ha tenido aún reflejo en la jurisprudencia*» (FJ 5).

¹⁰³ La lógica de la *condictio* por intromisión parece que va penetrando, aunque muy tímidamente, en la práctica de los tribunales, *vid.*, p. ej., SAP Barcelona (Secc. 15.ª) 26-XI-2004, caso *ordenadores*, JUR 2005/15139, donde se estima la acción de restitución –«a modo de *condictio por intromisión*» (FJ 6)– del valor de uso de unos ordenadores por su utilización más allá del contrato que autorizaba para ello; *vid.*, también, más recientemente, STS 4-VII-2011, caso *locales autobuses*, JUR 2011/244738. Adviértase, no obstante, que, en este último caso, la *condictio* se configura como una acción indemnizatoria, bajo un entrecruzamiento inspirado en la teoría del triple cómputo del daño en las leyes de propiedad intelectual e industrial (FJ 5 *in fine*). Sobre ello, *vid. infra* 5.2. En cuanto a la adopción jurisprudencial de la *condictio* por disposición de cosa ajena, recuérdese la existencia de un precedente jurisprudencial significativo en la STS 10-III-1958, caso *apropiación de alambre del Ejército Rojo* (RJ 1958/1068), sobre la base dogmática de la «*condictio por disposición sin derecho*» (CDO 4) y de un rigurosa diferenciación entre acción indemnizatoria y acción de enriquecimiento injustificado; y, más recientemente, la STS 9-II-2012, caso *expropiación Renfe*, RJ 2012/3786, en la que se resuelve, bajo la *condictio* por intromisión, la pretensión de del titular del derecho de propiedad sobre una finca que se vio privado de su derecho por la disposición eficaz del antiguo propietario a un tercero que adquirió válida y eficazmente; y ello, bajo la siguiente explicación: «*Cuando el enriquecimiento tiene como supuesto el ejercicio de la facultad de disposición de un bien por quien no es su titular, nos hallamos ante la denominada condictio por intromisión y supone que la disposición sea eficaz porque deban aplicarse las reglas de protección del adquirente de buena fe y en este caso, «el disponente non dominus debe al verus dominus el valor obtenido con la disposición». Este es el supuesto de enriquecimiento injusto que se produce en el presente litigio*» (FJ 5).

¹⁰⁴ *Vid.*, en esta línea, STS 16-V-2007, caso *queserías*, RJ 2007/4616 (FJ 7 [A]); STS 22-VI-2007 (*frigoríficos*, FJ 3); STS 29-II-2008, caso *arrendamiento financiero*, RJ 2008/3053 (FJ 4). Más recientemente, puede verse una clara admisión de la *condictio* por inversión como expediente de solución de una pretensión restitutoria derivada de enriquecimiento injustificado en la STS 6-V-2011, RJ 2011/3843 (FJ 5 y 6).

ajena (art. 1.158.3 CC)¹⁰⁵ y una *condictio* por impensas (arts. 453, 454 y 360 y ss. CC).

III. FUNDAMENTO DOGMÁTICO

3.1 EL FUNDAMENTO DOGMÁTICO DE LA *CONDICTIO* POR INTROMISIÓN: EL CONTENIDO DE ATRIBUCIÓN DE LOS DERECHOS Y POSICIONES JURÍDICAS SUBJETIVOS

El planteamiento diferenciador o tipológico del Derecho español del enriquecimiento ha permitido, de esta manera, concebir una *condictio* por intromisión en derecho ajeno, que opera como un remedio restitutorio en los casos de usurpación, consumo y disposición de cosas o derechos ajenos. La construcción de esta categoría en Derecho español, se ha fundamentado –desde las tesis apuntadas por Carrasco Perera¹⁰⁶ y, especialmente, por Díez-Picazo¹⁰⁷, y convincentemente desarrolladas por Basozábal¹⁰⁸– en las normas del CC relativas a la liquidación del estado posesorio (arts. 451 y 455 CC y, en menor medida, arts. 360 y ss. CC).

Pero, antes de dilucidar el concreto fundamento normativo de esta eventual pretensión restitutoria en Derecho español, conviene subrayar la necesidad previa de encontrar un fundamento dogmático para esta acción, que sirva para ubicar su función y estructura

¹⁰⁵ Vid., en esta línea, STS 28-VI-2010, caso *Procobisa*, RJ 2010/5417, que identifica la pretensión restitutoria de dicho precepto con la acción de enriquecimiento injusto que se había ejercitado en la demanda de forma subsidiaria a la acción del artículo 1.158 CC; y ello, porque, según la Sala 1.ª, «(e)stamos ante una acción única –de reembolso– basada en unos hechos que son origen de una pretensión única –la recuperación de la cantidad cuyo último fundamento es la proscripción del enriquecimiento injusto» (FJ 3). Nótese, pues, que, aquí, para la Sala 1.ª del TS, en sintonía con la teoría diferenciadora española, la doctrina del enriquecimiento injustificado no sirve al propósito de ofrecer una acción de naturaleza subsidiaria, sino, antes de bien, de erigirse en un marco dogmático para la ordenación e interpretación de pretensiones restitutorias con un fundamento normativo legal disperso.

¹⁰⁶ Vid. «Comentario a la Sentencia de 25 de noviembre de 1985», cit., p. 3.223, donde se conectan algunas normas de liquidación de los estados posesorios en el CC con «los enriquecimientos obtenidos por “intervención en bienes”»; vid., también, «Restitución de provechos», ADC, 1988, esp., pp. 62-69; y, más recientemente, CARRASCO PERERA, Á./ZURILLA CARIÑANA, M. Á., «La defensa de los derechos», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Derecho Civil*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2011, pp. 378-380. Vid., no obstante, un alejamiento de la norma del artículo 361 CC respecto al enriquecimiento injustificado en «*Ius aedificandi*» y *acesión*, Montecorvo, Madrid, 1986, pp. 156-160.

¹⁰⁷ Vid. «La doctrina...», cit., pp. 121 y ss.; *Fundamentos del...*, I, cit., pp. 126-127; «Commodum ex negotiatione», ADC, 2007, p. 1.610; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, V, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 48; en el mismo sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Enriquecimiento injustificado», cit., p. 2.807.

¹⁰⁸ Vid. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 221 y ss.

en el Derecho privado español; y que permita, asimismo, definir su ámbito de aplicación y, en concreto y en lo que importa considerar ahora, determinar la idoneidad de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen para conferir a su titular una *condictio* frente a intromisiones ilegítimas en su ámbito objetivo de protección.

Con este propósito –esto es, para determinar qué derechos o posiciones jurídicas están protegidos por dicha *condictio*–, la doctrina alemana ha propuesto distintas teorías; siendo la más seguida –descartadas las teorías de la antijuricidad¹⁰⁹– la del *contenido de atribución* (*Zuweisungsgehalt*¹¹⁰) de los derechos y posiciones jurídicas subjetivos: solo aquellos derechos o posiciones jurídicas con contenido atributivo confieren a su titular una pretensión de restitución frente a la persona que obtiene una ventaja patrimonial por medio de la intromisión no autorizada en su ámbito objetivo de protección¹¹¹.

El concepto de contenido de atribución está estrechamente relacionado con el reconocimiento por parte de un ordenamiento jurídico de determinadas posiciones jurídicas protegidas por un derecho subjetivo absoluto o que confieren a su titular un contenido jurídico-económico análogo y, más en particular, con una de las consecuencias axiales que se desprende de dicho reconocimiento. En efecto, como advirtió con clarividencia Philipp Heck (1858-1943), el reconocimiento de un derecho absoluto implica la asignación a su titular de todos los rendimientos derivados de su ejerci-

¹⁰⁹ Sobre estas teorías, cuyo eje central consiste en fijar la atención en si el enriquecimiento ha sido obtenido mediante una acción antijurídica del intromisor, *vid.* ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 89-147; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 80-82; LIEB, M., «§ 812», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 4.ª ed., C. H. Beck, München, 2004, pp. 1.320-1.322 (Rdn. 240-244); SCHWAB, M., «§ 812», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 5.ª ed., C. H. Beck, München, 2009, pp. 1.415-1.416 (Rdn. 238-241); DíEZ-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 118-119; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 54-67; PORTELLANO DíEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 161; MENEZES LEITÃO, L., *Direito das...*, cit., pp. 409-410.

¹¹⁰ De acuerdo con DíEZ-PICAZO («La doctrina...», cit., p. 119 y ss.), PAZ-ARES («La indemnización...», cit., p. 1.819), BASOZÁBAL (*Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 68) y PORTELLANO (*La defensa...*, cit., p. 161), preferimos la traducción *contenido de atribución* a la de *contenido de destinación*, propuesta esta última por CARRASCO PERERA («Restitución de provechos», *ADC*, 1988, p. 66) e IGARTUA ARREGUI (*Los derechos de la personalidad como técnica de protección de la persona*, Tesis doctoral, inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1986 [Dir.: Prof. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano], pp. 26-29). Este último concepto parece ser, no obstante, el adoptado por la doctrina portuguesa (*conteúdo da destinação*), *cfr.* MENEZES LEITÃO, L., *Direito das...*, cit., pp. 410-411.

¹¹¹ La teoría del contenido de atribución es la seguida mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia alemanas para ordenar dogmáticamente la *Eingriffskondition* del § 812 BGB y definir su ámbito objetivo de aplicación, *cfr.*, entre otros, WENDEHORST, CH., «§ 812», en BAMBERGER, H.-G./ROTH, H., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 2, C. H. Beck, München, 2008, p. 1.103 (Rdn. 123); SCHWAB, M., «§ 812», cit., p. 1.417 (Rdn. 244); LARENZ, K./CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 172; EMMERICH, V., *BGB – Schuldrecht*, cit., pp. 230-231 (Rdn. 5-6).

cio¹¹²; lo que determina, en clave del Derecho del enriquecimiento, que si alguien utiliza o explota sin autorización un derecho ajeno, adquiere *algo* que pertenece en exclusiva al titular¹¹³. Dicho de otro modo, la asignación al titular de una posición jurídica absoluta no solo debe determinar coherentemente el reconocimiento de las facultades dirigidas a exigir la abstención de aquellas otras personas que no han sido autorizadas –por norma o por el propio titular– para la intromisión en la esfera de poder garantizada; sino que también conlleva la asignación en exclusiva a dicho titular de todos los provechos derivados de su ejercicio; y, en definitiva, si uno de aquellos terceros no autorizados obtiene, mediante la intromisión en la posición jurídica absoluta, uno de aquellos rendimientos que el ordenamiento jurídico había atribuido en exclusiva al titular de aquella posición, dicho titular ostentará –de acuerdo con la teoría de la atribución– una acción de enriquecimiento injustificado dirigida a restituir o reintegrar en su patrimonio la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor.

Con este punto de partida, la doctrina mayoritaria asimila dicho contenido de atribución al monopolio de explotación que determinados derechos subjetivos u otras posiciones jurídicas subjetivas confieren a su titular, tales como, señaladamente, el derecho de propiedad sobre bienes materiales y los derechos de propiedad intelectual e industrial¹¹⁴. Y, ciertamente, el concepto de contenido de atribución resulta, desde esta interpretación, útil; no solo en la medida en que –como explicaremos¹¹⁵– enriquece la teoría del derecho subjetivo con un elemento dogmático de enorme trascendencia práctica, especialmente, en el ámbito de los derechos de la personalidad incorporal (honor, intimidad e imagen), sino también porque permite excluir, con alguna claridad, del ámbito de la *condictio* por intromisión determinadas conductas que, a pesar de que puedan ser calificadas como antijurídicas y que puedan comportar la obtención de una ventaja patrimonial por el supuesto intromisor,

¹¹² Cfr. HECK, PH., *Grundriß des Schuldrechts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1929, pp. 421 y 426; lo que, según el autor, tiene especial significación en relación con las pretensiones restitutorias derivadas de un enriquecimiento injustificado; singularmente, en el campo de los derechos sobre bienes inmateriales, como el derecho de autor (cfr. p. 421). *Vid.*, un completo desarrollo de esta idea en WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 28 y ss.; VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 353 y ss. Más recientemente, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 249-350 y, esp., pp. 403-483, ha acercado estas ideas a la teoría económica de los *property rights*.

¹¹³ *Vid.* WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., p. 28; VON CAEMMERER, E., *Bereicherung und...*, cit., p. 353; LARENZ, K./CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 169-170; LIEB, M., «§ 812», cit., p. 1.322 (Rdn. 245); ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 467.

¹¹⁴ Cfr. SCHLECHTRIEM, P., *Schuldrecht. Besonderer...*, cit., p. 312 (Rdn. 749); MESTMÄCKER, E. J., «Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung», *JZ*, 1958, p. 524; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 131 y 81-87; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 417-418; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del...*, I, cit., p. 49.

¹¹⁵ *Vid. infra* 3.2.3.

no presentan relevancia atributiva; y ello, sencillamente porque dicha ventaja patrimonial no había sido asignada normativamente con carácter exclusivo a otra persona.

Dos casos en la jurisprudencia alemana permiten ilustrar la pertinencia del concepto de contenido de atribución para identificar posiciones carentes de contenido atributivo, especialmente, en relación con prestaciones empresariales que, pese a ser el resultado de inversiones considerables, no culminan con la obtención de una posición protegida por un derecho de exclusiva o por una posición de análogo contenido jurídico-económico. *Vid.*, en primer lugar, si bien bajo un contexto fáctico y normativo un tanto peculiar, BGH 9-III-1989¹¹⁶. *A*, una conocida empresa química innovadora especializada en el desarrollo y comercialización de productos fitosanitarios, obtuvo la autorización de comercialización de un nuevo producto, y ello, después de acreditar, tras un costoso período de investigación, que dicho producto carecía de efectos tóxicos relevantes. Con posterioridad, *B*, otra empresa del sector, obtuvo la autorización de comercialización de un producto similar al de *A*; lo que consiguió valiéndose de los estudios y ensayos desarrollados por *A* y que constaban en la documentación que presentó *A* para el registro de su producto. *A* interpuso una acción de enriquecimiento injustificado por intromisión (*Eingriffskondition*) ex § 812 BGB frente a *B* por cuanto la autorización de comercialización de éste solo pudo ser concedida por la Administración competente sobre la base de los estudios y ensayos realizados por *A*¹¹⁷. El Tribunal Supremo Federal rechaza la pretensión porque *A* carece, respecto de los estudios y ensayos en cuestión, de una posición con contenido de atribución, esto es, de una posición que le permita prohibir a *B* la solicitud de autorización del producto o su posterior comercialización.

En segundo lugar, OLG Karlsruhe 10-III-1999¹¹⁸. *A*, una productora cinematográfica, emprendió un proyecto para la realización de una película sobre la base de un guión elaborado por dos autores, con quienes la productora había convenido un derecho de cesión preferente (opción) sobre los derechos de explotación del guión. Al mismo tiempo que los autores reelaboraban el guión, *A* inició contactos con otras productoras para la coproducción del largometraje, para lo que contactó con *B*, otra productora, que tuvo

¹¹⁶ Caso *Forschungskosten*, GRUR, 1990, núm. 3, pp. 221-223.

¹¹⁷ La peculiaridad del caso no reside tanto en el hecho de que *A* no fuera titular de derechos de propiedad industrial sobre el producto original, ni consiguiera acreditar que dichos estudios y ensayos constituían información confidencial protegible como secreto empresarial por medio del Derecho contra la competencia desleal, sino, ante todo, en el hecho de que, en el momento del caso, el Derecho alemán no contaba con una norma como la hoy prevista en el artículo 13.3 a) Directiva 91/414/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1991, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios, o, entre nosotros, en el artículo 36.2 a) de la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de sanidad vegetal, y, según la cual, las autoridades competentes para la concesión de autorizaciones de comercialización no podrán utilizar los «estudios, ensayos y el resto de la documentación aportada por el solicitante» para «su utilización en favor de otro solicitante posterior», salvo que «el primer solicitante lo haya autorizado expresamente».

¹¹⁸ Caso *Das erste Mal*, NJW-RR, 2000, núm. 14, pp. 1.005-1.006.

acceso a la documentación de A relativa al proyecto (en esencia, planes de rodaje, financiación y listado del posible reparto tras los pertinentes cástines). No obstante, esta posible coproducción entre A y B quedó frustrada al no conseguir aquélla la financiación necesaria. Posteriormente, B contactó con los autores del guión y, tras convenir con ellos la cesión de los derechos de autor, realizó la película, que fue estrenada en la televisión alemana en 1996. A ejercita la *condictio* por intromisión contra B al entender que ésta se habría enriquecido injustificadamente al aprovechar sus inversiones en relación con la preparación del proyecto; en particular, B se habría ahorrado los costes de los cástines realizados por A, y cuyo resultado fue sin duda aprovechado por B, pues la película fue, al parecer, interpretada por los actores preseleccionados por A. El Tribunal Superior Territorial desestima la acción: B no ha interferido en una posición jurídica que otorgue a A facultades de exclusión; pues, pese a sus esfuerzos inversores, las posibilidades de negocio relativas al proyecto emprendido por A no han sido normativamente reservadas a A.

Nótese que, desde esta perspectiva, la aplicación por los tribunales españoles de la teoría del contenido de atribución para delimitar el ámbito objetivo de aplicación de la acción de enriquecimiento injustificado del artículo 32.1.6.^a de la LCD –donde, como ahora se expondrá, se recoge, de forma inequívoca, dicha teoría– puede resultar, en algún caso, discutible; como, por ejemplo, en el caso *Elle c. Interviú*.

La SJMER Barcelona núm. 2 25-IV-2008¹¹⁹ conoció del siguiente caso: la conocida actriz y modelo Elsa Pataky celebró un contrato con la editora de la revista *Elle*, por el que aquélla prestaba su consentimiento a posar, desnuda y semidesnuda, para un reportaje fotográfico a celebrar en la Riviera Maya (México), y autorizaba, asimismo, para la publicación de las fotografías en el número de mayo de aquella revista. Después de la celebración –con éxito– del reportaje, y con anterioridad a su correspondiente publicación, las partes del contrato tuvieron noticia de que, durante el transcurso de la sesión fotográfica, un *paparazzo* no autorizado realizó distintas fotografías a la modelo, en la que ésta aparecía desnuda o semidesnuda¹²⁰. El fotógrafo vendió, posteriormente, las fotografías a la editora de la revista *Interviú*, que las publicó con anterioridad a la publicación del número de *Elle*. Con independencia de las acciones de la modelo frente a la revista *Interviú* por la publicación no autorizada de su imagen¹²¹, *Elle* interpuso demanda

¹¹⁹ La Ley 18028/2008. Resolución confirmada por la SAP Barcelona (Secc. 15.^a) 17-XI-2009, caso *Elle c. Interviú*, AC 2010/794.

¹²⁰ Como resulta fácil intuir, estas fotografías se distinguían claramente, por su contenido y contexto, de las realizadas para *Elle*.

¹²¹ Que fueran desestimadas inicialmente, al entenderse que, en el caso, prevalecía el interés público informativo, cfr. SAP Madrid (Secc. 18.^a) 1-XII-2009, caso *Elsa Pataky*, AC 2010/300, que revoca la anterior SJPI Madrid núm. 40 6-I-2009, AC 2011/556, que había condenado a los medios que publicaron las fotografías sin la autorización de la actriz

contra *Interviú*, al considerar que la conducta de ésta constituía un acto de competencia desleal y solicitó, entre otras pretensiones, la restitución de las ganancias que esta segunda revista obtuvo por la venta de los ejemplares donde se reproducían las fotografías litigiosas¹²². El JMER apreció la deslealtad de la conducta de *Interviú* sobre la base de la cláusula general de prohibición de competencia desleal [art. 5 LCD (hoy art. 4.1 I LCD)]; y ello, en esencia, porque: (i) los responsables de la publicación en *Interviú*, «sin título alguno que legitimara su actuación y empleando procedimientos contrarios a las exigencias de la buena fe, invadieron una producción ajena»; y (ii) las mismas personas «también se aprovecharon del esfuerzo inversor que tuvo que realizar [la titular de la revista *Elle*] para lograr la exclusiva y de los gastos que soportó para llevar a cabo las sesiones fotográficas» (FJ 10). Por ello, la decisión estima las acciones declarativa y de cesación (arts. 32.1.1.^a, 32.1.2.^a) y, asimismo y sin mayor reflexión, la de restitución del enriquecimiento (art. 32.1.6.^a LCD) en los términos apuntados. La SAP Barcelona (Secc. 15.^a) 17-XI-2009 confirma la resolución del JMER; en relación con el fundamento del reproche de deslealtad, sostiene que: «(...) la publicación de las fotografías obtenidas durante un reportaje o producción fotográfica ajena sin mediar autorización, ha permitido a las demandadas entrar en competencia con la actora ahorrándose los costes anudados no solo a la realización del reportaje sino, también, a los previos de negociación para acceder a su realización y apropiándose de los resultados derivados del esfuerzo llevado a cabo por la actora en su actividad empresarial e intrometiéndose [sic] en el ámbito de su exclusiva. Ello impide concluir que la conducta concurrencial de los demandados lo sea por méritos o por eficiencia, debiendo merecer el reproche de desleal por ser objetivamente contrario a la buena fe» (FJ 2); en cuanto a la pertinencia de la condicção: «(...) en relación a la acción de enriquecimiento injusto estimada por la sentencia recurrida, es una acción que se dirige a reintegrar al titular el provecho económico obtenido indebidamente por el autor de los actos de competencia desleal, pues la Ley de Competencia Desleal ha recogido una condicção por intromisión. La reparación del daño, en que se comprende el lucro cesante, trata de reponer el menoscabo sufrido, mientras que la pretensión de enriquecimiento intenta transferir al actor la ganancia conseguida por el competi-

por intromisión en su derecho a la propia imagen. No obstante, la STS 24-VII-2012 (Roj STS 5731/2012) ha revocado la resolución de la AP y ha confirmado la condena al medio impuesta en la primera instancia.

¹²² En la demanda, esta pretensión se fundó en el antiguo artículo 18.5 LCD (hoy art. 32.1.5.^a LCD), es decir, como una acción indemnizatoria por los daños causados por el acto desleal. No obstante, este planteamiento normativo no debió de encajar en los esquemas dogmáticos del JMER, que corrigió el fundamento normativo elegido por la demandante en los siguientes términos: «dado que (...) en la demanda se determina la cantidad reclamada a partir de los beneficios obtenidos por las demandadas, la acción que se ejercita, en definitiva, es la del enriquecimiento injusto del apartado sexto del artículo 18. Al amparo de dicha norma se autoriza al demandante a reclamar todo el provecho económico obtenido por un tercero a costa del propio actor» (FJ 12). Adviértase, en todo caso, que es más que discutible que la acción de enriquecimiento injustificado tenga por objeto la restitución de ganancias, como desarrollaremos *infra* 5.1.

dor desleal, esto es, todo el valor obtenido como consecuencia de los actos de competencia desleal (...)» (ibid.).

Repárese, no obstante, en que el hecho de que la conducta de *Interviú* fuera considerada antijurídica desde la perspectiva del Derecho contra la competencia desleal –lo que, en este caso, parece cierto desde el correcto entendimiento de los actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno y su encuadramiento en la cláusula general de prohibición de competencia desleal¹²³– no determina *per se* una intromisión en una posición jurídica con contenido de atribución (o, en la terminología del artículo 32.1.6.^a LCD, en una «posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico»), ni, por consiguiente, que el legitimado activamente para las acciones declarativas y de cesación esté igualmente legitimado (sustantiva y procesalmente) para la acción de enriquecimiento (cfr. art. 33.1 *in fine* LCD). Para ello, es necesario, en efecto, que las inversiones realizadas por la revista *Elle* en relación con la preparación del reportaje fotográfico en cuestión –en esencia, la obtención del consentimiento o autorización de la modelo para posar para el reportaje y la predisposición del escenario del reportaje– le confirieran una posición jurídico-exclusiva sobre la base de la cual pueda impedir la captación y publicación de otras imágenes de la modelo durante la realización de dicho reportaje. Y, en este sentido, el concepto de contenido de atribución remite a las siguientes preguntas: la (innegable) ventaja patrimonial obtenida por *Interviú* con ocasión de su conducta desleal frente a *Elle* consistente en la publicación de las imágenes de la modelo en aquella revista, ¿estaba reservada en exclusiva a *Elle*? ¿Dispone ésta de un título jurídico sobre la base del cual pueda defender válidamente que la oportunidad económica de publicar las imágenes finalmente publicadas por *Interviú* estaba originaria o derivativamente atribuida a su patrimonio? Y, sobre lo anterior, parece claro que, por el mero esfuerzo inversor realizado por *Elle* para la realización de *su* reportaje, ésta no obtuvo una posición jurídico-exclusiva sobre la captación y reproducción de cualquier imagen de la modelo durante el desarrollo de dicho reportaje; y que, por ello, el fundamento de la *condictio* apreciado por los tribunales en este caso no puede aceptarse sin graves reservas. De hecho, el contenido atributivo de la posición de *Elle* respecto de la explotación de las fotografías litigiosas de *Interviú* solo podría fundarse, a nuestro modo de ver, en su eventual titularidad derivativa de derechos de imagen, esto es, de derechos de explotación sobre la imagen de la modelo, cedidos por ésta en exclusiva a la revista (sucesión constitutiva), de manera que *Elle* fuera titular de una posición jurídica dotada de absolutidad, similar a la que tendría, p. ej., un cesionario exclusivo de derechos de autor o un licenciatarío exclusivo de derechos de propiedad industrial. Pero ello, se enfrentaría igualmente, en este caso, a dos objeciones, la segunda de las cuales parece insuperable: (i) el derecho a la propia

¹²³ Cfr. MASSAGUER, J., «La cláusula de prohibición de la competencia desleal», en FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R. (Dir.), *Competencia desleal y defensa de la competencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 115-127 y, esp., pp. 119-120.

imagen, reconocido en el artículo 18.1 CE y desarrollado en la LO 1/1982 es inalienable o intransmisible (*ex art. 1.3 LO 1/1982*); lo que determina, en buena lógica jurídica, que su titular no puede transferir total o parcialmente a un tercero el contenido de protección que le ha sido conferido en exclusiva, de manera que dicho tercero adquiera, respecto al objeto transmitido, una posición jurídica idéntica o similar a la que ostentaba el titular originario o su causahabiente. Es cierto, no obstante, que la doctrina del TC –y, en menor medida, de la Sala 1.ª del TS– en relación con la distinción entre la vertiente constitucional del derecho a la propia imagen y la llamada vertiente patrimonial permite, con alguna cautela todavía, construir, en el ordenamiento español, una institución jurídico-subjetiva, ajena a la lógica normativa de la LO 1/1982, y sobre la base de la cual pueda transmitirse parcialmente su contenido de protección (sobre la base de una sucesión constitutiva); (ii) no obstante lo anterior, resulta francamente difícil defender que, en el caso en cuestión, la eventual cesión de derechos de imagen de la modelo a *Elle* cubría las imágenes litigiosas, esto es, unas imágenes de naturaleza estética claramente distinta a las que fueron objeto de autorización por medio del contrato con *Elle*.

En síntesis, todo parece indicar que, en el caso *Elle c. Interviú*, la ventaja patrimonial obtenida por *Interviú* solo estaba reservada –atribuida– a la modelo, es decir, a su posición jurídica consistente en la titularidad de su derecho a la propia imagen¹²⁴; aunque, lógicamente, el nacimiento de una pretensión restitutoria (*condictio*) frente a *Interviú* está condicionado a que la conducta de ésta pueda ser considerada como antijurídica o, mejor dicho, que pueda ser encuadrada como una intromisión ilegítima en la esfera de poder garantizada en exclusiva al titular del derecho¹²⁵.

Por ello, no resulta dudoso que la determinación del contenido atributivo de una determinada posición jurídica y, en consecuencia, su idoneidad para conferir a su titular una *condictio* por intromisión no debe atender: (i) exclusivamente, a la antijuricidad de la conducta del intromisor¹²⁶; ni (ii) al mero esfuerzo inversor realizado por el

¹²⁴ *Vid.*, sobre el contenido de atribución del derecho a la propia imagen, *infra* 3.2.3.

¹²⁵ Lo que, como ha quedado dicho, fue inicialmente descartado por los tribunales al apreciar la existencia de un interés público informativo que legitima la intromisión de *Interviú*, pero esa ilicitud ha sido finalmente confirmada por la citada STS 24-VII-2013. Sobre la relación entre ámbito de protección de la *condictio* y libertades de información y expresión, *vid. infra* 3.2.3.

¹²⁶ Tal como se ha apuntado ya, el hecho de que, p. ej., *Interviú* se aprovechara deslealmente del esfuerzo inversor realizado por *Elle* y, como consecuencia de ello, incurriera en actos de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno de la actividad de ésta prohibidos según la LCD, no determina que la posición jurídica de *Elle* esté protegida por la acción de enriquecimiento injustificado. Piénsese igualmente en este otro ejemplo: B, sociedad titular de un hotel, consciente de que la fachada del edificio en el que se encuentran sus instalaciones no es muy atractiva, utiliza, en su página web, la imagen de la fachada de otro hotel situado al lado de aquél, y para cuya restauración A, su propietario y titular del hotel, ha invertido grandes cantidades de dinero. A dispone, ciertamente, de acciones declarativas, de cesación y de remoción por el acto de competencia desleal (*ex arts. 31.1 1.ª, 2.ª y 3.ª LCD* en relación con los arts. 5 y 12 LCD); mas no de una *condictio por intromisión ex artículo 32.1.6.ª LCD*: en Derecho español, el propietario de un bien material

titular de la posición jurídica infringida, en la medida en que dichas inversiones no culminen en el reconocimiento o concesión de un derecho de exclusiva (p. ej., un derecho de propiedad intelectual o industrial) o de una posición jurídico-subjetiva de contenido jurídico y económico análogo¹²⁷ (p. ej., un secreto empresarial o, en general, uno de los llamados derechos atípicos sobre bienes inmateriales¹²⁸); ni, en fin, (iii) al ahorro de costes que haya experimentado el intromisor, puesto que el concepto de contenido de atribución no atiende a la situación patrimonial del intromisor, sino a la del titular del derecho o de la posición jurídica afectada y, más en particular, a si la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor estaba atribuida o reservada en exclusiva a dicho titular.

Con todo, el concepto del contenido de atribución no está exento de dudas y, como se ha dicho juiciosamente, adolece de una cierta tautología¹²⁹; lo que resulta particularmente cierto desde su asunción normativa en el artículo 32.1.6.^a de la LCD.

Esta norma nos dice que la acción de enriquecimiento por intromisión «sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico», esto es, cuando constituya una

carece de un derecho de explotación (derecho de exclusiva) sobre la reproducción de la imagen de su bien y, por tanto, las ventajas patrimoniales que se obtengan con dicha reproducción no están atribuidas normativamente al propietario del bien.

¹²⁷ Por este motivo, son irrelevantes al respecto las inversiones que *Elle* haya realizado para obtener su posición jurídica; o las que, en el caso de la nota anterior, haya realizado la sociedad A titular del hotel para restaurar la fachada de su edificio. Ello no conlleva, por sí mismo, la adquisición de una posición jurídica dotada de contenido de atribución; del mismo modo que la *Nippon Television Network* no adquirió dicha posición respecto de la reproducción y distribución de las obras pictóricas de la Capilla Sixtina por el mero hecho de que dicha sociedad invirtiera 4.200.000 USD en su restauración (tomamos este último ejemplo de NIMMER, D., «Copyright in the Dead Sea Rolls. Authorship and Originality», *Hous. L. R.*, 2001, pp. 33-35); así como tampoco el Estado de Sajonia-Anhalt (Alemania) adquirió un monopolio de explotación sobre la reproducción de la imagen del Disco Celeste de Nebra por su mera condición de propietario del objeto arqueológico hallado (*vid.* OHLY, A., «Von einem Indianerhäuptling, einer Himmelsscheibe, einer Jeans und dem Lächeln der Mona Lisa – Überlegungen zum Verhältnis zwischen Urheber- und Kennzeichenrecht», en PAHLOW, L./EISFELD, J. [Hrsg.], *Grundlagen und Grundfragen des Geistigen Eigentums*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, p. 209-210; y ello, sin perjuicio de que pueda resultar discutible si adquirió derechos de propiedad intelectual por su condición de divulgador de una obra inédita en el dominio público, *vid.* sobre esto último, LG Magdeburg 16-X-2003, *GRUR*, 2004, núm. 8, pp. 672-674; GÖTTING, H.-P./LAUBER-RÖNSBERG, A., «Noch einmal: Die Himmelsscheibe von Nebra», *GRUR*, 2007, núm. 4, pp. 303-304).

¹²⁸ Sobre este último concepto y las vías de su protección (indirecta), *vid.* MASAGUER, J., «Naturaleza, protección y titularidad de los derechos audiovisuales sobre eventos deportivos (A propósito de la resolución del BGH de 18 de noviembre de 1997)», *ADI*, 1997, *passim*, esp., pp. 289-293; *El contrato de licencia de know-how*, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 42 y ss.; *Comentario a...*, cit., p. 551; OHLY, A., «Gibt es einen Numerus clausus der Immaterialgüterrechte?», en OHLY, A./BODEWIG, T./DREIER, TH./GÖTTING, H.-P./HAEDICKE, M./LEHMANN, M., *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München, 2005 «Gibt es einen Numerus clausus der Immaterialgüterrechte?», *passim*, esp., pp. 107-118.

¹²⁹ Cfr., así, WENDEHORST, CH., «§ 812», cit., p. 1.103 (Rdn. 122).

intromisión en una posición jurídica dotada de contenido de atribución¹³⁰; pero, para determinar qué posiciones (aparte de los derechos de exclusiva, es decir, de los derechos subjetivos absolutos) tienen contenido de atribución y, por ello, están protegidas por la *condictio*, se produce una remisión a otras normas, p. ej., y en el supuesto analizado, a la propia normativa del Derecho contra la competencia desleal, que determinará aquellas posiciones que, sin contar con la protección de un derecho de exclusiva, presentan un contenido económico (y jurídico) análogo a éste y están protegidas por las acciones características de protección de los derechos subjetivos absolutos (acciones inhibitorias [cesación y prohibición] y de remoción) y, por ello, su titular debe disponer asimismo de una acción restitutoria de enriquecimiento injustificado¹³¹.

De ahí, que no hayan faltado, recientemente, nuevas propuestas doctrinales que, partiendo de este concepto, hayan tratado de añadir algún matiz o criterio complementario que sirva al propósito de definir, con mayor precisión, el ámbito objetivo de la *condictio* por intromisión¹³². Se trata, no obstante, de criterios singularmente orientados a adaptar la aplicación de la teoría del contenido de atribución a determinados ámbitos prácticos complejos —como el de los derechos de la personalidad, como ahora se expondrá¹³³—, en los que la protección de la posición jurídica del titular debe compatibilizarse con la libertad de actuación característica de la estructura económica de un orden jurídico liberal-competitivo¹³⁴ o con la inexistencia de un mercado (lícito o ilícito) en el que poder tasar razonablemente la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor¹³⁵.

¹³⁰ Cfr., por todos, PAZ-ARES, C., «La indemnización...», cit., p. 1.819; MASSAGUER, J., *Comentario a...*, cit., p. 549.

¹³¹ Cfr., en este sentido, MASSAGUER, J., *Comentario a...*, cit., p. 551. *Vid.*, también, sobre las similitudes entre la estructura dogmática de las acciones de protección de los derechos subjetivos absolutos y las de las posiciones jurídicas protegidas por el Derecho contra la competencia desleal, PAZ-ARES, C., «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política antitrust. (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal)», *RDM*, 1981, p. 74; PORTELLANO, P., «Art. 13», en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 172.

¹³² Sobre estos criterios, *vid.* ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 368-402; LARENZ, K./CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 170-172; SCHWAB, M., «§ 812», cit., pp. 1.418-1.429 (Rdn. 246-252); BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 75-88 y 128-141.

¹³³ *Vid. infra* 3.2.3.

¹³⁴ *Vid.* MESTMÄCKER, E. J., «Eingriffserwerb und...», cit., *passim*; y, esp., BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 82-88 y 131-136; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 412, 444-450 y 453-467.

¹³⁵ *Vid.*, sobre esta inquietud y su proyección restrictiva del ámbito de la *condictio* en general, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 172; LARENZ, K./CANARIS, C. W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 170-172; KOZIOL, H., «Bereicherungsansprüche bei Eingriffen in nicht entgeltfähige Güter?», en BUCHER, E./CANARIS, C. W./HONSELL, H./KOLLER, TH. (Hrsg.), *Norm und Wirkung. Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65.*

En cualquier caso –y con independencia de lo que se concretará para el caso de los derechos de la personalidad– resulta oportuno concluir que el concepto de contenido de atribución es, inevitablemente, el punto de partida para fundar dogmáticamente la acción de enriquecimiento injustificado en Derecho español y, sobre todo, para delimitar su ámbito objetivo de aplicación; y ello, no solo porque nuestra doctrina se haya decantado siempre por esta tesis mayoritaria¹³⁶; sino porque el legislador español –a diferencia del alemán– ha reconocido dicha teoría como el fundamento dogmático de una concreta acción de enriquecimiento injustificado por intromisión¹³⁷. No obstante, se imponen dos matices a la asunción de dicha teoría.

Por un lado, el contenido de atribución no deja de expresar (y erigirse en) una cláusula abierta idónea para identificar aquellas posiciones jurídicas que merecen ser protegidas por medio de una acción restitutoria de enriquecimiento injustificado; pero que, coherentemente, deber ser completada mediante criterios de política jurídica (y no de dogmática jurídica)¹³⁸. Dicho de otro modo: no es el concepto de contenido de atribución el que determina qué posiciones jurídicas presentan dicho contenido y, por tanto, están protegidas por la *condictio* por intromisión. Dichas posiciones se definen por la protección que les confiere un particular ordenamiento jurídico; y ello, en atención a unos criterios de política jurídica previamente definidos.

Sirva de ejemplo el llamado derecho de imagen sobre las cosas: anteriormente, nos hemos referido al caso de la reproducción de la imagen de un edificio sin la autorización de su propietario y hemos afirmado –casi en el límite de la provocación– que, con independencia de que dicha conducta pueda representar en relación con el propietario un acto antijurídico¹³⁹, este propietario carece de acción

Geburtstag, Stämpfli, C. H. Beck, Bern, München, 2005, *passim*; SCHWAB, M., «§ 812», cit., p. 1.419 (Rdn. 249); WENDEHORST, CH., «§ 812», cit., p. 1.104 (Rdn. 124-125).

¹³⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., p. 119; «*Commodum ex...*», cit., p. 1.610; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Enriquecimiento injustificado», cit., p. 2.807; PANTALEÓN, F., «La Constitución, el honor y unos...», cit., p. 1.694 (nota 24); BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 68 y ss., esp., pp. 75 y 110-111; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 161.

¹³⁷ Se trata, como va reiteradamente dicho, del artículo 32.1.6.^a LCD. *Vid.*, de nuevo, sobre ello y por todos, PAZ-ARES, C., «La indemnización...», cit., p. 1.819; MASSAGUER, J., *Comentario a...*, cit., p. 549.

¹³⁸ Esta idea –no siempre debidamente advertida por la doctrina alemana actual– se encuentra ya en SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus...», cit., p. 448.

¹³⁹ P. ej., como se ha propuesto para un caso particular, porque dicha conducta representa un acto de competencia desleal (acto confusión o acto de explotación de la reputación ajena); o, simplemente, porque constituye un ilícito de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1.902 CC (p. ej.: reproducción de la imagen de una casa en el catálogo de una inmobiliaria sin autorización o por más tiempo del autorizado, de manera que genera la impresión de que se trata de una casa con dificultades para ser vendida); o

de enriquecimiento para restituir en su patrimonio la ventaja patrimonial obtenida por aquel que explota de forma no autorizada la imagen del objeto sobre el que recae su derecho de propiedad. No ignoramos que, en otros ordenamientos, se ha planteado la posibilidad o conveniencia de que el derecho de propiedad comprenda una facultad exclusiva para autorizar o prohibir dichos usos o que el propietario pueda encontrar protección frente a esta pretendida intromisión en su derecho de propiedad por medio de una acción indemnizatoria¹⁴⁰. Pero, precisamente por ello, creemos que ésta no es una cuestión dogmática, que pueda ser resuelta por medio de una depuración abstracta del concepto de contenido de atribución. Como decíamos, entendemos que, hoy por hoy, en Derecho español, el derecho de propiedad no confiere a su titular una posición jurídica con contenido atributivo respecto al uso o explotación de la reproducción de la imagen del objeto de su derecho; pero ello, no porque lo determine el propio concepto de contenido de atribución, sino porque no se advierten en nuestro ordenamiento datos normativos que apunten al reconocimiento de dicho derecho de imagen sobre las cosas. En efecto, en nuestro Derecho legislado, no se vislumbran disposiciones normativas que aludan a un derecho exclusivo del propietario de un bien sobre el control de la imagen de éste. Tampoco nuestros tribunales parecen predispuestos a acoger pretensiones con este objeto, a pesar de que, como se comprenderá, deben de producirse, en nuestro país, conflictos de intereses parecidos a los de la jurisprudencia comparada citada¹⁴¹. No

una infracción del derecho a la intimidad personal o familiar de la LO 1/1982 (p. ej.: publicación no autorizada en una revista de fotografías que reproducen el interior de la casa de un personaje de notoriedad pública).

¹⁴⁰ *Vid.*, p. ej., en la jurisprudencia francesa, Cass. civ. 10-III-1999, caso *Gondrée*, *D.*, 1999, jurisp., pp. 319-321; Cass. ass. plén. 7-V-2004, caso *Hôtel de Girancourt*, *D.*, 2004, jurisp., p. 1.545; Cass. civ. 5-VII-2005, caso *Le patrimoine des communs de France*, *Gaz. Pal.*, 2005, 3474; en la alemana, destaca recientemente, BGH 17-XII-2010, caso *Preußische Gärten*, *GRUR*, 2011, núm. 4, pp. 323-327. A nivel doctrinal, *vid.*, entre otras referencias, en la doctrina francesa, ZENATI, F., «Du droit de reproduire les biens», *D.*, 2004, chron., pp. 962-969; GEIGER, CH., «La remise en cause du droit à l'image des biens : une privatisation du domaine public enfin freinée ?», *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2005, núm. 6, pp. 6-8 ; en Italia, RESTA, G., «L'appropriazione dell'immatériale. Quali limiti?», *Dir. Inf.*, 2004, pp. 29-41; FUSI, M., «Sulla riproduzione non autorizzata di cose altrui in pubblicità», *Diritto Industriale*, 2006, pp. 89-115; en Alemania, WAGNER, G., «§ 823», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 5.ª ed., C. H. Beck, München, 2009, p. 1.791 (Rdn. 114-115); WANCKEL, E., «Auf dem Weg zum «Recht am Bild der eigenen Sache»?», *NJW*, 2011, núm. 25, pp. 1.779-1.781; y, desde una perspectiva comparada, SCHACK, H., «Fotografieren fremder Sachen», *ZEUP*, 2006, pp. 150-157.

¹⁴¹ *Vid.*, así, SJMER Palma de Mallorca núm. 1 27-IV-2007, JUR 2008/62482 / SAP Baleares (Secc. 5.ª) 30-VII-2008, AC 2009/822, caso *Café del Mar*: los dos copropietarios de una finca rústica demandaron a las distintas personas responsables de la edición y comercialización del CD «*Café del Mar Vol. 11*», debido a que, en la carátula de éste, se reproducía la imagen de la *Torre des Savinar* y una roca pintada con «*la imagen de un Buda*». El fundamento de la demanda parece ser que, en la medida en la que los objetos reproducidos se hallan ubicados en la propiedad de los demandantes, éstos ostentan –originaria o derivativamente– los derechos de propiedad intelectual sobre las imágenes en cuestión. Lógicamente, el JMER y la AP –desde la óptica del derecho de autor– desestiman íntegramente la demanda; STS 21-V-2009, caso *autobuses EMT – Periodistas y Médico de Familia*, RJ 2009/3188: pretensiones (declarativas e

existe, pues, un derecho exclusivo de esta clase; a lo más a lo que se puede llegar, desde el ordenamiento español, es a plantearse la conveniencia del reconocimiento de este derecho¹⁴².

Por otro lado –y estrechamente relacionado con lo anterior–, nos parece que la utilidad del concepto de contenido de atribución trasciende el ámbito del Derecho del enriquecimiento y se proyecta, con singular relevancia, sobre la teoría general del concepto de derecho subjetivo¹⁴³; lo que resulta decisivo para entender su funcionamiento práctico, especialmente, en relación con los derechos de la personalidad. Así, el reconocimiento de un derecho absoluto y de un contenido de atribución permite comprender que el titular del derecho del que cabe predicar dichas notas no solo ostenta una titularidad exclusiva sobre el ámbito objetivo del derecho de manera que pueda excluir la intromisión de terceros en éste; sino que, en buena lógica, dicho titular estará

indemnizatorias) de la *Empresa Municipal de Transportes de Madrid* contra una productora y una cadena de televisión que usaron, sin autorización, la imagen de los autobuses de aquella en dos series televisivas Las pretensiones –estimadas en la segunda instancia, pero revocadas en la casación– tampoco se fundaron en la titularidad del derecho de propiedad sobre los autobuses o, en particular, en una supuesta posición exclusiva sobre la reproducción de su imagen.

¹⁴² Vid., así, REYES LÓPEZ, M. J., «Imagen y bienes», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Coord.), *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 216. En una conclusión poco reflexionada, BLASCO GASCÓ (cfr. *Patrimonialidad y personalidad de la imagen. El derecho a la propia imagen*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 103-104) afirma que «conforma el derecho de propiedad la facultad de explotar económicamente el bien y, por tanto, también la explotación económica de su imagen. La propiedad de un bien otorga a su titular el derecho exclusivo a su explotación económica en todas las formas posibles, incluidas las reproducciones de la imagen del mismo, la cual se configura como una de sus utilidades». Igualmente de forma poco convincente, G. BERCOVITZ ÁLVAREZ (cfr. «Otros: cesión de derechos de imagen y bienes de la personalidad. Merchandising», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [Dir.], *Tratado de contratos*, IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 4.616 [Rdn. 855]) ha llegado a afirmar, al hilo de la protección de la «imagen de cosas», y en especial de la protección frente a la explotación no autorizada de la imagen de «perros adiestrados o especiales en la publicidad», que «(q)uizás la única vía de protección en algunos casos será el enriquecimiento injusto, pero es evidente que no parece apropiado que un anunciante utilice la imagen de un perro especial (que es cuidado, mantenido de forma especial por su dueño con ese propósito) por la que otro anunciante sí que ha tenido que pagar. Y por la que habría tenido que pagar más para prolongar su campaña». Cabe insistir, de nuevo, en que, en la configuración técnica –no como expediente de equidad– de la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión, es irrelevante el esfuerzo inversor del titular de la posición, así como los costes que se haya ahorrado el supuesto intromisor.

¹⁴³ Vid., así, LARENZ, K./WOLF, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.^a ed., C. H. Beck, München, 2004, pp. 243-244 (Rdn. 15-20); ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 407-430 y, esp., 437 y ss.; KOZIOL, H., «Gewinnherausgabe bei sorgfaltswidriger Verletzung geschützter Güter», en BEUTHIEN, V./FUCHS, M./ROTH, H./SCHIEMANN, G./WACKE, A. (Hrsg.), *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag*, Carl Haymann, Köln, 2009, p. 246; se intuye la misma idea en OHLY, A., «Volenti non fit iniuria». *Die Einwilligung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 393.

en condiciones de generar –esto es, atribuir o asignar– ventajas en el patrimonio de terceros¹⁴⁴.

3.2 El contenido de atribución de los derechos de la personalidad incorporal

3.2.1 LA PROTECCIÓN DEL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN POR MEDIO DE LA TÉCNICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Del modo en que se ha visto en el apartado anterior, el reconocimiento de una acción de enriquecimiento injustificado por intrusión se halla vinculado al alcance y naturaleza del conjunto de facultades garantizadas a los titulares de determinadas posiciones jurídicas subjetivas, particularmente, de los derechos subjetivos absolutos. Y, en este sentido, no resulta dudoso que la protección jurídica (civil) de la persona frente a la lesión de su honor, de su intimidad o de su propia imagen en Derecho español se configura, desde hace tiempo, bajo la lógica de los derechos subjetivos, y ello, por medio de la técnica de los derechos de la personalidad.

En apretada síntesis, puede afirmarse que la teoría de los derechos de la personalidad –cuyos orígenes históricos, muy a pesar de lo que gusta de pensar a una parte de nuestra doctrina, no se hallan en la transposición privatista de las inquietudes personalistas y publicistas de la teoría de los derechos humanos¹⁴⁵– representa una

¹⁴⁴ Nótese que, con ello, no nos pronunciamos sobre los mecanismos jurídicos de que dispone el titular de un derecho para atribuir (asignar, generar) esa ventaja patrimonial a un tercero. Y, como se comprenderá, serán muy distintos aquellos mecanismos que confieren, p. ej., el derecho de propiedad inmobiliaria o los derechos de patente o de marca, de aquellos que confieren los derechos (fundamentales) de la personalidad incorporal de la LO 1/1982. Y por otro lado, repárese en que *ventaja patrimonial* es un concepto amplio: incluye tanto el incremento patrimonial que experimenta el adquirente por compraventa de una marca o el cesionario de derechos de autor, como el que adquiere el beneficiario del consentimiento o autorización por el cual un enfermo terminal le concede una entrevista para poder ser publicada junto a su imagen en una revista.

¹⁴⁵ Sino en las sucesivas clasificaciones de los derechos sobre los bienes inmateriales de finales del s. XIX en las obras de los juristas alemanes CARL GAREIS (1844-1923), OTTO VON GIERKE (1841-1921) y JOSEF KOHLER (1849-1919); y ello, bajo la pretensión de concebir una categoría idónea para dar respuesta, bajo la estructura de un derecho subjetivo que tiene por objeto un bien de naturaleza inmaterial, a los ya frecuentes casos jurisprudenciales de explotación comercial no autorizada de los rasgos distintivos de la personalidad ajena; y, de esta manera, bajo la pretensión de concebir una institución equilibrada en la tensión entre intereses personales y patrimoniales en un contexto claramente económico y competitivo. Sobre el origen histórico de la categoría de los derechos de la personalidad, *vid.* GAREIS, C., «Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes», *Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts*, 1877, esp., pp. 185-187, 191-199, 199-202; VON GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, pp. 702-717; KOHLER, J., «Zur Konstruktion des Urheberrechts», *Archiv für bürgerliches Recht*, 1895, pp. 246-249; *Das Autorrecht*,

técnica de protección de la persona consistente en el reconocimiento de derechos subjetivos absolutos sobre unos determinados atributos de la personalidad, y cuya función es la de, por un lado, articular un sistema de remedios de reintegración del derecho subjetivo lesionado (pretensiones inhibitorias, de remoción y restitutorias), así como facilitar la tutela resarcitoria del daño ocasionado en aquellos atributos; y, por otro lado, explicar de forma razonable y coherente el ejercicio de la autonomía privada de los titulares de estos derechos y sus límites.

Como resulta fácil comprobar desde la experiencia del Derecho español, la técnica de los derechos de la personalidad ha evolucionado de forma dispar, en función de su proyección en el ámbito de lo que puede denominarse esfera corporal (derechos de la personalidad corporal) o en el de la esfera incorporeal (derechos de la personalidad incorporeal). Para los primeros –los eventuales derechos subjetivos que un ordenamiento jurídico pueda reconocer sobre diversos atributos de la personalidad relacionados con el cuerpo de la persona–, la técnica de los derechos de la personalidad no se ha desarrollado con toda su extensión, e incluso puede resultar discutible –o, simplemente, innecesario– afirmar que la persona tenga reconocido un derecho subjetivo absoluto, en los términos apuntados, sobre el uso o explotación de su cuerpo. Desde luego, no resulta ajeno a esta consideración el hecho de que, respecto a estos eventuales derechos, rigen unas inequívocas restricciones a la posibilidad de que su titular pueda rentabilizar los intereses económicos que puedan subyacer en sus atributos corporales¹⁴⁶.

eine zivilistische Abhandlung, Fischer, Jena, 1880, pp. 73 y ss.; *Das Recht des Markenschutzes*, Stahel, Würzburg, 1884, p. 77; «Das Individualsrecht als Namenrecht», *Archiv für bürgerliches Recht*, 1891, pp. 88 y 91-92; y, en la doctrina historiográfica, LEUZE, D., *Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1962, *passim*, esp., p. 62 y 111 y ss.; SCHEYHING, R., «Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert», *AcP*, núm. 158, 1960, pp. 503-525; KLIPPEL, D., «Die Theorie der Persönlichkeitsrechte bei Karl Gareis (1844-1923)», en LOEWENHEIM, U. / RAISER, T. (Hrsg.), *Festschrift für Fritz Traub zum 65. Geburtstag*, Deutscher Fachverlag, Frankfurt am Main, 1994, *passim*, esp., pp. 214, 225-226.

¹⁴⁶ Esta restricción aparece fijada, en el ámbito europeo, y con claridad, en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (ratificado por el Estado español por instrumento de 23 de julio de 1999), cuyo art. 21 (*Prohibición de lucro*) proclama que «(e)l cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro». En el mismo sentido, el art. 3 de la Carta de Derechos Fundamental de la Unión Europea establece –después de reconocer el derecho de toda persona «a su integridad física y psíquica»– «la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro». Esta prohibición –que no significa, claro está, la negación de la autonomía privada de la persona respecto a sus atributos corporales– aparece, de forma recurrente, en la normativa española relativa a la protección de la integridad física de la persona. Así, en el ámbito de la extracción y trasplante de órganos, se establece una prohibición de remuneración por la cesión de éstos (art. 2 Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos; art. 8.1 RD 2070/1999, de 30 de diciembre, que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos). La misma prohibición rige para la donación de sangre (art. 4.1 RD 1088/2005, de 16 de septiembre, que establece los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión). En cuanto a las técnicas de reproduc-

En cambio, para los derechos de la personalidad incorporal –cuya potencialidad económica está presente desde el mismo inicio de la teoría de los derechos de la personalidad¹⁴⁷ y para los que no rigen prohibiciones de aprovechamiento patrimonial como las citadas–, resulta obvia la necesidad de conferir a la persona las facultades características de la protección de los derechos subjetivos absolutos; especialmente en atención a la naturaleza inmaterial de su objeto, de la que se desprenden las consabidas notas de ubicuidad, simultaneidad y multiplicidad de formas o modalidades de su explotación; y que determina que el titular carezca de vías de exclusión física de terceros¹⁴⁸; de ahí que, por otro lado, sea aconsejable acercar el estudio de los instrumentos de protección del titular de los derechos de la personalidad incorporal a la dogmática y soluciones normativas previstas en el Derecho de los bienes inmateriales o de la propiedad intelectual e industrial¹⁴⁹.

Prueba de esta diferenciación, como se apuntaba, es la experiencia de nuestro ordenamiento: en éste, la protección jurídica de la personalidad incorporal se articula –de forma inequívoca, desde la CE (art. 18.1) y la LO 1/1982– bajo la técnica del derecho subjetivo, y ello, por medio de tres conceptos (honor, intimidad y propia imagen), cuyo arraigo en nuestro ordenamiento jurídico para con-

ción asistida, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida califica la donación de gametos y preembriones como un «*contrato gratuito*» (art. 5.1); esto es, una «*donación*» que «*nunca tendrá carácter lucrativo o comercial*»; a pesar de la posibilidad de que el donante obtenga una «*compensación económica resarcitoria*» para «*compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se pueden derivar de la donación*» (art. 5.3). Finalmente, en el contexto de la investigación biomédica, la Ley 14/2007, de 3 de julio, señala, en la línea de los instrumentos internacionales citados, que «*la donación y la utilización de muestras biológicas humanas será gratuita, cualquiera que sea su origen específico, sin que en ningún caso las compensaciones que se prevén en esta Ley puedan comportar un carácter lucrativo o comercial*» (art. 7.1); añadiéndose, además, que dicha donación implica «*la renuncia por parte de los donantes a cualquier derecho de naturaleza económica o de otro tipo sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo con dichas muestras biológicas*» (art. 7.2).

¹⁴⁷ En relación con los casos jurisprudenciales que están en el origen de la teoría de los derechos de la personalidad, *vid.*, entre otras, en Francia, Tribunal civil de la Seine 16-VI-1858, caso *Rachel, D.*, 1858, III, p. 62: comercialización no autorizada en unos almacenes comerciales de un dibujo a lápiz que representa a una conocida artista de la época; Tribunal comm. Seine 8-VI-1886, caso *Sarah Bernhardt, Ann. prop. ind.*, 1894, pp. 349-353: explotación no autorizada del nombre de la conocida actriz teatral Sarah Bernhardt (1844-1923) para comercializar un perfume; en Italia, Trib. civ. Milano 27-V-1903, caso *Aida di Frati, Giur. it.*, 1903, I, 2, pp. 713-716: comercialización de postales con la imagen de una conocida cantante sin su consentimiento; Trib. civ. Roma 23-XII-1903, caso *pillole Pink, Giur. it.*, 1904, I, 2, pp. 75-78: ilicitud de la explotación de la imagen de un menor para el anuncio de unas pastillas contra el dolor de estómago; en Alemania, RG 21-XII-1921, caso *Rausch, RGZ*, 103, 1921, pp. 319-322: explotación no autorizada de la imagen de un actor para unas postales promocionales de una película del director de origen alemán Ernst Lubitsch (1892-1947).

¹⁴⁸ P. ej., la imagen de una persona que padece un virus puede ser usada o explotada para un anuncio publicitario (cfr. SAP Madrid [14.ª] 18-V-2007, caso *paciente VIH, JUR* 2007/200126); pero, simultáneamente, puede ser usada para ilustrar un tratado médico; o para la campaña benéfica de una fundación; o para el anuncio de una conocida marca de ropa.

¹⁴⁹ *Vid.*, sobre este planteamiento conjunto y sus razones, DREIER, TH., *Kompensation und Prävention*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 57-75.

denotar las manifestaciones incorporales de la personalidad está fuera de toda duda.

Ello no excluye, claro está, la consideración de que la protección jurídica de la personalidad debe completarse por medio de normas o cláusulas principales que permitan extender razonablemente la tutela a situaciones no específicamente comprendidas en el ámbito objetivo del derecho (subjetivo) de la personalidad. Pero tampoco cabe olvidar que discutir si, de dichas normas principales –como, p. ej., la contenida en el art. 10.1 CE– puede extraerse el reconocimiento de un derecho subjetivo de naturaleza privada sobre la personalidad en general carece de especial interés en un ordenamiento como el nuestro, en el que la lesión de un derecho subjetivo no es requisito del supuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual del CC¹⁵⁰; del mismo modo que resulta innecesario configurar cualquier manifestación del desarrollo de la personalidad bajo la lógica del derecho subjetivo¹⁵¹.

No obstante, la idoneidad de los derechos de la personalidad incorporal del ordenamiento español –esto es y como queda dicho, de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen– para conferir a su titular una acción de enriquecimiento injustificado por intromisión presupone, además y con carácter general, poder caracterizar la posición jurídica reconocida al titular como derecho subjetivo absoluto (3.2.2); y, en fin, que dichos derechos posean contenido de atribución (3.2.3).

3.2.2 LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD INCORPORAL COMO DERECHOS SUBJETIVOS ABSOLUTOS

La absolutidad de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen ha sido largamente predicada por la caracteriza-

¹⁵⁰ Cfr., por todos, PANTALEÓN, F., «Comentario al...», cit., pp. 1.972 y 1.994. Como se insistirá, el resarcimiento de los daños causados no es el único remedio contra una lesión a la personalidad; de ahí que, *a priori*, aquellos intereses relacionados con la personalidad que, si bien protegidos por el ordenamiento, no se configuran como derechos subjetivos –esto es, confiriendo al titular una conjunto ordenado de remedios reintegración del derecho lesionado– ostenten una protección –*a priori*, insistimos– menor que aquellos que sí constituyen el objeto de un derecho subjetivo, sin perjuicio de que por otras vías ajenas a la técnica del derecho subjetivo puedan alcanzar soluciones parecidas a las que ofrece éste. *Vid.*, en todo caso, *infra* 6.1.

¹⁵¹ Como afirma, con claridad, CARRASCO PERERA «(...) todas las realizaciones positivas de la personalidad humana (...) quedan amparadas en este principio y valor constitucional [del libre desarrollo de la personalidad ex art. 10.1 CE], sin necesidad de elaborar para ello (...) un derecho civil a mantener relaciones sexuales, a creer en la reencarnación de Buda o a pintar nuestra casa de color verde» (cfr. *Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 79). La misma idea –con menor gracejo– había sido expresada ya por DE CASTRO, F., «Los llamados derechos de la personalidad», *ADC*, 1959, p. 1.256; o ROUBIER, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963, pp. 364-365; y, con anterioridad, por KOHLER, J., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, Carl Heymanns, Berlin, 1906, p. 150.

ción doctrinal clásica de los derechos de la personalidad¹⁵². Sin embargo, esta aproximación ha limitado usualmente el alcance de dicha característica a la aptitud de estos derechos para desplegar eficacia general o *erga omnes*¹⁵³; lo que –aparte de su

¹⁵² Cfr. Díez-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, I, 11.ª ed., Madrid, 2003, p. 329; MONTÉS PENADÉS, V.L., «El significado institucional y técnico de la idea de persona», en LÓPEZ, Á. / MONTÉS, V.L. (Coords.), *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 158; «Derechos de la personalidad y derechos fundamentales», en LÓPEZ, Á. / MONTÉS, V.L. / ROCA, E., *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 181-182; «La categoría derechos de la personalidad y la protección de los derechos fundamentales», en CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / ORTS BERENGUER, E. (Dir.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1.389; LACRUZ BERDEJO, J.L. / DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil*, I-2, *Parte General. Personas*, 5.ª ed., Dykinson, Madrid, 2008, p. 59; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, 18.ª ED., Edisofer, Madrid, 2009, p. 446; HUALDE SÁNCHEZ, J.J., «Los derechos de la personalidad», en PUIG FERRIOL, LL. / GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. / GIL RODRÍGUEZ, J. / HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho Civil*, I, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 333; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Los derechos de la personalidad», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. / DE PABLO CONTRERAS, P. / PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. / PARRA LUCÁN, M.A., *Curso de Derecho Civil I*, Colex, Madrid, 1998, p. 463; O'CALLAGHAN, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, pp. 176-177; GONZÁLEZ POVEDA, P. / MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. / PAZ RUBIO, J.M., «Los derechos de la personalidad», en SANTOS BRIZ, J. (Dir.) / SIERRA DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Tratado de Derecho Civil*, I, Bosch, Barcelona, 2003, p. 373; LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la persona*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, p. 192; CABEZUELO ARENAS, A.L., *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 94-95; ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, p. 47; CASTÁN TOBEÑAS, J., «Los derechos de la personalidad», *RGLJ*, 1952, p. 22; *Derecho Civil Español, Común y Foral*, I-2, 11.ª ed., Reus, Madrid, 1971, p. 337; Díez DÍAZ, J., «¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?», *RGLJ*, 1963, I, p. 878; GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Imagen (Derecho a la propia)», en VV. AA., *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XI, Seix, Barcelona, 1962, pp. 333 y 338; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., «Construcción jurídica de los derechos de la personalidad», en *Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la recepción pública del Excmo. Señor Don José Beltrán de Heredia y Castaño el día 29 de marzo*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976, p. 99; GRIMALT SERVERA, P., *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007, p. 51. En la doctrina portuguesa, MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 103; CAPELO DE SOUSA, R.V.A., *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 401-402. En la alemana, PEIFER, K.-N., *Individualität im Zivilrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 133. En la suiza, BUCHER, A., *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 2.ª ed., Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1992, p. 141. En la italiana, GAZZONI, F., *Manuale di diritto privato*, 10.ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli / Roma, 2003, p. 176.

¹⁵³ Cfr., p. ej., LACRUZ BERDEJO, J.L. / DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de...*, I-2, cit., p. 59; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Los derechos...», cit., p. 463; HUALDE SÁNCHEZ, J.J., «Los derechos de...», cit., p. 333; MONTÉS PENADÉS, V.L., «El significado...», cit., p. 158; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I*, cit., p. 446; GONZÁLEZ POVEDA, P. / MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. / PAZ RUBIO, J.M., «Los derechos...», cit., p. 373; CASTÁN TOBEÑAS, J., «Los derechos...», cit., p. 22; ROGEL VIDE, C., *Bienes de...*, cit., p. 47; O'CALLAGHAN, X., *Libertad de...*, cit., pp. 176-177. En la doctrina portuguesa, CAPELO DE SOUSA, R.V.A., *O direito...*, cit., pp. 401-402. En la suiza, BUCHER, A., *Personnes physiques...*, cit., p. 141. La mayoría de autores citados suelen precisar –de forma claramente innecesaria– que dicha absolutitud no implica que los derechos de la personalidad sean derechos ilimitados.

inanimidad¹⁵⁴— ha implicado olvidar las importantes consecuencias prácticas que se desprenden del reconocimiento a los titulares de una posición jurídica absoluta sobre determinados atributos de su personalidad incorporal¹⁵⁵.

Así, como ha quedado apuntado anteriormente, la esencia del reconocimiento de derechos absolutos reside, por un lado, en la asignación de un bien en exclusiva a su titular, de manera que éste adquiere una posición jurídica que le permite exigir la abstención de los demás no autorizados—por norma jurídica o por el propio titular— para la intromisión en la esfera delimitada por el objeto del derecho¹⁵⁶. En el caso de los derechos de la personalidad incorporal, su reconocimiento como derechos absolutos implica, de este modo, la decisión de asignar en exclusiva unos determinados atributos de la personalidad—en nuestro caso, honor, intimidad e imagen— a su titular, restringiendo la libertad de actuación de los demás en este ámbito. Si bien normalmente aquella atribución de bienes responde a razones esencialmente económicas¹⁵⁷, en el caso de los derechos de la personalidad, la justificación de la mencionada restricción responde a necesidades *esencialmente* de índole moral o personal: se trata de evitar que un tercero no autorizado por el titular o no amparado por un interés legalmente protegido use o explote un rasgo de la personalidad incorporal del titular¹⁵⁸.

¹⁵⁴ La oponibilidad frente a todos de unos derechos cuyo cometido es proteger a su titular frente agresiones externas a los atributos de la personalidad es algo indudable, y que no requiere de su sistematización explícita como rasgo típico del funcionamiento práctico de los derechos de la personalidad incorporal.

¹⁵⁵ *Vid.*, no obstante, con rigor, Díez-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de...*, I, cit., p. 329; MONTÉS PENADÉS, V.L., «La categoría...», cit., pp. 1.389-1.390.

¹⁵⁶ *Vid.*, sobre el concepto de derecho absoluto, LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 1980, p. 200; LARENZ, K. / WOLF, M., *Allgemeiner Teil...*, cit., p. 250 (Rdn. 2); KÖHLER, H., *BGB Allgemeiner Teil*, 34.^a ed., C.H. Beck, München, 2010, p. 232 (§ 17 Rdn. 7); BROX, H. / WALKER, W.-D., *Allgemeiner Teil des BGB*, 34.^a ed., Franz Vahlen, München, 2010, p. 268 (Rdn. 631); BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de derecho industrial*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 494. Con particular rigor, PAZ-ARES, C., «El ilícito...», cit., p. 74, para quien el derecho subjetivo absoluto se caracteriza por «la asignación de un poder de dominio positivo, cuyas características serían la estabilidad, la concesión de un poder de disposición autónomo y la monopolización de su objeto a favor de un individuo».

¹⁵⁷ De ahí que la doctrina clásica redujera el ámbito del derecho subjetivo a aquellas situaciones jurídicas que tienen como finalidad garantizar una ventaja económica al titular, *vid.*, p. ej., CAPITANT, H., «Sur l'abus des droits», *RTDC*, 1928, p. 372.

¹⁵⁸ En la doctrina alemana, PEIFER, K.-N., *Individualität im...*, cit., pp. 147-149, niega que, en el reconocimiento de derechos de la personalidad, se produzca el fenómeno atributivo que nosotros describimos, pues para este autor la función de estos derechos se limita a garantizar el *ser* del titular, pero no el *tener* (cfr. p. 148). Aparte del carácter esencialmente retórico de la argumentación y que, desde nuestros postulados, los derechos de la personalidad cumplen funciones más prosaicas que las que le atribuye este autor, se advierte que el razonamiento de PEIFER trata simplemente de excluir que los derechos de la personalidad concedan a su titular una posición, en cuanto a la disposición del derecho, similar a la de los derechos de propiedad intelectual. Pero ello, como enseguida explicaremos, no depende de la cuestión de si un ordenamiento jurídico asigna o no bienes de la personalidad a su titular, sino de cómo dicho ordenamiento configura normativamente las facultades que integran el contenido del derecho de la personalidad.

Por otro lado, debe recordarse que el reconocimiento de un derecho absoluto implica, asimismo, la asignación a su titular de todos los rendimientos derivados de su ejercicio¹⁵⁹. Y, si bien la finalidad principal de la concesión o reconocimiento de un derecho subjetivo sobre un determinado atributo de la personalidad responde a la necesidad de asignar un bien en exclusiva a su titular para garantizar a éste una posición jurídica esencialmente defensiva, la lógica del derecho subjetivo sigue siendo plenamente aplicable a los derechos de la personalidad¹⁶⁰. De manera que, si los atributos de la personalidad que configuran el objeto de estos derechos absolutos adquieren un valor económico, éste corresponde en exclusiva al titular del derecho; quien, para rentabilizar este valor económico contará con las facultades que integran el contenido del derecho de la personalidad; unas facultades singulares y que, como es sabido, están, en Derecho español, normativamente configuradas de forma restrictiva¹⁶¹.

En este sentido, resulta igualmente oportuno precisar que la adquisición de valor económico por parte de los atributos de la personalidad es un fenómeno ajeno tanto a la técnica de los derechos de la personalidad, como a la eventual configuración normativa de éstos en un concreto ordenamiento jurídico. De acuerdo con Peter Schlechtriem (1933-2007), el establecimiento de un mercado de determinados atributos de la personalidad es un *Faktum*, independiente del reconocimiento legal de un contenido patrimonial de los derechos de la personalidad¹⁶².

¹⁵⁹ Cfr., de nuevo, HECK, Ph., *Grundriß des Schuldrechts*, cit., pp. 421 y 426.

¹⁶⁰ Apuntan esta idea DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de...*, cit., p. 329. Vid., asimismo, CARRASCO PERERA, A., *Derecho Civil*, cit., p. 80, quien, en sede de los derechos de la personalidad, sostiene que «(p)recisamente la construcción de la figura del derecho subjetivo tiene la utilidad de reservar al titular del derecho un conjunto de facultades que éste monopoliza mediante una defensa absoluta frente a terceros y que rentabiliza mediante la exclusiva del poder de disposición sobre este derecho».

¹⁶¹ Especialmente, por la consideración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como derechos intransmisibles (art. 1.3 LO 1/1982) y por su consiguiente disposición restringida por medio del consentimiento o autorización del art. 2.2 LO 1/1982.

¹⁶² Cfr. SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus...», cit., p. 457; apunta, además, este autor que el tratamiento jurídico de esa realidad comercial no puede realizarse simplemente desde una actitud de desaprobación; en un sentido parecido, vid. PEUKERT, A., «Persönlichkeitsbezogene Immaterialgüterrechte?», *ZUM*, 2000, p. 713. Compárese esto último con la opinión, en nuestra doctrina, de FRANQUET SUGRAÑES, M.T., *El contrato de personalidad merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 269, quien considera, de forma apodíctica, que los derechos de la personalidad, «como tales, no producen beneficios económicos y no se pueden comercializar»; o de MACÍAS CASTILLO, A., «El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen», *La Ley*, 2008, II, D-94, p. 1.794, para quien los derechos de la personalidad, «como tales [...] están fuera del comercio de los hombres y no pueden ser objeto de negocio, ni gratuito, ni oneroso»; y, según el cual, «tratándose de menores», «el aprovechamiento económico que pudiera realizarse de aspectos relacionados con el honor y la intimidad no pueden ser objeto de intercambio o cesión de ningún tipo, ya que otra lectura comprometería el libre desarrollo de la personalidad del menor y el derecho a su dignidad como persona».

Lo que sí corresponde al legislador –como se apuntaba– es la determinación de los instrumentos jurídicos por medio de los cuales los titulares de los derechos absolutos de la personalidad incorporal pueden rentabilizar el valor económico que el mercado atribuye sus bienes de la personalidad. Así, la configuración normativa del contenido de los derechos de la personalidad incorporal deberá decidir si, por ejemplo, el titular de dichos derechos puede transmitir posiciones jurídicas absolutas a un tercero para que éste explote eficientemente aquellos bienes o si, por otro lado, tras la muerte del titular originario dichas posiciones se transmiten a los herederos. Pero, de esta manera, manifestaciones genéricas –ya sean legales, doctrinales o jurisprudenciales– por las cuales se afirma que el titular de los derechos de la personalidad incorporal ostenta una facultad de explotación o un monopolio de explotación sobre el contenido patrimonial de su derecho carecen de una especial significación jurídica, más allá de la que, como decimos, se desprende de la propia configuración de la posición jurídica reconocida a los titulares de atributos de la personalidad incorporal como derecho subjetivo absoluto.

3.2.3 LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD INCORPORAL COMO DERECHOS CON CONTENIDO DE ATRIBUCIÓN

El reconocimiento por parte de un ordenamiento jurídico de derechos subjetivos absolutos sobre determinados atributos o rasgos distintivos de la personalidad, de manera que –como acabamos de ver– su titular adquiera una posición exclusiva sobre los rendimientos derivados de su uso o explotación ha llevado a plantearse si, de ello, se desprende inmediatamente el reconocimiento a favor del titular de una pretensión para restituir en su patrimonio el enriquecimiento que obtiene el tercero que usa o explota dichos atributos o rasgos de forma no autorizada.

En nuestra doctrina, Federico de Castro (1903-1983), de forma precursora, sostuvo que «el aprovechamiento injustificado de los bienes de la personalidad origina una obligación al abono del beneficio obtenido¹⁶³». De manera parecida, Díez-Picazo / Gullón afir-

¹⁶³ Cfr. «Los llamados...», cit., p. 1.261. Es curioso que DE CASTRO empleara este argumento para afirmar que la configuración de los bienes de la personalidad como derechos subjetivos llevaría a ignorar tal extremo; algo que, ciertamente, así ha sido, en Derecho español, donde el ejercicio de acciones de enriquecimiento por intromisión en los derechos de la personalidad es inexistente en la práctica. No obstante, conviene precisar que la configuración de tales bienes como derechos subjetivos (absolutos) es un buen indicio, precisamente, de su idoneidad para la aplicación de la *condictio* por intromisión. Posteriormente, el autor afirmó, con usual autoridad, que «*el uso no consentido de la imagen de una persona, en un anuncio, con fines de publicidad, como adorno en objeto venal, dará lugar a (...) (e)l exigir, en su caso, el abono del precio normal de la inserción de la*

man que «(e)l hecho de que se trate [los derechos de la personalidad] de derechos absolutos determina, además, que los beneficios obtenidos de una indebida invasión o lesión de derechos de la personalidad han de ser considerados como enriquecimiento injustificado y se debe al titular de los derechos la restitución de lucros¹⁶⁴». Ya de forma general, Díez-Picazo ha llegado a afirmar que «puede y debe entenderse que toda intromisión indebida o ilegítima en el ejercicio de un derecho de carácter absoluto, y en especial el indebido ejercicio por otro del *ius fruendi*, debe dar lugar a una *condictio* o acción de enriquecimiento¹⁶⁵». Sigue a este autor, Montés Penadés, quien, con referencia a los «derechos de la personalidad», y «por tratarse de derechos absolutos», sostiene que «los beneficios obtenidos de una indebida invasión o lesión de estos derechos han de ser considerados como un enriquecimiento injusto y se debe al titular la restitución de los lucros¹⁶⁶»; lo que considera trasladable en general «a los derechos fundamentales, que generan también un deber general de respeto, y pueden ser calificados como absolutos¹⁶⁷».

En las aproximaciones más detalladas, este razonamiento se ha acompañado usualmente del recurso al ya analizado concepto de contenido de atribución, bajo la impresión de que éste puede –por sí solo o complementado con otros criterios– discernir aquellos casos en los que resulta razonable reconocer la *condictio* por intromisión al titular de un derecho de la personalidad de aquellos otros en los que esta posibilidad se presenta como la consecuencia de un razonamiento exclusivamente dogmático, carente de sentido práctico.

Es recurrente, en este sentido, el ejemplo propuesto por Canaris: la víctima de un delito de violación, en tanto que intromisión ilegítima en el derecho de la personalidad a la integridad física y psíquica, ¿ostenta, aparte de las acciones penales y de las pretensiones resarcitorias por el daño moral, una *condictio* contra el violador por el precio usual en el mercado de servicios sexuales¹⁶⁸? Desde la misma lógica, y acaso con algo más de orientación práctica, podemos preguntarnos si la persona a quien indebidamente se le extrae sangre en un hospital, ¿tiene una pretensión por el enri-

imagen con fines publicitarios o de lucro, como restitución del enriquecimiento ilícito» (cfr. DE CASTRO, F., *Temas de Derecho Civil*, Marisal, Madrid, 1972, p. 21).

¹⁶⁴ Cfr. *Sistema de...*, cit., p. 329.

¹⁶⁵ Cfr. «Art. 125», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 1.695.

¹⁶⁶ Cfr. «La categoría...», cit., p. 1.495.

¹⁶⁷ Cfr. *ibid.*

¹⁶⁸ Cfr. LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 171-172. El mismo ejemplo es utilizado por RIXECKER, R., «Das allgemeine Persönlichkeitsrecht», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, 6.^a ed., C.H. Beck, München, 2012, p. 334 (Rdn. 250) y, entre nosotros, por BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, p. 137.

quecimiento obtenido por éste?¹⁶⁹; y, si a esa misma persona se le extrae un órgano que, posteriormente, es vendido en el mercado negro, ¿tiene esta víctima una pretensión para obtener el precio obtenido por la venta ilegal o el precio del órgano¹⁷⁰?; o, ya en nuestro ámbito de estudio, ¿ostenta la persona que ha sido difamada por un medio de comunicación una *condictio* por el precio por el que hubiese autorizado la intromisión en su derecho al honor¹⁷¹?; o, ¿tiene un ministro cuya imagen ha sido utilizada de forma no autorizada en un anuncio publicitario una pretensión –con independencia de los daños que ello le haya causado– para exigir el precio usual que dicha explotación posee en el mercado publicitario¹⁷²?

Desde esta perspectiva, resulta habitual plantearse si los derechos de la personalidad presentan, con carácter general, contenido de atribución y si éste es determinante del reconocimiento de la pretensión de enriquecimiento injustificado en derecho ajeno. Y, en este sentido, el Derecho alemán ha admitido claramente ambos extremos en relación con los derechos a la imagen y al nombre, es decir, aquellos cuya repercusión patrimonial es más notoria; pero existen dudas en cuanto a otras manifestaciones del derecho general de la personalidad.

A pesar de que algún autor negó, en un primer momento, la existencia de contenido de atribución en los derechos de la personalidad¹⁷³, los tribunales no tuvieron reparos en admitir la *Eingriffskondiktio* sobre la base del contenido de atribución del derecho a la propia imagen, *vid.* BGH 8-V-1956¹⁷⁴; así como

¹⁶⁹ *Vid.* el caso *Moore v. Regents of University of California*, 51 Cal.3d 120 (1990), resuelto por la Corte Suprema de California: una persona, a quien se le había diagnosticado una leucemia, se sometió a una serie de análisis clínicos en el centro médico de la Universidad de California. En una de estas pruebas –consentida por el afectado–, se le extrajeron a éste importantes cantidades de sangre, pero no para una finalidad terapéutica, que es para la que, de hecho, había autorizado el paciente; sino para una actividad relacionada con las tareas de investigación que realiza aquel centro, y que finalmente concluyeron con la obtención por parte del equipo investigador de una valiosa patente sobre una línea celular.

¹⁷⁰ Se plantea este caso KOZIOL, H., «Bereicherungsansprüche bei...», *cit.*, p. 465.

¹⁷¹ Se plantean este supuesto PANTALEÓN, F., «La Constitución, el honor...», *cit.*, pp. 1.689-1.695; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, p. 137.

¹⁷² Éste el supuesto de hecho que se planteó en la decisión del BGH 26-X-2006, caso *Oskar Lafontaine*, JZ, 2007, pp. 475-477.

¹⁷³ *Vid.* MESTMÄCKER, E.J., «Eingriffserwerb und...», *cit.*, p. 525; y, en relación con el derecho general de la personalidad, HUBMANN, H., *Das Persönlichkeitsrecht*, 2.^a ed., Böhlau, Köln, 1967, p. 363.

¹⁷⁴ Caso *Paul Dahlke*, GRUR, 1956, núm. 9, pp. 427-430: un conocido actor de cine acordó con un fotógrafo la realización de una sesión para la obtención de fotografías que pudieran ser explotadas por el propio actor. Con posterioridad, el fotógrafo, sin la autorización del actor, cedió los derechos de explotación de una de las fotografías (en las que se veía al actor sentado en una motocicleta) a una empresa, para que ésta pudiera utilizarla en una importante campaña publicitaria. Esta empresa se aseguró de que el fotógrafo había obtenido previamente el consentimiento del actor para la publicación de su imagen en dicha campaña publicitaria, por lo que exigió a aquél que, en el contrato de cesión de los derechos sobre la fotografía, declarara por escrito que contaba con la autorización del actor; lo que éste hizo, a pesar de no contar, en realidad, con ella. El actor demandó al fotógrafo y a la empresa por intromisión en su derecho a la imagen. El BGH estima la acción resarcitoria contra el fotógrafo, pero desestima la misma acción contra la empresa,

respecto del derecho al nombre, *vid.* BGH 26-VI-1981¹⁷⁵; e incluso a manifestaciones de la personalidad que, si bien es dudosa su configuración como derecho subjetivo, adquieren un valor económico, *vid.* OLG Hamburg 8-V-1989¹⁷⁶. De acuerdo con la posición de los tribunales, la doctrina ha admitido la existencia de dicho contenido de atribución en aquellos derechos de la personalidad en los que se da una posibilidad de comercialización o una posibilidad de obtener una remuneración por la autorización para la intromisión en cuestión¹⁷⁷; y ha subrayado, asimismo, en contra de un argumento empleado anteriormente en la jurisprudencia, la irrelevancia del hecho de que el titular del derecho de la personalidad no hubiese autorizado la intromisión a cambio de precio¹⁷⁸. El contenido de atribución también se predica, con el límite apuntado, respecto del derecho general de la personalidad¹⁷⁹.

ya que ésta no actuó de forma negligente; la empresa responde, no obstante, por la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen sobre la base del enriquecimiento injustificado obtenido.

¹⁷⁵ Caso *Carrera*, *NJW*, 1981, núm. 44, pp. 2.402-2.403: una compañía dedicada a la comercialización de coches de carreras de juguete reprodujo, en las cajas de éstos, la imagen de uno de los coches titularidad de la empresa del demandante, apareciendo el nombre de éste en la imagen del coche, dando a entender su vinculación con los juguetes. El BGH admite la pretensión de enriquecimiento por la lesión de la facultad de comercialización del derecho al nombre. *Vid.* una traducción del caso al inglés en *IIC*, 1983, núm. 2, pp. 288-292.

¹⁷⁶ Caso *Heinz Erhardt*, *GRUR*, 1989, núm. 9, p. 666: imitación de la voz de un conocido actor para un anuncio publicitario para la radio.

¹⁷⁷ Cfr. SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus...», cit., p. 453; *Schuldrecht. Besonderer...*, cit., p. 313 (Rdn. 750); LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 171-172; LIEB, M., «§ 812», cit., p. 1.328 (Rdn. 263); ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 783; WENDEHORST, CH., «§ 812», cit., Rdn. 130; SCHWAB, M., «§ 812», cit., pp. 1.426-1.427 (Rdn. 272); KLASS, N. «Anhang zu § 12», en WESTERMANN, H.P. / GRUNEWALD, B. / MAIER-REIMER, G., *Ermann Bürgerliches Gesetzbuch*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2011, p. 106 (Rdn. 321). Esta posición es seguida por BGH 26-X-2006, que resuelve el caso *Oskar Lafontaine*: si bien el Tribunal Federal Supremo entendió que el anuncio publicitario estaba amparado por la libertad de expresión, arguyó –a mayor abundamiento– que la estimación de la pretensión restitutoria por enriquecimiento injustificado no procedía, pues el ministro, a pesar de poseer un derecho subjetivo sobre su propia imagen, no estaba facultado para consentir válidamente (con finalidad comercial) el uso publicitario de su imagen como ministro federal (*ex art.* 66 GG, que prohíbe el desarrollo de actividades remuneradas al canciller y a los ministros federales). *Vid.* una crítica, desde la doctrina austriaca, KOZIOL, H., «Bereicherungsansprüche bei...», cit., *passim*, esp., pp. 461-468.

¹⁷⁸ El Tribunal Supremo Federal alemán había seguido este razonamiento, p. ej., en BGH 8-V-1956 (*Paul Dahlke*) y BGH 14-II-1958 (caso *jinete aficionado*, *GRUR*, 1958, núm. 8, pp. 408-411). *Vid.*, más detalles y una crítica en GÖTTING, H.-P., *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995, pp. 50-57; CANARIS, C.W., «Gewinnabschöpfung bei...», cit., pp. 85-109; SCHLECHTRIEM, P., «Privacy, Publicity and Restitution of Wrongful Gains: Another New Economy?», *Oxford University Comparative Law Forum* (<http://ouclf.iuscomp.org/articles/schlechtriem.shtml> [ufc: 20-X-2011]), 2001, pp. 1-2. En BGH 26-X-2006 (*Oskar Lafontaine*), el Tribunal modifica su anterior criterio y asume la posición de la doctrina de los autores. *Vid.*, sobre esta cuestión, *infra* 5.2.

¹⁷⁹ Cfr. SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus...», cit., p. 449 y ss.; CANARIS, C.W., «Gewinnabschöpfung bei...», cit., p. 88; MEDICUS, D., *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2007, p. 135. En contra, entre otros, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 783.

Sin ser un tema que haya sido extensamente debatido en nuestra doctrina¹⁸⁰, sí parece que existe cierto consenso en la admisión –con ciertas restricciones– del contenido de atribución de determinados derechos de la personalidad, a los efectos de dar entrada a la figura de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno en esta sede.

Así, Díez-Picazo admite esta posibilidad respecto «de algunos derechos de la personalidad, cuando su reconocimiento tuviera por objeto otorgar exclusiva [sic] determinados provechos o lucros¹⁸¹»; como extensión de esta idea, el propio autor ha explicado que «si la atribución del derecho tiene como finalidad garantizar el aprovechamiento de los lucros por existir algún tipo de mercado (p. ej., derecho a la imagen), la respuesta es afirmativa, pero en cambio, es negativa cuando tales derechos (p. ej., derecho al honor o derecho al buen nombre) no pueden ser objeto de lícito comercio. En tales casos, la intromisión sólo genera una indemnización del daño¹⁸²»; y, más recientemente, ha recordado que «la *condictio* sólo se da en aquellos derechos de la personalidad dirigidos normalmente a su explotación, como pueden ser la utilización de la imagen o algunos elementos de la privacidad con fines comerciales (...)»¹⁸³. Para Pantaleón, el *Zuweisungsgehalt* protege aquellos derechos o posiciones jurídicas cuya explotación tenga un valor de mercado; de manera que lo admite sin problemas en relación con el derecho a la propia imagen; negándolo para el derecho al honor y sin pronunciarse explícitamente respecto al derecho a la intimidad¹⁸⁴. Pero, probablemente, son Igartua y Basozábal quienes han dedicado mayor atención a la cuestión del contenido de atribución de los derechos de la personalidad en nuestra doctrina, si bien desde posturas opuestas. Para el primero, los derechos de la personalidad carecen de contenido de atribución (*rectius*, de *destinación*), pues «sólo tienen contenido negativo o de protección», ya que su función es simplemente la de conceder facultades defensivas; sin embargo, el «derecho patrimonial sobre los bienes de la personalidad» sí posee, según Igartua, contenido de atribución, lo que concede a sus titulares la acción de enriquecimiento injustificado¹⁸⁵.

¹⁸⁰ En la doctrina portuguesa, MENEZES LEITÃO, L., *Direito das...*, cit., p. 409, admite la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno en el ámbito de los derechos de la personalidad.

¹⁸¹ Cfr. *Fundamentos del...*, I, cit., p. 126.

¹⁸² Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., «*Commodum ex...*», cit., p. 1.610.

¹⁸³ Cfr. *Fundamentos del...*, V, cit., p. 49. En idéntico sentido, «Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 252.

¹⁸⁴ Cfr. «La Constitución, el honor...», cit., p. 1.694 (nota 24). Le sigue, en este punto, DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 54. En un sentido similar, parece situarse también CAPILLA RONCERO, F., «Cuasicontratos y...», cit., p. 294.

¹⁸⁵ Cfr. IGARTUA ARREGUI, F., *Los derechos...*, cit., pp. 26-29; insiste este autor en que la negación del contenido de destinación de los derechos de la personalidad se desprende de la configuración de estos derechos como derechos subjetivos con contenido de protección (p. 29), con lo que las acciones propias de protección son «la *de cesación* y la *de omisión*» (p. 28). Algo que es incorrecto: la pretensión de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno cumple la función de reintegración de un derecho lesionado o usurpado (cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 88-93;

En una línea parecida, podrían situarse Martín Casals/Ruda González, quienes, en una posición no exenta de ambigüedad y de falta de desarrollo, sostienen que el contenido de atribución solo existiría, en rigor, en relación con los derechos reales¹⁸⁶.

Por su parte, Basozábal parece seguir una aproximación más acertada¹⁸⁷. Sin entrar en cuestiones como la naturaleza jurídica, disponibilidad o transmisibilidad de los derechos de la personalidad, este autor parte de que «*la comercialización de los bienes de la personalidad es hoy un dato (...) que vincula desde un punto de vista fáctico al ordenamiento jurídico*»; de manera que «*no puede considerarse social ni jurídicamente ilícito que una persona disponga de los bienes de su personalidad*¹⁸⁸». Por consiguiente, «*los bienes de la personalidad se convierten en objetos sobre los que sus respectivos titulares tienen reservadas plenas facultades excluyentes de explotación y cuya usurpación por terceros queda protegida por la Eingriffskondiktion*¹⁸⁹». No obstante, y en aplicación de los límites que, según Basozábal, determinan la concesión de esta *condictio* en general¹⁹⁰, la protección de los derechos de la personalidad está delimitada, «*de una parte, por la idea de libertad de actuación, y de otra, por la inexistencia de mercados lícitos para determinados bienes, a las que habrá que añadir las propias limitaciones económicas del mercado*¹⁹¹». Así, por la primera, el autor excluye de dicha *condictio* la publicación de datos privados amparados por las libertades de información y de expresión¹⁹²; por la segunda, excluye al derecho al honor, pues «*no resultaría muy coherente que el ordenamiento jurídico hiciera restituir el precio*

LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 170), de manera que se erige en un instrumento de protección de derechos subjetivos absolutos (cfr. PANTALEÓN, F., «La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en Derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en el Derecho español», en VV.AA., *Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 37, 2001, pp. 30-31). Por otro lado, la necesidad de la existencia de un derecho patrimonial sobre los bienes de la personalidad para fundar dicha acción de enriquecimiento –lo que también es más que discutible– es evidente en la obra de IGARTUA, cfr. *La apropiación comercial de la imagen y nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1991, cit., p. 18: «(e)l right of publicity *soluciona varios problemas de orden teórico y práctico, como el dar un verdadero fundamento a la pretensión de recuperación del enriquecimiento injusto para utilización de la imagen (...)*». Como explicaremos (*infra* IV), la posibilidad de distinguir, en nuestro ordenamiento, entre, por un lado, los derechos (fundamentales) de la personalidad de la LO 1/1982 y, por otro, el llamado derecho patrimonial de imagen solo es relevante, en cuanto a la acción de enriquecimiento, en relación con la ubicación del fundamento normativo de esta acción en la LO 1/1982 o fuera de ella.

¹⁸⁶ Cfr. «El mal samarità...», cit., p. 538. La afirmación –que se apoya en nota 181, en una cita que no se corresponde con la opinión mantenida posteriormente por el autor citado (cfr. *supra* nuestras notas 181 a 183)– se sitúa en el marco de una crítica al concepto de contenido de atribución del Derecho alemán dirigida, en esencia, a tratar de demostrar –por medio de argumentos heterogéneos de dudoso alcance y mérito– los límites del Derecho del enriquecimiento para conferir pretensiones de restitución de las ganancias indebidamente obtenidas por el intromisor en un derecho o posición jurídica ajenos.

¹⁸⁷ Vid. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 169-178.

¹⁸⁸ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 170.

¹⁸⁹ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 171.

¹⁹⁰ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 131-141.

¹⁹¹ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 172.

¹⁹² Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 176.

de un bien que carece de mercado lícito» y «porque el ordenamiento jurídico no permite concebir la reintegración económica de un bien indisponible¹⁹³». Por la tercera idea (limitaciones económicas del mercado), excluye o limita la restitución en aquellas intromisiones ilegítimas en facetas de la personalidad que carecen de valor de mercado o que «prácticamente tienen un “valor simbólico”», poniendo como ejemplo la imagen de «los desconocidos» (por oposición a «los modelos publicitarios, actores o famosos en general»)¹⁹⁴.

De estas consideraciones, parece desprenderse la conclusión de que, al menos en el ámbito de los derechos de la personalidad, los conceptos «derechos con contenido de atribución» y «ámbito de protección de la *condictio* por intromisión» no son necesariamente coincidentes¹⁹⁵. Y, sobre esta diferenciación, puede afirmarse, por lo pronto, que los tres derechos (fundamentales) de la personalidad incorporal (honor, intimidad y propia imagen) del artículo 18.1 CE y de la LO 1/1982 son idóneos para poseer contenido de atribución, por cuanto dichas normas reconocen y garantizan a sus respectivos titulares una posición jurídica absoluta sobre el ejercicio del derecho y sobre los rendimientos o provechos derivados de su ejercicio. Como hemos visto, en la medida en que el mercado asigne un valor económico al uso o explotación de los atributos incorporales o rasgos distintivos de la personalidad, dicho valor pertenece en exclusiva al titular del derecho en cuyo objeto queda comprendida la facultad exclusiva de autorizar o prohibir dicho uso o explotación; y ello, con independencia del alcance y naturaleza de las facultades que el ordenamiento reconozca a este titular para explotar y rentabilizar su valor económico.

Ahora bien, por otro lado, no todas las posiciones jurídico-subjetivas dotadas de contenido de atribución confieren a su titular una acción de enriquecimiento injustificado. Para ello, resulta necesario, de acuerdo con las opiniones reproducidas, contar con un criterio complementario que permita explicar –con algo de seguridad– por qué en determinados casos no resulta razonable concebir o admitir la acción de enriquecimiento injustificado al titular del derecho de la personalidad infringido.

No nos parece, no obstante, que el criterio consistente en acudir a las libertades de información y de expresión sea de utilidad para concretar inequívocamente el ámbito protegido por las acciones de enriquecimiento por intromisión en los derechos de la personalidad

¹⁹³ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 172.

¹⁹⁴ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 177.

¹⁹⁵ En este sentido, en general, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 438.

incorporal¹⁹⁶. Si tomamos el ejemplo propuesto por Canaris¹⁹⁷ y Basozábal¹⁹⁸ –relativo a la publicación comercial de datos de la vida privada de una persona amparada por las libertades de información o de expresión–, habrá que convenir que, en efecto, el ordenamiento no atribuye al titular del derecho un monopolio sobre dicha explotación y, por tanto, dicho uso no consentido no está protegido por la *condictio*. Pero, en realidad, la solución al caso resulta algo más sencilla: como ha quedado apuntado (*supra* 3.1), el nacimiento de la pretensión restitutoria está condicionado a que la conducta del intromisor pueda ser considerada como antijurídica o, mejor dicho, que pueda ser encuadrada como una intromisión ilegítima en la esfera de poder garantizada en exclusiva al titular del derecho. Con ello, no estamos orientando el concepto de contenido de atribución al de anti-juricidad, ni mucho menos a la eventual protección por las normas de responsabilidad civil extracontractual¹⁹⁹; sino, simplemente, constatamos que la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión es, en relación con los derechos subjetivos absolutos, un instrumento o remedio de su protección y, más en particular, de reintegración de su lesión; por lo que, en aquellos casos en los que la conducta no es antijurídica, es decir, no es contraria al ámbito de poder garantizado en exclusiva al titular, no se ha producido ninguna alteración de la asignación normativa de bienes predispuesta por el ordenamiento y, por ello, no hay nada que reintegrar en el patrimonio del titular. Así, p. ej., un político no dispone, sobre la base de su derecho a la intimidad, de un monopolio de explotación o posición jurídica exclusiva sobre los datos de su trayectoria profesional, de manera que el ordenamiento le confiera la facultad de autorizar o prohibir la publicación de una biografía. Pero este mismo político quizá pueda ser titular, sobre la base del mismo derecho a la intimidad, de una facultad de autorizar o prohibir la publicación de un libro que dé cuenta sobre los secretos de una enfermedad²⁰⁰. Esta disparidad, no obstante, no debe llevar a negar que el derecho a la intimidad posea, en general, contenido de atribución; ni que su titular pueda tener reconocida a su favor una pretensión de enriquecimiento²⁰¹.

¹⁹⁶ *Vid.*, en un sentido parecido, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, V, cit., p. 51.

¹⁹⁷ *Vid.* LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 174.

¹⁹⁸ *Vid.* BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 131 y 176.

¹⁹⁹ Como ha pretendido cierta doctrina alemana, cfr. LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 170 y 174.

²⁰⁰ *Vid.*, p. ej., el caso visto por –entre otras– Cass. civ. 14-XII-1999, caso *François Mitterrand II*, *JCP*, 2000, núm. 5, pp. 201-203: publicación, después de la muerte del Presidente de la República, de un libro titulado *Le grand secret*, en el que su autor –médico personal del Presidente– explica cómo se consiguió mantener el secreto sobre la enfermedad de cáncer que padecía éste. Evidentemente, determinar si una publicación como ésta queda amparada por el interés público informativo es una cuestión que no puede formularse apriorísticamente.

²⁰¹ Este planteamiento es asumido, también, por los dos autores citados. Para CANARIS, el hecho de que, en los supuestos analizados, no exista protección bajo las normas del Derecho de daños determina su exclusión, asimismo, del ámbito de la *condictio* (cfr. LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 170 y 174). Para BASOZÁBAL, quien critica con rigor las tesis del primero (*Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 76-77, esp., desde su idoneidad para el Derecho español), entiende –como hemos apuntado– que sin la ilicitud de la intromisión, es difícilmente concebible una acción de restitución «*de aquello que se hubiese tenido que pagar para acceder a la misma conforme a derecho*» (cfr. p. 177).

Por otro lado, tampoco parece que el recurso al criterio de la (in)existencia de mercado lícito sea de especial ayuda para el ámbito que nos ocupa, especialmente, cuando ello se hace —como Basozábal— simplemente para excluir al derecho al honor del ámbito de la *condictio*; pues esta conclusión puede alcanzarse sin necesidad de endilgar al derecho al honor la etiqueta de *bien indisponible*, y ello, porque, como ahora se recordará, no resulta acertado excluir la disponibilidad de este derecho (en el sentido de negar la facultad del titular de consentir o autorizar conductas que, de otro modo, serían consideradas como una intromisión en el derecho al honor).

Y, en fin, el criterio que lleva a excluir, con carácter general, la *condictio* por intromisión en aquellos casos en los que el valor de mercado del uso es *simbólico* o (aparentemente) inexistente resulta igualmente estéril. Ciertamente, es éste un criterio usual en el tratamiento doctrinal de la *Eingriffskondiktion* en Alemania²⁰²; que suele recurrir al caso del AG Hamburg 4-XI-1990²⁰³: demanda de un *ciudadano normal* contra una revista que había publicado su imagen, captada en la calle poniéndose un abrigo, en el marco de un reportaje sobre un teatro. El tribunal municipal, a pesar de estimar la acción de cesación tras considerar que la publicación de la fotografía litigiosa constituía una clara intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, desestima la acción de enriquecimiento, al entender que (i) el demandado no ahorró ningún coste con la publicación de la imagen del demandante; y (ii) en el caso de que el efigiado hubiese autorizado el uso de su imagen, no hubiese obtenido una remuneración. Pero, dejando de lado el hecho de que en casos como el citado lo discutible será si realmente existe una conducta infractora del derecho a la propia imagen por la probable presencia de un límite (imagen accesoria), conviene apresurarse a advertir que el mayor o menor (o escaso o inexistente) valor de mercado no se proyecta sobre la idoneidad de un derecho para conferir a su titular una acción de enriquecimiento; sino, en todo caso, sobre el alcance u objeto de la pretensión restitutoria. Por lo demás, el mercado permite, con cierta facilidad, asignar un valor económico al uso no autorizado de rasgos distintivos de personas que no son *modelos* (profesionales), *actores* ni *famosos*; cfr., p. ej., LG Hamburg 28-V-2010²⁰⁴: estimación de la *condictio* por intromisión por la publicación no autorizada en una revista regional de una fotografía de la boda de los demandantes; el precio de la autorización hipotética como valor de la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor se fija en 2.500 € para cada uno de los cónyuges efigiados.

En este sentido, parece que, en el caso de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y admitido su contenido de atribución, el criterio decisivo para definir los límites de la acción de enriquecimiento reside en la existencia de un *mercado usual* y *razonable* en el que acudir como medio de determinación y valora-

²⁰² Vid. SCHWAB, M., «§ 812», cit., p. 1.427 (Rdn. 273).

²⁰³ Caso *Normalbürger*, *GRUR*, 1991, núm. 12, p. 910.

²⁰⁴ Caso *boda regional*, *GRUR-Prax*, 2010, p. 298.

ción de la eventual ventaja patrimonial que adquiere el intromisor no autorizado; y ello, a fin de que, de este modo, la *condictio* por intromisión en derecho ajeno pueda desempeñar su función de reintegración del derecho lesionado. De esta manera, de conformidad con la conclusión alcanzada por la doctrina mayoritaria, dicha pretensión restitutoria se erige en un instrumento útil y eficaz de protección de los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen, pero no para el derecho fundamental al honor.

Veamos, a modo de síntesis, una serie de ejemplos que nos ayuden a precisar lo dicho en este apartado.

Caso 1 (STC 186/2001, caso *Isabel Preysler*²⁰⁵): publicación por parte de una revista de la entrevista con la que fue niñera de la hija de un conocido personaje de la prensa del corazón, y en la que da cuenta de datos pertenecientes a la vida privada y familiar de este personaje sin su autorización.

Caso 2 (CA Paris 22-X-1987, caso *Isabelle Adjani*²⁰⁶): la revista *Votre avenir Madame*, dedicada al horóscopo, publicó una entrevista falsa con una actriz francesa sin el consentimiento de ésta.

Caso 3 (STS 24-XII-2003, caso *ruta del bakalao*²⁰⁷): el suplemento *7 Días* del diario *El Mundo* publicó, en el marco de un reportaje sobre la presencia de las drogas en las formas de entretenimiento nocturno de determinados grupos de jóvenes, la imagen de un joven delante de la entrada de una discoteca. La foto, cuya publicación en el reportaje no fue consentida por el joven efigiado, había sido previamente publicada, con el consentimiento de éste, para un reportaje sobre los locales nocturnos de una concreta población.

Caso 4 [SAP Madrid (Secc. 14.ª) 7-XII-2005, caso *petardas*²⁰⁸]: un matrimonio consintió en que *El País Semanal* publicara una fotografía suya realizada en su hogar para ilustrar un reportaje sobre la colaboración del hombre en las tareas domésticas. El demandado digitalizó la fotografía en cuestión y la incorporó en un portal de Internet de contenido pornográfico, propiedad de una sociedad de aquél. La publicación digital de la fotografía –sin consentimiento de la pareja– se acompañó de unos comentarios burlescos sobre los efigiados, y ello en el marco de unas afirmaciones groseras sobre las aficiones sexuales de las amas de casa.

Caso 5 (STS 13-VII-2006, caso *niña con deficiencias auditivas*²⁰⁹): *La Opinión de Murcia* publicó un reportaje con el título *Discapacitados*, acompañándose de una fotografía en la que se veía la imagen de la hija menor de los demandantes en un centro escolar. El periódico en cuestión había obtenido la fotografía de

²⁰⁵ RTC 2001/186.

²⁰⁶ *D.*, 1988, I, p. 198.

²⁰⁷ RJ 2004/138.

²⁰⁸ JUR 2006/8577.

²⁰⁹ RJ 2006/4969. Resolución confirmada por STC 158/2009, RTC 2009/158.

una asociación de padres con niños con problemas auditivos, sin pedir autorización a los padres de la niña.

Caso 6 (SJPI Barcelona núm. 43 7-II-2003, caso *falsa orgía de los jugadores del Barça*²¹⁰): publicación en una cadena de televisión y en una página web de la noticia, cuya veracidad no se consiguió probar, de que determinados jugadores de un equipo fútbol habían celebrado una orgía sexual en un hotel de Madrid, la noche antes de disputar un partido oficial.

Caso 7 (SJPI Madrid núm. 44 13-IX-2007, caso *Ramoncín*²¹¹): publicación en una página web de diversas expresiones injuriosas y amenazadoras con respecto a un conocido personaje público.

En cada uno de los siete casos reseñados, se produce, como mínimo, una intromisión en uno de los –en la lógica de nuestro ordenamiento– derechos fundamentales de la personalidad del artículo 18.1 CE²¹². Nos gusta pensar, desde el Derecho español, que la respuesta jurídica a estos casos, una vez determinado el carácter ilegítimo de la intromisión, encuentra un fácil acomodo en el Derecho de daños: los titulares de los derechos infringidos disponen de una acción para reparar los daños causados²¹³. Sin embargo, como va reiteradamente dicho en este trabajo, el reconocimiento de derechos subjetivos absolutos sobre el honor, la intimidad y la propia imagen confiere a sus titulares, como se desprende de la propia LO 1/1982, un conjunto de pretensiones (inhibitorias y de remoción) que van más allá del resarcimiento de los daños ocasionados. Pero es que, además, conviene no perder tampoco de vista que las distintas intromisiones no autorizadas descritas suponen una injerencia en el contenido de atribución reconocido a los titulares de derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen; en todos los casos [a excepción, probablemente, del caso 6 (*jugadores del Barça*)] el ordenamiento jurídico había asignado la explotación del atributo de la personalidad en cuestión a los titulares en exclusiva. Teniendo en cuenta, asimismo, que, en los siete casos descritos, es claro que los intromisores obtuvieron una ventaja patrimonial con dichas explotaciones indebidas, surge la necesidad de preguntarse si los titulares afectados ostentaban, con independencia de las pretensiones inhibitorias, de remoción e indemnizatorias, una pretensión de restitución del enriquecimiento obtenido. Y, desde los criterios manejados en este apartado para determinar el contenido de atribución de un derecho subjetivo y la

²¹⁰ AC 2003/226.

²¹¹ *La Ley*, 19-X-2007.

²¹² Caso 1 (*Preysler*): derecho a la intimidad personal y familiar; caso 3 (*ruta del bacalao*): derecho a la propia imagen y derecho al honor; caso 4 (*petardas*): derecho a la propia imagen y derecho al honor; caso 5 (*niña con deficiencias auditivas*): derecho a la propia imagen; caso 6 (*jugadores del Barça*): derecho al honor; caso 7 (*Ramoncín*): derecho al honor. Más problemas presenta la calificación de la ilicitud en el caso 2 (*Adjani*), si bien puede entenderse que, en el caso, la entrevista falsa supone una lesión del derecho a la intimidad y, posiblemente, al derecho al honor y, además, en la medida que la imagen de la conocida actriz fue también publicada junto a la entrevista, al derecho a la propia imagen.

²¹³ *Vid.*, no obstante, sobre la confusión entre remedios de reintegración del derecho subjetivo lesionado y remedios de reparación del daño, *supra* 6.1.

relevancia de éste en el ámbito de protección de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno, no parece que haya problemas en admitir esta acción en los cinco primeros casos. En éstos, existe un mercado usual y razonable en el que acudir como instrumento de determinación del enriquecimiento obtenido por los intromisores. En los casos 1 (*Preysler*) y 2 (*Adjani*), la usual concesión de entrevistas por personajes de notoriedad pública en las que dan cuenta de detalles sobre su vida privada permite obtener un precio habitual de este tipo de autorizaciones, que, en función de las circunstancias concretas de la publicación ilícita, sirva para medir el enriquecimiento obtenido por los infractores²¹⁴. En los casos 3 (*ruta del bacalao*) y 5 (*niña con deficiencias auditivas*), el uso de la imagen de los afectados se corresponde con una práctica corriente en los medios de comunicación por la cual ilustran reportajes con fotografías, sin necesidad de que éstas guarden relación directa con la información contenida. Para ello, dichos medios obtienen las imágenes de archivos o de agencias; por lo que, de nuevo, existe un mercado en el que determinar el enriquecimiento de los medios que explotaron la imagen ajena sin autorización. En el caso 4 (*petardas*), parece más difícil determinar el precio de mercado de la explotación indebida; no obstante ello, nos parece que el supuesto presenta un contenido de atribución relevante a los efectos de la *condictio*: los cónyuges habían autorizado –sobre la base del monopolio que concede su derecho a la propia imagen– para la reproducción de la imagen de una escena familiar; mediante dicha autorización, *El País Semanal* obtuvo la misma ventaja patrimonial que obtuvieron *El Mundo* y *La Opinión de Murcia* (coste de ilustrar un reportaje), pero con la diferencia de que aquél lo hizo justificadamente (mediante la obtención del consentimiento previo). Posteriormente, la sociedad titular de un portal de Internet obtuvo, mediante la reproducción de la misma fotografía, una ventaja patrimonial (coste de rellenar los contenidos de un portal pornográfico) sin autorización; siendo razonable que la sociedad titular de dicho portal restituya el precio del uso de esa imagen; y ello, con independencia que el precio de la eventual autorización en este caso no sea muy elevado. En los casos 6 (*jugadores del Barça*) y 7 (*Ramón*), la solución debe ser forzosamente distinta. En estos casos, no es razonable acudir a un eventual mercado de autorizaciones por las que los titulares del derecho al honor consienten difamaciones a cambio de un precio; además, dicho mercado difícilmente existe o, como mínimo, no es usual. Pero piénsese que el criterio de exclusión del derecho al honor de la *condictio* por intromisión no puede ser, como se ha pretendido, la falta de disponibilidad que presenta el derecho al honor, respecto a los derechos a la intimidad o a la propia imagen²¹⁵. Aparte del artículo 2.2 LO 1/1982 y del hecho de que la Sala 1.ª del TS ha admitido la validez de acuerdos que tienen por objeto el consentimiento o autorización para la intromisión en

²¹⁴ Admite la *condictio* por intromisión en derecho ajeno en el caso *Preysler*, MIERES MIERES, L.J., «Nimiedades privadas: ¿Tutela de un derecho o reparación de un daño? (Un comentario al caso «Isabel Preysler»», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2001, núm. 15, pp. 1.758-1.761.

²¹⁵ *Vid.*, no obstante, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, V, cit., p. 51.

el derecho al honor²¹⁶, repárese en el siguiente ejemplo al hilo del caso 7 (*Ramoncín*): el personaje afectado por las repetidas manifestaciones difamatorias publicadas en la página web se dirige, con anterioridad a la interposición de la demanda, al titular de aquélla. Éste le informa de los importantes ingresos que supone la inclusión, en dicha página, de un foro específico sobre dicho personaje y le propone un acuerdo transaccional (*ex arts. 1.809 y ss. CC*), por el cual el personaje no interpone la demanda a cambio de un precio. Pero, además, le ofrece la posibilidad de acordar que la página web seguirá en funcionamiento durante un determinado período de tiempo con un foro especial para criticar o defender a este personaje, y por el cual éste recibirá una remuneración proporcional al número de visitas en el foro. No parece que los tribunales deban, en casos como éste o parecidos, declarar la nulidad de dicho acuerdo y dejar sin eficacia alguna aquel pacto; y, en cualquier caso, la solución a esta cuestión depende –como en cualquier otro acuerdo de naturaleza contractual– de los límites a la autonomía privada (*ex art. 1.255 CC*), pero no de una pretendida norma por la cual el derecho al honor sea indisponible y, el consentimiento prestado por su titular en beneficio de un tercero, inválido e ineficaz en todo caso.

3.3 CONCLUSIÓN INTERMEDIA

El fundamento dogmático de la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno –esto es, el criterio de su ordenación teórica en nuestro sistema de Derecho privado que sirve al propósito de delimitar su ámbito objetivo de aplicación– reside en el contenido de atribución de determinados derechos y posiciones jurídicas subjetivos. Este concepto permite explicar, en esencia, el fenómeno por el cual el ordenamiento –especialmente, cuando asigna derechos subjetivos absolutos– atribuye en exclusiva al titular todos los rendimientos derivados del ejercicio de su derecho y por qué la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor ilegítimo en la esfera de poder garantizada en exclusiva al titular debe ser restituida a éste. De este modo, no son relevantes para determinar la existencia de la acción el esfuerzo inversor realizado por el titular de la posición jurídica infringida, en la medida en que dichas inversiones no se concreten en el reconocimiento o concesión de un derecho de exclusiva o de una posición jurídico-subjetiva de contenido jurídico y económico análogo; ni tampoco el ahorro de costes que haya experimentado el intromisor. Y sobre lo anterior, cabe concluir, en primer lugar, que los derechos al honor, a la intimidad y a

²¹⁶ Cfr. STS 7-III-1990, caso *cadáver descuartizado*, RJ 1990/1677; STS 1-VII-1992, caso *pacto entre cuñados*, RJ 1992/6499; STS 19-VII-2000, caso *qué verde*, RJ 2000/6753; STS 19-I-2010, caso *entrevista incapaz*, *Crónicas Marcianas*, RJ 2010/157.

la propia imagen poseen contenido de atribución en la medida en que se produce, para los tres derechos, el fenómeno atributivo indicado. Ahora bien, en segundo lugar, debe subrayarse que «derechos con contenido de atribución» y «ámbito de protección de la *condictio* por intromisión» no son términos coincidentes; en el caso de los derechos de la personalidad, la admisión de esta acción tiene un presupuesto complementario, de orden lógico-formal o práctico: la existencia de un mercado usual y razonable en el que acudir como medio de determinación y valoración de la eventual ventaja patrimonial que adquiere el intromisor no autorizado. En consecuencia, la acción de enriquecimiento solo resulta de aplicación para los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

IV. FUNDAMENTO NORMATIVO

Con la consabida excepción del artículo 32.1.6.^a LCD, el fundamento normativo de la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno resulta poco claro en el Derecho positivo español²¹⁷. Los autorizados y bien fundados intentos por encontrar dicho fundamento en las normas del CC relativas a la liquidación del estado posesorio (muy especialmente, el art. 455 CC)²¹⁸ no parecen haber sido asumidos por la práctica; por lo que, hoy por hoy, resulta difícil pensar en la formulación de demandas en las que se ejercite, a modo de *condictio* por intromisión, una pretensión de restitución del valor de goce de un derecho (sobre un bien material o inmaterial) con fundamento en el 455 CC; ni tampoco que los tribunales funden su estimación en esta norma²¹⁹.

²¹⁷ Tampoco puede erigirse en fundamento normativo convincente, la acción general de enriquecimiento sin causa construida por la jurisprudencia española; pues, como se ha visto (*supra* 2), aquélla carece de unos fundamentos dogmáticos sólidos; y, en todo caso, los requisitos institucionales de esta acción son totalmente incapaces de adaptarse con alguna significación –más allá de la mera equidad– al desarrollo práctico de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno, *vid.*, así, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 333-336. *Vid.*, sin embargo, los esfuerzos –más bien formales– que realiza la STS 9-II-2012 (*expropiación Renfe*) para adaptar la *condictio* por disposición eficaz de derecho ajeno (como modalidad de *condictio* por intromisión) a los requisitos tradicionales exigidos por la jurisprudencia de la Sala 1.^a en relación con la acción general de enriquecimiento e, incluso, en particular, para mantener el pretendido requisito de la subsidiariedad de la acción.

²¹⁸ Cfr., de nuevo, DÍEZ-PICAZO, L., «La doctrina...», cit., pp. 121 y ss.; *Fundamentos del...*, I, cit., pp. 126-127; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Enriquecimiento injustificado», cit., p. 2.807; y, esp., BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 221 y ss.

²¹⁹ Cabe reiterar que la formulación y resolución de pretensiones de enriquecimiento meramente fundadas en la doctrina jurisprudencial de la acción general de enriquecimiento sin causa carece de unas bases normativas y dogmáticas sólidas, lo que impide conocer, con la suficiente seguridad jurídica, el sentido y alcance práctico de dichas pretensiones en Derecho español y, en definitiva, su predictibilidad o previsibilidad.

Sin embargo, acaso habría que insistir en esta posibilidad y tratar de convencer tanto a los representantes de los operadores económicos como, sobre todo, a los tribunales de la utilidad de que el artículo 455 CC (en conexión con el art. 451 CC) se erija en el fundamento normativo de una acción independiente de restitución del valor de disfrute de un bien ilegítimamente explotado por una persona distinta del titular²²⁰. Un paso en esta línea, puede encontrarse en la SAP Barcelona 26-XI-2004 (*ordenadores*): después de que la sociedad arrendadora (*IBM*) resolviera un contrato de arrendamiento de bienes muebles (equipos informáticos) por incumplimiento de la sociedad arrendataria de la obligación de pago del precio, dicho arrendador ejercitó eficazmente una pretensión de restitución de una parte de los ordenadores; pero olvidando otra parte de los ordenadores, que quedaron en poder del exarrendatario, quien los siguió usando sin autorización. Al cabo de un tiempo, *IBM*, advertida de esta situación, ejercitó contra su exarrendatario no solo una acción reivindicatoria para recuperar la posesión de sus ordenadores, sino también una acción para exigir a aquél el valor de uso y disfrute de los ordenadores por el período de tiempo en el que, ya resuelto el contrato de arrendamiento, el exarrendatario siguió explotando los ordenadores. La AP, revocando parcialmente la decisión del JPI —que había estimado solo la acción reivindicatoria— admite, asimismo, la acción restitutoria; configurándola, «bien como *debita contraprestación* (si se considera que el contrato se mantuvo vigente respecto de esos equipos no retirados) bien como *indemnización por el indebido disfrute de bienes ajenos, a modo de condictio por intromisión* (si se considera que el contrato, en su globalidad, quedó resuelto en marzo de 1995)» (FJ 6). A pesar del empleo del término *indemnización* para caracterizar las cantidades adeudadas por el exarrendatario por el uso indebido de los ordenadores y a pesar de que la referencia a la *condictio* por intromisión no se conecta con un fundamento normativo claro, como, p. ej., el apuntado artículo 455 CC²²¹, la resolución de la AP parece encaminarse positivamente, como decimos, hacia un reconocimiento autónomo de la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno.

Adviértase, en todo caso, que la admisión de una *condictio* por intromisión no excluye que ésta concorra con otras pretensiones y, en particular, que el valor de uso del derecho infringido pueda ser encuadrado, en determinadas circunstancias, como daño resarcible por medio de la acción indemnizatoria contractual²²² o extracontractual. Aparte de lo que se dirá *infra* 6.2 en relación con la teoría

²²⁰ El desarrollo de esta idea corresponde, como se ha apuntado, a BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 262-267.

²²¹ Repárese en que la AP tampoco sitúa el fundamento normativo de la pretensión que estima en el artículo 1.902 CC; ni tampoco, por supuesto, en el artículo 1.101 CC.

²²² *Vid.*, p. ej., así, la STS 4-VII-2011 (*locales autobuses*) que estima la pretensión indemnizatoria por el valor de uso o disfrute (valor de mercado) de unos locales de negocio, entendiéndolo que ello representa un daño patrimonial derivado del incumplimiento de la obligación contractual de entrega de los bienes vendidos (locales). Sobre la configuración de la «*regalía por el aprovechamiento del bien ajeno*» como daño contractual, *vid.* CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 1.198-1.199 (IV, Cap. 23, Rdn. 38); también, GÓMEZ POMAR, F., «El incumplimiento contractual en Derecho español», *Indret* 3/2007, p. 20.

del triple cómputo del daño en las leyes de propiedad intelectual e industrial y con la posibilidad de que el precio de la licencia hipotética se configure como daño patrimonial, esta opción, no obstante, plantea ciertas dudas en cuanto a su alcance práctico; especialmente, por cuanto no es claro si, en estos casos, se va a exigir que el bien cuyo uso o explotación ha sido frustrado por el agente del daño estuviese predestinado a ser explotado económicamente por la víctima del daño²²³. Es cierto que en nuestro ordenamiento toma fuerza la idea de concebir dicho valor como un daño abstracto (por oposición al daño concreto en el patrimonio); o, mejor dicho, de recurrir a la liquidación abstracta de un daño patrimonial que se considera normativamente producido por el mero hecho de la conducta antijurídica, y ello, sin necesidad de acreditar una disminución o decremento patrimonial o la frustración de un incremento o aumento esperado. La consolidación jurisprudencial y doctrinal de esta idea recurre a dos expedientes: (i) el de la concepción de los daños *ex re ipsa*, esto es, de los daños que resultan automáticamente de la conducta antijurídica (contractual o extracontractual²²⁴); y (ii) el de proponer un entrecruzamiento entre acción indemnizatoria y *condictio* por intromisión, inspirado en la citada teoría del triple cómputo del daño, pero extensible con carácter general²²⁵.

En todo caso, esta concurrencia de pretensiones tiene como correlato lógico-jurídico la reducción de la cuantía debida en concepto de enriquecimiento y en concepto de *quantum* indemnizatorio en determinados casos, tal como prevé el modelo normativo propuesto en los Principios Europeos del Enriquecimiento Injustificado integrados en el Marco Común de Referencia (art. VII.- 7:102 DCFR)²²⁶.

No obstante, en el caso particular de los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen –y teniendo en cuenta, como se ha visto, la utilidad práctica que se desprende del reconocimiento al titular de estos derechos de una pretensión de naturaleza distinta a la acción indemnizatoria y dirigida a la restitución del valor de uso frente a un intromisor ilegítimo– el fundamento de esta acción de enriquecimiento puede ubicarse, sin dificultades, en la propia LO 1/1982 y, en concreto, en su artículo 9.2 a). Así, del modo en que ya

²²³ *Vid.*, sobre la larga discusión que suscita esta cuestión en el ordenamiento alemán, OETKER, H., «§ 249», en VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 5.ª ed., C.H. Beck, München, 2007, pp. 308-314 (Rdn. 58-77).

²²⁴ *Vid.*, entre otras, STS 23-II-1998, caso *Cola-Cao*, RJ 1998/1164 (FJ 2); STS 12-VI-2007, caso *películas Disney*, RJ 2007/3721 (FJ 6); STS 17-VII-2008, caso *patente Solac*, RJ 2008/4482 (FJ 2). En la doctrina, CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, cit., pp. 1.192 y 1.194-1.199 (IV, Cap. 23, Rdn. 31 y 33-38) reseña y, al parecer, avala este expediente en el ámbito del resarcimiento del daño contractual. En cambio, puede verse una certera aproximación crítica al recurso al concepto de daño *ex re ipsa* en la jurisprudencia dictada en el ámbito de la infracción de derechos de propiedad intelectual en el mismo autor CARRASCO PERERA, Á., «Art. 140», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 1.696; «Aranzadi vs. El Derecho. Las deficiencias del sistema de protección de los derechos de propiedad incorporal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2004, núm. 627, pp. 10-12.

²²⁵ Así, claramente, STS 4-VII-2011 (*locales autobuses*; FJ 5).

²²⁶ *Vid.*, también, *infra* 6.2.

ha quedado apuntado, la decisión del constituyente y del legislador españoles de configurar la protección jurídica de la personalidad incorporal mediante el reconocimiento de tres derechos subjetivos absolutos comporta la necesidad de que el Derecho español confiera al titular de estos derechos –y con independencia de las pretensiones resarcitorias por los daños causados– pretensiones dirigidas, por un lado, a poner fin la intromisión ilegítima, esto es, a la situación contraria al ámbito típico de poder garantizado por dicho derecho subjetivo; y, por otro, a reintegrar el estado de las cosas correspondiente a esta situación de poder jurídico reconocida por el ordenamiento. Asumiendo este planteamiento –como no podía ser de otra manera, si se toma en serio la configuración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como derechos subjetivos–, el legislador de la LO 1/1982 reconoce una serie de pretensiones –con independencia de la relativa a la indemnización de los daños causados– destinadas a «la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate» y para el «restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos (...) y la reposición del estado anterior» [art. 9.2 (a) LO 1/1982].

Muy probablemente, no era intención de dicho legislador reconocer, entre estas pretensiones para el *restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos* y la *reposición del estado anterior*, una acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno; mas es indudable que la función primaria de esta acción es la de proteger los derechos o posiciones jurídicas usurpados, mediante la concesión al titular de un mecanismo para reintegrar, restituir o restablecer en su patrimonio el provecho obtenido por el usurpador o intromisor ilegítimo y que el ordenamiento había asignado en exclusiva a su titular²²⁷. Por todo ello, no parece que haya inconveniente en erigir el artículo 9.2 a) LO 1/1982 en el fundamento normativo de una acción de enriquecimiento por intromisión en los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

De esta manera, ciertamente, la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos fundamentales de la

²²⁷ Vid., en la doctrina española, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 88-93 y 106-110; MASSAGUER, J., *Comentario a...*, cit., pp. 549 y 550. En la alemana, VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 353-360; SCHLECHTRIEM, P., *Schuldrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 310 (Rdn. 745); LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 130; CANARIS, C.W., «Der Vorrang außerbereicherungsrechtlicher, insbesondere dinglicher Wertungen gegenüber der Saldotheorie und dem Subsidiaritätsdogma», *JZ*, 1992, p. 1.119; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 89; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 194-195. En la portuguesa, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 787-789. En la italiana, SIRENA, P., «La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno», *Riv. Dir. Civ.*, 2009, p. 83.

personalidad incorporal *ex* artículo 9.2 *a*) LO 1/1982 se presenta como una acción caracterizada por el régimen jurídico sustantivo y procesal de los instrumentos de defensa jurídico-civil de los derechos fundamentales (art. 18.1 CE; LO 1/1982 y arts. 52.1.6.º, 249.1.2.º, 477.2 1.º y 524.5 LEC²²⁸). Pero ello no debería sorprender, pues, en primer lugar, cabe recordar que la acción indemnizatoria por el daño patrimonial [*ex* art. 9.2 (c) LO 1/1982] ha sido –y lo sigue siendo– una acción con este mismo régimen jurídico sustantivo y procesal; en segundo lugar, debemos recordar que, en relación con la imagen y según la interpretación que se desprende de la jurisprudencia constitucional²²⁹, este régimen solo resulta de aplicación a aquellos supuestos protegidos por el contenido constitucional del derecho fundamental a la propia imagen; de manera que el ejercicio de pretensiones de cesación, remoción, indemnizatorias o restitutorias en supuestos excluidos de aquel contenido constitucional no podrá regirse por el régimen jurídico de la LO 1/1982, ni, por consiguiente, por las particularidades procesales de la defensa jurisdiccional civil de los derechos fundamentales en la LEC. De esto último, resulta la duda en relación con el fundamento normativo de las acciones de protección (no solo de enriquecimiento) de la institución jurídico-subjetiva (de naturaleza ordinaria) que, en el ordenamiento español, protege aquellos intereses de naturaleza patrimonial excluidos del ámbito objetivo del artículo 18.1 CE y de la LO 1/1982, esto es, del llamado derecho patrimonial de imagen (o «*right of publicity*», como recientemente lo denomina la STS 30-XI-2011²³⁰). Pero, como se comprenderá, no es éste un problema específico de la admisión y desarrollo de la *condictio* por intromisión en este ámbito.

V. EL OBJETO Y ALCANCE DE LA PRETENSIÓN RESTITUTORIA

5.1 El objeto y alcance de la *condictio* por intromisión

Delimitados los perfiles dogmáticos y normativos de la acción de enriquecimiento por intromisión en los derechos fundamentales de la personalidad incorporal en Derecho español, resulta oportuno precisar, asimismo, el objeto y alcance de esta acción; es decir, dilucidar qué es lo que el titular del derecho infringido puede exigir al intromisor mediante el ejercicio de la pretensión restitutoria. Lógicamente, la respuesta consistente en decir que el intromisor

²²⁸ En la medida en que el pronunciamiento de la sentencia que estime la acción no tendrá carácter indemnizatorio, no resulta de aplicación la norma del artículo 525.3 LEC.

²²⁹ Cfr. STC 231/1988, caso *Paquirri*, RTC 1988/231 (FJ 3); STC 81/2001, caso *Emilio Aragón*, RTC 2001/81 (FJ 2); STC 156/2001, caso *Secta Ceis*, RTC 2001/56 (FJ 6); STC 23/2010, caso *Chabeli*, RTC 2010/23 (FJ 4).

²³⁰ Caso *Millac Lactantes 2*, RJ 2012/1638 (FJ 3).

debe al titular del derecho usurpado el enriquecimiento obtenido mediante la intromisión ilegítima es tan cierta como insuficiente para determinar el concreto objeto de la obligación restitutoria; pues lo que, precisamente, debe concretarse es en qué consiste el enriquecimiento —esto es, la ventaja patrimonial— que obtiene el intromisor. Esta cuestión se presenta como singularmente compleja, especialmente, en relación con la posibilidad de que esta acción de enriquecimiento incluya la restitución de las ganancias obtenidas por el intromisor.

En nuestro ámbito de estudio, la cuestión presenta una indudable trascendencia práctica. Aparte de los casos planteados *supra* I, se trataría de determinar, p. ej., si, en el caso visto por la STS 28-XI-2007²³¹, la persona titular de los derechos de explotación sobre el uso de la imagen de los futbolistas en una colección de cromos ostenta frente a la editora que comercializó de forma no autorizada una colección idéntica a la de aquella una pretensión de enriquecimiento por la cual puede exigir a dicha infractora las ganancias obtenidas con la comercialización ilícita de las colecciones²³².

En realidad, es usual identificar dicho enriquecimiento con las ganancias que el intromisor obtiene por su intromisión ilegítima en la esfera de poder garantizada en exclusiva al titular del derecho. Así, se argumenta —desde un planteamiento poco técnico— que si el intromisor ilegítimo o usurpador ha obtenido unas ganancias mediante la explotación no autorizada de un objeto que correspondía en exclusiva al titular del derecho, aquél debe restituir a éste estas ganancias.

Esta interpretación encaja bien con la concepción unitaria del Derecho del enriquecimiento, es decir, aquella que, como se ha visto *supra* II, se dirigía a formular una acción genérica caracterizada por unos requisitos unitarios y abstractos. De ahí, que el *Reichsgericht* alemán concediera con naturalidad pretensiones restitutorias de las ganancias obtenidas por el infractor de derechos de autor; *vid.*, así, la reseñada RG 9-VI-1928 (*Frauenberufe*), donde el tribunal estimó una acción de enriquecimiento del titular de los derechos de reproducción y distribución de una obra literaria frente a otra editorial que había reproducido y distribuido comercialmen-

²³¹ Caso *Panini Mundial Francia 1998*, RJ 2007/8455.

²³² Nótese que aquí el pretendido acreedor de la pretensión restitutoria no sería el titular (originario) de los derechos de imagen, sino su titular derivativo o cesionario exclusivo. De ahí que, como se ha apuntado *supra* IV, el fundamento normativo de sus eventuales pretensiones no se encuentre en la LO 1/1982, sino, en su caso, en el régimen jurídico (atípico) del llamado derecho patrimonial de imagen. *Vid.*, en contra, no obstante, SAP Almería (2.ª) 20-I-2011, caso *David Bisbal*, JUR 2011/230529, que admite, en discutible argumentación, la legitimación activa de la sociedad titular de los derechos de imagen de un artista para el ejercicio de la acción indemnizatoria de la LO 1/1982 por el daño consistente en el valor de mercado de la imagen del artista, que había sido explotada de forma no autorizada (FJ 1).

te una obra de contenido idéntico a aquélla; siendo el objeto de dicha acción las ganancias que la segunda editorial había obtenido con la comercialización ilícita de la obra. La escueta argumentación del tribunal se limita a identificar la existencia de un *desplazamiento patrimonial* entre el patrimonio de la editorial titular de los derechos de explotación de la obra frente a la editorial usurpadora, y que entre las ganancias obtenidas por esta última y el *perjuicio* sufrido por aquélla existe una *relación causal*²³³.

En el contexto jurídico español, la caracterización de las ganancias obtenidas por el intromisor ilegítimo como el objeto de una acción de enriquecimiento se presenta como una opción doctrinal y jurisprudencial profundamente extendida. Aparte de la todavía mayoritaria concepción unitaria de nuestro Derecho del enriquecimiento, dos factores importantes parecen explicar este fenómeno.

En primer lugar –y relacionado con el predominio de la tesis unitaria– sigue caracterizándose, acaso inconscientemente, la acción de enriquecimiento injustificado como un remedio de equidad o, en el mejor de los casos, como un expediente que sirve al exclusivo propósito normativo de retirar o *absorber* las ganancias del autor de un ilícito. Desde esta lógica, resulta comprensible que si una persona ha obtenido unas ganancias por la comisión de un acto ilícito consistente en la invasión en la esfera exclusiva de otra persona, estas ganancias deban ser extraídas del patrimonio del intromisor y reintegradas en el del titular del derecho²³⁴.

Correlato objetivo de este planteamiento, lo constituye el hecho de que una parte considerable de nuestra doctrina haya relacionado la norma del antiguo artículo 9.3 III LO 1/1982²³⁵ con una acción de enriquecimiento. Este planteamiento fue expuesto –acaso por primera vez– por SALVADOR CODERCH / MARTÍN CASALS²³⁶; siendo, posteriormente, desarrollado por este último autor. Así, MARTÍN CASALS²³⁷, partió de una razonable interpretación del propósi-

²³³ Vid. un razonamiento parecido, anteriormente, en RG 4-IV-1917, caso *Erikamuster*, RGZ, 90, 1917, pp. 137-140.

²³⁴ Vid., próximo a esta idea, ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 185-190, esp., p. 190. Ésta parece ser igualmente la concepción del Derecho del enriquecimiento que manejan MARTÍN CASALS, M. / RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal samaritano...», cit., pp. 531-540, esp., pp. 531-532 y 533.

²³⁵ En la que, como es sabido, se consideraba «*el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma*» como un criterio de determinación del daño causado al titular de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

²³⁶ Cfr. «Comentario a la Sentencia de 18 de abril de 1989», *CCJC*, núm. 21, 1989, p. 763.

²³⁷ Vid. «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en VV. AA., *Centenario del Código Civil*, II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1.272-1.273; también, «Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor», en SALVADOR CODERCH, P. (Coord.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 398-399; y, más recientemente, MARTÍN CASALS, M. / SOLÉ FELIU, J., «The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in Spain», en

to que subyacía bajo el antiguo artículo 9.3 III LO 1/1982: «*la idea que late en el fondo de la valoración del beneficio obtenido es la de que no puede resultar más barato la utilización ilícita de un derecho ajeno que su uso legítimo. La intromisión en el honor puede generar, además de un daño patrimonial y moral a quien la sufre, un beneficio patrimonial para quien la realiza. Si el causante de la lesión debiera limitarse a indemnizar el daño causado, podría todavía quedar en sus manos un “plus” de ganancia después de haber pagado la indemnización. Obsérvese que el beneficio obtenido no tiene porqué guardar ninguna relación con el daño causado, sino que es independiente de él*». Y, así las cosas, este autor consideró que la ordenación dogmática de esta idea podía producirse por medio de dos vías alternativas: «1) *Hacer entrar en juego la función punitiva y añadirla a la función compensatoria de la indemnización. Se dice en este caso que el causante del daño tenía un ánimo de lucro reprobable y que debe ser castigado para que en el futuro se abstenga de repetir actos parecidos (...)* 2) *Otro criterio, más correcto, es considerar que el ilícito civil, además de haber producido un daño que debe ser compensado, ha producido un enriquecimiento injusto que debe ser reembolsado*». Por ello, concluía que «*la valoración del “beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma” que establece el artículo 9.º-3 in fine LO 1/1982 es una pretensión de enriquecimiento injusto englobada dentro de una acción de daños, no la consideración de una conducta reprobable que deba ser castigada*²³⁸». Para superar la objeción de que dicha supuesta pretensión de enriquecimiento estaba normativamente configurada como una acción de daños, el autor citado destacó que, a pesar de que «*la doctrina y la jurisprudencia españolas han insistido en la total independencia entre la doctrina del enriquecimiento sin causa o injustificado y el Derecho de daños (...), la doctrina más reciente ha admitido que (...)* existen supuestos en los que se produce su cruce. Fundamentalmente, en los casos de intromisión en el ejercicio de un derecho ajeno. Ese el supuesto del artículo 9,3 LO 1/1982, y a él cabría añadir entre otros, los previstos en el artículo 66,2 b) y c) de la Ley de Patentes, o del artículo 125 de la Ley de Propiedad Intelectual²³⁹, con los que se podría construir en Derecho español la llamada “*condictio por intromisión*”²⁴⁰. Este razo-

KOZIOL, H. / WARZILEK, A. (eds.), *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien*, Springer, Wien, New York, 2005, pp. 336-337; MARTÍN-CASALS, M., «La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual», *Asociación de Profesores de Derecho Civil* (<http://www.derechocivil.net/esp/ponencias.php> [ufc: 23-XI-2011]), p. 24; MARTÍN CASALS, M. / RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal samarità...», cit., p. 509.

²³⁸ Cfr. *ibid.*

²³⁹ El autor se refiere a los supuestos en los que el legislador de estas leyes determina que el daño derivado de la infracción de los derechos de propiedad intelectual o patente puede liquidarse mediante el criterio de las ganancias obtenidas por el infractor.

²⁴⁰ Vid. O'CALLAGHAN, X., *Libertad de...*, cit., pp. 210-211: «cuando el daño se une al enriquecimiento y este enriquecimiento es injustificado, nace la acción de enriquecimiento injusto; [...] uno responde del daño que otro, sin quererlo, ha sufrido; frente a esto, nace la acción de enriquecimiento en la que concurre un doble elemento: el daño y el enriquecimiento. Así, el criterio del beneficio que ha obtenido el atacante del derecho al honor, a la intimidad o a la imagen, sirve para valorar la indemnización, en base a que

namiento, especialmente la posibilidad de interpretar el antiguo artículo 9.3 III LO 1/1982 como una norma configuradora de una «pretensión de enriquecimiento injustificado englobada dentro de una acción de daños», fue seguida por numerosos autores posteriores, e incluso, por algún pronunciamiento jurisprudencial. Así –y después de que algunos autores posteriores incidieran en una lamentable confusión entre *daño* y *enriquecimiento* para intentar dar un sentido a aquella norma que no fuera la punitiva²⁴¹– dicha idea se fue extendiendo hasta llegar a ser la interpretación doctrinal más seguida²⁴². Del mismo modo, para Roca Trías²⁴³ el «*beneficio obtenido por el causante de la lesión*» aparece configurado, en el artículo 9.3 III LO 1/1982, como un «*criterio(s) objetivo(s)*» para «*fixar la cuantía de la indemnización*»; pero, «*en realidad*», responde a la lógica del enriquecimiento: la lesión «*puede haber*

aquel ataque –intromisión ilegítima– ha producido un enriquecimiento que es indudablemente injusto, a aquel atacante».

²⁴¹ Vid. O'CALLAGHAN, X., *Libertad de...*, cit., pp. 210-211: «*cuando el daño se une al enriquecimiento y este enriquecimiento es injustificado, nace la acción de enriquecimiento injusto; (...) uno responde del daño que otro, sin quererlo, ha sufrido; frente a esto, nace la acción de enriquecimiento en la que concurre un doble elemento: el daño y el enriquecimiento. Así, el criterio del beneficio que ha obtenido el atacante del derecho al honor, a la intimidad o a la imagen, sirve para valorar la indemnización, en base a que aquel ataque –intromisión ilegítima– ha producido un enriquecimiento que es indudablemente injusto, a aquel atacante*».

²⁴² Una completa asunción de esta tesis, puede verse en VIDAL MARÍN, T., *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 222-223, quien considera «*que en la Ley la pretensión de evitar un enriquecimiento injusto se añade a la pretensión de indemnización para determinar el quantum de ésta, de tal forma que absorba los beneficios obtenidos como consecuencia de la lesión. En efecto, determinadas intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, por ejemplo, de un famoso, además de producirle un daño moral y, en su caso, patrimonial, puede reportar a su autor sustanciosos beneficios materiales; y no puede permitirse que este incremento que experimenta el patrimonio del ofensor se fundamente en un ilícito. Por ello, precisamente, éste debe desembolsar la cantidad con que se ha enriquecido y que su patrimonio vuelva al estado en que se encontraba antes de haberse producido la intromisión ilegítima (evento enriquecedor). Así pues, en los supuestos de agresiones al derecho al honor, la indemnización, además de compensar a la víctima por los daños sufridos, impide al que los haya producido que se lucre como consecuencia de los mismos*». Por si alguien pudiese pensar que dicho razonamiento presenta resabios punitivos, VIDAL MARÍN recurre a la argumentación de MARTÍN CASALS sobre la doctrina del enriquecimiento: «*se trata de evitar que el que causa un daño como consecuencia de una intromisión ilegítima en el honor de alguien se enriquezca con la misma, sin que ello suponga otorgar a la indemnización una función de pena privada*» (p. 224). Adopta el mismo planteamiento, a modo de resumen de la posición del Derecho positivo español, ATIENZA NAVARRO, M.L., «*Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen*», en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (Coord.), *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 302; aparentemente, también, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995, p. 65; *Daños punitivos*, Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 61. Desde una posición parcialmente distinta, pero también recurriendo a la doctrina del enriquecimiento para explicar el criterio de las ganancias, vid. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 173; GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., p. 146 (nota 376).

²⁴³ Vid. *Derecho de daños*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 148.

generado un beneficio patrimonial en quien ha realizado la intromisión, que en realidad ha provocado un enriquecimiento injusto que debe ser reembolsado²⁴⁴». La idea, pues, de que lo que prevenía dicha norma no era solo una retirada de las ganancias ilícitas obtenidas por el intromisor, sino, sobre todo, una restitución o reembolso al titular del derecho de algo que le pertenece estaba extendida en la doctrina, *vid.*, así, también, Cabezuelo Arenas²⁴⁵, para quien «*es innegable*» que el legislador de 1982 «*admite la coexistencia del daño moral con un perjuicio puramente económico [si el art. 9(3) LO 1/82 in fine tiene en cuenta las ganancias generadas para el infractor, es porque reconoce la privación de una participación en las mismas de la que ha sido objeto el titular del derecho]*». Desde una aproximación algo más cauta, pero también desde la idea de que la norma del artículo 9.3 III LO 1/1982 debía de reconocer una acción de enriquecimiento, Salvador Coderch/Castiñeira Palou²⁴⁶ consideraban que dicha norma combina «*cuestiones relativas a la tutela indemnizatoria con otras (...) relacionadas con la tutela de los derechos absolutos y, en particular, con las acciones de enriquecimiento*». En la doctrina de los tribunales, no ha sido infrecuente recurrir a la concepción vulgar del enriquecimiento injusto para explicar dicha norma²⁴⁷.

Conviene apresurarse a advertir, sin embargo, que la norma del antiguo artículo 9.3 III LO 1/1982 presentaba una interpretación algo más sencilla, aunque también más prosaica²⁴⁸. En efecto, aparte del dato normativo de que este criterio de valoración del daño lo era para cuantificar la indemnización por el daño moral²⁴⁹ –lo que, en buena lógica, debería haberla apartado de raíz del Derecho del enriquecimiento²⁵⁰ o del método del triple cómputo del

²⁴⁴ En idéntico sentido, ROCA TRÍAS, E. / NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 204.

²⁴⁵ *Vid. Derecho a...*, cit., p. 85.

²⁴⁶ *Vid. Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 63.

²⁴⁷ Cfr., p. ej., STS 7-XII-1995, caso *hijos Sara Montiel*, RJ 1995/9268 (FJ 3); STS 7-VII-2004 (*Naomi Campbell*, FJ 4); SAP Madrid (Secc. 9.ª) 19-VII-2002, caso *menor patinador*, JUR 2002/270978 (FJ 3).

²⁴⁸ Que no ha pasado inadvertida a la doctrina constitucionalista, ni, en realidad, a cualquiera que no se halle encorsetado por los dogmas *compensacionista* o *prevencionista* del Derecho de daños español, *vid.*, p. ej., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M. *Sistema de derechos fundamentales*, 3.ª ed., Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2008, p. 315; ESPÍN, E., «Los derechos de la esfera personal», en LÓPEZ GUERRA, L. / ESPÍN, E. / GARCÍA MORILLO, J. / PÉREZ TREMP, P. / SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, I, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 234-235; PARDO FALCÓN, J., «La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen», en BASTIDA, F.J. (Coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, p. 369. *Vid.*, igualmente con la misma conclusión, BUSTO LAGO, J.M. / PEÑA LÓPEZ, F., «Enriquecimiento injusto...», cit., p. 157.

²⁴⁹ Ésta es la interpretación que se desprendía del contexto sistemático del artículo 9.3 LO 1/1982 y seguida por la jurisprudencia, cfr., entre otras, STS 10-XII-1999, caso *Elena c. TVE*, RJ 1999/9017 (FJ 1); STS 19-VII-2004, caso *médico pornográfico II*, RJ 2004/5462 (FJ 4); STS 7-III-2003, caso *Ayuntamiento de Mijas*, RJ 2003/2900 (FJ 4); STS 9-III-2006, caso *ex miss universo*, RJ 2006/5413 [FJ único (2.º recurso)].

²⁵⁰ Cfr., así, CARRASCO PERERA, Á., «Restitución de provechosos», cit., p. 149, para quien la LO 1/1982 no considera el beneficio como «un objeto de pretensión de restitución», pues, aquél «es una de las circunstancias concurrentes de la fijación del daño

daño en las leyes de propiedad intelectual o industrial— no es dudoso que la norma responde al propósito del legislador de 1982—esto es, un legislador cuyo objetivo era el de desarrollar los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE y, por ello, conferirles un régimen jurídico-civil desde el singular mandato de protección constitucional que se desprende de dicha norma— de evitar o desincentivar un determinado tipo de conductas realizadas por personas—especialmente, sociedades titulares de medios de comunicación y entretenimiento— dispuestas a lesionar racionalmente la personalidad ajena en consideración a la obtención de unas previsibles ganancias patrimoniales; incluso, desde la convicción, también racional, de que si el ilícito es debidamente perseguido una parte de dichas ganancias será suficiente para cubrir sus costes²⁵¹. Y, así, dicho legislador recurrió al mismo expediente al que habría de recurrir, 14 años más tarde, la jurisprudencia alemana²⁵²; o que también ha desarrollado, con mayor lucidez, la inglesa²⁵³: la de conceder, en

moral»; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 173, deja claro que «(q)ue en nuestro derecho el beneficio obtenido por el causante de la lesión como consecuencia de la misma sea tenido en cuenta para la determinación del daño moral por disposición del artículo 9.3 de la Ley 1/1982 (...), poco tiene que ver con la restitución de la ganancia por ejercicio de la pretensión de enriquecimiento injustificado. La ley es clara en este punto: se trata de un parámetro a considerar en la cuantificación del daño moral, dentro de la acción indemnizatoria, lo que es perfectamente compatible con la acción de enriquecimiento». Llama la atención, no obstante, que, justo antes de realizar esta afirmación, BASOZÁBAL cite la obra de MARTÍN CASALS en la que se funda la idea por él refutada, sin advertir de ello al lector. Todavía resulta más sorprendente, que este último autor, en una de sus últimas obras (cfr. MARTÍN CASALS, M. / SOLÉ FELIU, J., «The Protection...», cit., p. 337), y para reiterar la idea de que el artículo 9.3 III LO 1/1982 reconoce una acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno englobada en una acción de daños, apoye su argumentación en la obra citada de BASOZÁBAL [cfr. *ibid.* (nota 123)].

²⁵¹ Se produce, aquí, en terminología economicista, un rodeo al mercado, esto es, un caso en el que el intromisor ilegítimo en los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen podría—debería— haber obtenido la autorización del titular del derecho mediante una transacción; por lo que, según se explica, la solución óptima sería la de buscar un mecanismo jurídico que incentive a reconducir dichas actuaciones hacia el mercado, esto es, hacia las autorizaciones negociadas, cfr. POLINSKY, A.M. / SHAVELL, S., «Punitive Damages: an Economic Analysis», *Harv. L. Rev.*, 1998, pp. 945-947; KÖNDGEN, J., «Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns», *RabelsZ*, 2000, núm. 64, pp. 681-683; GÓMEZ, F., «El asunto Preysler y la teoría de juegos», *InDret*, 1/2000, pp. 7-8; WAGNER, G., «Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?», *AcP*, 2006, pp. 466-469; «Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht», en APATHY, P. / BOLLENBERGER, R. / BYDLINSKY, P. / IRO, G. / KARNER, E. / KAROLLUS, M. (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Koziol*, Jan Sramek, Wien, 2010, p. 937.

²⁵² Cfr. BGH 15-II-1994, caso *Carolina de Mónaco I*, *NJW*, 1995, pp. 861-865; BGH 5-XII-1995, caso *Carolina de Mónaco II*, *NJW*, 1996, pp. 984-985; BVerfG 8-III-2000, caso *conductor ebrio*, *NJW*, 2000, pp. 2.187-2.189; sobre el desarrollo práctico y naturaleza excepcional y preventiva de la acción de resarcimiento del daño moral derivado de la lesión de un derecho de la personalidad, *vid.* MÜLLER, G., «Der Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts im Zivilrecht», *VersR*, 2008, núm. 25, p. 1.151; y, de la misma autora, «Der Anspruch auf Geldentschädigung», en GÖTTING, H.-P. / SCHERTZ, C. / SEITZ, W. (Hrsg.), *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, C.H. Beck, München, 2008, pp. 819-822.

²⁵³ Cfr., entre otras, *John v MGN Ltd.*, [1997] Q.B. 586; *Kiam v MGN Ltd.*, [2002] 3 W.L.R. 1036; y, reseñando la doctrina de los tribunales, ROGERS, W.V.H., *Winfield and Jolowicz on Tort*, 17.ª ed., Sweet & Maxell, London, 2006, p. 944; MILMO, P. / ROGERS, W.V.H. (Ed.), *Gateway on Libel and Slander*, 10.ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2004, pp. 248-249 y 251.

estos casos, a la víctima del daño una indemnización superior a la cuantía idónea para compensar dicho daño y que, de este modo, se cumpla la indicada finalidad disuasoria.

En cualquier caso y sea cual fuere la interpretación más correcta del antiguo artículo 9.3 III LO 1/1982, la ordenación dogmática de la idea por la cual se considera necesario que el autor de un ilícito civil no se enriquezca mediante dicho acto no resulta tan sencilla; ni puede ser encuadrada, sin mayor reflexión, en el Derecho del enriquecimiento; especialmente, porque, desde estas posiciones, se tiende a olvidar la necesidad de buscar un fundamento (título jurídico) por el cual la víctima de la intromisión pueda exigir la (re)integración en su patrimonio de las ganancias obtenidas por el intromisor.

Ciertamente, no se acaba de entender –aun admitiendo la necesidad de prevenir los ilícitos consistentes en la intromisión en la personalidad ajena con el propósito de obtener un lucro– por qué la víctima del ilícito debe obtener una indemnización mayor del daño –patrimonial o moral– sufrido, para de esta manera conseguir la disuasión de las conductas ilícitas racionalmente premeditadas. Éste es un dato que no ha pasado inadvertido a aquellos autores que defienden la estricta función compensatoria del Derecho de daños; de ahí que, entre nosotros, Pantaleón²⁵⁴ haya propuesto, en esta sede, recurrir al instrumento jurídico-penal del comiso de las ganancias; pues no *«es función de la responsabilidad civil extracontractual evitar que el dañante obtenga un beneficio de su actividad ilícita dañosa (...). Esta es una de las funciones de la institución del comiso (...). Esta es una idea básica p. e. a la hora de buscar soluciones razonables en el conflicto libertad de expresión versus honor e intimidad»*; concluyendo que *«(e)l párrafo final del art. 9.3 de la Ley Orgánica de 5-V-82 es muy desafortunado, y sólo comprensible por el hecho de que la sanción de la privación de los beneficios ilícitamente obtenidos por las personas jurídicas no tiene aún carta de naturaleza en nuestro Derecho»*. Posteriormente, el mismo autor ha desarrollado esta idea, centrándose no obstante en el derecho al honor²⁵⁵. Así, para determinados casos de lesión del derecho al honor, Pantaleón no sería partidario de que *«el comiso de las ganancias para evitar que la difamación resultase rentable a la postre»* se instrumentalice mediante un *«Derecho penal privado, con indemnizaciones mucho más elevadas que las normales por el daño moral»*; sino que cree *«preferible (...) hacer que también en materia de delitos contra el honor funcione el Derecho penal público, pues, como el procedimiento criminal, ha sido específicamente diseñado para desempeñar la función de castigar las conductas indeseables: sus sanciones son personalísimas, no aseguras, proporcionadas, cuando pecuniarias, a la situa-*

²⁵⁴ Vid. «Art. 1.902», cit., pp. 1.972-1.973.

²⁵⁵ Vid. «La Constitución, el honor y unos abrigos», cit., pp. 1.690-1.691.

*ción económica del condenado, etc. Y porque me parece profundamente injusto enriquecer al difamado por el solo hecho de serlo – esto significa darle una indemnización superior a su daño –, en lugar de la Hacienda Pública (por ejemplo, para que se incrementen el número de fiscales) mediante las multas y el comiso de la ganancias provenientes del delito (...)*²⁵⁶.

Desde el sector doctrinal opuesto, esto es, aquellos autores que defienden que el Derecho de daños debe cumplir –y cumple– una función preventiva primaria, tampoco se olvida, en ocasiones, este dato; de ahí que Wagner²⁵⁷ –desde una simpática honestidad– reconoce que el hecho de que la cuantía indemnizatoria concedida a la víctima deba coincidir con una cantidad que –con independencia del daño efectivo causado– sirva para disuadir al agente del daño y a otros potenciales causantes de daños de la conducta ilícita produce el inconveniente de que dicha víctima resultará enriquecida, debido a que recibirá una compensación económica mayor a la del daño causado. Pero para aquel autor hay que «contentarse» con esta disfunción, pues lo que se plantea –según Wagner– es un dilema entre el enriquecimiento del agente del daño o el enriquecimiento de la víctima; siendo preferible –en la dialéctica propuesta– la última opción. Desde el mismo sector doctrinal, Salvador Coderch / Castiñeira Palou²⁵⁸ también admiten que el contraargumento de la sobrecompensación o enriquecimiento de la víctima es «parcialmente razonable»; y que, en efecto, resulta sensato que la cantidad necesaria para prevenir pueda revertir de alguna manera en la Hacienda Pública; si bien añadiendo un interesante matiz: «hay que hacer al erario público partícipe de la cuantía de la multa, pero atribuírsela por entero al Fisco dejaría al actor potencial sin estímulo alguno para litigar».

Es ésta una cuestión de política jurídica que excede del propósito de este estudio; así como tampoco corresponde aquí enjuiciar la supresión del criterio de las ganancias obtenidas como criterio de valoración del daño moral en la LO 1/1982 y el reconocimiento de la acción de restitución de ganancias en el nuevo artículo 9.2 d) LO 1/1982, introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal²⁵⁹. No obstante, es claro que existen soluciones intermedias a los dos extremos propuestos; y que consigan el efecto disuasorio perseguido desde mecanismos más razonables que los consistentes en incentivar la vía penal para perseguir las intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad; o la de encogerse de hombros al ver que determinados personajes de la prensa del corazón, entre otros, se enriquecen mediante la concesión de indemnizaciones por el daño moral destinadas, en realidad, a

²⁵⁶ Cfr. «La Constitución, el honor y unos abrigos», cit., p. 1.691.

²⁵⁷ Vid. «Prävention und...», cit., pp. 470-471.

²⁵⁸ Vid. *Prevenir y castigar...*, cit., p. 168.

²⁵⁹ Sobre una primera valoración e interpretación de esta norma, vid. BERCOVITZ, R., «La dignidad de las víctimas de delitos», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 6/2010, BIB 2010/1814; GRIMALT SERVERA, P., «La protección de la dignidad de las víctimas de un delito (la reforma de la Ley Orgánica 1/1982 por la Ley Orgánica 5/2010)», *Derecho Privado y Constitución*, 2011, núm. 25, pp. 131-135; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Daños punitivos*, cit., p. 61; MARTÍN CASALS, M. / RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal...», cit., pp. 509-510.

eliminar las ganancias que los medios de comunicación obtienen por lesiones a su personalidad²⁶⁰. Así, no es impensable que la dogmática civil pueda construir una acción de naturaleza privada o civil –*sui generis*: ni *compensatoria* ni *restitutoria*– destinada a que la persona que lesionó la personalidad ajena transfiera las ganancias obtenidas por el ilícito civil a la Hacienda Pública²⁶¹. Un razonable modelo dogmático y normativo sería la pretensión de retirada de las ganancias (*Gewinnabschöpfungsanspruch*) reconocida en el art. 10 de la nueva Ley de competencia desleal alemana (UWG)²⁶². En nuestro caso, y si el legislador decidiera sustituir la acción del art. 9.2 d) LO 1/1982 por ésta, la objeción expresada por Salvador / Castiñeira, podría superarse reconociendo legitimidad para ejercitarla al MF, que «*será siempre parte*» de los procesos civiles de tutela de los fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 249.1 2.ª LEC).

Y, en todo caso y en lo que importa considerar ahora, conviene señalar –idea en la que se insistirá enseguida– en que la función primaria del Derecho del enriquecimiento, en especial, la de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno no reside en la necesidad de corregir injusticias, ni evitar que una persona con una conducta reprochable se enriquezca por ello²⁶³; sino, simplemente, en garantizar que la asignación de bienes previamente determinada por un ordenamiento jurídico –mediante la concesión de posiciones jurídicas exclusivas protegidas por un derecho subjetivo absoluto o por una situación jurídico-subjetiva de contenido análogo– no se vea alterada por la intromisión de terceros.

En segundo lugar, la interferencia en el Derecho español de la teoría del triple cómputo del daño en el campo de los remedios resarcitorios por infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial también ha generado la impresión –algo desenfocada– de que la restitución de las ganancias obtenidas por el infractor de

²⁶⁰ En el marco de esta última opción, MARTÍN CASALS, M. / RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal...», cit., pp. 540-553, esp., p. 552, han sugerido o planteado –si bien ya muy tímidamente– la adopción para el CC y para el Código Civil Catalán del modelo alemán de la restitución de las ganancias obtenidas por el gestor de negocios ajenos sin mandato (§§ 687 II, 681 y 667 BGB). *Vid. infra* sobre esta regulación y su difícil encaje en Derecho español.

²⁶¹ Advértase que la acción reconocida en el artículo 9.2 d) LO 1/1982 no sirve a este propósito, pues las ganancias del intromisor se integran en el patrimonio de la víctima de la intromisión («*apropiación por el perjudicado*»).

²⁶² *Vid.*, sobre dicha acción, HEFERMEHL, W. / KÖHLER, H. / BORNKAMM, J., *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 29.ª ed., C.H. Beck, München, 2011, pp. 1.218-1.228 (§ 10 UWG Rdn. 1-25); OHLY, A., «§ 10», en PIPER, H. / OHLY, A. / SOSNITZA, O., *UWG – Kommentar*, 5.ª ed., C.H. Beck, München, 2010, pp. 906-908 (Rdn. 1-3); EMMERICH, V., *Unlauterer Wettbewerb*, 8.ª ed., C.H. Beck, München, 2009, pp. 363-367 (§ 23 Rdn. 27-42); y, con detalle, NEUBERGER, J., *Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 7-31.

²⁶³ Ésta, en cambio, sí es la finalidad, aparentemente, de la acción del artículo 9.2 d) LO 1/1982, que, obviamente, no guarda relación alguna con el Derecho del enriquecimiento.

estos derechos forma parte del objeto usual de la acción de enriquecimiento²⁶⁴.

La teoría o método del triple cómputo del daño (*dreifache Schadensberechnung*) tiene sus orígenes en la jurisprudencia alemana de finales del s. XIX relativa a la protección frente a las explotaciones indebidas de derechos sobre bienes inmateriales; y su hito fundacional se encuentra en la decisión del RG 8-VI-1895²⁶⁵: pretensión resarcitoria del autor de una composición musical –Ludolf Waldmann (1850-1919)– contra la persona que había creado y distribuido comercialmente un exitoso aparato musical mecánico que permitía la reproducción y comunicación pública de aquella obra musical. La pretensión –fundada en la acción de daños de la Ley alemana de Derecho de autor de 1870– planteaba el problema de que el demandante –desde la teoría de la diferencia– no había sufrido un daño relevante; pues resultaba difícil apreciar una disminución patrimonial desde la comparación entre el valor actual del patrimonio del autor de la obra musical y el valor de dicho patrimonio de no haber tenido lugar la infracción de derechos de explotación sobre dicha obra; especialmente, desde el argumento de que dicha infracción otorgó a la composición musical indebidamente explotada una difusión y una popularidad de las que no gozaba con anterioridad a la infracción. Desde este punto de partida –y desde la convicción de que la usurpación de derechos de autor constituye un ilícito que no puede quedar sin respuesta, más allá de la acción de cesación–, el *Reichsgericht* entendió que, en estos supuestos de usurpación, y en función de la perspectiva que se adopte para valorar la conducta ilícita del infractor, el daño puede valorarse de acuerdo con tres criterios distintos, a elección del titular del derecho infringido: (i) mediante la prueba del daño concreto sufrido por el titular, incluido el lucro cesante; (ii) mediante la cantidad que el demandado hubiese tenido que abonar al titular del derecho

²⁶⁴ Vid., en este sentido, FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *El enriquecimiento...*, cit., *passim*, esp., pp. 15, 26, 27, 31-39, 77-80; «Posición jurídica del titular de la marca», en FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. / OTERO LASTRES, J.M. / BOTANA AGRA, M., *Manual de la propiedad industrial*, Marcial Pons, Madrid *et al.*, 2009, p. 682; YZQUIERDO TOLSADA, M. / ARIAS MÁIZ, V., *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual*, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2006, p. 244; «Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, III, 4.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 634-643; MARTÍN CASALS, M. / RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal...», cit., pp. 512-516, esp., pp. 512 y 516; con mejor argumentación, pero en el mismo sentido, PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 57 y ss., 165-166 y 184-189; GONZÁLEZ GOZALO, A., «Modificaciones que afectan a los medios de tutela de la propiedad intelectual», en BERCOVITZ, R. / GARROTE, I. / GONZÁLEZ GOZALO, A. / SÁNCHEZ ARISTI, R., *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 239; REGLERO CAMPOS, L.F., «Responsabilidad civil...», cit., p. 723: «*En puridad dogmática, la opción del segundo inciso de la letra a) [art. 43.2 a) LM] lleva en sí una acción de enriquecimiento injusto (...). En esta opción, la deuda del infractor (...) tiene su origen en los beneficios que obtuvo como consecuencia de la utilización ilegítima de un derecho ajeno exclusivo, culposa o no (condictio por intromisión en un bien jurídico ajeno; Eingriffskondition, una de cuyas manifestaciones típicas la constituye la explotación no autorizada de bienes inmateriales sobre los que recae un derecho de propiedad intelectual o industrial).*»

²⁶⁵ Caso *Ariston*, RGZ, 35, 1895, pp. 63-75.

por el uso autorizado de éste (regalía hipotética); y (iii) mediante las ganancias que el infractor ha obtenido por el uso no autorizado del derecho²⁶⁶. Aparte del derecho de autor²⁶⁷, este método –tan poco ortodoxo²⁶⁸ como enormemente útil en la práctica– se ha ido extendiendo, de la mano de la jurisprudencia alemana, a los derechos de patente y sobre modelos de utilidad²⁶⁹, a los diseños industriales²⁷⁰; a los derechos sobre las marcas y otros signos distintivos²⁷¹; a los derechos de obtención vegetal²⁷²; a determinados derechos de la personalidad incorporal²⁷³; y a determinados ilícitos del Derecho de la competencia desleal²⁷⁴.

Indudablemente, esta técnica de valoración del daño ha tenido un gran éxito en otros ordenamientos de la Europa continental. En el Derecho español, como es sabido, las leyes de propiedad intelectual e industrial recogen las líneas maestras de este méto-

²⁶⁶ Sobre la aparición y desarrollo de la *dreifache Schadensberechnung*, vid., en la doctrina alemana, ULLMANN, E., «Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzten im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht», *GRUR*, 1978, núm. 11, pp. 615-623, esp., pp. 617-618; KRABER, R., «Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht», *GRUR Int*, 1980, núm. 5, p. 260; SACK, R., «Die Lizenzanalogie im System des Immaterialgüterrechts», en FORKEL, H. / KRAFT, A. (Hrsg.), *Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen. Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag*, Metzner, Frankfurt am Main, 1985, pp. 373-375; DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 81-89; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 620-624; STIEPER, M., «Dreifache Schadensberechnung nach der Durchsetzungsrichtlinie 2004/48/EG im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht», *WRP*, 2010, pp. 624-625. En la doctrina española, resultan de utilidad, BASOZÁBAL ARRÚE, X., «Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual», *ADC*, 1997, pp. 1.264 y ss.; CARRASCO PERERA, Á., «Art. 140», cit., pp. 1.691 y ss.; y, anteriormente, «Art. 135», cit., pp. 1.790 y ss.; «Aranzadi vs. El Derecho...», cit., pp. 8-11; FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 39 y ss.; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 55 y ss.

²⁶⁷ Cfr. ULMER, E., *Urheber- und Verlagsrecht*, 3.^a ed., Springer, Berlin *et al.*, 1980, pp. 558-559; WILD, G., «§ 97», en SCHRICKER, G. / LOEWENHEIM, U. (Hrsg.), *Urheberrecht Kommentar*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2010, pp. 1.884 y ss. (Rdn. 145 y ss.); DREIER, TH., «§ 97», en DREIER, TH. / SCHULZE, G., *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, 3.^a ed., C.H. Beck, München, 2008, pp. 1.359-1.360 (Rdn. 58); SACK, H., *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 5.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 373-374 (Rdn. 788); HERTIN, P.W., *Urheberrecht*, 2.^a ed., C.H. Beck, München, 2008, pp. 224-226 (Rdn. 745-753).

²⁶⁸ Cfr. ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 623.

²⁶⁹ Cfr. KRABER, R., *Patentrecht*, 6.^a ed., C.H. Beck, München, 2009, pp. 855-857; ROGGE, R. / GRABINSKI, K., «§ 139», en *Benkard Patentgesetz*, 10.^a ed., C.H. Beck, München, 2006, pp. 1.415 y ss. (Rdn. 61 y ss.); modelos de utilidad: *ibid.* p. 1.674 (Rdn. 61 y ss.); GÖTTING, H.P., *Gewerblicher Rechtsschutz*, C.H. Beck, München, 2007, pp. 211-212 (Rdn. 23-27).

²⁷⁰ Cfr. EICHMANN, H., «§ 42», en EICHMANN, H. / VON FALKENSTEIN, R.V., *Geschmacksmustergesetz*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2010, pp. 550 y 551-552 (Rdn. 17, 21 y 22); GÖTTING, H.P., *Gewerblicher Rechtsschutz*, cit., p. 257 (Rdn. 5-8).

²⁷¹ Cfr. FEZER, K.H., *Markenrecht*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2009, p. 1.025 (§ 14 Rdn. 1.024); GÖTTING, H.P., *Gewerblicher Rechtsschutz*, cit., pp. 353-354 (Rdn. 8-9).

²⁷² Cfr. LEBMANN, H. / WÜRTEMBERGER, G., *Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht Handbuch*, 2.^a ed., Nomos, München, 2009 (§ 7 Rdn. 42).

²⁷³ Vid. *infra* 6.2.

²⁷⁴ Vid. HEFERMEHL, W. / KÖHLER, H. / BORNKAMM, J., *Gesetz gegen...*, cit., pp. 1.189-1.193 (§ 9 UWG Rdn. 1.36-1.45); OHLY, A., «§ 9», en PIPER, H. / OHLY, A. / SOSNITZA, O., *UWG – Kommentar*, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2010, p. 894 (Rdn. 15); KÖHLER, H., «Der Schadensersatz-, Bereicherungs- und Auskunftsanspruch im Wettbewerbsrecht», *NJW*, 1992, núm. 23, pp. 1.477-1.482 p. 1.479.

do; cfr., en el Derecho vigente, artículo 140.2 LPI; artículo 43.2 LM; artículo 66.2 LP; artículo 55.2 LPJDI; en su nueva redacción motivada por el artículo 13 Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

Ciertamente, la inserción de criterios restitutorios –como el de las ganancias obtenidas por el infractor y, sobre todo, el del precio de una hipotética licencia– dirigidos a computar abstractamente el daño sufrido por el titular de los derechos de propiedad intelectual o industrial presenta, como se detallará más adelante, un encaje difícil en el seno de una acción indemnizatoria; y, en efecto, la configuración de un criterio pensado para la reintegración de derechos –como lo es el de la regalía hipotética o precio que el infractor debería haber abonado al titular por el uso legítimo de su derecho de exclusiva– como un daño representa una confusión entre el Derecho de daños y el Derecho de enriquecimiento²⁷⁵. Pero ello no significa que el criterio del beneficio obtenido –cualquiera que fueran las razones que llevaron a su inclusión tanto en la doctrina jurisprudencial alemana de la *dreifache Schadensberechnung*, como en la de los legisladores comunitario²⁷⁶ o español²⁷⁷– represente el objeto habitual o natural de una acción de enriquecimiento; pues, como ahora se explica, mediante la restitución de ganancias no se cumple con la función primaria de la *condictio* por intromisión.

Precisamente, una de las contribuciones más relevantes de las reseñadas teorías diferenciadoras o tipológicas del Derecho del enriquecimiento ha consistido en resaltar las funciones de cada uno de los grupos de *condictiones*²⁷⁸; especialmente, para de esta manera precisar con cierta exactitud el alcance de la pretensión restitutoria para cada supuesto o tipo de enriquecimiento injustificado. En el caso de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno, su función primaria ha consistido –desde la aportación axial de VON CAEMMERER²⁷⁹– en, como se ha visto, conceder al titular de una posición jurídica exclusiva una pretensión para reintegrar en su patrimonio el provecho obtenido por el intromisor ilegítimo, siempre que dicho provecho hubiera sido asignado o atribuido en exclusiva por el ordenamiento a su titular²⁸⁰. De esta manera, se concibe

²⁷⁵ Vid. *infra* 6.2.

²⁷⁶ Cfr. artículo 13 Directiva 2004/48/CE.

²⁷⁷ Cfr. artículo 140.2 LPI; artículo 43.2 LM; artículo 66.2 LP; artículo 55.2 LPJDI.

²⁷⁸ Vid. *supra* II.

²⁷⁹ Vid. «Bereicherung und...», cit., pp. 353-360.

²⁸⁰ Vid., de nuevo, sobre la función reintegradora de la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 88-93 y 106-110; LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 130; SCHLECHTRIEM, P., *Schuldrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 310 (Rdn. 745);

un mecanismo de protección y reintegración de los derechos subjetivos absolutos o posiciones jurídico-subjetivas análogas, por medio del cual el titular del derecho usurpado puede exigir al usurpador la restitución del valor de mercado de los derechos o facultades usurpados, esto es, un valor que el ordenamiento jurídico había asignado en exclusiva al titular.

Así, el ordenamiento, al reconocer a una determinada persona un derecho subjetivo absoluto, concede a ésta la facultad de excluir a los demás de la situación de poder delimitada por dicho derecho; con la consecuencia de que cualquier tercero que pretenda explotar económicamente dicho derecho deberá recabar la autorización del titular. Ello obligará a las partes, a su vez, a negociar dicha autorización, con especial consideración al precio de dicha autorización; que, usualmente, vendrá fijado por el valor mercado del uso objeto de la negociación. En el momento en que un tercero explota de forma no autorizada un derecho ajeno, se produce una disfunción en las normas de atribución de bienes diseñadas por el ordenamiento; pues aquel tercero pretende escapar del cauce negociador y del precio de mercado impuestos por la decisión del ordenamiento de proteger a una persona con un derecho subjetivo absoluto o con una posición jurídica de contenido análogo. Por ello, al ordenamiento le interesa arbitrar un mecanismo para reconducir al usurpador a aquella negociación y a aquel precio de mercado de los que pretendía escapar; un mecanismo, pues, consistente en reconstruir la situación como si las partes hubieran acordado de forma negociada el uso en cuestión y que, de esta manera, cumplan el cauce previsto por el ordenamiento mediante su sistema de atribución de bienes en exclusiva.

Desde esta lógica exclusivamente reintegradora, se comprenderá el muy difícil encaje que tiene la restitución de las ganancias obtenidas por el intromisor en el objeto de la *condictio* por intromisión en derecho ajeno²⁸¹. El objeto de la pretensión restitutoria debe limitarse, desde esta aproximación, a reintegrar en el patrimonio del titular del derecho usurpado aquello que, precisamente, el ordenamiento le había atribuido en exclusiva. Y es evidente que cuando un ordenamiento asigna en exclusiva a una persona una

CANARIS, C.W., «Der Vorrang...», cit., p. 1.119; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 89; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 194-195; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., p. 787; SIRENA, P., «La restituzione...», cit., p. 83.

²⁸¹ Vid., en general, sobre ello, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 88-100; SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus...», cit., pp. 458-459; LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 277-280; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 133-134 y 136-137; DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 380-381; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 900-910; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 879-881.

posición jurídica absoluta sobre un bien no atribuye o garantiza a esta persona unas ganancias; sino que, simplemente, le atribuye una posibilidad de obtener ganancias mediante la facultad jurídica de explotar por sí mismo o por medio de un tercero el bien en cuestión²⁸². Así, si un tercero explota de forma no autorizada un derecho ajeno y obtiene, por medio de este acto ilícito, ganancias, no usurpa al titular dichas ganancias; sino que lo que le usurpa es la posibilidad de obtenerlas; por lo que lo que el intromisor ilegítimo debe, en concepto de enriquecimiento, al titular del derecho es cabalmente el valor de uso del derecho o facultad infringidos.

Como se comprenderá, la decisión de un ordenamiento –como, p. ej., el español– de reconocer, bajo determinados requisitos, al creador de una invención un derecho subjetivo absoluto sobre ella (derecho de patente); o la de reconocer al creador de una obra intelectual (expresión formal y original de la creatividad humana) un derecho de explotación sobre esta obra (derecho de autor); o la de reconocer a la persona física, por el mero hecho de serlo, un derecho absoluto sobre el uso de su imagen (derecho de imagen), etc. no garantizan que el titular de estos derechos obtenga unas ganancias por el uso de sus actividades inventivas o creativas, o por el uso de su imagen. Pero sí le garantizan una posibilidad de usar o explotar el objeto de sus derechos en exclusiva; por lo que si un tercero usa o explota de forma no autorizada dicho bien, estará obligado a restituir al titular el valor de mercado del uso o explotación del derecho. Como explica con rigor Basozábal, al reseñar la función reintegradora de la *condictio* por intromisión, «(l)a ganancia es el resultado de un proceso mucho más complejo que el simple ejercicio de la facultad usurpada e incluye el desarrollo de otras facultades propias como el esfuerzo, la iniciativa, la asunción de riesgo, la estrategia y la pericia de aquel que pretende obtenerla. (...). El titular de la cosa sólo tiene derecho a exigir el precio de la licencia de explotación de la cosa y no la ganancia del intromisor, porque sólo aquélla le corresponde como valor de reintegración de su derecho²⁸³».

Por todo ello, los análisis más precisos de las funciones y alcance de la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno suelen limitar su objeto a la restitución del valor de uso, es decir, al precio por el cual el titular hubiera autorizado al intromisor el uso o explotación litigiosa²⁸⁴. No obstante, diversas propues-

²⁸² *Vid.*, así, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 906; en una línea parecida, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 723-724.

²⁸³ *Cfr. Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 92.

²⁸⁴ *Vid.*, en la doctrina alemana, LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 136-137; «Bereicherungsansprüche im Wettbewerbsrecht», *WRP*, 1997, núm. 10, pp. 913-918 (IV y nota 42); SACK, R., «Die Lizenzanalogie...», cit., pp. 380-383; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 904-910; HEFERMEHL, W. / KÖHLER, H. / BORNKAMM, J., *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, cit., p. 1.202 (§ 9 UWG Rdn. 3.4.); KRA ER, R., *Patentrecht*, cit., p. 866; ROGGE, R. / GRABINSKI, K., «§ 139», cit., pp. 1.427 (Rdn. 85);

tas doctrinales tratan de matizar este punto de partida, admitiendo –probablemente, desde la idea de que no resulta *justo* o *eficiente* que el intromisor ilegítimo no esté obligado a restituir las ganancias obtenidas mediante un acto ilícito– en determinados casos, especialmente en el caso de intromisores de mala fe, que la acción de enriquecimiento por intromisión comprenda dichas ganancias.

Estos intentos son especialmente intensos en Derecho alemán²⁸⁵. En éste, la configuración moderna de la *Eingriffskondiktion* como un instrumento de protección y reintegración de los derechos subjetivos con contenido de atribución llevó –de la mano del luminoso trabajo de Von Caemmerer– a reducir el objeto de dicha acción al valor de uso del derecho usurpado; entendiendo de forma objetiva el concepto de *valor* del § 818 II BGB, y negando, en consecuencia, que las ganancias pudieran integrarse en la pretensión restitutoria²⁸⁶. Sin embargo, los intentos por integrar en la pretensión de enriquecimiento las ganancias obtenidas por el intromisor han ido reiterándose bajo diversos argumentos. Por lo pronto, los seguidores de las teorías de la antijuricidad –es decir, aquellas según las cuales el criterio determinante de la obligación de restituir el enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno es el carácter ilícito o antijurídico de esta intromisión– consideraron, lógicamente, que el objeto de la pretensión restitutoria viene integrado por todo aquello que se ha obtenido ilícitamente²⁸⁷. Pero incluso desde la más refinada teoría de la atribución, se ha tratado de integrar la restitución de las ganancias a la *condictio* por intromisión. Así, por un lado, un grupo de autores²⁸⁸ sugiere una concepción subjetiva del concepto de *valor* del § 818 II BGB, que se centre en el patrimonio del deudor de la obligación restitutoria y que determine aquello que, en concreto, ha obtenido por la intromisión dicha persona; señalando, además, que la admisión de la restitución de las ganancias por medio de la acción de enriquecimiento se justifica por la distribución del riesgo en la obligación restitutoria, así como bajo el argumento de que si en el objeto de la obligación restitutoria primaria del § 818 I BGB no solo se

SCHACK, H., *Urheber- und...*, cit., pp. 387-388 (Rdn. 809). En la portuguesa, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 880-881.

²⁸⁵ Vid. un resumen de estas posiciones en ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 900-904; LIEB, M., «§ 818», en VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2004, pp. 1.413-1.414 (Rdn. 20-21); LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 136-137.

²⁸⁶ Cfr. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 359-360; más recientemente, entre otros, SCHWAB, M., «§ 818», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2009, pp. 1.586 y 1.591 (Rdn. 79 y 95).

²⁸⁷ Vid., así, p. ej., SCHULZ, F., «System der...», cit., pp. 428-430. Un planteamiento parecido es insinuado, entre nosotros, por ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 185-190, esp., p. 190, bajo el concepto de «enriquecimiento obtenido mediante acto ilícito».

²⁸⁸ Vid. ESSER, J. / WEYERS, H.L., *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 2, 8.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2000, p. 96 (§ 51 I 1 [f]) y p. 103 (§ 51 I 4 [c]); WESTERMANN, H.P. / BUCK-HEEB, P., «§ 818 BGB», en WESTERMANN, H.P. (Hrsg.), *Ermann Bürgerliches Gesetzbuch*, II, 12.^a ed., Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, p. 3.403 (Rdn. 17-18). Vid. más referencias sobre estas propuestas en ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 902.

incluye –según interpretación mayoritaria– el *commodum representationis*, sino también el *commodum ex negotiatione*, la obligación de restitución del valor *ex* § 818 II BGB también debería interpretarse de forma extensiva para incluir las ganancias obtenidas por el intromisor. Por otro lado, otro sector doctrinal intenta concebir –manteniendo una interpretación objetiva del concepto *valor*– las ganancias ilícitamente obtenidas mediante la intromisión como un fruto que pertenece al titular del derecho²⁸⁹. Por su parte, la jurisprudencia ha negado que la *condictio* por intromisión pueda comprender la restitución de las ganancias obtenidas por el intromisor, *vid.* BGH 24-XI-1981²⁹⁰: la empresa A, dedicada a la fabricación y distribución de ventanas, comercializó marcos para ventanas utilizando un dispositivo de material plástico que se encontraba protegido como modelo de utilidad a favor de B. En su acción de enriquecimiento, B exigía a A la restitución de las importantes ganancias obtenidas mediante la comercialización de los marcos; pretensión que es desestimada por el BGH, al entender que la acción de enriquecimiento se limita al precio de la licencia hipotética, esto es, la remuneración que B hubiese exigido a A por la explotación de su modelo de utilidad. En el mismo sentido, se pronuncia la BGH 18-XII-1986²⁹¹.

A todo ello, conviene advertir que, en Derecho alemán, la restitución de las ganancias obtenidas por el intromisor encuentra un fundamento normativo claro, en primer lugar, en la regulación de la gestión de negocios ajenos sin mandato (§§ 687 II, 681 y 667 BGB); siempre que el intromisor o gestor haya interferido en la esfera jurídica del titular del derecho de mala fe²⁹². En segundo lugar, también se argumenta que la posibilidad de agravar la responsabilidad del deudor de la obligación de restituir el enriquecimiento que incurre en mala fe (conocimiento de la ausencia de causa, §§ 819 I y 818 IV BGB) puede conectarse con la obligación de restituir el *commodum ex negotiatione* [§ 285 BGB (antiguo § 281 BGB)], esto es, la obligación del deudor de restituir el valor del bien obtenido –mediante un negocio jurídico con un tercero– como subrogado de la obligación que ya no puede ser cumplida²⁹³. La lógica de estos postulados normativos se ha tratado de trasladar en el ámbito de la acción de enriquecimiento, considerándose, así, que el intromisor de mala fe está obligado a restituir las ganancias obtenidas; mientras que el de buena fe solo respondería por el valor

²⁸⁹ *Vid.* BRANDNER, H.E., «Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb», *GRUR*, 1980, núm. 5, pp. 360 y ss. *Vid.* Más referencias, en ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 902-903.

²⁹⁰ Caso *Kunststoffhohlprofil II*, *GRUR*, 1982, núm. 5, pp. 301-305.

²⁹¹ Caso *Chanel No. 5 I*, *GRUR*, 1987, núm. 8, pp. 520-524.

²⁹² Sobre la aplicación de este régimen normativo en el campo de las intromisiones dolosas en los derechos de la personalidad, *vid.* SCHLECHTRIEM, P., «Anmerkung zu BGH 15.11.1994», *JZ*, 1995, núm. 7, p. 364; RIXECKER, R., «Das allgemeine...», cit., p. 335 (Rdn. 251); EHMANN, H., «Anhang zu § 12», en WESTERMANN, H.-P. (Hrsg.), *Ermann Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 12.^a ed., Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, pp. 125-126 (Rdn. 361-367).

²⁹³ *Cfr.* LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 277-280; CANARIS, C.W., «Bereicherung aus...», cit., pp. 92 y 94-96.

de uso²⁹⁴. Estas interpretaciones –que, en el fondo, parecen justificarse más por razones preventivas o punitivas, es decir, de política jurídica, que por cuestiones dogmáticas²⁹⁵– han sido, no obstante, criticadas –si bien con poca convicción– por desdeñar las diferencias entre la gestión de negocios ajenos y el Derecho del enriquecimiento y, en especial, por introducir un elemento subjetivo en una acción –la de enriquecimiento– insensible a cualquier reproche sobre la conducta del intromisor²⁹⁶.

En el Derecho español, la idea de agravar la obligación restitutoria del intromisor en los casos en los que éste usurpó el derecho o las facultades ajenos de mala fe también ha tenido cierta acogida. Así, se trata de defender que, en estos casos, la obligación de restituir el enriquecimiento no se limitaría al valor de uso del derecho (al precio de una hipotética licencia); sino que incluiría las ganancias obtenidas por el intromisor. Se trataría, en realidad, de establecer una excepción a la regla restitutoria y reintegradora usual de la *condictio* por intromisión para los casos de dolo o culpa grave del intromisor.

Una aceptación –algo matizada– de esta aproximación se encuentra en BASOZÁBAL ARRÚE²⁹⁷. Para este autor –que encaja elegantemente la mejor doctrina alemana sobre la función de la *condictio* por intromisión en Derecho español por medio de una interpretación en clave reintegradora de la obligación de restituir los frutos percibidos (art. 455 CC) por parte de todo poseedor no privilegiado por la singular norma del artículo 451 CC²⁹⁸–, el objeto de esta acción se limita, en buena lógica, a «la restitución del valor de uso de la cosa fructífera²⁹⁹»; lo que se traduce –«(e)quiparando “frutos percibidos” a “valor de goce de la cosa usurpada³⁰⁰”– a la restitución del precio que el mercado hubiera exigido para legitimar la conducta intromisiva³⁰¹». Ahora bien, el propio BASOZÁBAL –al hilo de la doctrina alemana que trata de dar relevancia a la conducta dolosa del intromisor para agravar la obligación restituto-

²⁹⁴ Vid., así, LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 280; CANARIS, C.W., «Bereicherung aus...», cit., pp. 91-98; DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 390-392.

²⁹⁵ Así se lo parece, también, a BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 97. No deja de ser significativo que LIEB [«§ 818», cit., p. 1.413 (Rdn. 181) nota 34] afirme, con desparpajo, que, en Derecho alemán, está claro que el intromisor de mala fe está obligado a restituir las ganancias obtenidas, y que lo único que es discutible es el *Anspruchsgrundlage* (esto es, el fundamento normativo) de esta pretensión. Sorprende, pues, que el rigor que suele caracterizar a la doctrina alemana para determinar el fundamento normativo de toda pretensión se relaje aquí para garantizar –ante todo y a modo de petición de principio– una decisión de política jurídica.

²⁹⁶ Vid., así, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 907-909.

²⁹⁷ Vid. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 88-100, 263-267 y 331.

²⁹⁸ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 246-262, 264 y 331.

²⁹⁹ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 263.

³⁰⁰ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 265.

³⁰¹ Cfr. *ibid.*

ria³⁰²— termina por considerar que, en Derecho español, puede entenderse que, en «*supuestos de verdadera y probada mala fe (dolo) del intromisor*³⁰³», el artículo 455 CC no debe interpretarse en clave reintegradora —es decir, entendiendo, como se ha visto, que el concepto de *frutos percibidos* signifique *valor de uso*—; sino que, excepcionalmente, puede considerarse que estos *frutos percibidos* se refieren a la ganancia neta obtenida por el intromisor³⁰⁴. No obstante, conviene matizar el alcance de la solución de este autor y, en todo caso, contextualizarla en el marco de sus tesis generales. En primer lugar, Basozábal no olvida en ningún momento —algo que no siempre es claro en la doctrina alemana— que la introducción de la obligación de restituir las ganancias obtenidas en el marco de la acción de enriquecimiento injustificado responde a una finalidad preventiva o punitiva; sin ninguna relación, pues, con la función reintegradora característica de esta acción³⁰⁵. Por ello, la admisión de esta solución en este autor se produce de una forma claramente excepcional o «*extraordinaria*»³⁰⁶; y, más bien, por una razón coyuntural: en efecto, para Basozábal —asumiendo las ideas de Pantaleón³⁰⁷, ya reseñadas anteriormente—, «*es el derecho penal el que debe encargarse, al menos como punto de partida de la adopción de toda medida de carácter preventivo-punitivo*»; de manera que, mediante la inserción de la «*restitución de la ganancia*» en «*la figura del comiso penal*» se consigue de forma más coherente y más razonable —esto es, «*sin tener que otorgársela al sujeto pasivo de la intromisión*»— la finalidad de «*prevención y punición de determinadas conductas intromisivas*³⁰⁸». Pero, en el caso —más que previsible— de que el recurso a esta institución jurídico-penal «*demonstrase ser ineficaz o resultara gravemente entorpecido por la afluencia en masa de causas*», Basozábal admitiría que el Derecho privado realizara «*una labor que en principio escapa de sus funciones propias, y en la que deberá tomar todas las precauciones que su ámbito jurisdiccional permita*³⁰⁹». Así, en resumen, la extensión de la obligación restitutoria a las ganancias obtenidas por el intromisor doloso se presenta, en este autor, como una medida de carácter excepcional, sometida a importantes caute- las y con un tratamiento diferenciado en función de su carácter punitivo.

³⁰² Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 94-97.

³⁰³ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 267.

³⁰⁴ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 99, 267 y 331.

³⁰⁵ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., «*Método triple...*», cit., pp. 1.296-1.297, al afirmar que «*la de reintegración*» no es la función que se persigue con la restitución de «*(l)os beneficios que el infractor ha obtenido*», «*ya que la fuerza de atribución de éstos (de los derechos) no alcanza a los beneficios que terceras personas puedan haber obtenido con la utilización de los mismos*. La medida responde, en principio, a la punición de aquellas conductas cuyos autores merezcan ver frustrados los frutos de su esfuerzo, inversión e iniciativa»; también, *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 93-99.

³⁰⁶ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 98.

³⁰⁷ Vid. «*Art. 1.902*», cit., pp. 1.972-1.973; «*La Constitución, el honor y unos abrigos*», cit., pp. 1.690-1.691.

³⁰⁸ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 98.

³⁰⁹ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 99.

En cambio, para Portellano Díez³¹⁰, la admisión de la restitución de las ganancias en el seno de la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno se produce con un fundamento normativo y dogmático menos excepcional y, en cualquier caso, destinada a desempeñar un protagonismo mayor. Al igual que Basozábal, este último autor asume la mejor doctrina alemana sobre el encaje dogmático y funciones de la *condictio* por intromisión y, en consecuencia, admite tanto la teoría de la atribución, como la concepción objetivista que limita la pretensión restitutoria al precio de una hipotética licencia³¹¹. No obstante, este autor no ve incompatible la asunción de este punto de partida –por el cual, recuérdese, la acción de enriquecimiento por intromisión procede con independencia de la conducta culposa o no del intromisor– con la idea de dar relevancia a la imputación subjetiva (dolo o culpa grave del intromisor) a la hora de determinar el alcance de la pretensión restitutoria³¹². Así, sobre esta base, Portellano considera que «*el contenido de la restitución será el valor objetivo de mercado de lo obtenido, salvo que concurra un plus, un elemento adicional consistente en dolo o culpa grave del infractor, en cuyo caso podrá ser el beneficio del infractor*»³¹³. La propuesta de este autor –que tiene como finalidad última, como se detallará *infra* 6.2, caracterizar los dos módulos restitutorios de la acción indemnizatoria de la LP (regalía hipotética y ganancias) como una verdadera acción de enriquecimiento distinta de aquella³¹⁴– se fundamenta normativamente en los artículos 1.683 CC, 136.2 CCo y 455 CC; de los cuales pretende extraer una suerte de regla general por la cual el intromisor de mala fe no responde por el valor objetivo de mercado, sino por los beneficios obtenidos³¹⁵.

No obstante, el encaje de este planteamiento en el Derecho español resulta poco convincente; siempre que no se quiera recurrir –con Basozábal– a un planteamiento preventivo-punitivo de la *condictio* de intromisión. De las normas que inspiran la construcción de esta acción en el Derecho español, resulta difícil extraer un principio o norma por el cual el intromisor de mala fe esté obligado a restituir las ganancias obtenidas.

Como sostiene acertadamente Basozábal Arrúe, «*al contrario de lo que ocurre en derecho alemán, el ordenamiento jurídico español carece de un precepto que de forma expresa conceda la ganancia neta del gestor malicioso al dueño del negocio y (...) tampoco los otros preceptos que en nuestro Código civil contemplan supuestos intromisivos proporcionan una base normativa sólida para admitir*

³¹⁰ Vid. *La defensa...*, cit., pp. 163-167 y 184 y ss.

³¹¹ Cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 163-165.

³¹² Cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 165. Lo cual, ciertamente, parece del todo correcto, tal como ya había apuntado con anterioridad la doctrina alemana (*vid.*, p. ej., LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 129); y, entre nosotros, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 95.

³¹³ Cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 165.

³¹⁴ Cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 76-80.

³¹⁵ Cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 165-166.

*tal redistribución de la ganancia*³¹⁶». En efecto, la posibilidad – sugerida por cierta doctrina alemana– de construir una obligación de restitución del enriquecimiento que incluya las ganancias del intrusor en los supuestos de mala fe por coherencia o «*armonía*³¹⁷» con la regulación de la gestión de negocios ajenos sin mandato no puede admitirse en Derecho español. En éste, la posibilidad de construir una obligación de restituir provechos derivados de una actividad gestora en atención a la regulación del mandato (art. 1.720 CC) debe limitarse, en su caso, a la gestión de negocios propia –aquella derivada de un «*hecho lícito*» (cfr. art. 1.887 CC)–; sin que pueda extenderse, entre nosotros, a la gestión de negocios impropia³¹⁸. Mayores dificultades presenta todavía, la posibilidad de construir dicha restitución de ganancias desde la analogía –propuesta en Alemania por Canaris³¹⁹– con la norma de restitución del cómodo representativo en Derecho español; pues, existen diferencias sustanciales entre el artículo 1.186 CC y el § 285 BGB (antiguo § 281 BGB)³²⁰.

Por lo demás, la idea de PORTELLANO de fundamentar dicha solución en los artículos 1.683 CC, 136.2 CCo y 455 CC tampoco puede ser acogida sin graves reservas. Ciertamente, estos dos primeros preceptos establecen que las ganancias obtenidas por el socio civil o colectivo en virtud de la infracción de la obligación de no competir con su sociedad deben ser restituidas a ésta; e incluso parece posible relacionar dicha obligación restitutoria con una sanción típica en el ordenamiento societario español, por el cual la infracción del deber legal de no competencia conlleva la devolución del enriquecimiento³²¹. Ahora bien, intentar extraer de aquí una norma o principio genérico para tratar de cubrir todo grupo de casos intromisivos parece poco razonable³²²: resulta lógico que el

³¹⁶ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 97.

³¹⁷ Cfr. DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., p. 391.

³¹⁸ Cfr., con claridad, CARRASCO PERERA, Á., «Restitución de...», cit., pp. 138-141 y 145-147. Este mismo autor [vid. «Art. 135», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1.796-1.797] propone la aplicación de la acción de restitución en sede de gestión de negocios ajenos (en relación con el artículo 1.720 CC) en el campo del Derecho de autor, en las relaciones que se suscitan en torno a la pluriautoría y a la explotación de una obra en colaboración; es decir, casos –de nuevo– pensados para la gestión de negocios propia. MARTÍN CASALS, M. / RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal...», cit., p. 542, reseñan ahora –sin superarla– la objeción de CARRASCO.

³¹⁹ Vid. CANARIS, C.W., «Bereicherung aus...», cit., pp. 92 y 94-96.

³²⁰ Vid., sobre estas diferencias, CARRASCO PERERA, Á., «Restitución de...», cit., pp. 143-144; Díez-PICAZO, L., «*Commodum ex negotiatione*», cit., *passim*, esp., pp. 1.604-1.609. Para una introducción a la norma del § 285 BGB y su posible extensión al *commodum ex negotiatione*, vid. EMMERICH, V., *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6.ª ed., C.H. Beck, München, 2005, pp. 157-162, esp., pp. 160-161 (Rdn. 21).

³²¹ Vid., así, PAZ-ARES, C., «Art. 1.683», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. / Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. / BERCOVITZ R. / SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1.421-1.423.

³²² Advierten de ello, CARRASCO PERERA, Á., «Restitución de...», cit., pp. 137-138, esp., p. 138: «Debe, no obstante, ponerse cuidado en la extensión de las consecuencias de esta relación de fiducia a otros supuestos que no responden estrictamente a su esquema»; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 97-98 (nota 141): «Lo que está claro es que la restitución del enriquecimiento/ganancia puede jugar un papel en el ámbito de las violaciones de especiales deberes de concurrencia, pero de ninguna manera en cualquier supuesto de enriquecimiento injustificado».

socio industrial de una sociedad de abogados restituya a ésta –ya sea como enriquecimiento o como daño (lucro cesante)– las ganancias obtenidas por aquél en el ejercicio individual de la abogacía; pero lo es mucho menos que la empresa que comercializa camisetas con la imagen y el nombre de un futbolista esté obligado a restituir a éste los beneficios netos obtenidos por la comercialización ilícita³²³. En cuanto al recurso al artículo 455 CC, tampoco merece mayor aceptación. En realidad, este autor se limita, aquí, a asumir la interpretación de Basozábal, por la cual, y como se ha visto, aquel precepto constituye el fundamento normativo de una genérica acción de enriquecimiento por intromisión en el goce de cosa ajena; interpretando –de acuerdo con la función reintegradora que cabe predicar de esta acción en Derecho español– que, cuando la norma se refiere a los *frutos percibidos*, debe entenderse *valor de goce de la cosa usurpada*. Pero, aprovechando que Basozábal termina por admitir –más por razones de política jurídica, que exegéticas o dogmáticas, como se ha visto– una interpretación punitiva del artículo 455 CC –por la que *frutos percibidos* debe interpretarse como *ganancias obtenidas*– en aquellos casos de mala fe del intromisor, Portellano arrima el ascua a su sardina y da a entender que la idea de que el intromisor de mala fe responde por las ganancias es la solución normativa contemplada en el artículo 455 CC³²⁴. Sin embargo, deben señalarse las importantes diferencias entre ambas tesis. Basozábal, como se ha señalado, admite la restitución de la ganancia por medio de la *condictio* por intromisión como un supuesto claramente excepcional y singular: no solo porque esta posibilidad, debido a su carácter punitivo, «*debe reducirse a supuestos de verdadera y probada mala fe (dolo) del intromisor*»³²⁵, sino porque en caso de admitirse –cosa que el autor hace, pero sin demasiado entusiasmo, debido a su certera configuración del fundamento dogmático y funciones de esta *condictio*³²⁶–, Baso-

³²³ En realidad, la tesis de PORTELLANO DÍEZ –por la cual la acción de enriquecimiento por intromisión alcanza las ganancias obtenidas en los supuestos de intromisión de mala fe– parece presentarse con un ámbito amplio, extensible a intromisiones en cualquier derecho (al menos, a los derechos de propiedad intelectual e industrial). Sea como fuere –esto es, aun que su propuesta se limitara a la infracción del derecho de patente– no se acaba de aclarar la conexión entre los artículos 1.683 CC y 136.2 CCo y la relación jurídica-obligatoria (extracontractual) entre acreedor (titular del derecho infringido) y deudor (infractor) de la obligación de restituir el enriquecimiento. En p. 165, el autor se limita a decir que aquellos dos preceptos «se sitúan en una esfera muy próxima al tema que nos ocupa: el deber legal de no competencia»; dando a entender –lo cual no parece muy apropiado– que la estructura del deber de fidelidad de los socios o de los administradores de sociedades y, en concreto, el deber de no competencia que se desprende de aquél, puede extenderse en general al mercado de bienes inmateriales.

³²⁴ Cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 166.

³²⁵ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 267.

³²⁶ Sorprende, pues, que PORTELLANO [*La defensa...*, cit., p. 165 (nota 379)] considere que «una de las más notables aportaciones del trabajo de BASOZÁBAL» sea la de entender que, cuando concurre dolo en el intromisor, no se restituye el valor objetivo de mercado, sino la ganancia del infractor. Precisamente, BASOZÁBAL (*Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 98-100 y 331) admite tal posibilidad de manera ciertamente excepcional y, como hemos visto, por una razón coyuntural, consistente en que la institución del comiso penal no parece poder cumplir eficazmente su función preventivo-punitiva en el marco de las relaciones jurídico-privadas. En la medida en que, el Derecho vigente, como ha quedado dicho, reconoce, en el ámbito que nos ocupa, una acción de restitución o absor-

zábál considera que la obligación de restituir la ganancia debería tener, por su carácter punitivo, un régimen jurídico diferenciado de la obligación de restituir el enriquecimiento usual que nace de la intromisión en derecho ajeno³²⁷. En cambio, para Portellano, la acción de enriquecimiento dirigida a restituir las ganancias obtenidas por el infractor de un derecho de patente tiene un ámbito de aplicación –merced a dicha interpretación– ciertamente amplio³²⁸. No deja de ser significativo que si en el caso de Basozábal dicha acción solo procede en «*supuestos de verdadera y probada mala fe (dolo) del intromisor*»³²⁹, para Portellano se exige «*dolo o culpa grave del infractor*»³³⁰; lo que lleva a extender tal acción, p. ej., a los actos de intromisión de fabricantes e importadores de objetos patentados.

Y resulta oportuno insistir en esta falta de fundamento normativo y dogmático convincentes para admitir, en Derecho español, la restitución de ganancias bajo una acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno; pues, de otro modo, se corre el riesgo de que la utilidad de esta acción como instrumento de protección y de reintegración de derechos subjetivos absolutos o posiciones jurídicas de contenido análogo pase inadvertida en la práctica de los tribunales; diluyéndose, de esta manera, en aquella concepción unitaria y poco elaborada por la cual la acción de enriquecimiento tiene por objeto la restitución de ganancias.

Vid., así, p. ej., STS 29-XII-2006 (*autocares*), donde se estima la acción de enriquecimiento (*ex* antiguo art. 18.6 LCD [hoy art. 32.1.6.^a LCD]) de una compañía de transporte de pasajeros por carretera frente a una competidora que, aprovechando que su trayecto coincidía parcialmente con el de aquélla, infringió su posición jurídica exclusiva al recoger pasajeros en los tramos cubiertos por la concesión administrativa de la primera compañía. El TS, casando la decisión de la AP, estima la acción de enriquecimiento por las ganancias obtenidas por la compañía infractora de la exclusiva; sin reparar, al parecer, en que dichas ganancias –las consistentes en «el importe del billete de aquellos usuarios que fueron transportados por la demandada con infracción de la exclusiva» (cfr. FJ 13)– ya habían sido *restituidas* en concepto de indemnización por el lucro cesante *ex* artículo 18.5 LCD [cfr. Fallo 2.A.3 (a) y (b)]. En todo caso, el TS explica claramente que el objeto natural de la *condictio* del artículo 18.6 LCD (32.1.6.^a LCD) viene constituido por el beneficio obtenido por el infractor: «*la pretensión de enriqueci-*

ción de las ganancias en el artículo 9.2 d) LO 1/1982, cabe pensar que esa aparente necesidad preventivo-punitiva ya será cumplida por esta acción y, por lo tanto, la *condictio* por intromisión debería dejar de ser apta, en la lógica de este último autor, para restituir ganancias.

³²⁷ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 99-100.

³²⁸ *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 166 y 184.

³²⁹ Cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 267.

³³⁰ Cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 165.

miento se dirige a reintegrar al titular el provecho económico obtenido indebidamente por el autor de los actos de competencia desleal, pues la Ley de Competencia Desleal ha recogido una conditio por intromisión. La reparación del daño, en que se comprende el lucro cesante, trata de reponer el menoscabo sufrido, mientras que la pretensión de enriquecimiento intenta transferir al actor la ganancia conseguida por el competidor desleal, esto es, todo el valor obtenido como consecuencia de los actos de competencia desleal, aun cuando hay que evitar, en efecto, la duplicidad indemnizatoria» (FJ 14).

Un ejemplo todavía más claro puede verse en el caso ya visto de *Elle c. Interviu* [SJMER Barcelona núm. 2 25-IV-2008 / SAP Barcelona (Secc. 15.^a) 17-XI-2009], en el que la pretensión de restitución de dichas ganancias fue fundada, en la demanda, bajo el antiguo artículo 18.5 LCD (hoy art. 32.1.5.^a LCD), es decir, como una acción indemnizatoria por los daños causados por el acto desleal; lo que fue corregido por el JMER en los siguientes términos: «dado que (...) en la demanda se determina la cantidad reclamada a partir de los beneficios obtenidos por las demandadas, la acción que se ejercita, en definitiva, es la del enriquecimiento injusto del apartado sexto del artículo 18. Al amparo de dicha norma se autoriza al demandante a reclamar todo el provecho económico obtenido por un tercero a costa del propio actor» (FJ 12).

De esta manera, y en ausencia de un fundamento normativo claro en Derecho español que permita extender el alcance de la pretensión restitutoria a las ganancias obtenidas por el intromisor, la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno –en tanto que acción construida desde la teoría de la atribución y con una función reintegradora³³¹– debe limitarse, en Derecho español, a la restitución del valor de uso del derecho o facultad infringidos³³². Claro está que, por razones de política jurídica, puede que interese, en determinados supuestos –como, por ejemplo, en los que el intromisor actuó de mala fe–, que éste resulte obligado a restituir las ganancias obtenidas por la intromisión. Ahora bien,

³³¹ Algo, indiscutible, al menos desde la acción del artículo 32.1.6.^a LCD, cfr., de nuevo, PAZ-ARES, C., «La indemnización...», cit., p. 1.819; MASSAGUER, J., *Comentario a...*, cit., p. 549.

³³² En alguna modalidad de *conditio* por intromisión, como p. ej., la derivada de disposición (eficaz) ajena, puede argumentarse –desde unos sólidos fundamentos normativos en el CC español (cfr. BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 295-299) y desde una cierta coherencia y razonabilidad– que la medida restitutoria de la acción de enriquecimiento del titular privado de la cosa por la intromisión (disposición eficaz a favor de causahabiente del intromisor) contra éste no se concrete en el valor de mercado de la cosa objeto de la disposición indebida (pero eficaz), sino en el precio obtenido por el intromisor por la enajenación de la cosa. Nótese que, en este caso, no obstante, no aparece ningún prurito preventivo o punitivo, ni tampoco de redistribuir equitativamente ganancias; sino simplemente se trata de un expediente para facilitar la eficacia restitutoria de la acción, mediante una suerte de liquidación abstracta del enriquecimiento; facilitando la concreción del valor de mercado de la cosa (*vid.*, así, BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 296).

ello no significa –acaso haya que insistir en ello– que este designio deba ser asumido por la acción de enriquecimiento³³³. Así, en primer lugar, puede entenderse que si la necesidad de instrumentalizar un remedio de naturaleza privada de restitución de ganancias solo reside en la idea de, desde una lógica preventiva o punitiva, extraer o expropiar unas ganancias ilícitas –pero sin que sigamos sin encontrar un argumento jurídico de peso por el que dichas ganancias deban revertir en el patrimonio del titular del derecho–, la solución *de lege ferenda* se encamina, más bien y como se ha apuntado ya, a la construcción de una acción de Derecho privado *sui generis* –es decir, ni indemnizatoria, ni de enriquecimiento– dirigida a condenar al intromisor a entregar el beneficio neto obtenido por la intromisión ilícita a la Hacienda Pública³³⁴. En segundo lugar, tampoco debe perderse de vista que, en algunos casos, la restitución de ganancias obtenidas por el intromisor puede encontrar un sencillo acomodo en la acción indemnizatoria; entendiéndose que, en determinados actos ilícitos, las ganancias obtenidas por el infractor equivalen al daño (lucro cesante) experimentado en el patrimonio del titular del derecho infringido.

Lógicamente, esta identidad entre ganancias del intromisor y lucro cesante del titular solo ocurre en casos muy concretos³³⁵; como, p. ej., los caracterizados por Carrasco Perera³³⁶ como de «*bilateralización del lucro cesante*», es decir, supuestos en los que «*la concurrencia de actividades económicas no diferenciadas entre sujetos en conflicto*» conlleva, usualmente, a que «*el lucro cesante del actor [sea] tendencialmente equivalente al lucro obtenido por el infractor*»; o, en otras palabras, «*la competencia entre ellos hace suponer que la pérdida del uno es la ganancia del otro*³³⁷». En este sentido, puede verse la STS 7-VII-2009³³⁸, donde se asume el planteamiento de la instancia, según el cual, en un caso de ilícito concurrencial por infracción del artículo 11 LCD, «*es claro que el descenso de ventas de uno implica las ventas por el otro, que se ha introducido, en aquel momento, en el mercado*» (FJ 3).

Así, en nuestro objeto de estudio, si, p. ej., A (una de las dos únicas fundaciones dedicadas exclusivamente en el territorio español a la recaudación de fondos para la investigación de una deter-

³³³ Al igual que tampoco es imprescindible que esta función sea asumida por la acción indemnizatoria del daño moral, como hace el ordenamiento alemán –y hacia el ordenamiento positivo español al amparo del antiguo artículo 9.3 III LO 1/1982– en relación con los derechos de la personalidad incorporal, como se ha apuntado.

³³⁴ El modelo normativo de esta acción podría ser, como se ha visto, el § 10 UWG. Por ello, la acción del artículo 9.2 d) LO 1/1982 no resulta tampoco convincente.

³³⁵ Cfr. MASSAGUER, J., *Comentario a...*, cit., pp. 547-548.

³³⁶ *Vid.* «Art. 135», cit., p. 1.796

³³⁷ *Vid.*, en un sentido parecido, PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 105 y ss.; DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 274 y ss., esp., p. 291.

³³⁸ Caso *exprimidores*, RJ 2009/4328.

minada enfermedad) explota de forma no autorizada la imagen del artista *C*, quien previamente había concedido *ex* artículo 2.2 LO 1/1982 una autorización a *B* (la otra fundación con la misma actividad) para utilizar la imagen de *C* en una campaña publicitaria de recaudación de fondos, muy probablemente *B* dispondrá de una pretensión indemnizatoria contra *A* (por los daños derivados de la confusión generada respecto al origen fundacional de la campaña); y ello, no solo por el daño emergente (costes de sustitución de la campaña y costes de persecución del ilícito, p. ej.), sino también por su lucro cesante (las ganancias obtenidas por *A* con su campaña en la que utilizaba de forma no autorizada la imagen de *C*). Y piénsese que esta pretensión de *restitución de ganancias* no se concede como tal; ni en atención a la infracción de un derecho subjetivo absoluto titularidad de *B*³³⁹; ni tampoco con la finalidad de *absorber* los beneficios del infractor para satisfacer una pretendida finalidad preventiva de nuestro ordenamiento o para realizar una ofrenda floral a la eficiencia económica; sino sencillamente porque éste es el daño (concreto) ocasionado en el patrimonio de *B* (lucro cesante) derivado de la conducta negligente o dolosa de *A*.

5.2 La puesta en práctica del mecanismo de reintegración de la ventaja obtenida por el intromisor en el patrimonio del titular de los derechos a la intimidad y a la propia imagen: el precio de la autorización hipotética

La consideración de que la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno se limita a la restitución del valor de mercado del derecho o facultad usurpados resulta especialmente cierta en el ámbito de nuestro estudio, pues si hemos considerado, anteriormente, que el fundamento normativo de la *condictio* por intromisión en los derechos a la intimidad y a la propia imagen se encuentra en el artículo 9.2 a) LO 1/1982, debe recordarse que de lo que se trata es del «*restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos*»; esto es, y en la interpretación aquí propuesta, de reintegrar el derecho infringido mediante una acción por la cual el infractor debe al titular el precio que éste le hubiese exigido por la autorización (lícita) para la intromisión. En la medida en que en los casos de intromisión ilegítima en el goce de derechos subjetivos absolutos –como, por ejemplo, los derechos de la perso-

³³⁹ En la lógica descrita, *B* por la autorización obtenida por medio de *C* no ostenta una posición jurídica dotada de absolutidad (derecho subjetivo absoluto) sobre el uso de la imagen de *C*; pues, por medio del acto de disposición del derecho fundamental a la propia imagen (consentimiento o autorización *ex* art. 2.2 LO 1/1982), el titular no puede transmitir su derecho. En consecuencia, *B* no dispone, aquí, de las acciones de reintegración de la lesión de derechos subjetivos absolutos (inhibitoria, de remoción y de restitución del enriquecimiento injustificado); sino que debe limitarse, en su caso, a la acción indemnizatoria (*ex* art. 1.902 CC o art. 32.1.5.º LCD) para la defensa de sus intereses jurídicos patrimoniales.

alidad incorporeal— la ventaja patrimonial que el intromisor obtiene por el uso no autorizado presenta una naturaleza incorporeal, el mecanismo restitutorio exige una reconstrucción del contrato que las partes hubiesen hipotéticamente celebrado para llegar a la transferencia patrimonial producida por la intromisión³⁴⁰.

Debe precisarse que la utilización de este expediente para determinar el valor del enriquecimiento del intromisor no significa que el titular autorice al intromisor con efectos retroactivos; ni que las partes celebren un contrato con estos efectos³⁴¹. Por ello, el titular del derecho infringido, al ejercitar la acción restitutoria por el precio de la autorización hipotética, no renuncia a otras pretensiones que pueden derivarse de la intromisión ilegítima en su derecho de la personalidad (inhibitoria, de remoción o de indemnización por el daño moral o por el daño patrimonial).

El hecho de que la puesta en funcionamiento del mecanismo restitutorio de reintegración de la usurpación de derechos de la personalidad exija la reconstrucción ficticia de un contrato entre titular del derecho infringido e intromisor puede plantear problemas en aquellos supuestos en los que, a pesar de que este titular hubiese podido autorizar el uso ilícito —en ejercicio de las facultades positivas de su derecho—, resulta claro que esta persona no hubiese autorizado jamás al intromisor para el uso en cuestión o parecidos.

Un buen ejemplo de esta situación puede encontrarse, como hemos apuntado *supra* I, en el caso visto por la SAP Sevilla 2-VI-2011 (*Duquesa de Alba y A. Díez c. Sálvame*), donde los tribunales conocieron de una demanda por intromisión en el derecho a la intimidad (y en el derecho al honor) por la reproducción, durante la emisión de un reportaje en un programa de televisión, de una conversación telefónica privada e íntima, en la cual dos conocidos personajes públicos, se intercambiaban expresiones cariñosas y afectivas. Parece claro que, en este caso, los afectados no habrían tenido ningún interés en difundir públicamente —ni a cambio de precio ni gratuitamente— dichos mensajes. Recuérdese, en todo caso, que los afectados, en tanto que titulares de sus derechos fundamentales a la intimidad, podrían haber autorizado *ex artículo 2.2 LO 1/1982* la intromisión; es decir, podrían haber autorizado al programa de televisión —onerosa o gratuitamente— para la emisión de la conversación telefónica privada e íntima y, de esta manera, legitimar la intromisión en sus derechos a la intimidad personal.

Otros ejemplos pertinentes podrían encontrarse en el citado caso de la STS 7-VII-2004 (*Naomi Campbell c. Interviú*); o en el

³⁴⁰ Vid., así, LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 278; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 894; BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 90; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 168-169.

³⁴¹ Vid., así, PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 168; RIXECKER, R., «Das allgemeine... », cit., p. 334 (Rdn. 250).

caso visto por la STS 21-I-1988³⁴², en el que un actor y bailarín solicitó la protección de los tribunales frente al uso publicitario de su nombre artístico de forma no autorizada; dando a entender su radical oposición a que su identidad y sus prestaciones artísticas se vincularan a campañas publicitarias de naturaleza comercial.

En estos casos, pues, podría argumentarse que la falta de predisposición del titular a explotar económicamente su derecho o, simplemente, a autorizar para la intromisión producida impediría concebir la reconstrucción hipotética de un contrato entre las partes y, en especial, la fijación de un precio por el uso legítimo del derecho usurpado; con lo que, desde esta posición, la eventual acción de enriquecimiento que el titular del derecho de la personalidad (intimidad o imagen) ejercitara debería ser desestimada.

De hecho, ésta ha sido la posición defendida por la jurisprudencia alemana durante muchos años. En efecto, la admisión de una acción de enriquecimiento *ex* § 812 BGB por la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen en la BGH 8-V-1956 (*Paul Dahlke*) introdujo un remedio sencillo y razonable de protección de los derechos de la personalidad y mediante el cual los demandantes podían fijar con cierta seguridad la cuantía de la pretensión económica derivada de la lesión a su derecho de la personalidad; lo que motivó que las víctimas de una intromisión en estos derechos acudieran, con frecuencia, al expediente de la *Lizenzanalogie*, ya fuera como criterio de fijación abstracta del daño patrimonial sufrido o, en mejor lógica jurídica, como remedio restitutorio por el incremento patrimonial indebidamente obtenido por el intromisor ilegítimo. No obstante, el Tribunal Federal Supremo, en BGH 14-II-1958 (*jinete aficionado*)³⁴³, limitó esta posibilidad bajo el argumento de que, en aquellos casos en los que el titular del derecho no hubiera autorizado económicamente el uso por el que solicita la indemnización o la restitución, dicho titular no ha sufrido ningún daño patrimonial ni, en la lógica del enriquecimiento, tampoco se ha producido un desplazamiento patrimonial ni un empobrecimiento en su patrimonio. Esta doctrina ha sido reiterada, entre otras, por BGH 18-III-1959³⁴⁴: demanda de una cantante por la utilización de su nombre en un anuncio publicitario de una marca de desinfectantes para prótesis dentales; BGH 19-IX-1961³⁴⁵: utilización del nombre de un reputado profesor de Derecho eclesiástico para la promoción de plantas medicinales; son asimismo de interés, por su relato fáctico, OLG München 9-III-1995³⁴⁶: explotación no autorizada de la imagen de una modelo en un reportaje en el que se

³⁴² Caso *Antonio Gades*, RJ 1988/131.

³⁴³ En el caso, se trataba de la demanda de un empresario cervecero, cuya imagen captada durante el transcurso de un concurso de hípica fue explotada de forma no autorizada por una empresa farmacéutica para la campaña de un estimulante sexual.

³⁴⁴ Caso *Caterina Valente*, GRUR, 1959, núm. 9, pp. 430-435.

³⁴⁵ Caso *ginseng*, NJW, 1961, núm. 45, pp. 2.059-2.061.

³⁴⁶ Caso *Telefon-Sex-Foto*, NJW-RR, 1996, núm. 9, pp. 539-541.

da cuenta del negocio del sexo telefónico; y la ya citada AG Hamburg 4-XI-1990 (*Normalbürger*).

Probablemente por las autorizadas críticas lanzadas por la mejor doctrina alemana a este razonamiento –inspiradas en la idea de que la predisposición de la víctima de la intromisión a comercializar el uso litigioso es completamente irrelevante en sede de la acción de enriquecimiento³⁴⁷– la jurisprudencia parece querer olvidar aquella doctrina y, por consiguiente, prescindir de la exigencia del requisito de aquella predisposición para la estimación de la *Eingriffskondition* derivada de la intromisión en los derechos de la personalidad: *vid.*, así, un cambio de criterio explícito, y asumiendo el planteamiento doctrinal, BGH 26-X-2006 (*Oskar Lafontaine*)³⁴⁸.

En el campo del Derecho de autor –es decir, un terreno apto para que se reproduzcan las mismas objeciones para excluir la acción de enriquecimiento en aquellos casos en los que el titular de los derechos de explotación sobre la obra intelectual (el autor, esencialmente) no hubiese autorizado jamás la explotación litigiosa–, la doctrina alemana no duda en admitir, con prescindencia de esta cuestión, dicha acción de enriquecimiento³⁴⁹.

A pesar de que pueda parecer sugestiva, la idea de excluir la acción de enriquecimiento en aquellos supuestos en los que el titular del derecho de la personalidad infringido no hubiese querido de ningún modo autorizar el uso litigioso no resulta convincente. La función de la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno, como se ha visto, reside en erigirse en un instrumento de reintegración de un derecho subjetivo; esto es, de reintegrar en el patrimonio del titular del derecho infringido la ventaja patrimonial que el intromisor ha obtenido mediante la usurpación del derecho o facultad y que el ordenamiento, mediante el reconocimiento de un derecho subjetivo absoluto a aquel titular, había atribuido en exclusiva a éste.

Como señala Canaris, el Derecho del enriquecimiento no se ocupa de proteger a la persona frente a la minoración de su patrimonio, sino de restituir enriquecimientos; de ahí, pues, que sea irrelevante preguntarse si el titular del derecho hubiese aumentado su patrimonio de no haberse producido la intromisión de forma ile-

³⁴⁷ *Vid.*, entre otros, SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus...», cit., p. 464; «Privacy, Publicity and Restitution of Wrongful Gains...», cit., p. 6; *Schuldrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 399; CANARIS, C.W., «Gewinnabschöpfung bei...», cit., pp. 89-90; ULLMANN, E., «Persönlichkeitsrechte in Lizenz?», *AfP*, 1999, p. 212; GÖTTING, H.-P., «Die bereicherungsrechtliche Lizenz analogie...», cit., pp. 68-69; EHMANN, H., «Anhang zu § 12», cit., pp. 124 (Rdn. 355).

³⁴⁸ *Vid.*, ampliamente sobre la trascendencia de esta resolución al respecto, BALTHASAR, S., «Eingriffskondition bei unerlaubter Nutzung von Persönlichkeitsmerkmalen – Lafontaine in Webeannonce», *NfW*, 2007, pp. 664-666.

³⁴⁹ *Vid.* DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., p. 259; «§ 97», cit., pp. 1.361-1.362 (Rdn. 61); «§ 102a», en DREIER, TH. / SCHULZE, G., *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, 3.^a ed., C.H. Beck, München, 2008, pp. 1.429-1.433 p. 1.431 (Rdn. 4); WILD, G., «§ 97», cit., p. 1.887 (Rdn. 154).

gítima³⁵⁰. Así, no resulta correcto el planteamiento de la SAP Madrid (Secc. 9.ª) 12-IX-2005³⁵¹ para rechazar la acción de enriquecimiento de una mujer de notoriedad pública, cuya imagen en *top-less* fue publicada de forma no autorizada por la revista *Inter-viú*: «*ni puede ser dable hablar de enriquecimiento injusto, que requeriría, como la jurisprudencia tiene de continuo declarado, amén del enriquecimiento de una parte, el correlativo empobrecimiento de la otra, que obviamente no se aprecia*» (FJ 2). Ya se ha insistido antes debidamente en lo poco útil que resulta la aplicación de los requisitos tradicionales de nuestra jurisprudencia sobre la genérica acción de enriquecimiento –especialmente, el relativo al empobrecimiento– en el terreno de las intromisiones en el goce de un derecho subjetivo absoluto³⁵².

Que luego una persona no tenga interés, por razones de índole moral o de cualquier otro tipo, en explotar o rentabilizar el valor económico que el mercado asigna al objeto de su derecho es una cuestión irrelevante para el Derecho del enriquecimiento. Piénsese que, para éste, la disfunción que pretende corregir ya se ha producido: un valor económico (el uso comercial o publicitario de la imagen de una persona, la explotación económica de datos de su vida íntima) que, por virtud del reconocimiento por parte de un ordenamiento jurídico de unos derechos subjetivos absolutos (derecho a la imagen, derecho a la intimidad), está atribuido en exclusiva a su titular ha sido injustificadamente transferido al patrimonio de una persona, que no ha recabado la autorización de aquél. Por todo ello, el propio ordenamiento arbitra un remedio a disposición de los titulares de derechos para obtener la reintegración del valor patrimonial indebidamente transferido³⁵³; y piénsese que este mecanismo debe reconocerse con independencia de la predisposición que tenía el titular, con anterioridad a la intromisión, de legitimar por virtud del ejercicio de la autorización, la ventaja patrimonial generada injustificadamente por la usurpación; pues, desde la lógica del enriquecimiento, dicha disfunción –esto es, la obtención por parte del intromisor ilegítimo de una ventaja patrimonial generada injustificadamente por la usurpación del derecho, alterándose las normas de asignación de bienes diseña-

³⁵⁰ Cfr. LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 275; CANARIS, C.W., «Gewinnabschöpfung bei...», cit., p. 89; en el mismo sentido, GÖTTING, H.-P., «Die bereicherungsrechtliche Lizenzanalogie bei Persönlichkeitsverletzungen», en AHRENS, H.-J., / BORNKAMM, J. / KUNZ-HALLSTEIN, H.P. (Hrsg.), *Festschrift für Eike Ullmann*, Juris, Saarbrücken, 2006, pp. 68-69; SCHLECHTRIEM, P., *Schuldrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 339; EHMANN, H., «Anhang zu § 12», cit., pp. 124 (Rdn. 355).

³⁵¹ Caso *top-less Ibiza*, AC 2005/1847.

³⁵² *Vid. supra* II.

³⁵³ Huelga decir que el mismo ordenamiento dispone, para el caso de una infracción de un derecho subjetivo, de otras pretensiones de naturaleza distinta, como, p. ej., la inhibitoria, la de remoción o, fuera del ámbito de protección de los derechos subjetivos, la de resarcimiento de los daños causados.

da por el ordenamiento— se produce con prescindencia de dicho factor. Por las mismas razones, la alegación por parte del infractor del derecho de que no hubiese recabado jamás la autorización del titular es, en sede de la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno, del todo irrelevante³⁵⁴.

Así, en los casos de la SAP Sevilla 2-VI-2011 (*Duquesa de Alba y A. Díez c. Sálvame*), de la STS 7-VII-2004 (*Naomi Campbell c. Interviú*) y de la STS 21-I-1988 (*Antonio Gades*), los afectados por los usos no autorizados de datos de la vida privada, de la imagen y del nombre con finalidad comercial podrían haber ejercitado —además de las acciones inhibitorias, de remoción e indemnizatoria, en su caso— una acción de enriquecimiento contra las personas responsables del programa de televisión, de la revista y de la campaña publicitaria, y dirigida a reintegrar en su patrimonio el valor de mercado de aquellos usos. Asimismo, los demandados, frente a esta última acción, no podrían alegar que, de ningún modo, hubiesen recabado una autorización para estos usos, ni en consecuencia hubiesen remunerado al titular por esta autorización.

Por otro lado, la correcta determinación del precio de la autorización que el titular del derecho de la personalidad infringido y el intromisor hubiesen hipotéticamente acordado para la explotación del derecho o facultad en cuestión —como expediente para dilucidar el valor objetivo de mercado de este derecho o facultad— exige tener en cuenta una serie de parámetros y factores relevantes para esta reconstrucción³⁵⁵.

El recurrente recurso al criterio del precio de una hipotética licencia en el campo de la infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial, especialmente, del derecho de patente (ya sea como expediente de liquidación abstracta del daño o como pauta para fijar el enriquecimiento susceptible de restitución), ha permitido sistematizar los parámetros necesarios para proceder a esta reconstrucción hipotética³⁵⁶. Así, se destaca la conveniencia de

³⁵⁴ *Vid.*, así, desde el Derecho alemán, BGH 8-V-1956 (*Paul Dahlke*); DREIER, TH., «§ 97», cit., p. 1.362 (Rdn. 61); «§ 102a», cit., pp. 1.430 (Rdn. 4); «KUG §§ 33 ff.», cit., p. 1.629 (Rdn. 13); ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 895; SCHACK, H., *Urheberund...*, cit., p. 374 (Rdn. 780); HERTIN, P.W., *Urheberrecht*, cit., p. 225 (Rdn. 749).

³⁵⁵ *Vid.*, sobre ello, en general, MANKOWSKI, P. / SCHREIER, M., «Zum Begriff des Wertes und des üblichen Preises, insbesondere in § 818 Abs.2 BGB. Zugleich zur Verzahnung von Zivil- und Kartellrecht», *AcP*, 2008, pp. 725-776.

³⁵⁶ *Vid.*, sobre ello, BASOZÁBAL ARRÚE, X., «Método triple...», cit., pp. 1.294-1.295; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 169-172; DREIER, TH., «§ 97», cit., pp. 1.362-1.364 (Rdn. 62-63); WILD, G., «§ 97», cit., pp. 1.888-1.890 (Rdn. 155-159); ROGGE, R. / GRABINSKI, K., «§ 139», cit., pp. 1.418-1.422 (Rdn. 65-71); KRABER, R., *Patentrecht*, cit., pp. 858-861; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 894-899; TETZNER, V., «Der Verletzerzuschlag bei der Lizenzanalogie», *GRUR*, 2009, núm. 1, pp. 9-10; NIEDER, M., «Die Ansprüche aus der Patentverletzung», en ERDMANN, W. / ROJAHN, S. / SOSNITZA, O. (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts – Gewerblicher Rechtsschutz*, 2.ª ed., Carl Heymann, Köln, 2011, pp. 119-122 (Rdn. 492-504); centrado en el Derecho de marcas, GOLDMANN, M., «Die Berechnung des Schadensersatzanspruchs vor und nach Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie», *WRP*, 2011, pp. 955-957.

partir de una situación (ficticia) en la que el titular del derecho infringido –predisuesto a autorizar el uso en cuestión– y el infractor –igualmente predisuesto a obtener una autorización a cambio de un precio– hubiesen negociado y acordado diligentemente un precio para dicha autorización³⁵⁷. Asimismo, desde esta lógica, suelen señalarse las diferencias entre ese infractor (reconducido ficticiamente por exigencias de la mecánica restitutoria en una suerte de falso licenciatario o persona debidamente autorizada) y el auténtico licenciatario o beneficiario de la autorización del titular. Así, p. ej., se destaca que el precio de la licencia de aquél –*rectius*, la deuda de valor por la obligación (extracontractual) de restituir el enriquecimiento– deberá incluir, a diferencia del precio de la licencia de éste, los intereses devengados por dicha cuantía desde que hubiese sido regularmente abonada en el momento de la intromisión ilegítima³⁵⁸.

En concreto, en el campo de la infracción de derechos de la personalidad con contenido de atribución, será relevante, por de pronto, que el mismo uso litigioso o parecido hubiese sido anteriormente autorizado a cambio de una remuneración por el titular a favor de una persona distinta al infractor; con lo que, dicha remuneración pueda servir como base para calcular el precio de esta licencia o autorización hipotética³⁵⁹.

Vid., así, p. ej., en los tribunales alemanes, LG Hamburg 15-X-1993³⁶⁰: publicación no autorizada por parte de la revista *Super Illu* de unas fotografías de una conocida cantante semidesnuda. Las mismas fotografías habían sido publicadas anteriormente en la revista *Max*, en virtud de un contrato celebrado entre la editora de esta revista y la cantante. El tribunal, para medir el objeto de la acción de enriquecimiento ejercitada por la cantante contra la primera de las revistas, tiene en cuenta la remuneración otorgada por la primera publicación –no así otros contratos por los que la cantante había autorizado el uso de imágenes de naturaleza distinta–; si bien, el tribunal aplica una reducción respecto a esta remuneración, por tratarse, en el caso, de una segunda publicación. En la órbita de nuestros tribunales, *vid.* SAP Madrid

³⁵⁷ *Vid.* PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 169-170; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 877; ROGGE, R. / GRABINSKI, K., «§ 139», cit., pp. 1.477-1.478 (Rdn. 63-64); DREIER, TH., «§ 97», cit., p. 1.361 (Rdn. 61); WILD, G., «§ 97», cit., p. 1.888 (Rdn. 155); HERTIN, P.W., *Urheberrecht*, cit., p. 225 (Rdn. 748). Asumiendo este planteamiento, el art. VII. – 5:103 (1) de los *Principios Europeos del Enriquecimiento Injustificado* (cfr. VON BAR, C. / CLIVE, E. / SCHULTE-NÖLKE, H. (Ed.), *Principles, Definitions...*, cit., p. 324) establece que: «El valor pecuniario del enriquecimiento es la suma de dinero que dos operadores económicos con intención verdadera de comprometerse hubiesen acordado legítimamente como precio» (traducción propia).

³⁵⁸ *Vid.* BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 1.295; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 170-171; DREIER, TH., «§ 97», cit., p. 1.364 (Rdn. 63); «102a», cit., p. 1.431 (Rdn. 4); ROGGE, R. / GRABINSKI, K., «§ 139», cit., p. 1.422 (Rdn. 71).

³⁵⁹ *Vid.*, no obstante, MANKOWSKI, P. / SCHREIER, M., «Zum Begriff...», cit., p. 775.

³⁶⁰ Caso *Nena II*, AfP, 1995, núm. 2, pp. 526-528.

(Secc. 11.ª) 25-III-2009³⁶¹, que, ante la pretensión resarcitoria de un modelo por el uso no autorizado de su imagen en una campaña publicitaria, se tiene en cuenta, para calcular el *daño*, la remuneración acordada anteriormente por los tribunales en un caso similar entre las mismas partes litigantes, si bien se reduce dicha cuantía por la menor duración de la campaña publicitaria en el segundo caso. Resulta, asimismo, interesante reparar, a los efectos de la fijación del precio de una hipotética licencia en sede de la acción de enriquecimiento, en el relato fáctico de la SAP Málaga (Secc. 7.ª) 24-IV-2002³⁶²: reportaje publicado en la revista *Interviú* sobre los problemas de los transexuales destinados en las cárceles. Para ilustrar el reportaje, la revista utilizó la imagen de la demandante, funcionaria de prisiones de condición transexual. Ésta había autorizado, tiempo atrás, la utilización de su imagen y de la publicación de datos de su vida privada, al hilo de una entrevista en la que daba cuenta de las dificultades que su condición de transexual le había ocasionado en el ámbito profesional. La SAP destaca que cobró, por dicha entrevista, una cantidad de dinero. Después de que los tribunales acreditaron que, en efecto, la autorización dada para el uso de la imagen y datos de la vida privada de la demandante no amparaba su uso para el reportaje litigioso, declaran la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de aquélla, condenando a la editora de la revista a abonarle una indemnización de 1.000.000 ptas. / 6.010,12 € por el daño moral causado. Pues bien, con independencia de las acciones inhibitoria, de remoción e indemnizatorias³⁶³ que pudiera ostentar la demandante, ésta podría haber ejercitado una acción de enriquecimiento por intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la propia imagen *ex* artículo 9.2 a) LO 1/1982. Y a efectos de acreditar el objeto de esta última acción, parece razonable acudir al precio convenido por la editora de la revista y la demandante para el primer uso de la imagen de ésta; aunque, claro está, aplicando una corrección en función de las diferencias entre el primer uso (entrevista) y el segundo (reportaje).

Evidentemente, pues, hay que tener en cuenta, en esta tarea de determinación del precio de la autorización hipotética por referencia a otros usos autorizados, su diferente naturaleza y alcance, *vid.*, sobre ello, el interesante caso de la LG Berlin 19-II-2002³⁶⁴: una conocida actriz alemana celebró un contrato con la empresa titular de la revista *Playboy*, por el cual autorizaba a ésta la publicación de

³⁶¹ Caso *modelo cocinas*, JUR 2009/248336.

³⁶² Caso *funcionaria de prisiones transexual*, AC 2002/1269.

³⁶³ Es muy discutible que la demandante en el caso haya sufrido, por la segunda publicación no autorizada de su imagen y datos de la vida privada, un daño moral; o, cuando menos, que la indemnización de 6.010,12 € no lo sobrecompense. Aun entendiendo que la segunda publicación era ilegítima –por no estar amparada por la primera autorización, ni por un límite– y que, en consecuencia, existe lesión, como mínimo, del derecho fundamental a la propia imagen, es difícil creer que el reportaje causara a la demandante una repercusión psíquica negativa de entidad. Recuérdese que este dato no impediría –en el caso, reiteramos, que se considere que la segunda publicación era ilícita– que la demandante ejercitara pretensiones inhibitorias y de remoción; o, como se viene detallando, una restitutoria por el enriquecimiento injustificado.

³⁶⁴ Caso *Nina Bott*, AfP, 2004, núm. 5, pp. 455-457.

distintas fotografías en las que aparecía aquella desnuda o semidesnuda. El contrato incluía, asimismo, una cláusula por la que la actriz concedía en exclusiva a la revista la facultad de autorizar el uso de las imágenes con fines publicitarios en otras revistas; si bien, tal posibilidad se limitaba temporalmente a los dos días anteriores a la publicación del número de la revista *Playboy*. No obstante, el periódico *Bild* publicó dos de las fotografías en cuestión fuera del período autorizado; por lo que la actriz ejerció una acción de enriquecimiento injustificado (*ex* § 812 BGB) contra la empresa titular de este periódico; acción que es estimada, fijándose el valor monetario de la ventaja patrimonial indebidamente obtenida por la demandada en 5.000 €. De nuevo, si bien la remuneración obtenida por la actriz por la autorización a *Playboy* de las fotografías es una buena pauta para fijar el valor de mercado de las imágenes litigiosas, su utilización en el periódico debía de enmarcarse en un contexto algo distinto, lo que influye en la determinación del precio hipotético de la autorización.

No obstante, en la mayoría de casos, la reconstrucción hipotética del acuerdo al que hubiese llegado racionalmente el titular del derecho infringido y el intromisor se determinará recurriendo a las cuantías usuales y razonables existentes en el sector en el que se ha producido la intromisión. Así, la existencia de un mercado usual facilitará la fijación del precio de la licencia o autorización hipotética.

Así, p. ej., puede intuirse que las remuneraciones por la explotación autorizada de la imagen semidesnuda de modelos sin notoriedad pública en la portada y en las páginas de interior de la revista *Interviú* debe de estar lo suficientemente estandarizada como para que, en el supuesto de que la demandante en el caso de la SAP Barcelona (Sec. 11.^a) 8-IV-2003³⁶⁵ hubiese ejercitado –además (o en vez) de una adulterada pretensión indemnizatoria por el daño moral– un acción de enriquecimiento por intromisión, la determinación del precio de la licencia hipotética no hubiese planteado excesivos problemas. *Vid.*, así, desde los tribunales norteamericanos, *Whisper Wear, Inc. V. Morgan*, 627 S.E.2d 178 (2006): demanda de una modelo contra una empresa que comercializa dispositivos de aumento de pechos, por un anuncio en la que se utilizaba de forma no autorizada la imagen de aquella. Para valorar el *reasonable market value* de la modelo, se da validez, por parte de los tribunales, a la cifra propuesta por el agente de la modelo (25.000 USD), buen conocedor, al parecer, de los usos del sector; desde los alemanes, LG München I 13-III-2002³⁶⁶ / OLG München 2-VIII-2002³⁶⁷: utilización no autorizada de la imagen de un extenista profesional para un anuncio publicitario insertado en un periódico de difusión nacional. Sobre la base de un completo dictamen presentado en el proceso sobre los usos del sector publicitario en relación con el uso

³⁶⁵ Caso *concurso de belleza*, AC 2003/1612.

³⁶⁶ Caso *Boris Becker-Saturn*, ZUM, 2002, pp. 565-567.

³⁶⁷ Caso *Boris Becker-Saturn*, AfP, 2003, pp. 71-72.

de la imagen de celebridades, se fija la remuneración hipotética en el caso; si bien, reducida por el hecho de que el anuncio no genera la impresión de que el efigiado recomendará el producto (80.784,12 €); LG München I 22-II-2006³⁶⁸ (*Boris Becker-FAZ*) / OLG München 6-III-2007³⁶⁹: campaña publicitaria en la que se anuncia la inminente comercialización de la nueva edición y formato del *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, y en la cual se emplea la imagen de un extenista profesional. De nuevo, los tribunales acuden a un dictamen por el cual se determina la cantidad que razonablemente hubiese podido exigir el demandante por la autorización para el uso litigioso (1.200.000 €)³⁷⁰; en LG Düsseldorf 10-IV-2002³⁷¹, una prueba pericial determinó que el valor de mercado del uso publicitario del nombre de un conocido actor en un anuncio de *Deutsche Telekom* era de 61.355,03 €; en LG Frankfurt a.M. 12-III-2009³⁷², se presta particular atención a la duración y contenido de la campaña publicitaria en la que se utilizó de forma no autorizada la imagen de un futbolista para concederle a éste 30.000 €.

En algunos casos, puede suceder que no exista mercado usual o que la reconstrucción hipotética del precio se antoje difícil, por el escaso desarrollo de autorizaciones remuneradas en relación con determinados usos de la imagen u otros atributos de la personalidad incorporal.

Vid., así, p. ej., los casos vistos por la SAP Madrid 7-XII-2005 (*petardas*): digitalización y difusión de una fotografía de un matrimonio en el transcurso de una escena familiar en un portal de Internet de contenido pornográfico; por la SAP Murcia (Secc. 4.^a) 30-IV-2004³⁷³: utilización de la fotografía de una joven para ilustrar una noticia en la que se alerta de la comercialización de unos productos que provocan la anorexia; la joven, cuando anteriormente padecía dicha enfermedad, había autorizado a la editora para el uso de su imagen en un reportaje.

No obstante –y aun admitiendo su dificultad–, no debería renunciarse, ante el ejercicio válido de pretensiones de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos fundamentales de la personalidad incorporal en estos casos, a la fijación de una cantidad razonable que permita medir la ventaja patrimonial que el intromisor ha obtenido con la utilización comercial o publicitaria del signo característico del titular del derecho infringido. Cuestión distinta es que ese mercado no solo sea inusual, sino que además

³⁶⁸ Caso *Boris Becker-FAZ*, *AfP*, 2006, núm. 4, pp. 382-386.

³⁶⁹ Caso *Boris Becker-FAZ*, *ZUM-RD*, 2007, núm. 7, pp. 360-367.

³⁷⁰ La BGH 29-X-2009, caso *Boris Becker-FAZ*, *NJW-RR*, 2010, núm. 12, pp. 855-858 ha acordado la revisión del importe concedido al demandante a efectos de la determinación de la cuantía del procedimiento.

³⁷¹ Caso *Manfred Krug*, *AfP*, 2003, núm. 1, pp. 77-79.

³⁷² Caso *Jens Lehmann*, *NJOZ*, 2009, núm. 33, pp. 2.843-2.847.

³⁷³ Caso *anorexia*, *JUR* 2004/172444.

sea irrazonable acudir hipotéticamente a él para cuantificar el valor de mercado del uso de la personalidad incorporal litigioso³⁷⁴.

VI. DELIMITACIÓN RESPECTO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

6.1 La confusión entre remedios de reintegración del derecho lesionado y remedios de resarcimiento del daño causado

Tradicionalmente, la acción indemnizatoria ha funcionado como el instrumento central de defensa de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en Derecho español; lo que, muy probablemente, encuentre su explicación en la deficiente construcción dogmática y normativa de las acciones de reintegración del derecho subjetivo lesionado y en la lamentable confusión entre estas acciones y los remedios de resarcimiento del daño causado.

Ello puede observarse, por lo pronto, en el influyente trabajo de Salvador Coderch³⁷⁵. Este autor entiende –en significativo punto de partida– que *«los derechos al honor y a la propia imagen podían –y pueden– considerarse manifestaciones de un derecho general a la personalidad, supuestos concretos de un ilícito civil genéricamente contemplado en el artículo 1902 del Código civil (...)»*³⁷⁶; de ahí que no deba sorprender que, en otro momento de este trabajo, el mismo autor sostenga que *«(d)esde una perspectiva puramente civil, la acción derivada de la LO 1/1982 es, materialmente, una especificación de la acción general de responsabilidad civil derivada del artículo 1902 del Código civil. La especificación procede, en el caso del derecho español, del hecho de que el honor, la intimidad y la imagen constituyen el objeto de sendos derechos fundamentales. Por eso, su tutela está especialmente reforzada de dos maneras; una de naturaleza procesal, que permite el enjuiciamiento de los actos que los vulneran por un procedimiento preferente y sumario y otra de naturaleza estrictamente constitucional, que permite el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE)»*³⁷⁷. Como se comprenderá, la *perspectiva civil* no se limita a la reparación de daños, sino que, como venimos diciendo, comprende la asignación al titular del derecho subjetivo infringido de acciones de reintegración de su posición jurídica lesionada³⁷⁸.

³⁷⁴ Recuérdese, sobre la exclusión de la *condictio* en estos últimos casos, *supra* 3.2.3.

³⁷⁵ Vid. *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

³⁷⁶ Cfr. *El mercado...*, cit., pp. 23-24.

³⁷⁷ Cfr. *El mercado...*, cit., p. 117.

³⁷⁸ Esto es algo que, obviamente, no es ignorado por SALVADOR CODERCH, *vid.*, así, con posterioridad, y con mayor rigor, en SALVADOR CODERCH, P. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y Castigar...*, cit., pp. 38-42; pero nótese, asimismo, que el recurso a técnicas distintas de la responsabilidad civil (como p. ej., la *«acción declarativa»* o la *«acción*

Además, obsérvese que el reconocimiento –como sucede en el caso español– de unos derechos fundamentales sobre el honor, la intimidad y la propia imagen con vocación de ser directamente de aplicación en las relaciones entre particulares no puede contemplarse como un mero reforzamiento procesal de una acción de daños, sino, ante todo, como el reconocimiento –esto es, la asignación normativa (*ex constitutione*, en nuestro caso)– de unos derechos subjetivos absolutos sobre unos concretos bienes de la personalidad que confieren al titular un conjunto de pretensiones protectoras, que son objeto de desarrollo por la LO 1/1982. Por la misma razón, resulta criticable la posición de Rubio Llorente, quien –de nuevo, desde la errónea idea de que la protección de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen se consigue por medio de la reparación de daños– deja a entender que esta protección se podría obtener mediante «*las cláusulas generales del Código Civil sobre el derecho de daños*», prescindiendo perfectamente de una normativa protectora de derechos absolutos como la LO 1/1982³⁷⁹. Igualmente, para Díez-Picazo Giménez, los derechos de la personalidad son «*derechos absolutos o erga omnes, cuya infracción ha de repararse por vía de indemnización*»³⁸⁰.

En la misma línea, López Jacoiste ha afirmado que «*la reintegración del afectado por vulneraciones a los derechos de la personalidad constituye palpitante y extendido designio de las acciones de responsabilidad civil*»³⁸¹; algo que, ciertamente, se constata en su particular insistencia en ubicar los instrumentos de protección

negatoria) como «*instrumento de tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*» es presentado como algo novedoso, bajo un epígrafe titulado «*Algunas propuestas recientes*». Además, en p. 161, se considera el «*reconocimiento público de la violación del derecho de que se trate*» o «*la prestación de garantías de la abstención de futuras violaciones, etc.*» como «*medidas reparatorias*».

³⁷⁹ Cfr. RUBIO LLORENTE, F., «Jurisdicción constitucional y jurisdicción civil», en BASTIDA, F.J. (Coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, p. 54: «Es evidente que si el legislador de 1982 se hubiera ahorrado el trabajo de dictar esa ley, quizás para bien de todos, las señoras que, como la demandante del pleito de marras, sintieran violada su intimidad por la garrulería indiscreta de una "empleada del hogar", tendrían tantas posibilidades como hoy tienen de obtener una reparación, aunque naturalmente hubieran de apoyarse para lograrla en las cláusulas generales del Código Civil sobre el derecho de daños». Conviene recordar, no obstante, que si la demandante del caso Preysler (al que se refiere el autor) pudo obtener –de forma indiscutida– de los tribunales la cesación y la abstención de la explotación ajena de su intimidad e imagen fue, precisamente, gracias a la claridad con la que el artículo 9.2 LO 1/1982 –desarrollo del artículo 18.1 CE– reconoce, entre otras, unas acciones inhibitorias. Por lo demás, la existencia de un régimen jurídico específico de responsabilidad civil extracontractual en la LO 1/1982 ha respondido –en línea con los desarrollos experimentados en otras jurisdicciones– a la preocupación del legislador orgánico de otorgar una protección adecuada a los derechos fundamentales de la personalidad incorporada, por medio de la previsión de algunas especialidades –discutibles, claro está– respecto a la acción de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1.902 CC.

³⁸⁰ Cfr. *Sistema de...*, cit., p. 42.

³⁸¹ Cfr. «Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil», en VV. AA., *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VI, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, p. 539.

de estos derechos en la exclusiva órbita del Derecho de daños³⁸². Para ROJO AJURIA, «(l)a tutela civil del derecho a la intimidad va a jugar fundamentalmente en la reparación del daño causado, por lo tanto creo que bastaría, para evitar una "aplicación excesiva" de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, la aplicación por la Jurisprudencia de los principios generales que rigen en la responsabilidad civil contractual y extracontractual³⁸³». Más recientemente, puede observarse una posición parecida en DE VERDA Y BEAMONTE. Para este autor, el reconocimiento de derechos subjetivos sobre bienes de la personalidad no posee una relevancia técnico-jurídica, sino «que cumple una función, que pudiéramos llamar «axiológica», respecto de un sector del ordenamiento jurídico, al que tantas veces se le ha achacado su excesiva "patrimonialización" ³⁸⁴». Se entiende, pues, que este mismo autor afirme luego que «es evidente que, desde un punto de vista civil, el principal problema que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen plantean no es el de su conceptualización dogmática, sino el del resarcimiento del daño derivado de las intromisiones ilegítimas³⁸⁵»; o que «la finalidad fundamental» de la protección civil de los derechos del art. 18.1 CE sea la de «posibilitar la reparación del daño moral resultante de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen³⁸⁶».

Adviértase que la adopción de estos planteamientos por los tribunales no solo ha tenido una significativa repercusión en la caracterización del daño derivado de la infracción de los derechos de la personalidad, como ahora se indicará, sino que también ha motivado –lo que parece mucho más preocupante– una confusión entre los presupuestos jurídicos de la intromisión ilegítima y los presupuestos de la acción indemnizatoria. De esta manera, no es infrecuente que los tribunales exijan la presencia de dolo o culpa en la conducta del intromisor para apreciar la ilicitud o antijuricidad de la intromisión, lo que, en términos prácticos, significa concluir que el dolo o negligencia del intromisor no solo es presupuesto jurídico-material de la acción indemnizatoria, sino también de las acciones declarativa, de cesación y de remoción. Cfr., así, p. ej., la desafortunada argumentación seguida en la SAP Alicante (Secc. 6.ª) 19-VII-2002³⁸⁷, por la que se desestima la demanda de un conocido piloto de motociclismo contra la empresa que comercializaba reproducciones en miniatura de las motos participantes en el Campeonato Mundial de Moto GP, y que utilizaba el apellido de aquél en uno de los modelos comercializados³⁸⁸. Para llegar a esta desestimación, la AP trata de dilucidar –con buen criterio– si la actividad comercial de la demandada constituía una violación del derecho a

³⁸² Vid. el significativo epígrafe que –con el título «Los derechos de la personalidad en el contexto del Derecho civil de daños»– preludia su «Aproximación tópica a los derechos de la personalidad», ADC, 1986, pp. 1.059-1.064.

³⁸³ Cfr. «La tutela civil del Derecho a la intimidad», ADC, 1986, p. 150.

³⁸⁴ Cfr. *Veinticinco años...*, cit., p. 18.

³⁸⁵ Cfr. *Veinticinco años...*, cit., p. 18.

³⁸⁶ Cfr. *Veinticinco años...*, cit., p. 155.

³⁸⁷ Caso *Emili Alzamora*, JUR 2002/246202.

³⁸⁸ De la resolución judicial citada, no puede saberse con certeza qué concretas pretensiones integraban dicha demanda. No obstante, no resulta difícil imaginar que, como mínimo, debía de incluir la cesación de la comercialización litigiosa.

la imagen o los derechos de la personalidad del demandante; esto es, y en la lógica de la LO 1/1982, si, en el caso, se ha producido una intromisión ilegítima en dichos derechos. Pero para responder a esta última cuestión la AP –desde una incomprensible concepción penal de la LO 1/1982– entiende que *«debe tenerse en cuenta que el propio concepto legal de “intromisiones ilegítimas” sugiere de inmediato una naturaleza de ilícitos civiles, por acción u omisión, que de encontrarse tipificados en la ley penal como delitos serán ilícitos penales»* (FJ 2). Configurado, pues, el concepto de intromisión ilegítima desde una lógica delictual, la AP conecta seguidamente la infracción de un derecho subjetivo con los requisitos de la acción de responsabilidad civil: *«De ahí que tales conductas fueran anteriormente encuadrables en el artículo 1902 CC y, de hecho, la reparación de los perjuicios que ocasionaban antes de la entrada en vigor de la LO 1/82 se lograra por aplicación de aquella norma (así, SSTs 6-12-1912 y 7-2-1962)... Pareciendo consustancial a las mismas conductas, en cuanto delitos, la producción de un resultado, es decir, la lesión y no sólo la puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma penal, también cabe sostener que su consideración como ilícitos civiles deba comportar el requisito de un perjuicio causado al titular del derecho fundamental, tal y como se desprende de los términos “perjudicado” y “perjuicio” que aparecen en los apartados 2.º, 3.º y 4.º del artículo 9 LO 1/82, lo que corroboraría su pertenencia al género de las acciones u omisiones dañosas contempladas en el artículo 1902 CC, bien entendido que el daño puede ser exclusivamente moral. Finalmente, siguiendo en la misma línea, se llegaría al elemento o requisito de la culpabilidad, como necesario para la apreciación no sólo de todo delito o falta (art. 5 CP) sino también de los ilícitos civiles que queden al margen de los casos de responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo»* [...] *«Quiere decir esto último que, además del requisito de la antijuridicidad, será preciso que en la conducta del demandado como responsable civil de una intromisión ilegítima tipificada en la LO 1/82 se aprecie culpabilidad en cualquiera de sus dos formas posibles, sea dolo como voluntad de dañar, sea culpa como imprudencia o negligencia, es decir, como inobservancia de la diligencia exigible al agente en función, de un lado, de la actividad en cuyo ejercicio se haya producido la denunciada intromisión y, de otro, de las circunstancias en que tal actividad se haya llevado a cabo»* (ibid.). Y, en consecuencia, desestima la demanda porque *«no cabe advertir»* en la empresa responsable de la comercialización de las motos *«rastros»* alguno de culpabilidad; *«faltando, en definitiva, por completo en la conducta que se le reprocha el elemento de la culpa, sin el cual no puede considerarse su actuación como constitutiva de la intromisión ilegítima tipificada en el apdo. 6 del art. 7 de la LO 1/82»* (ibid.).

El mismo razonamiento fue empleado, en el caso *Revlon*, por la SAP Barcelona 15-I-2001, para desestimar las pretensiones de una modelo (de remoción, indemnizatorias e, implícitamente, inhibitorias) contra la empresa que había explotado sin la pertinente autorización su imagen para una campaña publicitaria. Sorpren-

dentemente, la STS 22-VII-2008 (*Revlon*) –que confirma aquella decisión– incurre en la misma confusión, incluso con mayor determinación: la Sala 1.^a, en este caso, «no niega que se haya vulnerado el derecho a la imagen de la recurrente; lo que se considera es que *REVLON, SA* no lo ha hecho al concurrir la cesión expresa efectuada por quien aparecía como titular de la imagen reproducida, lo que creó una apariencia en la que confió la recurrida, de que quien le estaba cediendo los derechos era titular de los mismos»; es decir, la intromisión en el derecho a la propia imagen no puede imputarse a *Revlon* «porque aquí falta el elemento de negligencia que le obligaría a indemnizar» (FJ 5 [2.º]). Esta desafortunada interpretación ha sido asumida por la SAP Santa Cruz de Tenerife (Secc. 3.^a) 19-XII-2008³⁸⁹, en la que se desestiman las acciones de cesación y de indemnización ejercitadas por una modelo contra el anunciante de leche maternizada que venía explotando la imagen de aquélla. La AP, además de apreciar la ausencia de límites en la autorización concedida por la modelo, considera que no puede «estimarse la intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la actora por JSP [anunciante], pues es lo cierto que la citada demandada adquirió de buena fe, la imagen de la actora en la fotografía que ésta había cedido a cambio de precio a D.ª Marta [...]» (FJ 6).

No obstante, como es bien sabido, las mejores aportaciones de la ciencia jurídica continental han diseñado, desde ya hace muchos años, una serie de pretensiones que no tienen como finalidad el resarcimiento de los daños causados, sino que se dirigen a reintegrar al titular en la posición jurídica conferida por la norma de atribución del derecho subjetivo³⁹⁰. De ahí, que la construcción teórica de estas pretensiones prescinda por completo de los presupuestos jurídico-materiales básicos de la acción de responsabilidad extracontractual como son la existencia de un daño o la culpa del infractor³⁹¹. Se trata, pues, de las pretensiones reivindicatoria, negatoria,

³⁸⁹ Caso *Millac Lactantes 2*, AC 2009/263. Resolución confirmada por la STS 30-XI-2011 (*Millac Lactantes 2*, JUR 2011/423740), si bien bajo una argumentación de fondo distinta.

³⁹⁰ *Vid.*, para la construcción dogmática de la protección jurídica de los derechos subjetivos sobre bienes materiales, LARENZ, K. / WOLF, M., *Allgemeiner Teil...*, cit., pp. 253-254; BAUR, F. / STÜRNER, R., *Sachenrecht*, 18.ª ed., C.H. Beck, München, 2009, pp. 104-148; y, con anterioridad, BAUR, F., «Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB», *AcP*, 1961, pp. 465-493, *passim*, esp., pp. 466-467, 470-472, 480-484 y 487 y ss. Para una acertada presentación de las acciones de defensa de derechos subjetivos absolutos en Derecho español, CARRASCO PERERA, Á. / ZURILLA CARIÑANA, M.Á., «La defensa de los derechos», cit., pp. 368-381 [adviértase, no obstante, que en relación con la acción de enriquecimiento en el ámbito de los derechos a la propiedad intelectual e industrial y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (p. 380), la información normativa no está debidamente actualizada].

³⁹¹ En Derecho español, la distinción entre normas de atribución o protección de derechos subjetivos absolutos y las normas de responsabilidad civil extracontractual ha sido laboriosamente desarrollada por PANTALEÓN PRIETO, F., «Art. 1.902», cit., p. 1.972; «La prevención...», cit., pp. 29-32; le siguen DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, cit., pp. 291-292; *Fundamentos...*, V, cit., pp. 297-298; REGLERO CAMPOS, L.F., «Conceptos gene-

inhibitoria (cesación y prohibición), de remoción, así como de la pretensión objeto de este estudio, esto es, la restitutoria derivada del enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno (*condictio* por intromisión).

6.2. El valor del precio de la autorización hipotética como daño resarcible

De la confusión reseñada en el apartado anterior, se desprende igualmente el hecho de que la acción indemnizatoria haya acabado por desempeñar funciones aparentemente ajenas al Derecho de daños; como lo demuestra el que, en los ordenamientos más representativos de la Europa continental, se utilice, asiduamente, el precio de una hipotética licencia o autorización (o regalía hipotética) como criterio de cuantificación del daño sufrido por el titular de un derecho de la personalidad infringido.

Ciertamente, este papel central de la acción indemnizatoria como remedio contra las intromisiones en los derechos de la personalidad incorporal y, más en particular, contra las explotaciones indebidas de la imagen u otros rasgos característicos de la personalidad con valor económico ha obligado, asimismo, a la jurisprudencia a relajar –de forma más o menos explícita– los presupuestos de aplicación de la acción de responsabilidad civil extracontractual; y ello, precisamente, para que la ausencia de uno de estos requisitos –o la dificultad de su prueba– no implicaran ni la desestimación de la pretensión y, en consecuencia, la infraprotección del titular de los derechos de la personalidad; ni, tampoco, el dejar sin condena al infractor. En el caso que ahora nos ocupa, no resulta difícil imaginar que la acreditación, por parte del titular de un derecho de la personalidad infringido, de la existencia de un daño patrimonial –muy especialmente, de un lucro frustrado esperado– o la prueba de la relación de causalidad entre la intromisión y dicha ganancia dejada de obtener siempre han presentado notables dificultades. No debe sorprender, pues, que ya en la primera mitad del siglo xx,

rales y elementos de delimitación», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3.^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 96-97. El mejor tratamiento doctrinal de las acciones de defensa de los derechos de propiedad intelectual e industrial separa entre acciones reintegratoras y acciones de resarcimiento, *vid.*, entre otros, CARRASCO PERERA, Á., «Art. 139», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2007, p. 1.673; «Art. 133», p. 1.746; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa del derecho de patente*, cit., *passim*, esp., p. 25. En el ámbito de la tutela de los intereses colectivos de los consumidores, *vid.* una clara distinción entre acciones indemnizatorias y acciones reintegratoras en CARRASCO PERERA, Á. / MARÍN LÓPEZ, M.J., «Acciones civiles de cesación y competencias administrativas ejecutivas», *RdP*, 2008, núm. 21, pp. 27-28.

los tribunales –desde un razonamiento más bien intuitivo– buscaran fórmulas cómodas para facilitar dicha prueba, asegurando, de este modo, la consistencia económica de la posición jurídica exclusiva reconocida al titular de dichos derechos.

Desde luego, no es éste un expediente exclusivo, ni originario, de la defensa de los derechos de la personalidad incorporal. En realidad, la respuesta jurisprudencial –y, posteriormente, legislativa– a las inquietudes para facilitar el resarcimiento del daño patrimonial –singularmente, la prueba del lucro cesante– mediante el criterio de la regalía hipotética tiene su origen en el ámbito del Derecho sobre los bienes inmateriales, en la ya descrita teoría del *triple cómputo del daño*³⁹².

En el caso de los derechos de la personalidad incorporal, el criterio del precio de una autorización (o regalía) hipotética, como método para valorar el daño sufrido por el titular del derecho infringido, fue –con independencia de la adopción de la teoría del triple cómputo del daño– rápidamente asumido por los tribunales de los ordenamientos italiano, alemán y francés; erigiéndose, así, en un cómodo expediente para liquidar el daño patrimonial en los casos de explotación de un atributo de la personalidad –normalmente, la imagen– con valor comercial o publicitario.

Destacan, por su prontitud, los tribunales italianos, quienes, bajo la técnica del *prezzo del consenso*, vienen resarciendo –ya desde principios del siglo xx– el daño patrimonial sufrido por el titular del derecho a la imagen mediante la condena al intromisor a abonar a aquél, o bien la cantidad que hubiese tenido que pagar de haberle solicitado la autorización, o bien la usual en el sector en cuestión; *vid.*, p. ej., App. Genova 15-IV-1936³⁹³, donde para identificar el daño material alegado por una conocida modelo, cuya imagen fue indebidamente explotada en unos folletos de actividades turísticas, el tribunal afirma que: «*il danno materiale invece esiste corrispondente al diritto di una adeguata retribuzione, consacrata dall'uso quotidiano nella pubblicità commerciale, la quale retribuzione sarebbe spettata all'attrice se il suo ritratto fosse stato oggetto (...) di una volontaria cessione mediante compenso per gli indicati fini pubblicitari*» (p. 77); posteriormente, *vid.*, entre otras muchas, Cass. 10-XI-1979³⁹⁴: el daño patrimonial sufrido por un futbolista por la comercialización no autorizada de muñecos que reproducen su imagen es valorado mediante el precio de una hipotética licencia; Cass. 11-X-1997³⁹⁵: explotación no autorizada de la imagen y el nombre de un futbolista por una marca deportiva; el daño patrimonial se valora en atención a la remuneración que el

³⁹² *Vid. supra* 5.1.

³⁹³ Caso *Miss Italia 1930*, *Dir. Aut.*, 1937, pp. 70-80.

³⁹⁴ Caso *Mazzola*, *GRUR Int.*, 1982, núm. 7, p. 462.

³⁹⁵ Caso *Gianluca Vialli*, n. 9880, *Juris data*.

futbolista podría haber recibido de otras empresas del mismo sector; App. Milano 16-V-1989³⁹⁶; indemnización de 200.000.000 liras / 103.291,37 € por el daño patrimonial sufrido por una actriz por la explotación no autorizada de su imagen –extraída del fotograma de una película– para un anuncio publicitario; el daño patrimonial por la explotación publicitaria de la imagen de una persona puede valorarse, según el tribunal, en atención a los criterios usuales en el sector, comparando remuneraciones equivalentes; Trib. Monza 26-III-1990³⁹⁷: explotación comercial de la imagen de una actriz, extraída del fotograma de una película en la que ésta aparecía desnuda; según el tribunal, el daño patrimonial sufrido por la actriz «*può quantificarsi, in mancanza di prove certe*», o bien por medio de las ganancias obtenidas por el infractor, o bien mediante la remuneración que, presumiblemente, hubiese exigido la persona efigiada³⁹⁸. Más recientemente, es significativa la Cass. 16-V-2008³⁹⁹: demanda de un modelo contra la editora de un periódico y contra una empresa fotográfica por la reproducción no autorizada de la imagen de aquél en un reportaje publicitario. La instancia, a pesar de declarar la ilicitud de la reproducción y difusión de la imagen del demandante, y en consecuencia estimar su pretensión inhibitoria, desestima las pretensiones indemnizatorias por el daño patrimonial y el daño moral. Centrándonos ahora en el primero, la instancia argumentó –bajo un razonamiento usual, también, en Derecho español, en sede de valoración del daño derivado de una infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial– que el demandante, a pesar de haber sufrido, ciertamente, una infracción de su derecho de imagen, no había conseguido acreditar la existencia de un daño en su patrimonio. La Corte de Casación, no obstante, revoca la decisión de la instancia y estima la pretensión resarcitoria por el daño patrimonial bajo una explicación con claros resabios restitutorios: la única persona que ostenta «*il diritto esclusivo sulla propria immagine ed è il solo titolare del diritto di sfruttarla economicamente*», por lo que, «*con la pubblicazione non autorizzata l'autore dell'ilecito si appropria indebitamente di vantaggi economici che sarebbero spettati alla vittima*» (núm. 5.1.). No obstante ello, la pretensión sigue siendo de naturaleza indemnizatoria, y dirigida a *resarcir* un daño patrimonial; daño que, según consolidada jurisprudencia, debe cuantificarse «*con riferimento al prezzo del consenso*», esto es, la «*somma corrispondente al compenso che* (el titular del derecho a la imagen) *avrebbe presumibilmente richiesto per dare il suo consenso alla pubblicazione*» (núm. 8).

³⁹⁶ Caso *Liz Taylor*, *Foro it.*, 1991, I, pp. 2.861-2.862.

³⁹⁷ Caso *actriz desnuda*, *Foro it.*, 1991, I, pp. 2.862-2.863.

³⁹⁸ *Vid.*, para más referencias sobre el *prezzo del consenso* como técnica de resarcimiento del daño patrimonial derivado de la explotación no autorizada de la imagen, BARENGUI, A., «Il prezzo del consenso (mancato): il danno da sfruttamento dell'immagine e la sua liquidazione», *Dir. Inf.*, 1992, pp. 565-585, esp., pp. 575 y ss.; RESTA, G., *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene Editore, Napoli, 2005, pp. 157 y ss.; ZENOVICH, V., «Art. 10», en ALPA, G. / MARICONDA, V., *Codice Civile Commentato*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 248; algo más confuso, BIANCA, C.M., *Diritto civile, I, la norma giuridica i soggetti*, 2.^a ed., Giuffrè, Milano, 2002, p. 151.

³⁹⁹ Caso *Kodak*, n. 12433, *Juris data*.

Del mismo modo, la jurisprudencia alemana –en un primer momento, sin referencias explícitas de la *dreifache Schadensberechnung*– recurrió al criterio de la *Lizenzgebühr* o *Lizenzanalogie* para resarcir el daño material sufrido por el titular del derecho a la imagen o el nombre en los casos de apropiación comercial no autorizada; *vid.*, p. ej., BGH 8-V-1956 (*Paul Dahlke*: pretensión resarcitoria estimada, pero solo contra el fotógrafo); BGH 14-II-1958 (*jinete aficionado*: pretensión resarcitoria desestimada, si bien se acepta el criterio de la *Lizenzanalogie* para determinados supuestos). En estas primeras aproximaciones, la convalidación del BGH del recurso a la regalía hipotética se debía a una aproximación más bien práctica, desde una lejana e implícita analogía con la solución jurisprudencial en el campo del Derecho de autor [cfr. BGH 8-V-1956 (*Paul Dahlke*, p. 429)]. No obstante, la verdadera confirmación de este criterio de valoración abstracta del daño en el terreno de los derechos de la personalidad se produjo con la BGH 1-XII-1999⁴⁰⁰, por la cual el Tribunal Supremo Federal alemán extiende, de forma explícita, la aplicación de la *dreifache Schadensberechnung* al resarcimiento de los daños derivados de la explotación de la vertiente patrimonial del derecho general de la personalidad; de esta manera, en el caso, la titular derivativa de la hija de una actriz fallecida cuya imagen –extraída de la película *El Ángel Azul* (Josef v. Sternberg, 1930)– fue explotada sin autorización por una empresa dedicada a la comercialización de máquinas fotocopiadoras en un anuncio publicitario puede liquidar el daño sufrido en su patrimonio mediante (i) la prueba del daño concreto; (ii) la *Lizenzanalogie*; o (iii) la restitución de las ganancias obtenidas por el infractor (cfr. p. 717). Después de que la demandante, en el citado caso, eligiera el criterio del precio de la licencia que hubiese exigido por la explotación litigiosa, se ha vuelto a discutir, en los tribunales, los criterios a tener en cuenta para fijar dicha cuantía, *vid.* OLG München 17-I-2003⁴⁰¹, donde se fija dicha *Lizenzgebühr* en 70.000 €; más recientemente, *vid.* LG Hamburg 27-X-2006⁴⁰², donde se concede una licencia hipotética de 200.000 € a un político retirado cuya imagen fue utilizada sin autorización en una campaña publicitaria. Nótese que, en esta última resolución, el tribunal destaca que dicha cantidad es procedente tanto como daño resarcible por medio de la acción indemnizatoria *ex* § 823 BGB, como mediante la *Eingriffskondiktion ex* § 812 BGB⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Caso *der blaue Engel*, GRUR, 2000, núm. 8, pp. 715-720.

⁴⁰¹ Caso *der blaue Engel*, NJW-RR, 2003, núm. 11, pp. 767-768.

⁴⁰² Caso *Joschka Fischer*, NJW, 2007, núm. 10, pp. 691-694.

⁴⁰³ *Vid.* más referencias sobre el uso de esta técnica para valorar el daño patrimonial derivado de la intromisión en los derechos de la personalidad en RIXECKER, R., «Das allgemeine...», cit., pp. 326-327 (Rdn. 234-235); GÖTTING, H.P., «Rechtsfolgen der Verletzung des Rechts am einen Bild», en SCHRICKER, G. / LOEWENHEIM, U. (Hrsg.), *Urheberrecht Kommentar*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2010, pp. 1.215-1.217 (Rdn. 9-15); DREIER, TH., «KUG §§ 33 ff.», p. 1.885 (Rdn. 18); EHMANN, H., «Anhang zu § 12», cit., p. 126 (Rdn. 368) y pp. 127-128 (Rdn. 374); WAGNER, G., «§ 823», cit., pp. 1.595-1.596 (Rdn. 174); MÜLLER, G., «Der Anspruch auf materiellen Schadensersatz», en GÖTTING, H.-P. / SCHERTZ, C. / SEITZ, W. (Hrsg.), *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, C.H. Beck, München, 2008, pp. 810-811 (Rdn. 37).

Desde una aproximación teórica bien distinta, pero alcanzando la misma solución, los tribunales franceses, desde la decisión de la CA Paris 1-XII-1965⁴⁰⁴, admiten pretensiones resarcitorias valoradas en la remuneración que el titular del derecho a la imagen podría haber exigido a su infractor, bajo el fundamento de la *manque à gagner*, esto es, como la ganancia dejada de obtener por dicho titular; *vid.* TGI Lyon 17-XII-1980⁴⁰⁵: el daño sufrido por un jugador de baloncesto, cuya imagen disputando un encuentro fue utilizada sin su consentimiento para un anuncio, «*résultait essentiellement de la perte de la rémunération que'elle aurait pu percevoir si son autorisation avait été demandée*»; CA Paris 9-XI-1982⁴⁰⁶: utilización del precio de la licencia hipotética para medir el daño patrimonial sufrido por una modelo, por la publicación no autorizada, en una revista, de 16 fotografías en las que aquella aparecía desnuda; TGI Nanterre 6-IV-1995⁴⁰⁷: el futbolista cuya imagen ha sido indebidamente explotada en el número especial de una revista sufre «*un préjudice patrimonial lié au fait qu'il a été privé des droits d'exploitation qu'il pouvait légitimement espérer recevoir s'il avait donné son autorisation à de telles utilisations de son image et de son nom*»; con menor claridad, *vid.* TGI Paris 3-XII-1975⁴⁰⁸, donde se resarce el daño patrimonial derivado de la imitación publicitaria de la voz de un actor cómico mediante una referencia a la remuneración que éste podría haber obtenido por el uso litigioso; más recientemente, CA Versailles 2-V-2002⁴⁰⁹: explotación no autorizada por parte de una revista de las distintas fotografías de una actriz y modelo, que previamente habían sido publicadas, con el consentimiento de la actriz, en un calendario. La efigiada, «*du seul fait de la privation de la rémunération qu'elle pouvait légitimement recevoir si elle avait cédé ses droits sur les photographies en question*», ha sufrido un daño patrimonial. La lógica radicalmente resarcitoria en la que opera este criterio en los tribunales franceses lleva a éstos, en ocasiones, a desestimar la pretensión de resarcimiento del daño patrimonial valorado en la regalía hipotética, si el demandante no acredita el daño o no aporta una prueba del «*prix de son image*», *vid.* TGI Paris 12-IX-2000⁴¹⁰: pretensión resarcitoria de una modelo profesional por los daños morales y patrimoniales sufridos por la explotación no autorizada de su imagen; el tribunal estima la pretensión resarcitoria del daño moral (concediendo a la demandante 1 franco), pero desestima la relativa al daño patrimonial: éste, según el tribunal, debe tener en cuenta el «*montant de la rémunération qu'aurait reçu le mannequin professionnel s'il avait autorisé la publication de ces photographies*», sin que la demandante haya aportado ninguna prueba sobre este extremo.

⁴⁰⁴ Caso *Petula Clark*, JCP, 1966, II, 14711: demanda de una actriz y cantante contra la editorial responsable de una publicación de carácter publicitario que usó fotografías de aquella sin autorización.

⁴⁰⁵ Caso *jugadores del ASVEL Villeurbanne*, D., 1981, I, pp. 202-203.

⁴⁰⁶ Caso *Absous*, D., 1984, I, pp. 30-32.

⁴⁰⁷ Caso *Eric Cantona*, *Gaz. Pal.*, 1995, jurisprud., p. 285.

⁴⁰⁸ Caso *Claude Piéplu*, D., 1977, I, pp. 211-212.

⁴⁰⁹ Caso *Monica Bellucci*, *Légipresse*, 2002, núm. 192, p. 69.

⁴¹⁰ Caso *Adriana Karembeu*, *Légipresse*, 2001, núm. 180, p. 36.

En el Derecho norteamericano –desde una lógica jurídica, pues, distinta, especialmente, en sede de la configuración de remedios jurídicos de protección de derechos subjetivos absolutos– el criterio del precio de la licencia hipotética (*rectius*, del *fair market value*) es, asimismo, un recurso habitual para liquidar el daño compensatorio –no punitivo– derivado de la infracción del *right of publicity*; *vid.*, p.ej., *Weinstein Design Group, Inc. V. Fielder*, 884 So.2d 990 (2004): utilización publicitaria no autorizada del nombre de un jugador de béisbol en el anuncio de una casa de diseño. El daño material sufrido por el jugador es valorado –por un jurado, en función de los informes de expertos– sobre la base de la remuneración obtenida por aquél en otros acuerdos publicitarios y por la valoración del valor de mercado del uso en cuestión; *Hoffman v. Capital Cities / ABC, Inc.*, 33 F. Supp. 2d 867 (U.S. District Court California 1999): un conocido actor, cuya imagen, extraída de una película y manipulada, fue utilizada en la campaña publicitaria de una revista californiana, «*is entitled to compensatory damages in the amount of \$ 1,500,000.00, which represents the fair market value of the right to utilize Mr. Hoffman's name and likeness in the manner in which it was used by Los Angeles Magazine*» (p. 875)⁴¹¹.

Desde una lógica igualmente distinta, los tribunales ingleses también recurren a la *reasonable endorsement fee* para liquidar abstractamente el daño sufrido por la persona cuyos rasgos distintivos son explotados de forma no autorizada con finalidad comercial o publicitaria; *vid.*, p. ej., *Irvine v Talksport* (2003) F.S.R. 35: explotación no autorizada de la imagen de un conocido piloto de Fórmula 1 por parte de la titular de una cadena de radio en un anuncio publicitario. La Corte de Apelación estima el recurso formulado por el piloto contra la resolución de primera instancia que había valorado su daño en 2.000 £ y, considerando aplicables los criterios de cuantificación del daño derivado de la infracción de patentes, concede al demandante una indemnización de 25.000 £, y ello, bajo la argumentación de que «*a reasonable endorsement fee in the context of the instant case must represent the fee which, on a balance of probabilities, TSL would have had to pay in order to obtain lawfully that which it in fact obtained unlawfully*» (p. 644).

De una manera menos intensa y, en todo caso, menos explícita, también los tribunales españoles se han ido asentando cómodamente en el criterio del precio de la licencia o autorización hipotética como expediente para valorar el daño patrimonial sufrido por determinados titulares de derechos de la personalidad, especialmente de la imagen.

Una de las primeras utilizations del criterio del precio de la licencia hipotética como expediente de liquidación del daño derivado de la explotación no autorizada de la imagen ajena puede

⁴¹¹ *Vid.*, para más información sobre esta forma de liquidar el daño patrimonial en sede del *right of publicity*, MCCARTHY, J.T., *The Rights of Publicity and Privacy*, II, Thomson-West, 2005, pp. 678-688 (§ 11:32) (actualizado por medio de *Westlaw International* [RTPUBPRIV]).

encontrarse en la STS 9-V-1988⁴¹², donde el TS, confirma la condena, fijada en la instancia, a una empresa que había explotado sin autorización la imagen de los futbolistas participantes en el campeonato de fútbol nacional 1982-1983. La condena –por intromisión en los derechos fundamentales a la propia imagen de los futbolistas– se concreta en la obligación de abonar una indemnización a éstos de 10.000.000 de ptas. / 60.101,21 €; cantidad que había sido fijada, en la demanda, por los propios demandantes como la cantidad que éstos deberían haber percibido de haber autorizado a la sociedad demandada el uso litigioso⁴¹³. Con anterioridad, en la STS 21-I-1988 (*Antonio Gades*), el recurrente en casación equipara el daño material sufrido por la explotación no autorizada de su nombre en un anuncio publicitario con la remuneración «*que presumiblemente hubiera podido obtener con el libre comercio de su nombre*» (FJ 3); sin que la Sala 1.^a se pronuncie al respecto⁴¹⁴.

Más recientemente, y con mayor claridad, determinadas decisiones de segunda instancia han recurrido a este criterio en dos grupos de casos: (i) explotación indebida de los rasgos característicos de personas famosas en anuncios publicitarios, *vid.* SAP Madrid (Secc. 14.^a) 16-II-2007⁴¹⁵, donde se concede una indemnización de 18.000 € a un conocido presentador de televisión, cuyos atributos característicos fueron parodiados por un cómico durante el transcurso de un anuncio publicitario. Da toda la impresión que dicho daño es valorado mediante el criterio del «*precio que hubiera recibido el actor en caso de haber autorizado el uso de su nombre e imagen en la publicidad*» (cfr. FJ 7); también, AAP Barcelona (Secc. 17.^a) 26-IX-2007⁴¹⁶; pleito derivado de la discusión entre las partes sobre la determinación de la cuantía del daño sufrido por el bailarín por la intromisión en su derecho a la propia imagen resultante de la utilización de un doble del bailarín en el anuncio de un batido de chocolate, y cuya concesión había sido acordada previamente por los tribunales⁴¹⁷. El perito judicial fija dicha indemnización partiendo de las remuneraciones en «*las campañas publicitarias de otros productos, que había realizado el ejecutante*» (FJ 2); SAP Barcelona (Secc.

⁴¹² Caso *Panini*, RJ 1988/4049.

⁴¹³ Cfr. STS 9-V-1988 (AH). No obstante, la valoración del daño en este caso –que no fue objeto de discusión en casación– presenta importantes singularidades, debido a la extraña configuración de la legitimación activa tanto en el planteamiento de la demanda, como en su respuesta por los tribunales.

⁴¹⁴ En realidad, el recurrente en casación alegaba que, bajo la indemnización que le había otorgado la instancia (100.000 ptas.), los tribunales solo habían resarcido el daño material sufrido; pero no el daño moral. La Sala 1.^a del TS –en desafortunada argumentación– contesta al recurrente que el hecho de que la AP no detalle expresamente, a la hora de valorar el daño, en qué conceptos se concede la indemnización fijada no significa que no se tenga en cuenta el daño moral sufrido por el recurrente, pues no debe olvidarse que una sentencia es «*un todo orgánico*» (sic).

⁴¹⁵ Caso *Crónicas Marcianas*, JUR 2007/152650.

⁴¹⁶ Caso *Joaquín Cortés*, AC 2008/52.

⁴¹⁷ Obsérvese que el fallo en la instancia condenaba a la demandada a pagar al actor la «*suma que se determine en ejecución de sentencia en concepto de indemnización por los daños y perjuicios que le han sido ocasionados [...] con la emisión del anuncio de su producto CacaoLat*» (cfr. SAP Barcelona 28-VI-2002, caso *Joaquín Cortés*, AC 2002/2012, AH y Fallo).

14.^a) 17-XI-2000⁴¹⁸, donde se sostiene que un deportista de élite se ha «visto privado por la conducta ilegítima de (la fabricante y distribuidora en España de aparatos gimnásticos que reproducen su imagen) de la retribución habitual por la cesión de su uso» (FJ 4) [750.000 ptas. / 4.507,59 €]; en la SAP Madrid 23-VI-2009 (*Javier Bardem c. In Touch*), el perjuicio patrimonial experimentado por un conocido actor por la utilización no autorizada de su imagen en la campaña publicitaria relativa al lanzamiento de una nueva revista es caracterizado como un «daño patrimonial» cuyo «origen (...) está en la fijación de una indemnización correspondiente al importe que el demandante afectado por la publicación habría podido cobrar por prestar su consentimiento a la participación con su imagen en la campaña publicitaria seguida (...) se trata de una valoración en relación a la ficción de consentimiento en su caso para esa participación, y los parámetros en los se basa vienen determinados por el llamado cachet, que viene a ser el rango o categoría económica de esa misma persona en otros contratos similares respecto de los cuales se aporta la oportuna prueba e información por el demandante» (FJ 3); asimismo, en la SAP Almería 20-I-2011 (*David Bisbal*) se resarce el daño derivado de la utilización no autorizada de la imagen de un conocido artista en un anuncio publicitario y se define este daño como «la pérdida de ingresos por la publicitación de la imagen de un cantante de fama internacional y consiguiente enriquecimiento de la persona que ha usado esa imagen sin su autorización, evitando así un contrato en donde se hubiesen previsto compensaciones económicas» (FJ 4); (ii) también parece ser usado el criterio de la regalía hipotética en los recurrentes casos que tienen por objeto la explotación publicitaria no autorizada de la imagen de un modelo profesional anónimo, *vid.*, p. ej., SAP León (Secc. 2.^a) 5-V-1998⁴¹⁹, donde se indemniza a un modelo profesional por la cantidad que «habría percibido de haberse contratado la utilización de su fotografía a través de la agencia que le representa» (FJ 5); SAP Madrid (Secc. 9.^a) 30-III-2006⁴²⁰: «el parámetro más adecuado para fijar tal indemnización sería el importe de los honorarios o retribución que se [sic] suele cobrar el actor por este tipo de actividades, teniendo en cuenta su profesión como modelo profesional, y que la imagen del mismo ha sido extraída de los folletos publicitarios para cuya publicación y divulgación dio su consentimiento el actor aunque con otra finalidad» (FJ 4); SAP Madrid (Secc. 9.^a) 4-XI-2003⁴²¹: para cuantificar la indemnización que corresponde a una modelo, cuya imagen fue explotada sin su autorización en una campaña publicitaria, deben tenerse en cuenta «los ingresos obtenidos por la misma por trabajos similares» (FJ 5); SAP Madrid (Secc. 10.^a) 10-I-2006⁴²²: determinación del daño patrimonial sufrido por dos actores –que habían sido contratados para la realización de un cortometraje de finalidad publicitaria, y cuya imagen fue utilizada indebidamente en una campaña publicita-

⁴¹⁸ Caso *aparatos gimnásticos*, JUR 2001/109659.

⁴¹⁹ Caso *striptease masculino*, AC 1998/6133.

⁴²⁰ Caso *panel publicitario Conde de Casal*, AC 2006/811.

⁴²¹ Caso *modelo Telefónica Móviles*, AC 2004/273.

⁴²² Caso *Brandy Soberano II*, AC 2006/312.

ria posterior— sobre la base de la remuneración al actor principal de dicho corto por «*postproducción*» (1.644.500 ptas.); para, así, conceder sendas indemnizaciones de 1.000.000 ptas. / 6.010,12 €.

La enorme utilidad práctica que representa, a primera vista, el criterio del precio de una licencia hipotética como expediente de liquidación abstracta del daño patrimonial sufrido por el titular de los derechos de la personalidad incorporal no debe hacer olvidar las objeciones dogmáticas que igualmente provoca; objeciones que, como enseguida se desarrollará, se traducen en algunos inconvenientes prácticos notables. Así, en primer lugar, es bien sabido que la caracterización de la regalía hipotética —esto es, el valor de mercado del uso de un derecho estimado en función de un juicio hipotético— como el daño abstracto que sufre el titular de un derecho infringido constituye la utilización, bajo una acción resarcitoria, de un criterio restitutorio; en una confusión manifiesta entre el Derecho de daños y el Derecho del enriquecimiento injustificado.

Al menos en Alemania, ello tiene una explicación histórica bien identificada por la doctrina⁴²³: la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno (*Eingriffskondiktion*) no fue reconocida en el ámbito de la protección de los derechos sobre bienes inmateriales de manera generalizada hasta finales del siglo XX⁴²⁴. Ello motivó que el desarrollo jurisprudencial de las acciones de defensa de estos derechos —limitadas, en consecuencia, a la acción de cesación (*Unterlassungsanspruch*) e indemnizatoria (*Schadenersatzanspruch*)— incorporara remedios restitutorios o preventivos (la restitución del valor de uso del derecho y la de las ganancias obtenidas por el infractor) a la acción de daños; lo que se consiguió, como se ha visto, mediante la *dreifache Schadensberechnung*.

En efecto, como se ha apuntado ya en este trabajo⁴²⁵, la restitución de las ventajas patrimoniales (en este caso, el uso ajeno de un derecho) que obtiene el intromisor de un derecho subjetivo absoluto es una consecuencia de la decisión de política jurídica de asignar en exclusiva al titular todos los rendimientos derivados del ejercicio de su derecho; y cuya configuración corresponde, según la dogmática más autorizada, al Derecho del enriquecimiento, mucho

⁴²³ Vid., recientemente, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 591 y ss.

⁴²⁴ El reconocimiento de esta acción para las patentes y modelos de utilidad no se produce hasta la decisión del BGH 30-XI-1976, caso *Kunststoffhohlprofil I*, GRUR, 1977, núm. 5, pp. 250-256; para las marcas y otros signos distintivos, hasta la BGH 18-XII-1986 (*Chanel No. 5 I*). En cambio, en el caso del Derecho de autor, la propia jurisprudencia del *Reichsgericht* —el mismo tribunal que había descartado la aplicación de la acción de enriquecimiento para los derechos de propiedad industrial— sí reconoció esta acción, si bien desde una concepción dogmática muy primitiva, recuérdense RG 4-IV-1917 (*Erikamuster*); y RG 9-VI-1928 (*Frauenberufe*).

⁴²⁵ Vid. *supra* 3 y 5.1.

mejor orientado para ofrecer soluciones a los complejos problemas derivados la articulación práctica de este mecanismo de reintegración que el Derecho de daños, preocupado, primariamente, en resarcir –a lo que ahora nos ocupa– los daños concretos sufridos en el patrimonio de una persona⁴²⁶.

No es éste, indudablemente, el lugar oportuno para valorar debidamente el entrecruzamiento entre criterios resarcitorios y restitutorios en la acción indemnizatoria por los daños causados al titular de un derecho subjetivo sobre un bien incorporal. El debate –inexistente en el terreno de los derechos de la personalidad, que es el que nos ocupa en este trabajo– ha adquirido una notable intensidad en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual e industrial. En el Derecho español, en el que, como se ha explicado, dicho entrecruzamiento está explícitamente reconocido en las leyes protectoras de estos derechos, el esclarecimiento sobre la verdadera naturaleza –resarcitoria o restitutoria– y, sobre todo, el juego práctico de las acciones de resarcimiento del daño por medio de la regla hipotética y de la restitución de las ganancias del infractor reviste cierta urgencia⁴²⁷. No se piense, por lo demás, que las dificultades de delimitación entre la acción de daños y la acción de enriquecimiento son exclusivamente imputables a la falta de pericia dogmática del legislador en este ámbito; pues, desde la rigurosa diferenciación entre estas acciones de la LCD (cfr. arts. 32.1.5.^a y 32.1.6.^a), los tribunales españoles están teniendo dificultades parecidas⁴²⁸.

No obstante, el encaje dogmático y sentido práctico de la implementación de la teoría del *triple cómputo del daño* en las leyes de propiedad intelectual e industrial no debería perder de vista tres ideas⁴²⁹. En primer lugar, no puede soslayarse que –a diferencia de lo que sucede en el ámbito de los derechos de la personalidad– las pretensiones de restitución del precio de una hipotética licencia o de las ganancias obtenidas por el infractor de un derecho de propiedad intelectual o industrial están configuradas *ex lege* como acciones de responsabilidad civil extracontractual, esto

⁴²⁶ Cfr. VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und...», cit., pp. 354-355; y LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., C.H. Beck, München, 1987, pp. 514-515, advirtiendo de que, a pesar de que se configure como un método de cuantificación del daño, no guarda relación con éste. La crítica doctrinal a la *dreifache Schadensbe-rechnung* desde la denuncia de confusión entre Derecho de daños y Derecho del enriquecimiento suele destacar las siguientes objeciones: (i) la deformación del concepto de daño, ensanchándolo indebidamente; y (ii) la relajación del requisito de culpa en la acción resarcitoria, *vid.*, entre otros, SACK, R., «Die Lizenzanalogie...», cit., pp. 388-396; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 639-651. En la doctrina española, *vid.* una bien fundada crítica a la teoría del triple cómputo del daño en BASOZÁBAL ARRÚE, X., «Método triple...», cit., pp. 1.274 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, cit., pp. 54-56; *Fundamentos...*, V, cit., pp. 42-44; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 57 y ss.

⁴²⁷ En contra, no obstante, CARRASCO PERERA, Á., «Art. 135», cit., p. 1.791.

⁴²⁸ Recuérdense, p. ej., STS 29-XII-2006 (*autocares*); SJMER Barcelona núm. 2 25-IV-2008 / SAP Barcelona 17-XI-2009 (*Elle c. Interviú*); o SJMER Barcelona 28-VI-2011 (*Phercab*).

⁴²⁹ Ideas también relevantes para la construcción teórica de las acciones resarcitorias y restitutorias en el campo de los derechos de la personalidad incorporal.

es, como acciones de daños⁴³⁰. Ello no significa (i) ni que esta acción no presente, obviamente, particularidades respecto a, p. ej., la acción del artículo 1.902 CC⁴³¹; (ii) ni que excluya el ejercicio de una acción de enriquecimiento si concurren los requisitos de ésta, sin perjuicio, claro está, de la reducción por concurrencia de resarcimiento y enriquecimiento por el mismo concepto⁴³². Por todo ello, las referencias en la reciente jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS a la *condictio* por intromisión y al Derecho del enriquecimiento para explicar el criterio del precio de la licencia hipotética como expediente para valorar el daño derivado de la lesión de un derecho de propiedad intelectual o industrial⁴³³ no pasan de ser un innecesario guiño al erudito, carente de consecuencias prácticas concretas: si se quiere recurrir al Derecho del enriquecimiento para

⁴³⁰ Es artificiosa la tesis patrocinada por PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 76 y ss., según la cual los módulos restitutorios de la acción indemnizatoria del artículo 66.2 LP son, en realidad, «*plasmación de la acción de enriquecimiento*», bajo el argumento de que el reconocimiento, por parte del legislador español, de una acción de enriquecimiento en el artículo 18.6 LCD (hoy 32.1.6.^a LCD) –según las enseñanzas de la teoría de la atribución y diferenciada de la acción de daños– obliga a ello. Aparte de que, evidentemente, el planteamiento del legislador del art. 32 LCD está alejado del legislador –nacional y comunitario– del resarcimiento de daños derivado de la infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial, tampoco es tan claro, como cree el autor citado, que la restitución de ganancias sea uno de los criterios usuales para medir el enriquecimiento obtenido por el autor de un acto de competencia desleal *ex* artículo 32.1.6.^a LCD, tal y como hemos señalado *supra* 5.1.

⁴³¹ Así, a modo de ejemplo, en la acción de daños fundada en la restitución del precio de una hipotética licencia el demandante, en buena lógica, no tiene que probar –a diferencia de la acción de daños tradicional (art. 1.902 CC)– la existencia concreta de un daño, pues el propio legislador determina su existencia y cuantía de forma abstracta, *vid.*, así, CARRASCO PERERA, A., «Art. 140», cit., p. 1.696; BASOZÁBAL ARRÚE, X., «Método triple...», cit., p. 1.298; MARÍN LÓPEZ, J.J., «Dos cuestiones procesales (legitimación activa y jurisdicción competente) y dos sustantivas (límites al derecho de autor e indemnización de daños) en materia de propiedad intelectual», *pe.i.*, 1992, p. 61; SAP Barcelona (Secc. 15.^a) 23-VI-2005, caso *plagio sellos*, AC 2006/1174 (FJ 5). La Sala 1.^a no parece ser ajena a esta idea en sus últimos pronunciamientos, *cfr.*, p. ej., STS 2-III-2009, caso *Lladró*, RJ 2009/2789 (FJ 7); o la STS 31-V-2011, caso *sibutramina*, RJ 2011/3999 (FJ 2); aunque, anteriormente, apegada a la lógica resarcitoria, seguía exigiendo, en estos casos, la prueba del daño real; lo que le llevó a desarrollar la discutible –por imprevisible– doctrina del *daño ex re ipsa*, *cfr.*, entre otras, STS 23-II-1998 (*Cola-Cao*, FJ 2); STS 12-VI-2007 (*películas Disney*, FJ 6); STS 17-VII-2008 (*patente Solac*, FJ 2); *vid.*, crítico con esta jurisprudencia, CARRASCO PERERA, A., «Art. 140», cit., p. 1.696; «Aranzadi vs. El Derecho...», cit., pp. 10-12. En la jurisprudencia alemana, es indiscutida la idea de que, cuando el demandante solicita la indemnización mediante el criterio de la *lizenzanalogie*, no es presupuesto de la acción la prueba del daño, *cfr.*, entre otros, HERTIN, P.W., *Urheberrecht*, cit., p. 226 (Rdn. 753); HEFERMEHL, W. / KÖHLER, H. / BORNKAMM, J., *Gesetz gegen...*, cit., p. 1.191 (§ 9 UWG Rdn. 1.42).

⁴³² *Vid.*, en el mismo sentido, BASOZÁBAL ARRÚE, X., «Método triple...», cit., pp. 1.298-1.299; en contra, al parecer, CARRASCO PERERA, A., «Art. 135», cit., p. 1.798. La compatibilidad –a salvo la reducción citada– entre acción resarcitoria basada en criterios restitutorios y acción de enriquecimiento (*Eingriffskondiktion*) es la solución normativa del Derecho alemán; lo que ha convertido a esta última en una acción relevante en la práctica en aquellos casos en los que el infractor demandado no actuó de forma negligente, *vid.*, p. ej., HERTIN, P.W., *Urheberrecht*, cit., p. 227 (Rdn. 757); GÖTTING, H.P., *Gewerblicher Rechtsschutz*, cit., p. 213 (Rdn. 30); SCHACK, H., *Urheber- und...*, cit., p. 387 (Rdn. 808), quien destaca, además, el interés práctico por el distinto plazo prescriptivo entre la acción indemnizatoria y la de enriquecimiento.

⁴³³ *Vid.*, p. ej., entre otras, las citadas STS 2-III-2009 [*Lladró*, FJ 7 (I, 2.^o)] y STS 31-V-2011 (*sibutramina*, FJ 2).

explicar que, en estos casos, el titular del derecho infringido no tiene que acreditar el daño, resulta mucho más sencillo –y, en todo caso, más coherente con la configuración normativa vigente de las acciones de indemnización en las leyes de propiedad intelectual e industrial y en la Directiva 2004/48/CE– afirmar que lo que prevén dichas normas es una liquidación abstracta de un daño patrimonial que se considera normativamente producido por el mero hecho de la conducta antijurídica, y que, por ello, no resulta necesario acreditar una disminución o decremento patrimonial o la frustración de un incremento o aumento esperado. En segundo lugar, las críticas españolas a la *dreifache Schadensberechnung* –indudablemente, bien fundadas dogmáticamente– no pueden olvidar, ni mucho menos tratar de ocultar, que aquélla no es, al menos en la doctrina alemana actual, una «reliquia histórica»⁴³⁴; o un «*nomen iuris*» que solo se mantiene «por razones históricas hoy en día absolutamente desacreditadas»⁴³⁵. Al contrario: a las numerosas críticas a esta teoría, cabe contraponer otras voces que no solo se limitan a reseñar acriticamente la posición jurisprudencial y conferirle un sentido práctico; sino que defienden, también con rigor, dicha construcción, especialmente, la posibilidad de liquidar el daño patrimonial de forma abstracta mediante la *Lizenzanalogie*⁴³⁶. Y,

⁴³⁴ Cfr., así, BASOZÁBAL ARRÚE, X., «Método triple...», cit., p. 1.286, quien, en referencia al Derecho alemán, afirma: «*deberíamos aceptar que la dreifache Schadensberechnung es una "reliquia histórica" de un tiempo en el que la exclusión de las acciones de enriquecimiento obligó a la jurisprudencia a construir una particular criatura (...)*»; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 60: «(u)na reliquia histórica y dogmática (...)».

⁴³⁵ Cfr., así, PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 76, según el cual, en la actualidad existe «un clima doctrinal entre los autores más atentos absolutamente contrario a la dreifache Schadensberechnung».

⁴³⁶ Vid., p. ej., como en uno de los trabajos más completos de la doctrina actual alemana en relación con las acciones de defensa de los derechos sobre bienes inmateriales se defiende, desde un buen conocimiento del funcionamiento práctico de estas acciones, esta última opción: DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 263-274 y p. 291; más recientemente, «§ 97», cit., pp. 1.360-1.361 (Rdn. 59) y pp. 1.361-1.362 (Rdn. 61); también se defiende la configuración dogmática de la *Lizenzanalogie* como criterio de medición del daño en BODEWIG, Th. / WANDTKE, A., «Die doppelte Lizenzgebühr als Berechnungsmethode im Lichte der Durchsetzungsrichtlinie», *GRUR*, 2008, núm. 3, esp., p. 225. No se piense, tampoco, que es ésta una posición defendida exclusivamente por los especialistas del Derecho sobre bienes inmateriales, sino que «los cultivadores de la Parte General del Derecho de Obligaciones y Contratos» (cfr. PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 57) también convalidan esta práctica, encontrándole un encaje en el *Schadensersatzrecht*, vid., p. ej., VON BAR, C., «Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und allgemeine Schadentheorie», *UFITA*, 1978, núm. 81, pp. 68-71 (justificación bajo el concepto de *daño normativo*; le siguen, ahora, SCHACK, H., *Urheber- und...*, cit., p. 374 [Rdn. 779]; STIEPER, M., «Dreifache Schadensberechnung...», cit., p. 626); para una explicación de la *Lizenzanalogie* como *daño abstracto*, justificada por la especial vulnerabilidad de los derechos sobre bienes inmateriales y las dificultades de prueba del daño concreto, vid. ESSER, J. / SCHMIDT, E., *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 2, 7.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1993, p. 205; recientemente, les sigue OETKER, H., «§ 252», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2007, p. 472 (Rdn. 56), quien –sin ignorar los problemas dogmáticos de la *dreifache Schadensberechnung* (cfr. Rdn. 55)– encuentra una explicación procesal, bajo la cual la utilización de los criterios de la regálá hipotética y las ganancias del infractor como método de valoración del daño cobran sentido; de forma parecida, WAGNER, G., «Prävention und...», cit., p. 374; incluso, vid., ahora, MEDICUS, D., *Bürgerliches Recht*, cit., pp. 530-531 (Rdn. 833).

en tercer y último lugar, tampoco puede ignorarse que si, en efecto, una de las causas de la aparición de la tan denostada *dreifache Schadensberechnung* fue la ausencia, en su momento, de una convincente construcción teórica y normativa de la acción de enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno, la situación del Derecho español en este terreno, no se aleja demasiado, lamentablemente y con la consabida excepción del artículo 32.1.6.^a LCD, de aquel panorama.

En todo caso, la utilización del criterio del precio de una licencia hipotética como método de cuantificación abstracta del daño patrimonial sufrido por el titular de los derechos de la personalidad incorporal presenta algunos inconvenientes prácticos, que desaconsejan –o, cuando menos, dificultan– su adopción generalizada en Derecho español. Y es que no resulta dudoso que este recurso implica, como va reiteradamente dicho, el reconocimiento de un expediente de liquidación abstracta del daño; pero que, a diferencia de lo que sucede en el caso de los derechos de propiedad intelectual e industrial, no tiene apoyo en un fundamento normativo, ni se desprende de una doctrina de los tribunales clara, bajo la cual puedan identificarse y sistematizarse los grupos de casos en los que dicho recurso podrá ser admitido y de la que pueda predecirse, con cierta seguridad, el alcance de la pretensión indemnizatoria.

Así, el carácter automático de esta medida, con *abstracción* del real incremento esperado por el titular y que se ha visto frustrado por la intromisión ilegítima, puede generar dudas respecto del alcance de la pretensión, p. ej., en aquellos casos –muy frecuentes– en los que la remuneración hipotética no coincide con aquel incremento. Piénsese que, en los casos de las citadas SAP Madrid 30-III-2006 (*panel publicitario Conde de Casal*) y SAP Madrid 4-IX-2003 (*modelo Telefónica Móviles*) que tienen por objeto la imagen de un modelo profesional, éste –como, de hecho, así sucedía en la SAP Madrid 4-IX-2003 (*modelo Telefónica Móviles*)– puede haber celebrado, con anterioridad a la intromisión, un contrato con su agencia de modelos, por el que aquel autoriza a ésta la búsqueda de un destino publicitario para algunas de sus fotos y, llegado el caso contratar, en su nombre, la pertinente autorización. En este supuesto, en el que, previsiblemente, las partes del contrato pactarán que un porcentaje elevado de la remuneración de la agencia de publicidad al modelo corresponda a la agencia de modelos por la gestión de ésta, el daño patrimonial experimentado por el modelo no se corresponde, pues, con dicha remuneración. Y lo que quiere destacarse aquí es que, en estos casos, va a resultar dudoso si el deudor de la obligación de resarcir dicho daño abstracto podrá alegar –en la lógica resarcitoria, esto es, aquella que atiende a los «daños y perjuicios causados» [cfr. art. 9.2 (c) LO 1/1982] al

acreedor, y no a la ventaja patrimonial obtenida por el deudor⁴³⁷— que el daño de la víctima no se corresponde con el valor de mercado objeto de la pretensión.

Por otro lado, admitir la medición del daño patrimonial bajo el criterio del precio de una licencia hipotética representa, asimismo, aceptar un criterio de fijación abstracta del daño por parte de los tribunales; lo que abre las puertas a que éstos puedan fijar el daño en conformidad con otros criterios de valoración abstracta, que, en determinados supuestos, pueden ser —aparentemente— tan razonables como el de la regalía hipotética.

Es significativo, al respecto, el caso visto por la SAP Barcelona 8-IV-2003 (*concurso de belleza*): publicación no autorizada por parte de la revista *Interviú* de distintas fotografías de una mujer desnuda, que habían sido realizadas, con consentimiento de la actriz, durante el transcurso de un concurso de belleza. Ante la pretensión rescaritoria por el daño derivado de la intromisión en el derecho a la propia imagen de la mujer, la primera instancia concede una indemnización a determinar conforme a «*la suma más elevada que en concepto de retribuciones u honorarios hubieran satisfecho (el director y la sociedad titular de la revista) durante el año 2000 por un reportaje fotográfico con desnudos, incrementada en un 25 %*» (cfr. SAP Barcelona 8-IV-2003 AH 1)⁴³⁸. Piénsese que este criterio de determinación del daño —es decir, la cantidad más alta que la revista *Interviú* pagó como remuneración por la publicación de un reportaje del año 2000 incrementada con un porcentaje de sabor, más bien, preventivo-punitivo— es tan abstracto como lo puede ser el de la regalía hipotética *stricto sensu*⁴³⁹. *Vid.*, igualmente, con anterioridad, SAT Barcelona 30-IX-1985⁴⁴⁰, que también utiliza otro criterio de fijación abstracta del daño patrimonial.

⁴³⁷ *Vid.*, con carácter general, MANKOWSKI, P. / SCHREIER, M., «Zum Begriff ...», cit., p. 775.

⁴³⁸ Esta última decisión, no obstante, revoca la decisión de primera instancia, precisamente, por la valoración del daño contenida en ella; y fija la indemnización, según los criterios de valoración del daño moral (sic) *ex art.* 9.3 LO 1/1982, de una manera más ortodoxa, y, desde luego, menos cuantiosa.

⁴³⁹ La utilización del criterio de la *Lizenzanalogie* incrementada por un porcentaje corrector (habitualmente el 100 %: *doppelte Lizenzgebühr*) es una expediente usual, en la jurisprudencia alemana, de cuantificación del daño en las pretensiones rescaritorias ejercitadas por las entidades de gestión colectiva de derechos de autor. Dicha jurisprudencia, no obstante, no justifica tal instrumento desde argumentos punitivos o preventivos, sino compensatorios de los costes de vigilancia y de persecución de las infracciones de derechos de autor que asumen dichas entidades, *vid.*, sobre ello, HERTIN, P.W., *Urheberrecht*, cit., p. 213 (Rdn. 707); DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 89-91; WAGNER, G., «Prävention und...», cit., pp. 376-378; OETKER, H., «§ 249», cit., p. 350 (Rdn. 200). En nuestro Derecho, esta cuestión ha sido tangencialmente abordada por la STS 17-V-2010, caso *Cedro – tarifas*, RJ 2010/3900, en la que se admite, como doctrina jurisprudencial, la posibilidad de aplicar un porcentaje de incremento sobre la tarifa prevista por la entidad de gestión, si bien simplemente como expediente para determinar la regalía hipotética y «*de acuerdo con la real importancia económica de los derechos objeto de la infracción*» (FJ 4); en el mismo sentido, STS 6-VI-2011 (RJ 2011/4389, FJ 3).

⁴⁴⁰ Caso *Charo López*, RJC, 1986, núm. 1, p. 67.

nial derivado de la explotación comercial no autorizada de la imagen de una persona. En concreto, ante la pretensión resarcitoria de una actriz cuya imagen desnuda había sido publicada por dos revistas de contenido erótico, a través de los fotogramas de una película en la que había participado aquélla, la AT acude, para fijar la cuantía para resarcir el daño material, al precio cobrado por dicha actriz por su interpretación en la película (500.000 ptas. / 3.005,06 €), argumentando –con poca convicción, no obstante– que el precio del contrato de prestación de servicios artísticos con el productor de la película «permite interpretar que por unas escenas sueltas de dicha interpretación no puede pedir indemnización mayor aunque la trascendencia en cuanto a su difusión de las mismas y el tiempo transcurrido desde que se obtuvieron en 1979 hasta que se publicaron en 1981, pudiera haber alterado en alza la cotización de la actriz». De esta manera, la AT condena a las dos editoras de la revista a sendas indemnizaciones por el daño patrimonial de aquella cantidad. También ofrece un claro ejemplo de la inseguridad que genera la admisión judicial generalizada de criterios de fijación abstracta del daño patrimonial la SAP Pontevedra (1.^a) 20-IV-1994⁴⁴¹: después de acreditar la ilicitud de la explotación de la imagen de un menor para un uso publicitario, el JPI fijó el daño patrimonial sufrido por el menor «en función de las tarifas vigentes en el mercado para las campañas publicitarias en las que son utilizados modelos infantiles, tenidas en cuenta por las agencias publicitarias»; por lo que, acudiendo al «baremo correspondiente a la publicidad en prensa diaria acoge la cifra mínima de 45.000 pesetas» / 270,46 €. No obstante, la AP entendió que la fijación del daño patrimonial en el precio que el demandado debería haber pagado por el uso litigioso «no es equitativa». En cambio, sí estima «como ajustada la indemnización que comprende un 5 por 100 del beneficio obtenido por la agencia que, extralimitándose de lo convenido, utilizó la imagen (...) lo que supone una cifra total de 141.328 pesetas» / 849,40 € (cfr. FJ 5).

Por ello, admitir criterios judiciales de fijación abstracta del daño patrimonial incentivará a los demandantes a buscar –ya sea en el ordenamiento o en su imaginación– métodos de valoración que les asignen una indemnización mayor a la del daño patrimonial realmente sufrido, *vid.*, p. ej., SAP Madrid (Secc. 21.^a) 11-V-1999⁴⁴², donde, en la determinación del daño sufrido por unos menores, cuya imagen fue utilizada en una campaña institucional, se pretende fijar aquel daño por medio de la remuneración que obtuvo el fotógrafo que realizó las fotografías litigiosas. Pero es que, incluso en casos en los que tal medida restitutoria puede ser razonable, su configuración como un daño que puede ser resarcido mediante una valoración judicial en abstracto no deja de generar una indeseable inseguridad jurídica; *vid.* el caso visto por la STS 24-IV-2000 (*Lydia Bosch*): contrato celebrado entre una conocida actriz y su hermana y un estudio fotográfico para la realización de un reportaje gráfico de la boda de la última. Algunas de las fotogra-

⁴⁴¹ Caso *Moda Galicia menores*, AC 1994/624.

⁴⁴² Caso *campaña publicitaria del Ayuntamiento de Madrid*, AC 1999/8433.

fías de este reportaje aparecieron posteriormente publicadas, de forma no autorizada, en la revista *Diez Minutos*. Prescindiendo del planteamiento de la demanda en este caso y de su solución, cabe plantearse, ante una hipotética demanda de las hermanas contra el estudio fotográfico y contra la revista por los daños materiales causados por la intromisión en los derechos a la intimidad y a la propia imagen, si el tribunal podría fijar este daño, según, p. ej., la remuneración de la revista al estudio; o las ganancias obtenidas por la titular de la revista con la venta del número litigioso. La exigencia de un mínimo de seguridad jurídica sugiere descartar tales opciones bajo el argumento de que dichas cantidades no se corresponden con el concreto daño patrimonial sufrido por las demandantes⁴⁴³.

En todo caso, la falta de una norma o una doctrina jurisprudencial en la que fundar la fijación del daño patrimonial sufrido por el titular del derecho a la propia imagen infringido en el precio de una hipotética licencia provoca que, en no pocos casos, los tribunales rechacen esta forma de liquidación del daño, sin una mayor argumentación que la que ofrecen las decisiones que sí la aceptan.

Vid., así, SAP A Coruña (Secc. 4.^a) 7-IV-2008⁴⁴⁴: pretensión indemnizatoria de una modelo, cuya imagen fue indebidamente explotada en una campaña publicitaria. La modelo –que solicitaba una indemnización de 36.000 €– consideraba que una partida de dicho daño debía integrarse por los honorarios de una modelo profesional (6.000 €), en concepto de ahorro de gastos experimentado por los demandados. Tal forma de valoración del daño es denegada con claridad por el tribunal: «*Que no basta simplemente como criterio indemnizatorio ponderar el costo de unas fotos de dicha naturaleza en el mercado, pues ello vendría a refrendar la imposición de un contrato, en contra de los más elementales principios que disciplinan las relaciones jurídicas convencionales, corriéndose el indiscutible riesgo de la consagración de una inadmisibles práctica, consistente en la reproducción de la imagen de una persona, a sabiendas de que el costo de tal ilícito proceder supondría el simple pago, en concepto indemnizatorio, del precio que cobraría un o una modelo, que, por el contrario, sí autorizase expresamente la reproducción de su imagen, trasladándose, de tan irregular forma, la disposición de un derecho fundamental personalísimo a quien conscientemente lo ha vulnerado, por lo que, en modo alguno, insistimos, éste puede ser el cánón indemnizatorio, que suponga, como advierte la jurisprudencia del Tribunal Constitucional antes citada, una efectiva tutela jurídica y no una protección meramente ritual y simbólica*» (FJ 3). Huelga decir que el razonamiento, como decimos, es tan poco convincente como el usualmente utilizado para admitir el resarcimiento del daño patrimonial bajo la regalía hipotética, pues sostener que dicho expe-

⁴⁴³ Nótese que el caso planteado tiene una solución más sencilla, y en todo caso, más segura, desde la acción de enriquecimiento injustificado, en los términos expuestos *supra* 3.2.3, 4 y 5.2.

⁴⁴⁴ Caso modelo *Leche Pascual*, AC 2008/1036.

diente de liquidación del daño constituye una «*inadmisibile práctica*» o de una «*irregular forma*» resulta una respuesta insuficiente para aquella demandante que, precisamente, quería que su lesión al derecho a la propia imagen fuere reparada o restituida mediante el pago del valor de uso de su imagen.

Y es que, en definitiva, no será infrecuente que para configurar el daño patrimonial –tanto el daño emergente como el lucro cesante– que sufre el titular de un derecho fundamental de la personalidad incorporal infringido, y que puede ser resarcido mediante la acción resarcitoria del artículo 9.2 c) LO 1/1982, se acuda, como punto de partida, a las pautas generales tradicionales del concepto de daño en Derecho español.

Y éste suele determinarse –reiteramos, generalmente, y en ausencia de un criterio normativo distinto⁴⁴⁵– desde una concepción subjetiva y real-concreta⁴⁴⁶; esto es, desde una valoración que tenga en cuenta, en todo momento, las concretas circunstancias de la persona que sufre el daño⁴⁴⁷; así como los singulares factores del daño, con independencia de otros elementos ajenos a éstos⁴⁴⁸.

Desde esta lógica, la remuneración que el titular del derecho de la personalidad infringido hubiese obtenido a cambio de la autorización por el uso intromisivo podrá ser considerada como daño resarcible *ex* artículo 9.2 c) LO 1/1982 en aquellos casos en los que dicho titular pueda acreditar que la disposición onerosa proyectada –ya fuera a favor del intromisor o de un tercero– no se ha producido debido, precisamente, a la concurrencia de la intromisión ilegítima.

⁴⁴⁵ Como los contenidos en los artículos 140.2 LPI; 43.2 y 43.5 LM; art. 66.2 LP; artículo 55.2 LPJDI; art. 22.3 *in fine* LPOV, o en el art. 1.108 CC, *vid.*, en un sentido parecido, CARRASCO PERERA, Á., «Art. 140», cit., p. 1.692. No se acaba de entender muy bien la crítica que BASOZÁBAL («Método triple...», cit., pp. 1.290-1.291) y PORTELLANO (*La defensa...*, cit., pp. 64-65) dirigen a la afirmación de aquel autor, por la cual la liquidación del daño por medio de la regalía hipotética del artículo 140.2 (b) LPI es –al igual que en el art. 1.108 CC– abstracta. Afirmar esto no es más que una constatación normativa, sin que signifique convalidar la solución dogmática o de política jurídica que subyace bajo la *dreifache Schadensberechnung*. Y es que el hecho de que esta teoría sea un *juristische Mißgeburt* –cuestión siempre discutible– no debe prejuzgar el análisis del Derecho positivo.

⁴⁴⁶ Cfr. PANTALEÓN, F., «Art. 1.902», cit., pp. 1.990-1.991; Díez-PICAZO, L., *Derecho de daños*, cit., p. 314; *Fundamentos...*, V, cit., p. 336; SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 36. *Vid.*, para una asunción judicial de las bases dogmáticas de esta tesis, SJPI Santander núm. 3 26-X-2004, JUR 2005/43661 (FJ 3 y 4).

⁴⁴⁷ Así, en el citado caso del *concurso de belleza* (SAP 8-IV-2003), si admitimos que la efigiada sufrió, a causa de la explotación no autorizada de su imagen, un lucro cesante, porque, p. ej., estaba negociando, en ese momento, la autorización para publicar las fotografías en otra revista, la valoración de este daño deberá tener en cuenta las características profesionales de la modelo; sin que pueda admitirse como válida, según la concepción subjetiva del daño, la remisión a la remuneración de una modelo, actriz, etc. de mayor repercusión social (como, en cambio, hizo la SJPI en el caso).

⁴⁴⁸ De esta manera, en el mismo caso (*concurso de belleza*), el daño patrimonial (lucro cesante), en la hipótesis planteada en nota anterior, será el mismo aun en el caso de que la publicación no autorizada de las fotografías en la revista *Interviú* hubiese ocasionado a la modelo notables ventajas patrimoniales, en forma de contratos de prestación de servicios artísticos en televisión, etc.

En síntesis, las objeciones a la adopción del criterio del precio de la autorización hipotética como expediente para cuantificar, de forma abstracta, el daño patrimonial experimentado por el titular del derecho de la personalidad infringido no se dirigen a satisfacer el prurito dogmático; sino, antes bien, a advertir de los riesgos que supone su admisión generalizada y sin el apoyo de unos criterios claros acerca de su encaje práctico. No obstante, es claro que la acción indemnizatoria –tanto por el daño patrimonial como por el moral– y la acción de enriquecimiento injustificado pueden concurrir; y, en el caso de que se admita –como así hacen nuestros tribunales– que la acción indemnizatoria del daño patrimonial *ex* artículo 9.2 c) LO 1/1982 permite exigir al intromisor el precio de la autorización hipotética habrá que aplicar una reducción por concurrencia del resarcimiento y el enriquecimiento por el mismo concepto⁴⁴⁹.

En cualquier caso, la liquidación del precio o remuneración por la autorización que el titular hubiese concedido al intromisor encuentra un acomodo práctico sencillo, coherente y razonable en la acción de enriquecimiento, bajo el fundamento dogmático, normativo y alcance expuestos en este trabajo. Además, el desarrollo de esta acción en la práctica de la protección de los derechos de la personalidad incorporal podría resultar igualmente sugestivo desde un punto de vista político-normativo, del modo en que se desarrolla a continuación.

6.3 La acción de enriquecimiento injustificado como instrumento de superación de la irracionalidad e imprevisibilidad en la concesión de indemnizaciones por el daño moral

La utilidad que representa la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión como instrumento de reintegración de las lesiones de derechos de la personalidad ha llevado a que, a nivel doctrinal, se haya tratado de asignarle una mayor importancia en este ámbito. En concreto, la poco convincente y razonada práctica de los tribunales en la concesión de indemnizaciones por el daño moral derivado de la lesión de aquellos derechos ha tratado de ser corregida desde propuestas por las que se entiende que la acción de enriquecimiento podría asumir, con mayores dosis de coherencia y corrección dogmática, aquellas funciones no estrictamente compensatorias que, como se ha visto, suelen atribuirse, desde distintos ordenamientos, a la indemnización del daño moral.

⁴⁴⁹ Del modo en que lo hace la norma del artículo VII.- 7:102 DCFR, como también se ha apuntado *supra* IV.

En la doctrina alemana, CANARIS –soliviantado por la jurisprudencia que atribuye una función preventiva o disuasoria a la indemnización del daño moral derivado de aquellas intromisiones en el derecho general de la personalidad deliberadamente ideadas para obtener ganancias⁴⁵⁰– ha propuesto erigir a la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno en un instrumento de restitución de ganancias en estos supuestos. De esta manera, se conseguiría, por un lado, una solución dogmática coherente en sede del Derecho del enriquecimiento⁴⁵¹; y, por otro –y sobre todo– se evitaría que la acción de indemnización del daño moral viera perturbada su función estrictamente compensatoria con la introducción, en su seno, de finalidades o funciones punitivas o preventivas⁴⁵².

Desde el Derecho español, cabe insistir en que no resulta conveniente asignar una función preventivo-punitiva a la acción de enriquecimiento injustificado, pues de este modo, su fundamento y alcance como mecanismo de reintegración de la lesión del contenido de atribución de determinados derechos subjetivos se diluiría indebidamente en una concepción unitaria y vulgar de dicha acción, inspirada en un principio de equidad, y dirigida a retirar las ganancias ilícitamente obtenidas por el intromisor. Y mucho menos adecuado resultaría dotar la acción de enriquecimiento con esta función preventivo-punitiva solo para así evitar que la acción indemnizatoria del daño moral termine por asumir aquella función⁴⁵³. No obstante, sí es cierto que, en el ámbito de la defensa de los derechos de la personalidad incorporal, la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno puede contribuir indirectamente –y más allá de su función dogmática y normativa– a superar la irracionalidad en la concesión de indemnizaciones por el daño moral derivado de la lesión de aquellos derechos⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ Vid. BGH 15-II-1994 (*Carolina de Mónaco I*); BGH 5-XII-1995 (*Carolina de Mónaco II*); BGH 5-X-2004, caso hijo *Carolina de Mónaco y Ernesto de Hanover*, NJW, 2005, núm. 4, pp. 215-218; y *supra* 5.1.

⁴⁵¹ Recuérdese –*supra* 5.1.– que para este autor es posible, en Derecho del enriquecimiento alemán, identificar la pretensión restitutoria con las ganancias obtenidas por un intromisor en derecho ajeno de mala fe.

⁴⁵² Vid. «Bereicherung aus...», cit., *passim*, esp., pp. 98-99 y 108-110. Un razonamiento parecido –si bien, con fundamentos normativos algo distintos– es defendida por SIEMES, C., «Gewinnabschöpfung bei Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit durch die Presse», AcP, 2001, *passim*, esp., pp. 212-215 y 226-231.

⁴⁵³ Bajo este argumento, la indiscutida necesidad de prevenir ilícitos civiles y fiscalizar las conductas generadoras de éstos acaba por convertirse –como ha señalado WAGNER («Prävention und...», cit., p. 360)– en una *heiße Kartoffel* que va pasando por las distintas manos de las áreas de conocimiento, bajo las cuales hemos convenido –muchas veces por razones incomprensibles a la razón práctica– en compartimentar el ordenamiento jurídico.

⁴⁵⁴ Esta idea ha sido certeramente apuntada, en la doctrina española, por MIERES MIERES, L.J., «Nimiedades privadas...», cit., pp. 1.759-1.761, al hilo de un comentario al caso *Preysler*.

En efecto, la determinación de la cantidad económica idónea para compensar la lesión a los intereses morales o personales derivada de la infracción de un derecho de la personalidad viene sometida a fuertes dosis de discrecionalidad judicial; que, en el fondo, conllevan una cierta irracionalidad y, en todo caso, imprevisibilidad. Ello no tiene por qué ser así; pues los criterios de valoración del daño moral en la LO 1/1982 y, sobre todo, las funciones que el ordenamiento jurídico español pretende conferir a la indemnización del daño moral derivado de la lesión de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen constituyen una pauta normativa adecuada para que los tribunales desarrollen, bajo grupos de casos, criterios más previsibles de determinación de dichas cuantías. No obstante, esta labor judicial –ya difícil de por sí– se presenta en los tribunales españoles con –por decir lo menos– un escaso desarrollo; con lo que es razonable pensar que, en ausencia de estas bases, la determinación de la cuantía en este ámbito sigue estando sometida a las mencionadas discrecionalidad, irracionalidad e imprevisibilidad.

Sin este desarrollo judicial, la determinación de la cuantía idónea para indemnizar el daño moral en recurrentes casos de vulneración de los derechos de la LO 1/1982 resulta, ciertamente, muy difícil de prever. *Vid.*, p. ej., el caso de la STS 11-XI-2004⁴⁵⁵ (caso *Mar Flores y Alessandro Lecquio*): la revista *Interviú* publicó un reportaje en el que se daba cuenta de que una conocida exmodelo –sentimentalmente vinculada a un conocido empresario– había mantenido, esporádicamente, una relación con otro personaje de notoriedad pública en Italia. El reportaje se ilustró, entre otras fotografías íntimas de la exmodelo con su nuevo amante, de una fotografía de éstos en la cama de la habitación de un hotel; al parecer, captada por los propios efigiados. Ante la demanda de la exmodelo frente a la editora de la revista, los tribunales no dudaron en estimar que la publicación en cuestión había lesionado los derechos a la intimidad y a la propia imagen de la demandante; lo que fue confirmado por el TS. No obstante, en cuanto a la pretensión de indemnización del daño moral, solo puede saberse, de las decisiones publicadas, que su cuantía se determinó en ejecución de sentencia; limitándose el JPI a afirmar que «*la referida publicación ha ocasionado graves daños morales a Doña María del Mar F. C.*» (*apud* STS 11-XI-2004, AH 1). Tratar de prever la cuantía que, aproximadamente, podrían conceder los tribunales en este caso es una actividad sumamente compleja, por no decir imposible⁴⁵⁶. Ciertamente, parece que, en el pre-

⁴⁵⁵ RJ 2004/6660.

⁴⁵⁶ Son útiles, para comprender la inquietud que genera esta situación en la praxis, las reflexiones de ENRICH, E., «El derecho a la propia imagen frente al derecho a la libertad de expresión. El pleito Michael Douglas y Catherine Zeta-Jones contra Hello! a la luz del derecho comparado», *RJC*, 2004, p. 811, quien, después de criticar la falta de racionalidad y previsibilidad de los criterios manejados por los tribunales en los casos de infracción de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, termina por preguntarse: «¿cómo asesorar a

sente caso, la lesión a los derechos a la intimidad y a la propia imagen de la exmodelo –quien, como se desprende de la resolución citada, fue víctima, al parecer, de una estrategia económica entre su amante, un intermediario y el medio de comunicación demandado– revistió cierta gravedad: no solo se daba conocimiento al público de una información sobre la vida privada de una persona, sino que, además, se publicaban unas imágenes de una escena claramente íntima. Además, el hecho de que la conducta de la demandante había sido dirigida a la obtención de un beneficio económico con la intromisión debería ser un elemento a tener en cuenta, en principio, para incrementar la cuantía, de acuerdo con la interpretación propuesta del antiguo artículo 9.3 III LO 1/1982⁴⁵⁷. De esta manera, podría pensarse, en un primer momento, que la cuantía en este caso se ubicaría entre los parámetros más altos concedidos por los tribunales en casos similares: p. ej., STS 17-VII-1993⁴⁵⁸ [caso *Marta Chávarri* (204.348,11 €)]; SAP Madrid 27-VI-2007 [paternidad *Gonzalo Miró* (300.000 €)]⁴⁵⁹; STS 28-XI-2008⁴⁶⁰ [*Jose Toledo y Cristóbal M. Bordiú* (180.302 €)]; STS 30-XII-2010⁴⁶¹ [caso *Pepe Navarro* (270.000 €)]; SAP Madrid (Secc. 11.ª) 30-XII-2010⁴⁶² [caso *Pepe Navarro II* (150.000 €)]; SAP Madrid (Secc. 11.ª) 23-I-2008⁴⁶³ [caso *famoso desnudo en terraza* (120.000 €)]; SAP Sevilla (Secc. 5.ª) 16-II-2006⁴⁶⁴ [caso *Eugenia Martínez de Irujo*

la revista que publica imágenes de este tipo si no sabemos cuál puede ser la sanción por su actuación? ¿cómo recomendar al personaje público que ha sufrido una intromisión ilegítima a su derecho de imagen si al final el Tribunal Supremo puede valorar el perjuicio en 200 euros?».

⁴⁵⁷ Vid. *supra* 5.1.

⁴⁵⁸ RJ 1993/6458. Publicación no autorizada en una revista de la imagen de un conocido personaje de la prensa del corazón, captada en una discoteca, y en la que aparecía sin ropa interior. Esta resolución, que confirma la condena indemnizatoria de la instancia, deja la fijación de la cuantía indemnizatoria para el período de ejecución de sentencia. Según noticia publicada en *El País* (30-VII-1994) –bajo el título «*Entreviú pagará 34 millones a Marta Chávarri por la foto sin ropa interior*»–, ésta fue la cuantía fijada finalmente por los tribunales.

⁴⁵⁹ Adviértase, no obstante, que esta resolución –y, lógicamente, la valoración del daño moral en ella contenida– ha sido revocada por la STS 30-VI-2010 (RJ 2010/5691), al entender que la divulgación por los medios demandados de la paternidad del demandante –celosamente ocultada al público por éste y por su madre ya fallecida– no quedaba comprendida en el ámbito objetivo de protección del derecho a la intimidad.

⁴⁶⁰ RJ 2009/1352. Publicación de catorce fotografías en las que una presentadora de televisión y un conocido personaje de la prensa del corazón aparecen desnudos.

⁴⁶¹ RJ 2011/1793. Divulgación en distintos programas de una cadena de televisión de datos de la vida íntima («*vida sentimental del actor, infidelidades, paternidades hasta el momento no conocidas, acoso sexual en el ámbito laboral y amenazas de despido*») de un presentador.

⁴⁶² AC 2011/782. Imputación a un presentador de infidelidades y de la paternidad del hijo de una actriz en un programa de televisión.

⁴⁶³ JUR 2008/114896. Emisión en un programa de televisión de la imagen de un famoso en la que se reproduce su «*cuerpo completo (...) caminando por el interior de la terraza de su vivienda-chalet, incluyendo sus movimientos para desprenderse de su traje de baño*».

⁴⁶⁴ JUR 2006/180481. Imputación de infidelidades matrimoniales en distintos programas de televisión a un conocido personaje de notoriedad pública, quien, a su vez, es calificado en dichos programas como «*la bajita platea*» o «*duquesita*».

(90.151,81 €); SAP Madrid (Secc. 20.ª) 30-X-2008⁴⁶⁵ (caso *Terelu Campos – discoteca*) (150.000 €); SAP Sevilla 2-VI-2011 [*Duquesa de Alba y A. Díez c. Sálvame* (300.000 €)]; STS 10-X-2011⁴⁶⁶ [caso *Norma Duval c. Aquí hay tomate* (140.000 €)]; SAP Madrid (Secc. 13.ª) 5-X-2010⁴⁶⁷ [caso *Norma Duval c. Hormigas Blancas* (125.000)]; SAP Madrid (Secc. 20.ª) 3-XII-2009⁴⁶⁸ [caso *Marta Chávarri c. Aquí hay tomate* (146.666 €)]; STS 12-IX-2011⁴⁶⁹ [caso *Anna Kournikova y Enrique Iglesias* (336.000 €)]. No obstante –y aparte de que estas cantidades tampoco constituyen, como se comprenderá, una pauta orientativa fiable– podría ser que, a la hora de determinar, la cuantía del daño moral sufrido por la demandante en el caso *Mar Flores y Alessandro Lecquio*, los tribunales argumentaran, para justificar una cantidad inferior a aquéllas, que, p. ej., la exmodelo «*havia estat objecte d'especial atenció per l'anomenada "premsa del cor", i que, per tant, era conscient que havia de protegir-se si volia emparar la seva privacitat, i que li és exigible una especial diligència per a aquesta finalitat*⁴⁷⁰»; o que la afectada «*no ejercía(n), ni había(n) ejercido cargo público*⁴⁷¹»; o que debe tenerse en cuenta «*la menor repercusión que un medio escrito tiene frente a los programas de televisión dedicados a estos temas*⁴⁷²» (FJ 8); o que la cuantía de la indemnización por el daño moral debe cifrarse con relación a la remuneración que el medio de comunicación ha abonado a la persona que ha divulgado la información o imagen

⁴⁶⁵ AC 2008/2103. Emisión en programa de televisión de unas imágenes (con «*un inequívoco componente sexual*») captadas en una discoteca, en las que puede verse a dos periodistas bailando.

⁴⁶⁶ JUR 2011/386965. Durante el transcurso de un programa de televisión, se especula sobre «*las experiencias sexuales de la actora, la atribución de actuaciones relacionadas con terceras personas, o abortos llevados a cabo*».

⁴⁶⁷ JUR 2011/36331. Emisión de un reportaje en un programa de televisión sobre la trayectoria privada de una conocida vedet, durante el transcurso del cual se insinuó su bisexualidad.

⁴⁶⁸ JUR 2010/69811. Reproducción en un programa de televisión de unas imágenes en las que puede verse a un conocido personaje de la prensa del corazón, junto con su nueva pareja sentimental, en la terraza de su casa; lo que supone la revelación de una relación sentimental que sus protagonistas habían querido preservar del público.

⁴⁶⁹ JUR 2011/336227. Emisión en el programa de televisión *Aquí hay tomate* de un reportaje que, bajo el título «*El desnudo del año*», muestra unas fotografías en las que se ve a dos conocidos personajes públicos en una playa. Las fotografías habían sido manipuladas, para dar la impresión de que su protagonista aparecía completamente desnuda, cuando –al parecer– en el momento de ser tomadas, aquélla llevaba una pieza de baño.

⁴⁷⁰ Argumento empleado, entre otras, por la SAP Barcelona (Secc. 13.ª) 28-II-2002 [caso, *Daniel Ducruet*, TOL 247.846 (60.101,21 €), FJ 11]. Publicación en dos números de 1996 de la revista *Interviú* de sendos reportajes fotográficos que mostraban al que por aquel entonces era marido de Estefanía de Mónaco manteniendo relaciones sexuales con otra mujer. En el segundo de los números, dicha revista distribuyó junto al ejemplar en papel un vídeo que reproducía al completo los detalles de la infidelidad.

⁴⁷¹ Argumento utilizado por la SAP Madrid (14.ª) 14-VII-2009 (caso *A. Botella y J.M. Aznar*, AC 2009/1870, confirmada por STS 29-VII-2011, RJ 2011/6285) para justificar el hecho de que la cuantía concedida en este caso (90.000 € para cada uno de los afectados) fuera superior respecto a un «*supuesto similar*» enjuiciado por la misma AP (40.000 y 30.000 € para cada uno de los afectados).

⁴⁷² Argumento desarrollado por la SAP Madrid (Secc. 21.ª) 8-IV-2008 (caso *Álvarez-Cascos c. ¡Qué me dices!*, JUR 2008/180431) para rebajar la cuantía indemnizatoria a 24.000 € (FJ 8).

litigiosa⁴⁷³; y ello, de manera que la cuantía se determinara de conformidad con otras concedidas por los tribunales, también en supuestos parecidos: SAP Madrid 2-VI-2004⁴⁷⁴ [caso *concurante Gran Hermano* (30.000 €)]; STS 24-IV-2000 [*Lydia Bosch* (3.005,06 €)]; STS 14-III-2011⁴⁷⁵ [caso *Andreu Buenafuente* (55.000 €)]; STS 27-XII-2010 [caso *boda Ronaldo - Qué me dices*, (30.000 €)]; STS 15-VI-2011 [caso *boda Ronaldo - Hola* (60.000 €)]; SAP Madrid (Secc. 25.^a) 17-VII-2009⁴⁷⁶ [caso *entrevista Aquí hay tomate* (24.000 €)]; SAP Valladolid 27-XII-2010⁴⁷⁷ [caso *pareja Patricia Conde* (35.209,87 €)]; SAP Madrid (Secc. 11.^a) 11-III-2010⁴⁷⁸ [caso *amiga futbolista Real Madrid* (10.000 €)]; STS 22-XI-2010⁴⁷⁹ [caso *Julián Muñoz* (36.000 €)]; STS 27-X-2011⁴⁸⁰ [caso *Fran Rivera - A tu lado* (20.000 €)]; STS 29-VII-2011 [caso *Darek c. DEC* (15.000 €)]; STS 18-VII-2011 (*Pepe Navarro IV* [17.000 €]); o, en fin, que dicha indemnización coincidirá con la que han acordado los tribunales por la redifusión de las imágenes

⁴⁷³ Como hizo el JPI en el caso visto por la STS 29-VII-2011, caso *Darek c. DEC*, RJ 2011/6284: emisión en programa de televisión de una entrevista a la examante de un modelo profesional –conocido públicamente por su relación sentimental con un personaje habitual de la prensa del corazón española– en la que revela que siguió manteniendo relaciones sexuales con el modelo con posterioridad a que éste iniciase dicha relación sentimental. Para el Juzgado, «se considera más ajustada una indemnización de 15.000 euros, que es el precio total que se pagó por la entrevista» (apud STS 29-VII-2011, AH 1). La Sala 1.^a, en la resolución citada, ha confirmado la resolución del Juzgado, tras revocar la de apelación. O como hizo la STS 18-VII-2011, caso *Pepe Navarro IV*, RJ 2011/6124: la demanda de un conocido presentador de televisión por la publicación en la revista *Interviú* de la entrevista a una examante de aquél, en la que detalla aspectos de su vida íntima, se interpuso exclusivamente frente a la entrevistada. A la hora de fijar la cuantía indemnizatoria por la lesión al derecho a la intimidad del demandante, la Sala 1.^a –que aumenta la cuantía fijada por la AP (6.000 €)– tiene en cuenta la remuneración obtenida por la demandada por la concesión de la entrevista (34.560 €), si bien aplica una reducción del 50%: «esta Sala, teniendo en cuenta que la LPDH exige que se tenga en cuenta la difusión de la publicación, que es notoriamente de gran tirada, y el beneficio obtenido, estima adecuado señalar como indemnización la mitad (17 000 €) del beneficio que la Audiencia Provincial declara obtenido por la demandada por la publicación del reportaje» (FJ 2).

⁴⁷⁴ AC 2004/1836. Publicación en la revista *Interviú* de un reportaje ilustrado en el que se da cuenta de la anterior actividad profesional como prostituta de una concursante de un conocido programa de televisión.

⁴⁷⁵ RJ 2011/2770. Publicación en una revista de la imagen de un conocido humorista «en una solitaria cala de Ibiza desnudo quitándose el bañador».

⁴⁷⁶ JUR 2009/362592. Emisión en dos programas de televisión de las declaraciones de una persona en las que se contienen comentarios sobre la «vida sexual, íntima y privada» de un conocido personaje público y en las que, más en concreto, se facilitan datos sobre la orientación sexual de éste.

⁴⁷⁷ Emisión de un reportaje en un programa de televisión de *Telecinco* en el que se identifica a una joven (sin notoriedad pública) y se asegura que ésta podría mantener una relación sentimental con una conocida presentadora.

⁴⁷⁸ AC 2010/962. Publicación en una revista y en un programa de televisión de un reportaje en el que se reproduce de forma no autorizada la imagen de una mujer y se califica a ésta como la nueva amante de un conocido futbolista.

⁴⁷⁹ RJ 2011/565. Afirmación, en distintos programas de la cadena de televisión *Telecinco*, de que un personaje de notoriedad pública había tenido un hijo fruto de una relación con una prostituta.

⁴⁸⁰ RJ 2012/1129. Emisión de una entrevista en la que la examante de un torero detalla las relaciones mantenidas con éste.

en cuestión en un programa de televisión: STS 15-VI-2011⁴⁸¹ [caso *Mar Flores y Alessandro Lecquio II* (30.000 €)].

No se propone aquí, ni mucho menos, sustituir la acción indemnizatoria del daño moral por la acción de enriquecimiento por intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen; pues, lógicamente, ambas acciones tienen funciones distintas y complementarias; y, desde luego, no se trata de obligar a los titulares de estos derechos a liquidar la lesión de sus intereses morales o personales en una suerte de mercado mefistofélico, a la búsqueda del precio de mercado de la explotación litigiosa. Pero sí resultaría conveniente un cierto desarrollo práctico de la acción de enriquecimiento en el grupo de casos que venimos reseñando y en los que, indudablemente, existe un mercado que remunera el uso legítimo de datos de la vida privada de las personas, así como la reproducción y difusión de escenas pertenecientes a la esfera moral o personal de la imagen de las personas⁴⁸². El hecho de que el precio de estas remuneraciones usuales sea el objeto de una acción que, con fundamento en el artículo 9.2 a) LO 1/1982 –y sin necesidad de probar una conducta negligente o dolosa de la persona responsable de la explotación no autorizada de aquellos atributos de la personalidad ajena– está a disposición de los titulares de los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen, permitiría a estos titulares y a los jueces y tribunales encontrar una cifra más segura en la que fijar el *coste del ilícito*.

⁴⁸¹ RJ 2011/4632.

⁴⁸² En la esfera profesional o pública, huelga decir que la *condictio* por intromisión resulta plenamente pertinente y que la acción indemnizatoria del daño moral no debería desempeñar un papel muy destacado. Para entendernos: parece poco probable que los demandantes en los casos de las SAP Madrid 23-VI-2009 (*Javier Bardem c. In touch*) o SAP Almería 20-I-2011 (*David Bisbal*) hayan sufrido una repercusión psíquica negativa de entidad que merezca ser compensada con una cantidad indemnizatoria elevada. Por ello, resulta más que criticable la tendencia que califica el daño que tiene por objeto el precio de mercado de la imagen de una modelo como daño moral derivado de una explotación no cubierta por la autorización inicial, *vid.*, entre otras, SAP Barcelona (Secc. 17.ª) 26-III-2001, caso *modelo Micro*, JUR 2001/161312 (AH 1); SAP Madrid (13.ª) 31-V-2002, caso *Mónica Pont*, AC 2003/427 (AH 1); SAP A Coruña (6.ª) 11-IV-2006, caso *modelo sustituta*, JUR 2006/152591 (Fallo 3), confirmada por STS 3-XII-2008, RJ 2008/6942. Como razonamiento ejemplar de esta criticable tendencia, *vid.*, también, SAP Las Palmas (Secc. 4.ª) 23-X-2008, caso *bailarina striptease*, JUR 2009/122012: la AP considera que el perjuicio sufrido por una bailarina profesional de *striptease* cuya imagen, mientras prestaba sus servicios artísticos en una discoteca, fue reproducida de forma no autorizada en una revista constituye «un indudable daño moral, incuestionablemente producido, en cuanto la actora pretendía mantener su actividad nocturna en un ámbito de conocimiento limitado o de alcance reducido trascendiendo, en contra de su voluntad, a su propio entorno familiar y personal violándose su intimidad agravada mediante la difusión pública de su imagen desnuda persiguiéndose por el infractor un fin comercial o lucrativo» (FJ 5). Y nótese, no obstante, que la propia AP admite que «(l)a actora tiene una página web en internet en la que promociona sus servicios. Sus fotos aparecen publicadas en la puerta de la discoteca anunciando el show (...)» (FJ 1).

Determinar el precio de la licencia hipotética en este sector también puede ser difícil⁴⁸³; pero, como decimos, el grado de desarrollo del mercado de las exclusivas en la prensa amarilla permite que –con ayuda de dictámenes de profesionales del sector– se pueda establecer, con cierta aproximación, el precio que, p. ej., la revista *Interviú* habría hipotéticamente pagado a la exmodelo por desvelar su relación amorosa y publicar una fotografía íntima (STS 11-XI-2004, *Mar Flores y Alessandro Lecquio*); o el que la revista *Diez Minutos* hubiese pagado por la publicación de las fotografías de la boda de la hermana de una conocida actriz (STS 24-IV-2000, *Lydia Bosch*); o el que las revistas *Qué me dices* y *Hola* hubiesen pagado por la publicación de las fotografías de la boda de un futbolista (STS 27-XII-2010 y STS 15-VI-2011, *boda Ronaldo*); o el que una persona de notoriedad pública hubiese hipotéticamente podido exigir a la revista *Interviú* para que ésta publicara, en la portada de uno de sus números, su imagen desnuda o semidesnuda (STS 28-XI-2008, *Jose Toledo y Cristóbal M. Bordiú*; STS 7-VII-2004, *Naomi Campbell c. Interviú*).

Por otro lado, la acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno es compatible con otros remedios de reintegración, así como indemnizatorios. De esta manera, en el caso *Mar Flores y Alessandro Lecquio*, p. ej., la editora de la revista *Interviú*, si así lo hubiese solicitado la demandante en el caso, podría haber sido condenada, además de restituir el precio del valor de uso de la intimidad e imagen de la demandante, a publicar la sentencia por la que se declara la intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen de la exmodelo (acción de remoción); a la destrucción de los ejemplares no distribuidos de la revista, y a eliminar la publicación litigiosa de su página web (acción de remoción). Igualmente, la exmodelo sigue ostentando una pretensión indemnizatoria por el daño moral que la publicación le haya causado.

Así las cosas, estamos convencidos de que, por un lado, si muchos de los demandantes afectados por las prácticas intromisivas en los derechos de la personalidad que venimos reseñando pudieran obtener la restitución del precio de mercado del uso en cuestión, la piel que envuelve los intereses morales o personales de su intimidad e imagen se tornaría menos sensible; y, por otro, si nuestros jueces y tribunales pudieran condenar a determinados medios responsables de aquellas prácticas a abonar a las víctimas de ellas dicha cantidad, las indemnizaciones por el daño moral derivado de la lesión de los derechos de la personalidad se reducirían seguramente a parámetros más racionales y previsibles.

Y, desde una perspectiva distinta, también podría contribuir, en fin, a incentivar que los contenidos de los que se nutren los medios del corazón o del entretenimiento sensacionalista sean el resultado

⁴⁸³ Vid. *supra* 5.2.

de acuerdos contractuales previos con aquellas personas que desean participar en ellos; y no la consecuencia de conductas empresariales inspiradas en un mero cálculo de los costes-beneficios del ilícito⁴⁸⁴, y cuyo acierto dependa exclusivamente de la decisión que hayan de tomar los tribunales con respecto a la valoración de la cuantía idónea para resarcir el daño moral de la víctima premeditada de la intromisión.

VII. CONCLUSIONES

1. Sobre la base del planteamiento diferenciador o tipológico del Derecho del enriquecimiento propuesto en nuestra doctrina, resulta posible identificar, entre los remedios de reintegración del derecho lesionado, una acción de enriquecimiento injustificado (*condictio*) por intromisión dirigida a restituir en el patrimonio del titular del derecho de la personalidad la ventaja patrimonial obtenida por el intromisor.

2. El fundamento dogmático de esta acción reside en el contenido de atribución de la posición jurídico-subjetiva reconocida positivamente al titular de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y, más en particular, en la asignación normativa al titular de estos derechos de los rendimientos económicos derivados de su ejercicio. La delimitación del ámbito objetivo de protección de la *condictio* por intromisión en los derechos de la personalidad debe atender, asimismo, a la existencia de un mercado usual y razonable en el que acudir como medio de determinación y valoración de la eventual ventaja patrimonial que adquiere el intromisor no autorizado; lo que implica que dicha acción solo resulte de aplicación para los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

3. El fundamento normativo de esta acción se encuentra en el artículo 9.2 a) LO 1/1982, de conformidad con su naturaleza reintegradora y su idoneidad, una vez producida una intromisión ilegítima en la esfera de poder garantizada en exclusiva al titular de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, para el «*restableci-*

⁴⁸⁴ Una «*cold-blooded cost-benefit calculation*», como señala la jurisprudencia inglesa al definir los comportamientos de determinados medios en los grupos de casos en los que resulta oportuno recurrir, en ese ordenamiento, a los *exemplary damages*, cfr., p. ej., *Kiam v MGN Ltd.* (2002) 3 W.L.R. 1036 (n. 75); *vid.*, también, la precisa descripción del razonamiento que deben de seguir dichos medios antes de tomar la decisión en cuestión: «*Well, it will help the circulation of our newspaper. He may sue, he may not. If he does not so much better. If he does we will try to settle and get out as quickly as we can. If we cannot do that and it goes to court we still think that the total cost to us, adding everything, damages and the legal costs, all the lot, will make it worth the gain for us to publish it. So we will go ahead*», cfr. *John v MGN Ltd.* (1997) Q.B. 586 (p. 624).

miento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos (...) y la reposición del estado anterior». Su régimen sustantivo y procesal se determina por las normas de la tutela procesal civil de los derechos fundamentales (art. 18.1 CE; LO 1/1982 y arts. 52.1.6.º, 249.1.2.º, 477.2 1.º y 524.5 LEC), siempre que el uso o explotación en cuestión quede comprendido en el ámbito objetivo de protección del artículo 18.1 CE y de la LO 1/1982.

4. El objeto de la acción se concreta en la restitución al titular del derecho de la personalidad infringido de su valor de uso, es decir, del precio por el cual el titular hubiera autorizado al intromisor el uso o explotación litigiosa; para cuyo cálculo puede recurrirse fácilmente a los criterios desarrollados por la práctica en relación con la determinación del precio de la licencia hipotética en los casos de infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial. Las ganancias obtenidas por el intromisor no quedan comprendidas en el alcance de la *condictio* por intromisión –ni en el ámbito de los derechos de la personalidad, ni en general–; ni ello, tampoco, cuando el intromisor ha actuado de mala fe. La restitución o absorción de las ganancias obtenidas por el infractor –salvo cuando constituyen un daño concreto resarcible por medio de la acción indemnizatoria por el lucro cesante– obedece a una finalidad preventivo-punitiva, de la que la acción de enriquecimiento injustificado debe quedar completamente ajena.

5. La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos a la intimidad y a la propia imagen completa, de forma coherente y razonable, el conjunto de pretensiones derivadas de la intromisión ilegítima en su ámbito de protección [acciones inhibitorias (cesación y prohibición), de remoción e indemnizatorias]. Por ello, resulta compatible con todas ellas, sin perjuicio de la necesidad de reducir la cuantía debida en concepto de enriquecimiento y en concepto de indemnización en determinados casos. Además, su admisión y desarrollo podría contribuir, adecuadamente, a superar la irracionalidad e imprevisibilidad en la concesión de indemnizaciones por el daño moral en este ámbito.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 12.ª ed., Edisofer, Madrid, 2004.
 — *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, 18.ª ED., Edisofer, Madrid, 2009.
 ALMEIDA COSTA, M. J., *Direito das Obrigações*, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008.

- ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A., *El enriquecimiento sin causa*, 3.ª ed., Comares, Granada, 1993.
- ATIENZA NAVARRO, M.L., «Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen», en DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (Coord.), *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 281-306.
- BADOSA COLL, F., «Les altres fonts d'obligacions al Llibre Sisè, en especial, l'enriquiment injustificat», INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (Ed.), *Contractes, responsabilitat i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya*, Documentia Universitaria, Girona, 2012, pp. 357-421.
- BALTHASAR, S., «Eingriffskondiktion und Lizenzbereitschaft bei der unerlaubten Nutzung von Persönlichkeitsmerkmalen in Werbung und Berichterstattung», *ZUM*, 2005, pp. 874-897.
- «Eingriffskondiktion bei unerlaubter Nutzung von Persönlichkeitsmerkmalen – Lafontaine in Webeannonce», *NJW*, 2007, pp. 664-666.
- VON BAR, C., «Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und allgemeine Schadentheorie», *UFITA*, 1978, núm. 81, pp. 57-73.
- «Die Überwindung der Lehre von den Quasiverträgen in den Privatrechten der Europäischen Union», en HOHLOCH, G. / FRAN, R. / SCHLECHTRIEM, P., *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 93-112.
- VON BAR, C. / CLIVE, E. / SCHULTE-NÖLKE, H. (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich, 2008.
- VON BAR, C. / SWANN, S., *Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.)*, Sellier, Munich, 2010.
- BARENGUI, A., «Il prezzo del consenso (mancato): il danno da sfruttamento dell'immagine e la sua liquidazione», *Dir. Inf.*, 1992, pp. 565-585.
- BASOZÁBAL ARRÚE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998.
- «Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual», *ADC*, 1997, pp. 1.263-1.299.
- BAUR, F., «Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB», *AcP*, 1961, pp. 465-493.
- BAUR, F. / STÜRNER, R., *Sachenrecht*, 18.ª ed., C.H. Beck, München, 2009.
- BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de derecho industrial*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1993.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., «Construcción jurídica de los derechos de la personalidad», en *Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la recepción pública del Excmo. Señor Don José Beltrán de Heredia y Castaño el día 29 de marzo*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976, pp. 16-109.
- BÉNABENT, A., *Droit Civil. Les obligations*, 11.ª ed., Montchrestien, Paris, 2007.
- BERCOVITZ, R., «La dignidad de las víctimas de delitos», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 6/2010, BIB 2010/1814.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., «Otros: cesión de derechos de imagen y bienes de la personalidad. *Merchandising*», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [Dir.], *Tratado de contratos*, IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 4.606-4.633.
- BIANCA, C.M., *Diritto civile, 5, la responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994.
- *Diritto civile, 1, la norma giuridica i soggetti*, 2.ª ed., Giuffrè, Milano, 2002.

- BLASCO GASCÓ, F.P., *Patrimonialidad y personalidad de la imagen. El derecho a la propia imagen*, Bosch, Barcelona, 2008.
- BODEWIG, Th. / WANDTKE, A., «Die doppelte Lizenzgebühr als Berechnungsmethode im Lichte der Durchsetzungsrichtlinie», *GRUR*, 2008, núm. 3, pp. 220-229.
- BRANDNER, H.E., «Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb», *GRUR*, 1980, núm. 5, pp. 359-364.
- BROX, H. / WALKER, W.-D., *Allgemeiner Teil des BGB*, 34.^a ed., Franz Vahlen, München, 2010.
- BUCHER, A., *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 2.^a ed., Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1992.
- BUSTO LAGO, J.M. / PEÑA LÓPEZ, F., «Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1997, núm. 1, pp. 141-166.
- CABEZUELO ARENAS, A.L., *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- VON CAEMMERER, E., «Bereicherung und unerlaubte Handlung», en DÖLLE, H. / RHEINSTEIN, M. / ZWEIGERT, K. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Rabel*, I, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1954, pp. 333-401.
- «Wandlungen des Deliktsrechts», en VON CAEMMERER, E. / FRISENHANN, E. / LANGE, R., *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, II, C.F. Müller, Karlsruhe, 1960, pp. 49-136.
- «Grundprobleme des Bereicherungsrechts», en LESER, H.G. (Hrsg.), *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften*, I, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, pp. 370-392.
- CANARIS, C.W., «Der Vorrang außerbereicherungsrechtlicher, insbesondere dinglicher Wertungen gegenüber der Saldotheorie und dem Subsidiaritätsdogma», *JZ*, 1992, pp. 1.114-1.120.
- «Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts», en AHRENS, H.-J. / VON BAR, C. / FISCHER, G. / SPICKHOFF, A. / TAUPITZ, J., *Festschrift für Erwin Deutsch*, Carl Heymann, Köln *et alii*, 1999, pp. 85-109.
- CAPELO DE SOUSA, R.V.A., *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- CAPILLA RONCERO, F., «Cuasicontratos y enriquecimiento sin causa», en LÓPEZ, Á. / MONTÉS, V.L. / ROCA, E., *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 287-296.
- CAPITANT, H., «Sur l'abus des droits», *RTDC*, 1928, pp. 365-376.
- CAPITANT, H. / TERRÉ, F. / LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10.^a ed., Dalloz, Paris, 1994.
- CARRASCO PERERA, Á., «Comentario a la Sentencia de 25 de noviembre de 1985», *CCJC*, 1986, pp. 3.215-3.226.
- «*Ius aedificandi*» y *accessión*, Montecorvo, Madrid, 1986.
- «Restitución de provechos», *ADC*, 1988, pp. 1.056-1.148 y pp. 5-151.
- *Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1996.
- «Art. 135», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1.789-1.801.
- «Aranzadi vs. El Derecho. Las deficiencias del sistema de protección de los derechos de propiedad incorporal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2004, núm. 627, pp. 8-15.
- «Art. 139», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 1.672-1.690.

- «Art. 140», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 1.690-1.714.
- *Derecho de contratos*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010.
- CARRASCO PERERA, Á. / MARÍN LÓPEZ, M.J., «Acciones civiles de cesación y competencias administrativas ejecutivas. El ejemplo de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición», *RdP*, 2008, núm. 21, pp. 25-63.
- CARRASCO PERERA, Á. / ZURILLA CARIÑANA, M.Á., «La defensa de los derechos», en CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Derecho Civil*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 2011.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., «Prólogo», en NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en Derecho español*, Reus, Madrid, 1934.
- «Los derechos de la personalidad», *RGLJ*, 1952, pp. 6-62.
- *Derecho Civil Español, Común y Foral, I-2*, 11.^a ed., Reus, Madrid, 1971.
- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*, Bosch, Barcelona, 1996.
- COING, H., *Europäisches Privatrecht*, II, C.H. Beck, München, 1989.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Civitas, Madrid, 1995.
- *Daños punitivos*, Civitas, Cizur Menor, 2012.
- DE CASTRO, F., «Los llamados derechos de la personalidad», *ADC*, 1959, pp. 1.237-1.275.
- *Temas de Derecho Civil*, Marisal, Madrid, 1972.
- DÍEZ DÍAZ, J., «¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?», *RGLJ*, 1963, I, pp. 858-901.
- DÍEZ-PICAZO, L., «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en DE LA CÁMARA, M. / DÍEZ-PICAZO, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 15-132.
- «Art. 125», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 1.694-1.698.
- *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- «Commodum ex negotiatione», *ADC*, 2007, pp. 1.601-1.617.
- «Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos», en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 236-254.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6.^a ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, V, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011.
- DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, II, 9.^a ed., Madrid, 2003.
- *Sistema de Derecho Civil*, I, 11.^a ed., Madrid, 2003.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M. *Sistema de derechos fundamentales*, 3.^a ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.
- DREIER, TH., *Kompensation und Prävention*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.
- «§ 97», en DREIER, TH. / SCHULZE, G., *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, 3.^a ed., C.H. Beck, München, 2008, pp. 1.328-1.377.
- «§ 102a», en DREIER, TH. / SCHULZE, G., *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, 3.^a ed., C.H. Beck, München, 2008, pp. 1.429-1.433.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.Á., «Ley 508», en RUBIO TORRANO, E. (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2002, pp. 1.730-1.738.
- EHMANN, H., «Anhang zu § 12», en WESTERMANN, H.-P. (Hrsg.), *Ermann Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 12.^a ed., Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, pp. 18-135.

- EICHMANN, H., «§ 42», en EICHMANN, H. / VON FALKENSTEIN, R.V., *Geschmacksmustergesetz*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2010.
- EMMERICH, V., *Das Recht der Leistungsstörungen*, 6.^a ed., C.H. Beck, München, 2005.
- *BGB – Schuldrecht Besonderer Teil*, 12.^a ed., C.F. Müller, 2009.
- *Unlauterer Wettbewerb*, 8.^a ed., C.H. Beck, München, 2009.
- ENNECCERUS, L. / LEHMANN, H., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Recht der Schuldverhältnisse*, 11.^a ed., Elmert, Marburg, 1930.
- *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Recht der Schuldverhältnisse*, 15.^a ed., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1958.
- ENRICH, E., «El derecho a la propia imagen frente al derecho a la libertad de expresión. El pleito Michael Douglas y Catherine Zeta-Jones contra Hello! a la luz del derecho comparado», *RJC*, 2004, pp. 795-812.
- ESPÍN, E., «Los derechos de la esfera personal», en LÓPEZ GUERRA, L. / ESPÍN, E. / GARCÍA MORILLO, J. / PÉREZ TREMP, P. / SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, I, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ESSER, J. / SCHMIDT, E., *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 2, 7.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1993.
- ESSER, J. / WEYERS, H.L., *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 2, 8.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2000.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *El enriquecimiento injustificado en el Derecho industrial*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- «Posición jurídica del titular de la marca», en FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. / OTERO LASTRES, J.M. / BOTANA AGRA, M., *Manual de la propiedad industrial*, Marcial Pons, Madrid *et al.*, 2009, pp. 637-683.
- FEZER, K.H., *Markenrecht*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2009.
- FRANQUET SUGRAÑES, M.T., *El contrato de personalidad merchandising*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- FUSI, M., «Sulla riproduzione non autorizzata di cose altrui in pubblicità», *Diritto Industriale*, 2006, pp. 89-115.
- GALLO, P., *L'arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 1990.
- GAREIS, C., «Das juristische Wesen der Autorrechte, sowie des Firmen- und Markenschutzes», *Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts*, 1877, pp. 185-210.
- GARCÍA RUBIO, M.P., «Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual», en BARROS BOURIE, E. / GARCÍA RUBIO, M.P. / MORALES MORENO, A.M., *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 79-133.
- GAZZONI, F., *Manuale di diritto privato*, 10.^a ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli / Roma, 2003.
- GEIGER, CH., «La remise en cause du droit à l'image des biens : une privatisation du domaine public enfin freinée ?», *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2005, núm. 6, pp. 6-8.
- VON GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, I, Duncker & Humblot, Leipzig, 1895.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M., «Imagen (Derecho a la propia)», en VV. AA., *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XI, Seix, Barcelona, 1962, pp. 301-376.
- GOLDMANN, M., «Die Berechnung des Schadensersatzanspruchs vor und nach Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie», *WRP*, 2011, pp. 955-957.
- GÓMEZ, F., «El asunto Preysler y la teoría de juegos», *Indret*, 1/2000.
- «El incumplimiento contractual en Derecho español», *Indret* 3/2007.

- GONZÁLEZ GOZALO, A., «La Propuesta de Directiva relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual», *pe.i.*, 2003, núm. 14, pp. 41-89.
- «Modificaciones que afectan a los medios de tutela de la propiedad intelectual», en BERCOVITZ, R. / GARROTE, I. / GONZÁLEZ GOZALO, A. / SÁNCHEZ ARISTI, R., *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 201-257.
- GONZÁLEZ POVEDA, P. / MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. / PAZ RUBIO, J. M., «Los derechos de la personalidad», en SANTOS BRIZ, J. (Dir.) / SIERRA DE LA CUESTA, I. (Coord.), *Tratado de Derecho Civil*, 1, Bosch, Barcelona, 2003.
- GÖTTING, H.-P., *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1995.
- «Die bereicherungsrechtliche Lizenzanalogie bei Persönlichkeitsverletzungen», en AHRENS, H.-J., / BORNKAMM, J. / KUNZ-HALLSTEIN, H.P. (Hrsg.), *Festschrift für Eike Ullmann*, Juris, Saarbrücken, 2006, pp. 65-78.
- *Gewerblicher Rechtsschutz*, C.H. Beck, München, 2007.
- «Rechtsfolgen der Verletzung des Rechts am einen Bild», en SCHRICKER, G. / LOEWENHEIM, U. (Hrsg.), *Urheberrecht Kommentar*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2010, pp. 1.211-1.223.
- GÖTTING, H.-P. / LAUBER-RÖNSBERG, A., «Noch einmal: Die Himmelscheibe von Nebra», *GRUR*, 2007, núm. 4.
- GORE, F., *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, Dalloz, Paris, 1949.
- GRIMALT SERVERA, P., *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007.
- «La protección de la dignidad de las víctimas de un delito (la reforma de la Ley Orgánica 1/1982 por la Ley Orgánica 5/2010)», *Derecho Privado y Constitución*, 2011, núm. 25, pp. 97-136.
- HECK, PH., *Grundriß des Schuldrechts*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1929.
- HEFERMEHL, W. / KÖHLER, H. / BORNKAMM, J., *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 29.^a ed., C.H. Beck, München, 2011.
- HERTIN, P.W., *Urheberrecht*, 2.^a ed., C.H. Beck, München, 2008.
- HUALDE SÁNCHEZ, J.J., «Los derechos de la personalidad», en PUIG FERRIOL, LL. / GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. / GIL RODRÍGUEZ, J. / HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho Civil*, I, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 331-369.
- HUBMANN, H., *Das Persönlichkeitsrecht*, 2.^a ed., Böhlau, Köln, 1967.
- IGARTUA ARREGUI, F., *Los derechos de la personalidad como técnica de protección de la persona*, Tesis doctoral, inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 1986 (Dir.: Prof. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano).
- *La apropiación comercial de la imagen y nombre ajenos*, Tecnos, Madrid, 1991.
- KLASS, N. «Anhang zu § 12», en WESTERMANN, H.P. / GRUNEWALD, B. / MAIER-REIMER, G., *Ermann Bürgerliches Gesetzbuch*, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2011.
- KLIPPEL, D., «Die Theorie der Persönlichkeitsrechte bei Karl Gareis (1844-1923)», en LOEWENHEIM, U. / RAISER, T. (Hrsg.), *Festschrift für Fritz Traub zum 65. Geburtstag*, Deutscher Fachverlag, Frankfurt am Main, 1994.
- KOHLER, J., *Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung*, Fischer, Jena, 1880.
- *Das Recht des Markenschutzes*, Stahel, Würzburg, 1884.
- «Das Individualsrecht als Namenrecht», *Archiv für bürgerliches Recht*, 1891, pp. 77-110.
- «Zur Konstruktion des Urheberrechts», *Archiv für bürgerliches Recht*, 1895, pp. 241-286.

- *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, Carl Heymanns, Berlin, 1906.
- KÖHLER, H., «Der Schadensersatz-, Bereicherungs- und Auskunftsanspruch im Wettbewerbsrecht», *NJW*, 1992, núm. 23, pp. 1.477-1.482.
- *BGB Allgemeiner Teil*, 34.^a ed., C.H. Beck, München, 2010.
- KÖNDGEN, J., «Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns», *RabelsZ*, 2000, núm. 64, pp. 661-695.
- KÖNIG, D., *Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung nach französischem Recht*, Alfred Metzner, Berlin, 1967.
- KOZIOL, H., «Bereicherungsansprüche bei Eingriffen in nicht entgeltfähige Güter?», en BUCHER, E. / CANARIS, C.W. / HONSELL, H. / KOLLER, TH. (Hrsg.), *Norm und Wirkung. Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag*, Stämpfli, C.H. Beck, Bern, München, 2005, pp. 449-468.
- «Gewinnherausgabe bei sorgfaltswidriger Verletzung geschützter Güter», en BEUTHIEN, V. / FUCHS, M. / ROTH, H. / SCHIEMANN, G. / WACKE, A. (Hrsg.), *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag*, Carl Haymann, Köln, 2009, pp. 237-250.
- KRABER, R., «Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht», *GRUR Int*, 1980, núm. 5, pp. 259-272.
- *Patentrecht*, 6.^a ed., C.H. Beck, München, 2009.
- KUPISCH, B., *Die Versionsklage. Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Carl Winter, Heidelberg, 1965.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., «Notas sobre el enriquecimiento sin causa», *RCDI*, 1969, pp. 569-603.
- LACRUZ BERDEJO, J.L./DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil*, I-2, *Parte General, Personas*, 5.^a ed., Dykinson, Madrid, 2008.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. / RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho civil*, II-2, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 4.^a ed., Dykinson, Madrid, 2009.
- LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 1980.
- *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, 14.^a ed., C.H. Beck, München, 1987.
- LARENZ, K./CANARIS, C.W., *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderer Teil*, 13.^a ed., C.H. Beck, München, 1994.
- LARENZ, K./WOLF, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9.^a ed., C.H. Beck, München, 2004.
- LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, 11.^a ed., Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires, 2007.
- LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la persona*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, 1991.
- LEBMANN, H. / WÜRTEMBERGER, G., *Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht Handbuch*, 2.^a ed., Nomos, München, 2009.
- LEUZE, D., *Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1962.
- LIEB, M., «§ 812», en VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2004, pp. 1.241-1.367.
- «§ 818», en VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2004, pp. 1.405-1.455.
- LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, 3.^a ed., C.H. Beck, München, 2007.

- «Bereicherungsansprüche im Wettbewerbsrecht», *WRP*, 1997, núm. 10, pp. 913-918.
- LOOSCHELDERS, D., *Schuldrecht Besonderer Teil*, 6.ª ed., Vahlen, München, 2011.
- LÓPEZ JACOISTE, J.J., «Aproximación tópica a los derechos de la personalidad», *ADC*, 1986, pp. 1.059-1.120.
- «Intimidación, honor e imagen ante la responsabilidad civil», en VV. AA., *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VI, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 537-619.
- MACÍAS CASTILLO, A., «El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen», *La Ley*, 2008, II, D-94, pp. 1.792-1.801.
- MANKOWSKI, P./SCHREIER, M., «Zum Begriff des Wertes und des üblichen Preises, insbesondere in § 818 Abs.2 BGB. Zugleich zur Verzahnung von Zivil- und Kartellrecht», *AcP*, 2008, pp. 725-776.
- MARÍN LÓPEZ, J.J., «Dos cuestiones procesales (legitimación activa y jurisdicción competente) y dos sustantivas (límites al derecho de autor e indemnización de daños) en materia de propiedad intelectual», *pe.i.*, 1992, pp. 9-63.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Los derechos de la personalidad», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C./DE PABLO CONTRERAS, P./PÉREZ ÁLVAREZ, M.A./PARRA LUCÁN, M.A., *Curso de Derecho Civil I*, Colex, Madrid, 1998, pp. 455-484.
- MARTÍN CASALS, M., «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», en VV. AA., *Centenario del Código Civil*, II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1.231-1.273.
- «Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor», en SALVADOR CODERCH, P., (Coord.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 382-409.
- «La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual», *Asociación de Profesores de Derecho Civil* (<http://www.derechocivil.net/esp/ponencias.php> [ufc: 23-XI-2011]).
- MARTÍN CASALS, M./RUDA GONZÁLEZ, A., «El mal samarità. L'absorció dels beneficis obtinguts amb la causació de danys», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA [Ed.], *Contractes, responsabilitat i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya*, Documenta Universitaria, Girona, 2012, pp. 503-553.
- MARTÍN CASALS, M./SALVADOR CODERCH, P., «Comentario a la Sentencia de 18 de abril de 1989», *CCJC*, núm. 21, 1989, pp. 758-759.
- MARTÍN CASALS, M./SOLÉ FELIU, J., «The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in Spain», en KOZIOL, H. / WARZILEK, A. (eds.), *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien*, Springer, Wien, New York, 2005, pp. 287-339.
- MASSAGUER, J., *El contrato de licencia de know-how*, Bosch, Barcelona, 1989.
- «Naturaleza, protección y titularidad de los derechos audiovisuales sobre eventos deportivos (A propósito de la resolución del BGH de 18 de noviembre de 1997)», *ADI*, 1997, pp. 283-300.
- *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999.
- «La cláusula de prohibición de la competencia desleal», en FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R. (Dir.), *Competencia desleal y defensa de la competencia*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 95-142.

- McCARTHY, J.T., *The Rights of Publicity and Privacy*, II, Thomson-West, 2005 (actualizado por medio de *Westlaw International* [RTPUBPRIV]).
- MEDICUS, D., *Bürgerliches Recht*, 21.^a ed., Carl Heymann, Köln, 2007.
- *Schuldrecht II Besonderer Teil*, 14.^a ed., C.H. Beck, München, 2007.
- *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2007.
- MENEZES CORDEIRO, A., *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2007.
- MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento sem causa no direito civil. (Estudo dogmático sobre viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa)*, Almedina, Coimbra, 2005.
- MESTMÄCKER, E.J., «Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung», *JZ*, 1958, pp. 521-526.
- MIERES MIERES, L.J., «Nimiedades privadas: ¿Tutela de un derecho o reparación de un daño? (Un comentario al caso «Isabel Preysler»)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2001, núm. 15, pp. 1.749-1.761.
- MILMO, P. / ROGERS, W.V.H. (Ed.), *Gatley on Libel and Slander*, 10.^a ed., Sweet & Maxwell, London, 2004.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Enriquecimiento injustificado», en VV. AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2.804-2.808.
- MONTÉS PENADÉS, V.L., «El significado institucional y técnico de la idea de persona», en LÓPEZ, Á./MONTÉS, V.L. (Coords.), *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- «Derechos de la personalidad y derechos fundamentales», en LÓPEZ, Á. / MONTÉS, V.L./ROCA, E., *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, 4.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- «La categoría derechos de la personalidad y la protección de los derechos fundamentales», en CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / ORTS BERENGUER, E. (Dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomàs Salvador Vives Antón*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MÜLLER, G., «Der Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts im Zivilrecht», *VersR*, 2008, núm. 25, pp. 1.141-1.154.
- «Der Anspruch auf Geldentschädigung», en GÖTTING, H.-P. / SCHERTZ, C. / SEITZ, W. (Hrsg.), *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, C.H. Beck, München, 2008, pp. 817-834.
- «Der Anspruch auf materiellen Schadensersatz», en GÖTTING, H.-P. / SCHERTZ, C. / SEITZ, W. (Hrsg.), *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, C.H. Beck, München, 2008, pp. 797-816.
- NEUBERGER, J., *Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006.
- NIEDER, M., «Die Ansprüche aus der Patentverletzung», en ERDMANN, W. / ROJAHN, S. / SOSNITZA, O. (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts – Gewerblicher Rechtsschutz*, 2.^a ed., Carl Heymann, Köln, 2011.
- NIMMER, D., «Copyright in the Dead Sea Rolls. Authorship and Originality», *Hous. L. R.*, 2001, pp. 1-217.
- NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en Derecho español*, Reus, Madrid, 1934.
- O'CALLAGHAN, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991.
- OETKER, H., «§ 249», en VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2007, pp. 288-431.

- «§ 252», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 5.ª ed., C.H. Beck, München, 2007, pp. 457-473.
- OHLY, A., „*Volenti non fit iniuria*«. *Die Einwilligung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.
- «Gibt es einen Numerus clausus der Immaterialgüterrechte?», en OHLY, A./BODEWIG, T./DREIER, TH./GÖTTING, H.-P./HAEDICKE, M./LEHMANN, M., *Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts. Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 2005, pp. 105-121.
- «Von einem Indianerhäuptling, einer Himmelscheibe, einer Jeans und dem Lächeln der Mona Lisa – Überlegungen zum Verhältnis zwischen Urheber- und Kennzeichenrecht», en PAHLOW, L./EISFELD, J. [Hrsg.], *Grundlagen und Grundfragen des Geistigen Eigentums*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- «§ 9», en PIPER, H. / OHLY, A. / SOSNITZA, O., *UWG – Kommentar*, 5.ª ed., C.H. Beck, München, 2010.
- «§ 10», en PIPER, H. / OHLY, A. / SOSNITZA, O., *UWG – Kommentar*, 5.ª ed., C.H. Beck, München, 2010.
- PANTELÓN PRIETO, F., «Art. 1.902», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. / DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L./BERCOVITZ, R./SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1.971-2.003.
- «La Constitución, el honor y unos abrigos», *La Ley*, 1996, II, D-162, pp. 1.689-1.695.
- «La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa», *Derecho Privado y Constitución*, 1996, pp. 209-218.
- «La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en Derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en el Derecho español», en VV.AA., *Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 37, 2001, pp. 29-43.
- PARDO FALCÓN, J., «La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen», en BASTIDA, F.J. (Coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 347-345.
- PASQUAU LIAÑO, M., *La gestión de negocios ajenos*, Montecorvo, Madrid, 1986.
- «Comentario a la Sentencia de 19 de febrero de 1999», *CCJC*, 1999, pp. 885-901.
- PAZ-ARES, C., «El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolística a la política antitrust. (Un ensayo sobre el Derecho alemán de la competencia desleal)», *RDM*, 1981, pp. 7-150.
- «Art. 1.683», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C./DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. / BERCOVITZ R. / SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, II, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1.421-1.423.
- «La indemnización por clientela en el contrato de concesión», *La Ley*, 1997, II, D-105, pp. 1.817-1.819.
- PEIFER, K.-N., *Individualität im Zivilrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.
- PEUKERT, A., «Persönlichkeitsbezogene Immaterialgüterrechte?», *ZUM*, 2000, pp. 710-721.
- POLINSKY, A.M. / SHAVELL, S., «Punitive Damages: an Economic Analysis», *Harv. L. Rev.*, 1998, pp. pp. 869-962.
- PORTELLANO DÍEZ, P., *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995.
- *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Civitas, Madrid, 1996.

- «Art. 12», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 567-620.
- «Art. 13», en MARTÍNEZ SANZ, F. (Dir.), *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 219-238.
- REGLERO CAMPOS, L.F., «Conceptos generales y elementos de delimitación», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 63-210.
- «Responsabilidad civil por daños a la propiedad industrial», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, III, 4.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- RESTA, G., «L'appropriazione dell'immateriale. Quali limiti?», *Dir. Inf.*, 2004, pp. 21-48.
- *Autonomia privata e diritti della personalità*, Jovene Editore, Napoli, 2005.
- REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983.
- REYES LÓPEZ, M.J., «Imagen y bienes», en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (Coord.), *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 199-216.
- RIXECKER, R., «Das allgemeine Persönlichkeitsrecht», en VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, 6.ª ed., C.H. Beck, München, 2012, pp. 231-342.
- ROCA TRIAS, E., *Derecho de daños*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ROCA TRÍAS, E. / NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985.
- ROGERS, W.V.H., *Winfield and Jolowicz on Tort*, 17.ª ed., Sweet & Maxell, London, 2006.
- ROGGE, R. / GRABINSKI, K., «§ 139», en *Benkard Patentgesetz*, 10.ª ed., C.H. Beck, München, 2006, pp. 1.390-1.492.
- ROJO AJURIA, L., «La tutela civil del Derecho a la intimidad», *ADC*, 1986, pp. 133-150.
- ROUAST, A., «L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile», *RTDC*, 1922, pp. 35-109.
- ROUBIER, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963.
- RUBIO LLORENTE, F., «Jurisdicción constitucional y jurisdicción civil», en BASTIDA, F.J. (Coord.), *Propiedad y Derecho Constitucional*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 21-55.
- SACK, R., «Die Lizenzanalogie im System des Immaterialgüterrechts», en FORKEL, H. / KRAFT, A. (Hrsg.), *Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen. Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag*, Metzner, Frankfurt am Main, 1985, pp. 373-396.
- SALVADOR CODERCH, P. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- VON SAVIGNY, F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin, 1841.
- SCHACK, H., «Fotografieren fremder Sachen», *ZEuP*, 2006, pp. 150-157.
- *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 5.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- SCHEYHING, R., «Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert», *AcP*, núm. 158, 1960, pp., 503-525.

- SCHLECHTRIEM, P., «Bereicherung aus fremden Persönlichkeitsrecht», en FISCHER, R. / GESSLER, E. / SCHILLING, W. / SERICK, R. / ULMER, P. (Hrsg.), *Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag am 18. September*, C.H. Beck, München, 1976, pp. 445-465.
- «Anmerkung zu BGH 15.11.1994», *JZ*, 1995, núm. 7, pp. 362-364.
- «Privacy, Publicity and Restitution of Wrongful Gains: Another New Economy?», *Oxford University Comparative Law Forum* (<http://ouclf.iuscomp.org/articles/schlechtriem.shtml> [ufc: 20-X-2011]), 2001.
- *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 6.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.
- SCHULZ, F., «System der Rechte auf den Eingriffserwerbs», *AcP*, 1909, núm. 105, pp. 1-485.
- SCHWAB, M., «§ 812», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2009, pp. 1.316-1.474.
- SIEMES, C., «Gewinnabschöpfung bei Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit durch die Presse», *AcP*, 2001, pp. 201-231.
- SIRENA, P., «La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)», *Riv. Dir. Civ.*, 2006, pp. 305-322.
- «La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno», *Riv. Dir. Civ.*, 2009, pp. 65-87.
- SOLER PRESAS, A., *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- STIEPER, M., «Dreifache Schadensberechnung nach der Durchsetzungsrichtlinie 2004/48/EG im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht», *WRP*, 2010, pp. 624-630.
- TETZNER, V., «Der Verletzerzuschlag bei der Lizenzanalogie», *GRUR*, 2009, núm. 1, pp. 9-10.
- TRIMARCHI, P., *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milano, 1962.
- ULLMANN, E., «Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht», *GRUR*, 1978, núm. 11, pp. 615-623.
- «Persönlichkeitsrechte in Lizenz?», *AfP*, 1999, pp. 209-214.
- ULMER, E., *Urheber- und Verlagsrecht*, 3.^a ed., Springer, Berlin et al., 1980.
- VIDAL MARÍN, T., *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- WADLE, E., *Geistiges Eigentum. Bausteine zur Rechtsgeschichte*, I, VCH, Weinheim, 1996.
- WAGNER, G., «Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?», *AcP*, 2006, pp. 352-476.
- «§ 823», en VV. AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2009, pp. 1.688-1.730.
- «Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht», en APATHY, P. / BOLLENBERGER, R. / BYDLINSKY, P. / IRO, G. / KARNER, E. / KAROLLUS, M. (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Koziol*, Jan Sramek, Wien, 2010.
- WANCKEL, E., «Auf dem Weg zum «Recht am Bild der eigenen Sache»?», *NJW*, 2011, núm. 25, pp. 1.779-1.781.
- WENDEHORST, CH., «§ 812», en BAMBERGER, H.-G. / ROTH, H., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 2, C.H. Beck, München, 2008.
- WESTERMANN, H.P. / BUCK-HEEB, P., «§ 818 BGB», en WESTERMANN, H.P. (Hrsg.), *Ermann Bürgerliches Gesetzbuch*, II, 12.^a ed., Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, pp. 3.396-3.417.

- WILBURG, W., *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Universitätsbuchhandlung Leuschner & Lubensky, Graz, 1934.
- WILD, G., «§ 97», en SCHRICKER, G. / LOEWENHEIM, U. (Hrsg.), *Urheberrecht Kommentar*, 4.^a ed., C.H. Beck, München, 2010, pp. 1.825-1.913.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. / ARIAS MÁIZ, V., *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual*, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2006.
- «Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual», en REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, III, 4.^a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- ZENATI, F., «Du droit de reproduire les biens», *D.*, 2004, chron., pp. 962-969.
- ZENO-ZENCOVICH, V., «Art. 10», en ALPA, G. / MARICONDA, V., *Codice Civile Commentato*, Ipsoa, Milano, 2005, pp. 246-249.

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Participan en esta crónica:

Coordinación: Esther Arroyo i Amayuelas. *Colaboran:* Miriam Anderson, Francisco Andrés Santos, Beatriz Añoveros Terradas, Lidia Arnau Raventós, Esther Arroyo i Amayuelas, Guillem Cano Palomares, Martín Ebers, Mirko Faccioli, Cristina González Beilfuss, Isabel González Pacanowska, Beatriz Gregoraci Fernández, Alejandra de Lama Aymà, Sonia Martín Santisteban, Barbara Pasa, Máximo Juan Pérez García, Javier Pou de Avilés Sans, Lis Paula San Miguel Pradera, Héctor Simón Moreno, Stefano Troiano, Isabel Viola Demestre.

SUMARIO: Presentación.–EDITORIAL: «El instrumento opcional sobre normativa común de compraventa europea: ¿una buena solución para los consumidores y empresarios españoles?» (Lis Paula San Miguel Pradera y Máximo Juan Pérez García).–**RAPPORTS NATIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO Y COMPARADO:** Alemania (Martin Ebers), España (Esther Arroyo i Amayuelas, Isabel Viola Demestre), Italia (Mirko Faccioli, Barbara Pasa, Mauro Tescaro, Stefano Troiano).–**SECCIÓN TEMÁTICA:** I. Espacio Judicial europeo (Beatriz Añoveros Terradas). II. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea (Esther Arroyo i Amayuelas). III. Derechos reales en la Unión Europea (Héctor Simón Moreno). IV. Derecho de familia en la Unión Europea (Cristina González Beilfuss). V. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea (Alejandra de Lama Aymà). VI. Derecho de autor en la Unión Europea (Javier Pou de Avilés Sans). VII. Derecho de trusts en la Unión Europea (Sonia Martín Santisteban).–**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS** (Guillem Cano Palomares).–**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS** (Lidia Arnau Raventós).–**JURISPRUDENCIA NACIONAL** (Miriam Anderson).–**LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO: RECENSIONES.**–Harkamp, Arthur - Hesselink, Martijn - Hondius, Ewoud - Mak, Chantal - Du Perron, Edgar (eds.): *Towards a European Civil Code*, Wolters Kluwer, 2011, 4th revised and expanded edition, 1184 pp. ISBN 978-90-411-3357-1 (Martin Ebers).–Westrik, R - Van der Weide, J. (eds.): *Party Autonomy in International Property Law*, Sellier, Munich, 2011, 276 pp. ISBN (print) 978-86653-173-4 ISBN (ebook) 978-3-86653-932-7 (Isabel González Pacanowska).–McCormack, Gerard: *Secured Credit and the Harmonisation of Law. The UNCITRAL Experience*, Edward Elgar Publishing, 2011, 224 pp. ISBN: 978-1849803977 (Héctor Simón Moreno).–Castro Vitores, Germán de: *La cláusula penal ante la armonización del Derecho contractual europeo*, Madrid, Ed. Dykinson, 2009. 209 pp. ISBN: 978-84-9849-334-4 (Francisco Andrés Santos).–**VIDA JURÍDICA** (Beatriz Gregoraci Fernández).

Presentación

Esta 16.^a crónica se cierra el 15 de junio de 2012. La fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión Europea, el TJUE, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento Europeo, el

Diario Oficial de la Unión Europea, el Boletín Oficial del Estado, el Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al Centro Europeo de Derecho del consumo, el Boletín de la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, del *Bulletin Droit de la Consommation* (MEDEF), el *Centre Européen des Consommateurs Allemagne-Kehl*, entre otros.

La crónica está coordinada por los Prof. Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo i Amayuelas (Universitat de Barcelona) que es quien también ha traducido (del inglés e italiano) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

El instrumento opcional sobre normativa común de compraventa europea: ¿una buena solución para los consumidores y empresarios españoles?

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA
MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA *

I. INTRODUCCIÓN

En octubre de 2011, la Comisión Europea publicó los resultados del Flash Eurobarómetro 299a sobre las actitudes de los consumidores hacia el comercio transfronterizo y la protección de los consumidores, del Eurobarómetro 320 sobre el Derecho contractual europeo en las operaciones entre empresas y del Eurobarómetro 321 sobre el Derecho contractual europeo en las operaciones con consumidores. De todos los datos que nos ofrecen los citados documentos, nos interesa resaltar algunos de ellos:

En primer lugar, el 44% de los europeos declara que no compra en el extranjero porque no está seguro de cuáles son sus derechos; en el caso de los ciudadanos españoles que rechazan comprar en otros países de la Unión Europea, este porcentaje se reduce al 41%.

En segundo lugar, el 49% de las empresas europeas (en lo concerniente a las empresas españolas, el porcentaje es del 39%) que venden o estarían interesadas en vender a otros empresarios fuera de sus mercados nacionales ponen de manifiesto la existencia de una serie de obstáculos de Derecho contractual que impiden el comercio transfronterizo.

Por último, el 55% de los empresarios europeos (porcentaje que en el caso de los empresarios españoles es del 37%) que venden o estarían interesados en vender a consumidores fuera del mercado español afirman que se lo impide un conjunto de obstáculos de Derecho contractual.

Los datos que acabamos de exponer creemos que invitan a la reflexión y a la búsqueda de soluciones eficaces para conseguir suprimir esas barreras de Derecho contractual entre los Estados miembros de la Unión Europea, que creen un verdadero mercado único de 500 millones de consumidores, y potencien, de esta manera, el comercio transfronterizo. Por lo que respecta a España,

* Profesores Titulares de Derecho civil (Universidad Autónoma de Madrid) y miembros del Grupo de investigación «Modernización del Derecho patrimonial» (D-008), inscrito en el Registro de Grupos de Investigación reconocidos de la Universidad Autónoma de Madrid, que está dirigido por el Prof. Dr. Antonio Manuel Morales Moreno.

es fácil concluir que ni los consumidores ni las empresas españolas aprovechan plenamente las posibilidades que ofrece el mercado único de la Unión Europea (como tampoco lo hacen el resto de consumidores y de empresas europeas). Hoy, quizá más que nunca, es preciso fomentar la competitividad en el exterior de las empresas españolas y remover los obstáculos existentes. Ciertamente es que los obstáculos son de muy diversa naturaleza, pero, sin duda, una de las principales razones para que las compraventas transfronterizas no funcionen en España es la pluralidad de normativas sobre Derecho contractual. En este sentido, las empresas españolas se muestran partidarias de la existencia de un Derecho contractual único en las ventas transfronterizas. Concretamente, el 79% de las empresas españolas estarían dispuestas a aplicar esa normativa contractual en las transacciones transfronterizas con consumidores y el 78% de las empresas españolas manifiestan su interés en aplicar un Derecho contractual único en las operaciones transfronterizas con otras empresas.

Una posible solución al problema planteado es la que ofrece la Comisión Europea con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea [COM(2011) 635 final] que se publicó en el mes de octubre de 2011. La finalidad perseguida con este instrumento es permitir que los comerciantes cuenten con un conjunto común de normas para todas sus transacciones transfronterizas dentro de la Unión Europea referentes a los contratos que entren dentro de su ámbito de aplicación. Se trata de un instrumento opcional que las partes de un contrato pueden decidir voluntariamente que rija su relación contractual.

Esta Propuesta de Reglamento tiene un claro respaldo de la actual Comisaria de Justicia, Viviane Reding. Ya en enero de 2010, la Comisaria Reding, en la comparecencia previa a su nombramiento ante el Parlamento Europeo, afirmó que una de sus prioridades era «contribuir a que se establezcan relaciones contractuales en nuestro mercado interior, sobre todo en la relación entre las empresas y los consumidores, con una base más segura y coherente para facilitar las operaciones transfronterizas». Asimismo declaró que iba «a trabajar en los tres primeros componentes de una legislación contractual europea coherente, esto es: cláusulas y condiciones generales, derechos de los consumidores y principios contractuales comunes, a fin de preparar el terreno para llegar un día a un Código Civil Europeo (que pudiera ser un instrumento voluntario para reforzar la coherencia, un «vigésimo octavo régimen» optativo o un proyecto aún más ambicioso)».

Ahora bien, la anterior declaración programática no constituye una novedad en el panorama europeo, pues ya en el año 2001 la Comisión Europea puso de manifiesto en su Comunicación sobre el Derecho contractual europeo de 11 de julio de 2001 [COM (2001) 398 final], la necesidad de intensificar las acciones de las instituciones europeas en el ámbito del Derecho contractual e inició un proceso de consulta y debate sobre los medios para resolver, a nivel europeo, los problemas derivados de las divergencias entre los diferentes Derechos contractuales nacionales de los Estados miembros. Es en esta *Comunicación* donde aparece por primera vez la vía del instrumento opcional como una solución para la armonización del Derecho contractual europeo.

Por otra parte, en febrero de 2003, la Comisión Europea publicó una Comunicación titulada «Derecho contractual europeo más coherente, Plan de Acción» [COM (2003) 68 final]. En esta Comunicación también se volvió a presentar la idea del instrumento opcional; esta vez con más detalle y se solicitaron comentarios al respecto. En 2004, la propia Comisión reconoció que

la gran mayoría de los consultados se había decantado por la posibilidad de elaborar un instrumento opcional en Derecho contractual europeo que las partes de un contrato pudiesen elegir (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro» [COM (2004) 651]). En la Comunicación de 2003 se diseñaba una hoja de ruta o plan de acción en el que se proponía, entre otras medidas, la creación de un Marco Común de Referencia (CFR), que permitiría presentar las mejores soluciones posibles a nivel de terminología y de reglas comunes de Derecho contractual europeo. El segundo objetivo que se perseguía con el CFR era constituir una base para una futura reflexión sobre un instrumento facultativo en el ámbito del Derecho contractual europeo. El trabajo de diversos grupos de expertos (*Study Group* y *Acquis Group*) dio sus frutos y en 2009 se publicó el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). El resultado, en cuanto al contenido y objetivos, sobrepasa los planes iniciales de la Comisión. Aunque sus autores no perseguían este objetivo, el DCFR ha sido calificado como decisivo en el camino para la elaboración de un instrumento opcional de Derecho contractual europeo. Esta idea fue expuesta por el Parlamento Europeo en su Resolución de 25 de noviembre de 2009, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, titulada «Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos-Programa de Estocolmo» (2010/C 285 E/02). En dicha Resolución se defendió que el instrumento opcional fuera directamente aplicable y que el DCFR de 2009 constituyese la base del mismo.

En los últimos años las instituciones europeas han intensificado su labor para alcanzar el objetivo perseguido: suprimir las barreras y obstáculos en el mercado interior para las operaciones transfronterizas, como consecuencia de la existencia de legislaciones nacionales divergentes. En este sentido cabe citar, entre otros documentos, los siguientes:

a) La mencionada Resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2009, sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos-Programa de Estocolmo» (2010/C 285 E/02) en la que se defiende la aprobación de un instrumento optativo -directamente aplicable- que permita a las partes contratantes, empresas y consumidores, entre otras, optar libremente por el Derecho contractual europeo como normativa que regule sus transacciones.

b) La Comunicación de la Comisión Europea denominada «Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» [COM (2010) 2020] que contempla que la Comisión proponga medidas para solventar los problemas detectados en el mercado único, entre las que cabe citar las destinadas a «facilitar y abaratar que las empresas y consumidores concluyan contratos con terceros de otros países de la UE, especialmente mediante la oferta de soluciones armonizadas en los contratos de consumo, modelos de cláusulas contractuales aplicables en toda la UE y avanzando hacia una legislación europea sobre contratos que sería opcional».

c) La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones que lleva por título «Una Agenda Digital para Europa» [COM (2010) 245 final/2] que establece, entre otras acciones, que la Comisión proponga «a más tardar en 2012 un instrumento opcional de Derecho contractual que complementará la Directiva sobre derechos de los consumidores para atenuar la fragmentación del Derecho contractual, en particular en lo que se refiere al entorno en línea».

d) El Libro verde de la Comisión Europea sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas publicado el 1 de julio de 2010 [COM (2010) 348 final], cuyo objetivo era «definir las opciones posibles para reforzar el mercado interior avanzando en materia de Derecho contractual europeo y lanzar una consulta pública sobre las mismas». En el Libro verde se exponían siete posibles modelos respecto de la naturaleza jurídica, el ámbito de aplicación y el ámbito material del futuro instrumento de Derecho contractual europeo que, en todo caso, debería responder a los problemas derivados de la divergencia de legislaciones sin introducir cargas o complicaciones adicionales para los consumidores o las empresas. Además, debería garantizar un alto nivel de protección al consumidor y reducir al máximo las referencias a las legislaciones nacionales o a instrumentos internacionales. Una de esas siete opciones era la creación, por medio de un reglamento, de un instrumento opcional de Derecho contractual europeo que pudiera ser elegido, libremente, por los consumidores y empresas como alternativa a las legislaciones nacionales.

El análisis de la sucesión de acontecimientos que se van produciendo en esta materia en el ámbito de la Unión Europea, permite afirmar que las preferencias de la Comisión Europea se decantan por la solución del instrumento opcional (Lehmann, «Derecho privado europeo ¿Un Derecho opcional?», *Noticias de la Unión Europea*, 2011, 320, p. 6). Buena prueba de ello es que en mayo de 2010, la Comisión Europea nombra a un Grupo de Expertos para realizar un estudio sobre la viabilidad de un proyecto de Derecho contractual europeo opcional. Al Grupo de Expertos se le indicó que para la realización del citado Estudio se tomara como base el DCFR, pero también se tuvieron en cuenta otros textos como los PECL, la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980 (CISG) y las reglas sobre compraventa de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. El *Estudio* contiene un conjunto de reglas en materia de Derecho contractual con vocación de regular toda la vida de un contrato (de compraventa y afines), que toma en consideración las necesidades de los contratos transfronterizos y garantizando, al mismo tiempo, una adecuada protección de los consumidores conforme a la normativa europea sobre la materia. Este Estudio optó por centrar su ámbito de regulación en la compraventa y contratos relacionados, abarcando toda la vida del contrato, desde la celebración hasta su cumplimiento. Dicho Estudio publicó el 3 de mayo de 2011 con el título de Estudio de viabilidad de un futuro instrumento de Derecho contractual europeo («Feasibility study for a future instrument in European Contract Law»; puede consultarse en: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf). (Vid. más detalles en Gómez/Gili, «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenidos y efectos, *InDret*, 1/2012, p. 9).

II. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (CESL): UNA PRESENTACIÓN EN SOCIEDAD DEL INSTRUMENTO OPCIONAL

A la vista de lo que acaba de exponerse, puede afirmarse que, entre las diferentes vías planteadas para armonizar el Derecho contractual europeo, la Comisión Europea ve con buenos ojos la técnica del instrumento opcional.

Ello supone un cambio en la forma de armonizar. Hasta ahora, la aprobación de numerosas Directivas en el ámbito del Derecho de consumo ha sido uno de los principales instrumentos que las instituciones de la Unión Europea han utilizado para lograr dicho objetivo. Sin embargo, en la práctica, la transposición de esas Directivas a los Ordenamientos internos de cada uno de los Estados miembros, lejos de armonizar y aproximar los Derechos nacionales, ha logrado el efecto contrario: la diversificación del régimen jurídico de los contratos que se pretendían armonizar. Uno de los posibles remedios para evitar estos efectos no deseados es la aprobación de lo que se ha denominado Directivas de armonización plena. A este modelo responde la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores (que modifica las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE y deroga las Directivas 85/577/CEE y 97/7/CE). (Vid. sobre esta materia: Marín, «La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados miembros», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 2012, 1, p. 9).

En todo caso, la solución del instrumento opcional parece que es más adecuada para alcanzar los objetivos perseguidos en materia de armonización del Derecho contractual que la vía tradicional mediante Directivas, sobre todo, cuando se trata de Directivas de armonización mínima (vid. Gómez/Ganuzo, «Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo», *InDret*, 2011, 2, pp. 18 y ss.). La aprobación de un instrumento opcional en materia de Derecho contractual implica poner a disposición de los contratantes un régimen jurídico alternativo que sustituye completamente al Derecho nacional aplicable. Aunque es la primera vez que, en el ámbito del Derecho contractual europeo, aparece materializada esta vía de armonización, a través de la Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea, la técnica del instrumento opcional ya se ha empleado, en otras ocasiones, con buenos resultados, en otros ámbitos del Derecho patrimonial europeo, como, por ejemplo, en el Derecho de sociedades y en el Derecho de propiedad intelectual (Vid. más detalles Lehmann, 2011, pp. 3-4).

La utilización de un instrumento opcional en la materia que nos ocupa, el Derecho contractual, presenta ventajas tanto desde un punto de vista político como económico.

Desde la perspectiva política, el instrumento opcional se presenta como la forma más adecuada de reducir las divergencias entre ordenamientos jurídicos sin interferir en los Derechos nacionales, puesto que estos permanecen intactos, con lo que es previsible una menor resistencia de los Estados miembros en comparación con la armonización que se produce por vía de Directivas (Lehmann, 2011, p. 5).

Desde un punto de vista económico, el instrumento opcional crea un sistema de normas jurídicas armonizadas en Derecho contractual que permite reducir los costes de transacción en la actividad transfronteriza (los operadores económicos deciden, con plena libertad, si las emplean o no). Por un lado, las empresas pueden adecuar toda su actividad transfronteriza a un único sistema legal con lo que ahorran en costes y obtienen ventajas económicas puesto que se refuerza la competitividad y pueden disfrutar de las ventajas del mercado común (además no debe olvidarse que los operadores jurídicos pueden elegir el instrumento opcional para que rija sus relaciones contractuales sólo cuando éste sea beneficioso para sus intereses; de esta forma no tienen que soportar costes adicionales). Por otro lado, para el consumidor, aumenta la competencia en su Estado y, como consecuencia de ello, los bie-

nes y servicios se ofrecen a mejor precio y calidad o se ofrecen más productos y servicios que puede contratar. Aunque en realidad para el consumidor lo verdaderamente importante es que con el instrumento opcional de compraventa europea se le ofrezca un alto nivel de protección. Por último, pero no menos importante, como destaca la Comisaria de Justicia, Viviane Reding, con un instrumento opcional se reducen «los costes de las empresas y los de administración de justicia» porque el uso de una única regulación ahorra tener que tratar con Ordenamientos extranjeros diferentes para resolver las controversias (Reding, «Por qué necesita Europa un derecho europeo opcional», *InDret*, 2011, 2, pp. 5 y 6).

En todo caso, no todo son ventajas, pues, como se ha puesto de manifiesto, la mayor desventaja de este sistema de armonización es que, por su naturaleza voluntaria, siempre quedarán algunos contratos que seguirán regulados por un Derecho nacional. En resumen, este sistema añade un nuevo nivel de Derecho disponible y, por tanto, puede aumentar la complejidad (Lehmann, 2011, p. 6).

1. Forma de articulación del instrumento opcional

En 2010 la Comisaria Reding parecía abogar por la elaboración de un instrumento opcional que fuera un ordenamiento más, el «vigésimoctavo», junto a los Ordenamientos de los 27 Estados miembros, de tal manera que el instrumento opcional sería una alternativa al Derecho doméstico, que las partes podrían escoger para regir su contrato. Sin embargo, finalmente, la Comisión Europea ha optado porque la normativa común de compraventa europea se convierta en un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Así, la principal seña de identidad del instrumento opcional que contiene la Propuesta de Reglamento es que está destinado a crear, en los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, un segundo régimen de Derecho contractual para los contratos que estén dentro de su ámbito de aplicación, sin que se produzca ninguna modificación en las legislaciones nacionales sobre Derecho contractual. Este régimen opcional es idéntico en toda la Unión Europea y coexiste con las normas de Derecho contractual nacional vigentes en cada Estado. Se trata de un Derecho contractual opcional que resuelve todas las cuestiones importantes que se presentan en la vida de los contratos incluidos en su ámbito de aplicación, sin tener que acudir a ningún Derecho contractual nacional.

Según el diseño del instrumento opcional en materia de compraventa europea que contiene la Propuesta de Reglamento, dicha normativa se aplica cuando las partes hayan acordado su utilización. En caso de acuerdo expreso en este sentido, las normas del instrumento opcional serán las únicas aplicables al contrato.

Lo cierto es que la solución por la que se ha optado en la Propuesta de Reglamento consigue mejor el objetivo que se persigue, pues ofrece a las partes un régimen unitario para su contrato que sustituye completamente al previsto en su Derecho nacional, incluidas sus disposiciones imperativas (Lehmann, 2011, p. 8).

2. Justificación y contenido

El instrumento opcional propuesto por la Comisión europea ha adoptado la forma de un Reglamento y su objetivo es eliminar los obstáculos resultan-

tes de las diferencias existentes entre las normativas nacionales, los costes de transacción y la complejidad jurídica que soportan las partes que realizan operaciones transfronterizas y, de esta manera, incidir en la mejora del funcionamiento del mercado interior y en el aumento de la competencia. De todas las posibles disposiciones que se han barajado para servir como base al instrumento opcional [art. 114, art. 115 y art. 352 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)], la Comisión Europea ha optado por basar la Propuesta de Reglamento en el artículo 114 TFUE, que es el precepto más adecuado (Lehmann, 2011, pp. 7-8). Mediante la creación de un conjunto propio de disposiciones imperativas, la Propuesta de Reglamento (o mejor dicho, el instrumento opcional que contiene) garantiza un elevado nivel de protección de los consumidores. En este sentido, la Propuesta de Reglamento parece respetar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad enunciados en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

Por lo que respecta al principio de subsidiariedad, el objetivo de la Propuesta de Reglamento tiene una dimensión claramente transfronteriza y no puede ser alcanzada por los Estados miembros en el marco de sus sistemas jurídicos nacionales. «La Unión está mejor situada para abordar el problema de la fragmentación jurídica mediante una acción en el ámbito del Derecho contractual que aproxime las normas aplicables a las transacciones transfronterizas» (Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento, p. 9).

En lo concerniente al principio de proporcionalidad, puesto que la normativa común de compraventa europea tiene carácter facultativo y voluntario y resulta aplicable, en principio, sólo en casos transfronterizos, preserva las tradiciones y culturas jurídicas de los Estados miembros.

La Propuesta de Reglamento relativa a una normativa común de compraventa europea se estructura en tres piezas. La primera es el Reglamento que determina, entre otras cuestiones, su finalidad y objeto, así como su carácter facultativo y los ámbitos territorial, material y personal del mismo. Se compone de 16 artículos.

La segunda parte está formada por el Anexo I que contiene la normativa común de compraventa europea (en adelante, conforme a sus siglas en inglés, CESL) que pretende cubrir todas las cuestiones de Derecho contractual que se plantean durante el ciclo de vida de los contratos que entran dentro de su ámbito de aplicación (Cdo 26). Se organiza en ocho partes y dos apéndices. Comienza con unas «disposiciones preliminares» (arts. 1 a 12), en las se establecen los principios generales del Derecho contractual por los que se deben regir las relaciones de las partes. La Parte segunda está dedicada al «carácter vinculante de un contrato» (arts. 13 a 57); en esta parte se ocupa de la regulación de la información precontractual, de la formación del acuerdo contractual, del régimen jurídico del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y de la anulación del contrato por error, dolo, amenaza o explotación injusta. A continuación, la Parte tercera se ocupa de la «evaluación del contenido del contrato» (arts. 58 a 86) y contiene normas sobre interpretación, contenido y efectos del contrato y sobre cláusulas abusivas. El instrumento opcional se completa con un bloque dedicado a las «obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa o en un contrato de suministro de contenidos digitales» (arts. 87 a 146) y otro a las «obligaciones y remedios de las partes en los contratos de servicios relacionados» (arts. 147 a 158). Finalmente, otras tres partes del instrumento opcional propiamente dicho (Anexo I) se ocupan, respectivamente, de la «indemnización por daños y perjuicios e

intereses» (arts. 159 a 171), la «restitución» en caso de anulación o resolución (arts. 172 a 177) y la «prescripción» (arts. 178 a 186).

A pesar de su ambicioso planteamiento, quedan fuera de la regulación del instrumento opcional cuestiones tan importantes como la personalidad jurídica, la invalidez de un contrato por falta de capacidad, la ilegalidad o inmoralidad del contrato, la determinación de la lengua del contrato, la lucha contra la discriminación, la representación, la pluralidad de deudores y acreedores, la sustitución de las partes, la compensación, la transmisión de la propiedad y la propiedad intelectual (*vid.* Ebers, «El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional», *InDret*, 2012, 1, p. 13).

La segunda pieza de la normativa común sobre compraventa europea incluye en su parte final dos apéndices que contienen, respectivamente, el modelo de instrucciones sobre desistimiento que el comerciante debe facilitar al consumidor y el modelo de formulario de desistimiento.

Por último, la Propuesta de Reglamento esta formada por un Anexo II que recoge una ficha informativa estándar, sobre la normativa común de compraventa, que el comerciante debe facilitar al consumidor antes de la celebración del contrato.

3. **Ámbito de aplicación**

Los artículos 3 a 8 de la Propuesta de Reglamento se ocupan de concretar cuál es el ámbito de aplicación de la normativa común de compraventa europea. Veamos a continuación en qué casos y en qué circunstancias el instrumento opcional resulta de aplicación.

A) *Ámbito territorial*

Según establece el artículo 4.1 de la Propuesta de Reglamento, el CESL podrá resultar aplicable cuando se esté en presencia de un contrato transfronterizo. En el caso de contratos entre empresarios, existe contrato transfronterizo cuando las partes tienen su residencia habitual en países diferentes y al menos uno de ellos es de un Estado miembro. Es el artículo 4.4 de la Propuesta de Reglamento el precepto que detalla los criterios para determinar cuál es la residencia habitual de la empresa. Conforme a dicho precepto, en primer lugar, se entenderá que la residencia habitual es el lugar en el que se encuentra la administración central. Ahora bien, tratándose de sucursales, agencias u otros establecimientos, se entenderá por residencia habitual el lugar dónde esté situada la sucursal o establecimiento. Si el empresario es una persona física, la residencia habitual será el lugar en el que ejerce su actividad principal.

De acuerdo con los criterios fijados para determinar cuál es la residencia habitual del empresario, hay autores que han destacado como positivo que el CESL resulta aplicable a contratos transfronterizos entre empresas no europeas (Gómez/Gili, 2012, p. 10).

Tratándose de contratos entre un empresario y un consumidor, existe contrato transfronterizo cuando la dirección facilitada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación están localizadas en un país distinto de aquel en el que el comerciante tiene su residencia habitual y al menos uno de dichos países es un Estado miembro.

Esta limitación del ámbito de aplicación que establece la Propuesta de Reglamento a los contratos transfronterizos responde al objetivo de respetar

los citados principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que son enunciados en el artículo 5 TUE.

Se ha puesto de manifiesto que esta restricción conduce a que las empresas que tengan intención de realizar operación nacionales y transfronterizas, estén obligadas a utilizar, al menos, dos tipos de contrato, uno para cada tipo de operación (Ebers, 2012, p. 11). Precisamente esto mismo es visto como positivo por otros autores, pues consideran que aporta flexibilidad y es la opción más deseable frente a las otras posibles (Gómez/Gili, 2012, p. 10). En todo caso, la propia Propuesta de Reglamento permite que los Estados miembros decidan poner a disposición de las partes contratantes la normativa común de compraventa europea para las transacciones puramente nacionales (art. 13), con lo que podrían elaborar un único contrato uniforme para todas sus operaciones.

B) *Ámbito material*

La Comisión, siguiendo el trabajo del Grupo de Expertos (*Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*), ha renunciado a adoptar un instrumento opcional que abarque todos los tipos contractuales. Por el contrario, ha considerado preferible ofrecer un instrumento para unos contratos específicos, concretamente para los siguientes: contratos de compraventa de bienes muebles, contratos de suministro de contenidos digitales y contratos de servicios relacionados (instalación, mantenimiento o reparación) que son prestados por el vendedor. Según el apartado k) del artículo 2 de la Propuesta de Reglamento, el contrato de compraventa es el contrato en virtud del cual el empresario transfiere o se compromete a transferir a otra persona la propiedad de los bienes y el comprador paga o se compromete a pagar su precio (se incluyen los contratos de suministro de bienes que deban fabricarse o producirse y quedan fuera las compraventas judiciales). Para determinar qué es un contrato de contenidos digitales, el apartado j) del artículo 2 aclara que los contenidos digitales abarcan todos los datos producidos y suministrados en formato digital. Y por servicios relacionados se entiende cualquier servicio que afecte a bienes o contenidos digitales como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales, de conformidad con lo dispuesto en el apartado m) del artículo 2.

Quedan fuera del ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento los contratos mixtos que incluyan cualquier elemento que no sea la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios relacionados, según establece el artículo 6.1. Asimismo no se podrá acudir a la normativa común de compraventa europea para regular los contratos vinculados a un crédito al consumo, bien sea en forma de pago aplazado, préstamo o financiación similar. En cambio, se podrá optar por la aplicación de la normativa común de compraventa europea a los contratos en el que el precio se paga de forma fraccionada cuando el suministro de los bienes o servicios se hace de forma continuada (art. 6.2).

La opción de la Propuesta de Reglamento de limitar su ámbito de aplicación únicamente a tres tipos contractuales tiene, sin duda, aspectos positivos. El más destacado es que permite la especialización, logrando una adecuada protección de la parte contractual más débil mediante el establecimiento de normas imperativas ajustadas a este tipo de contratos. En todo caso, hay que llamar la atención sobre el hecho de que la especialización del instrumento opcional deja al margen del proceso de armonización contratos transfronteri-

zos tan importantes como el contrato de servicios, el contrato de seguro y el *leasing*. Por tanto, el futuro de la armonización del Derecho europeo, de seguir esta vía, pasa por la creación de varios instrumentos opcionales con la regulación de cada uno de los contratos que se pretenda armonizar. En todo caso, una proliferación excesiva de instrumentos opcionales no parece conveniente y es necesario delimitar con precisión el ámbito de aplicación de cada uno de ellos (Lehmann, 2011, p. 10).

C) *Ámbito personal*

Una de las cuestiones más relevantes para cumplir los objetivos perseguidos por la Propuesta de Reglamento es determinar el ámbito de aplicación de la normativa común de compraventa europea. Desde un punto de vista teórico, como veremos a continuación, las opciones son tres.

Un denominador común a todas ellas es incluir los contratos celebrados entre empresas y consumidores (*Business to Consumer*; en adelante, B2C). A partir de ahí, la primera opción sería limitarlo a este tipo de relaciones contractuales; la segunda opción sería abarcar también los contratos celebrados entre empresarios (*Business to Business*, en adelante, B2B); y la tercera opción consistiría en abarcar los contratos B2B cuando al menos una de las dos partes sea una pequeña o mediana empresa (PYME). Justificándose en el principio de proporcionalidad, la Propuesta de Reglamento cree que lo más conveniente es la tercera opción expuesta (art. 7.1). A efectos de la Propuesta de Reglamento, el artículo 7.2 nos ofrece una definición de PYME, indicando que es un comerciante que emplea a menos de doscientas cincuenta personas y tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones euros o un balance anual no superior a 43 millones euros.

En todo caso, es importante destacar que la Propuesta de Reglamento permite que los Estados miembros opten por ampliar el ámbito de aplicación del instrumento opcional a todos los contratos entre empresarios, con independencia de que sean o no PYMES [art. 13 b)]. Aunque hay voces que afirman que las ventajas del instrumento opcional no dependen de la naturaleza del comprador y ven bien que se aplique a todos los contratos entre empresarios, con independencia de que uno de ellos sea o no una PYME (Gómez/Gili, 2012, pp. 12 y 13), hay autores que se mostraron favorables a que el ámbito subjetivo del instrumento opcional quedara limitado a las relaciones B2C, con fundamento en que las empresas ya cuentan con una gran libertad para seleccionar el Derecho aplicable; suelen actuar frecuentemente en relaciones transfronterizas y conocen bien sus opciones para elegir un Derecho nacional adecuado. A todo ello añaden la existencia de diferentes textos internacionales especializados que cubren las relaciones B2B (por ejemplo, CISG, PECL y Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales) que podrían generar solapamientos y contradicciones con la normativa que establece el instrumento opcional (Lehmann, 2011, p. 9).

En definitiva, la Propuesta de Reglamento ha optado por una solución aparentemente intermedia puesto que no abarcar sólo las relaciones B2C, pero tampoco incluye en su ámbito de aplicación todos los casos de B2B, pues es necesario que al menos uno de ellos sea PYME (si bien el 90% de las empresas europeas son PYMES).

D) *Carácter facultativo*

Desde un punto de vista teórico existen dos opciones para articular la aplicación del instrumento opcional: la primera es que el instrumento opcio-

nal sólo resulte aplicable cuando las partes así lo pactan («*opt in*») y la segunda es que el instrumento resulte automáticamente aplicable, salvo que las partes manifiesten su voluntad de no aplicarlo («*opt out*»). La Propuesta de Reglamento ha optado por la primera de las soluciones y además ha regulado el acuerdo de las partes sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea, lo cual ha sido valorado positivamente (Lehmann, 2011, p. 9).

Si se cumplen los requisitos establecidos sobre el ámbito personal, material y territorial previstos en los artículos 4 a 7, las partes pueden acordar que su relación contractual se rija por el instrumento opcional (art. 3). Además en los contratos celebrados entre empresarios y consumidores se exige que dicho acuerdo sea expreso e independiente del que se refiere al contrato en cuestión y que el empresario facilite al consumidor una confirmación de dicho acuerdo (art. 8.2). Si bien parece razonable que se exija dicho acuerdo expreso y separado del empresario y consumidor, se ha criticado que además se le exija al empresario que realice una advertencia especial al consumidor sobre su intención de utilizar la normativa común de compraventa europea (art. 9) porque parece deducirse que el instrumento opcional prevé un régimen más arriesgado que los regímenes nacionales y puede disuadir de alguna manera su utilización. Tampoco puede merecer un juicio muy positivo que se contemple una información estandarizada para el consumidor (prevista en el anexo II). Y ello por dos motivos: en unos casos resulta excesiva y en otros casos puede resultar defectuosa al no ofrecer una comparación con el régimen que resultaría aplicable si no se optara por el instrumento opcional (Gómez/Gili, 2012, p. 13).

III. LA ARMONIZACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE COMPRAVENTA POR MEDIO DE UN INSTRUMENTO OPCIONAL: ¿UNA SOLUCIÓN SATISFACTORIA PARA ESPAÑA?

Llegados a este punto, nos tenemos que preguntar si la Propuesta de Reglamento es una solución satisfactoria para los intereses de los consumidores y empresarios españoles. Aunque son muchos los interrogantes que se plantean al hilo de su lectura y no todos ellos son de fácil respuesta, aquí nos vamos a centrar en las consecuencias que para el Ordenamiento jurídico español se derivarían de su incorporación como segundo régimen de Derecho contractual aplicable y si tiene sentido ampliar su ámbito de aplicación a los contratos de ámbito nacional.

En primer lugar, hay que resaltar que en el Ordenamiento jurídico español nos encontramos con un sistema normativo complejo en materia de contrato de compraventa, con una pluralidad de regímenes jurídicos aplicables (Fenoy, *CCJC*, 2005, 68, p. 538). Así, si el contrato de compraventa lo celebran dos particulares, resulta aplicable el régimen jurídico establecido en el Código civil (arts. 1445 a 1537 CC). Si la compraventa es entre empresarios y de carácter interno, hay que acudir al Código de Comercio para determinar su régimen jurídico (arts. 325 a 345 CCom). En cambio, si la compraventa es entre empresarios y tiene carácter internacional, será la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, ratificada por España (CISG), la que determine el régimen jurídico aplicable. Y, por último, las denominadas compraventas de consumo, esto es, las celebradas entre un empresario y un con-

sumidor, se rigen por lo establecido en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (arts. 114 y ss.); debe advertirse que esta última normativa está pendiente de reforma por parte del Legislador español para su adaptación a lo previsto en la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores.

Pues bien, la aprobación de la Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea implicaría la aparición en escena de un nuevo régimen jurídico aplicable a las compraventas transfronterizas celebradas entre dos empresarios, cuando al menos uno de ellos sea una PYME, o entre un empresario y un consumidor, cuando voluntariamente y de forma expresa, acuerden que su contrato se rija por el instrumento opcional. Esto significa que en caso de acuerdo de las partes, quedarían desplazados los regímenes previstos en el Código de comercio (tratándose de compraventas transfronterizas B2B) y en el TRLGDCU (tratándose de contratos transfronterizos B2C). También cabe la posibilidad de que el Legislador español decida ampliar su ámbito de aplicación a los contratos internos, como prevé el artículo 13, en cuyo caso la aplicación de las normas del Código de comercio y del TRLGDCU podrían quedar desplazadas con independencia del carácter transfronterizo o no del contrato. Esta decisión, sin duda, presenta claras ventajas. Así, por ejemplo, desaparecerían los problemas de determinación de cuándo una situación es doméstica o transfronteriza (cuestión que en ocasiones es difícil de determinar en la práctica). Además, las empresas podrían emplear el mismo modelo de contrato en todas las transacciones que realicen, con lo que se ahorrarían costes de transacción (Lehmann, 2011, p. 9).

En principio, la existencia de un sistema complejo de regulación de la compraventa no es negativo en si mismo, siempre que existan causas que lo justifique. Algo que a simple vista no parece ocurrir en el caso español, pues el motivo de la existencia de un sistema tan complejo tiene una justificación poco plausible que se basa principalmente en las diferentes etapas cronológicas en las que fueron aprobados los distintos textos legales que contienen la normativa española sobre compraventa. Así, tanto la normativa del Código civil como la del Código de comercio responden a una concepción de las obligaciones y remedios de las partes de un contrato de compraventa propia del legislador del siglo XIX, que, en la actualidad, no protege adecuadamente a las partes del contrato (*vid.* Fenoy, 2005, pp. 534, 535, 538 y 540). Por el contrario, la CISG y el TRLGDCU responden a una moderna concepción del contrato de compraventa que da una respuesta más satisfactoria a los intereses y necesidades del tráfico jurídico actual (piénsese, por ejemplo, en la solución que cada uno de estos textos ofrece al problema del carácter defectuoso de los bienes).

Con estos mimbres, surge inmediatamente un interrogante: ¿Tiene sentido la aparición de un segundo régimen normativo opcional en materia de compraventa? La respuesta, en principio, debe ser afirmativa, pero antes de añadir mayor complejidad a nuestro sistema, deberíamos dotarlo de coherencia. Esta tarea pasa por replantearse el régimen jurídico y los principios inspiradores de la compraventa en el Código civil y en el Código de Comercio y aproximar su sistema al de los otros textos legales sobre compraventa.

IV. CONCLUSIONES

Tras estas páginas de presentación del instrumento opcional sobre una normativa común de compraventa europea, es fácil concluir que dicho instrumento nos parece adecuado y oportuno para lograr avanzar en la armonización del Derecho contractual europeo. Sin embargo, no nos pronunciamos sobre el contenido concreto del mismo, ya que creemos que se debe discutir con la debida calma, pues haciendo nuestras las palabras de la Comisaria Reding, estamos convencidos de que «la calidad debe primar siempre sobre la prisa» (2011, p. 7) y el contenido del instrumento opcional debe ser objeto de reflexión profunda y crítica constructiva por parte los distintos operadores económicos y jurídicos que desarrollan su actividad en el mercado interior de la Unión Europea. En realidad, su éxito depende de su propio contenido: mediante el instrumento opcional de compraventa europea se debería garantizar un nivel alto de protección del consumidor, que no quedara, en ningún caso, por debajo del nivel actual (Reding, 2011, p. 5). Sólo de esta manera el CESL conseguiría la confianza de los consumidores. A este respecto es evidente que los consumidores y empresarios españoles (y europeos) que celebren un contrato sólo escogerán el instrumento opcional si consideran que éste responde mejor a sus exigencias económicas y jurídicas, aportando mayor seguridad jurídica a las relaciones contractuales, que otro Derecho opcional o que el Derecho que resulte aplicable según las reglas de Derecho internacional privado. Si las partes contratantes optasen, mayoritariamente, por la normativa común sobre compraventa europea como conjunto normativo que debe regular su relación contractual, se podría afirmar, sin temor a equivocarse, que el instrumento opcional ofrece un sistema jurídico eficiente y seguro (y que por la vía de los hechos se estaría logrando la armonización real del Derecho contractual europeo).

Ahora bien, en el caso español, sería muy recomendable que antes de que se aprobara la Propuesta de Reglamento que contiene la normativa común sobre compraventa europea (el denominado instrumento opcional o CESL) y que se incorpore a nuestro Derecho un régimen jurídico paralelo al interno, se procediera a dotar de coherencia a nuestro propio sistema jurídico cuya complejidad, en materia de compraventa, no se justifica actualmente y genera disfunciones. Parece a todas luces recomendable que las normas españolas sobre compraventa sean acordes a los nuevos principios del moderno Derecho de obligaciones que derivan del Derecho comparado, del Derecho europeo y del Derecho uniforme. Sin duda, estamos ante una tarea urgente e inevitable (si queremos ser verdaderamente competitivos). En relación con esta cuestión, como es conocido por todos, los pasos iniciales ya se han dado en la dirección correcta (*vid.* Comisión General de Codificación, *Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Ministerio de Justicia, 2009). Ahora sólo queda que el Legislador español tome conciencia del asunto y que la tarea se culmine, sin prisa pero sin pausa, antes de que el instrumento opcional sobre compraventa europea haga su aparición en escena y los empresarios y consumidores tengan la posibilidad real de acogerse al mismo.

Rapports nacionales de Derecho Privado Europeo, Comparado y Comunitario

ALEMANIA, AUSTRIA Y SUIZA

Bibliografía (2011-2012)

MARTIN EBERS*

I. NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (INSTRUMENTO OPCIONAL)

- REMIEN, Oliver – HERRLER, Sebastian – LIMMER, Peter (eds.): *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*, Beck, München 2012.
- SCHMIDT-KESSEL, Martin (ed.): *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, Sellier European Law Publishers, München 2012.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans – ZOLL, Fryderyk – JANSEN, Nils – SCHULZE, Reiner (eds.): *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, Sellier European Law Publishers, München 2012.
- STAUDENMAYER, Dirk (ed.): *Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein gemeinsames europäisches Kaufrecht, Textausgabe*, Beck, München 2012.
- WENDEHORST, Christiane – ZÖCHLING JUD, Brigitta: *Am Vorabend eines gemeinsamen europäischen Kaufrechts. Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11.10.2011*, Manz, Wien 2012.

II. DERECHO PRIVADO EUROPEO – CUESTIONES GENERALES

- BEHRENS, Peter – EGERLAND, Thomas – SCHÄFER, Hans-Bernd (eds.): *Ökonomische Analyse des Europarechts. Beiträge zum XII. Travemünder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts (24. bis 26. März 2010)*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- BREUER, Marten: *Staatshaftung für judikatives Unrecht. Eine Untersuchung zum deutschen Recht, zum Europa- und Völkerrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.
- BRON, Christian: *Rechtsangleichung des Privatrechts auf Ebene der Europäischen Union. Genese, Gestaltung und Vision*, Nomos, Baden-Baden 2011.

* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.

- DREXLER, Alexander: *Die richtlinienkonforme Interpretation in Deutschland und Frankreich. L'interprétation conforme aux directives de l'Union européenne en Allemagne et en France*, Nomos, Baden-Baden 2012.
- ESPITALIER, Stefanie: *Die innerstaatliche Haftung für Unionsrechtsverstöße in Spanien. Eine Untersuchung der Verantwortungs- und Haftungsbeziehungen zwischen dem spanischen Zentralstaat und den Autonomen Gemeinschaften im Falle finanzwirksamer Entscheidungen der Europäischen Union*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2012.
- FRENZ, Walter: *Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten*, 2. Auflage, Springer, Berlin/Heidelberg 2012.
- GROSCHE, Nils: *Rechtsfortbildung im Unionsrecht. Eine Untersuchung zum Phänomen richterlicher Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.
- GRUNDMANN, Stefan: *Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung)*, 2. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin 2012.
- SCHÜTTER, Friedrich: *Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung wegen judikativen Unrechts in Deutschland und im Vereinigten Königreich*, Nomos, Baden-Baden 2012.
- STREINZ, Rudolf (ed.): *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. EUV/AEUV, Kommentar*, 2. Auflage, Beck, München 2012.
- SUHR, Jan: *Richtlinienkonforme Auslegung im Privatrecht und nationale Auslegungsmethodik*, Nomos, Baden-Baden 2011.
- ZWALVE, Willem J. – SIRKS, Adriaan Johan Boudewijn: *Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte. Einführung und Sachenrecht*, Böhlau, Wien/Köln/Weimar 2012.

III. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

- BANGHA-SZABO, Attila: *Die rechtsgeschäftliche Unübertragbarkeit des Verbraucherwiderrufsrechts. Zugleich ein Beitrag zur Funktionsweise des Widerrufsrechts gemäß § 355 BGB, zur Sukzession in Forderungen und Vertragsverhältnisse sowie zur Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, Kovač, Hamburg 2012.
- BATTAFARANO, Laura: *Allgemeine und spezielle Regelung der Forderungsbabtretung im deutschen und italienischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 2011.
- BERTELMANN, Bernd Steffen: *Das BGB-Zahlungsdienstrecht im Kontext der Single Euro Payments Area. Leitlinien zur richtlinienkonformen Auslegung unter vergleichender Berücksichtigung des britischen und französischen Rechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2011.
- BUSER-GORA, Justyna: *Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im internationalen Handelsverkehr*, Schulthess, Zürich/Basel/Genf 2012.
- EHLEN, Theresa Johanna: *Nutzungersatz im kaufvertraglichen Mängelgewährleistungs- und Widerrufsrecht*, Kovač, Hamburg 2012.
- FAENGER, Julia: *Leistungsunabhängige Nebenpflichten zum Schutz des Integritätsinteresses im deutschen und französischen Recht. Eine rechtsvergleichende Betrachtung ausgehend von den Rücksichtspflichten des § 241 Abs. 2 BGB*, Peter Lang, Frankfurt a.M. 2012.

- HORLER, Sally: *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ein Vergleich des englischen und deutschen Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin 2012.
- LOBOCKA-POGUNTKE, Inga: *The Evolution of EC Consumer Protection in the Field of Consumer Credit*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2012.
- SCHREINDORFER, Benedikt: *Verbraucherschutz und Stellvertretung. Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Einschaltung einer Hilfsperson auf Kundenseite beim Abschluss von Verbraucherverträgen*, Duncker & Humblot, Berlin 2012.
- SEDLMEIER, Kathleen: *Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- TRSTENJAK, Verica: *Internetverträge in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes. Referat im Rahmen der Vortragsreihe «Rechtsfragen der europäischen Integration», Bonn, den 31.01.2011*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Bonn 2011.
- HÖK, Götz-Sebastian: *Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts*, 2. Auflage, Springer, Berlin/Heidelberg 2012.

IV. DERECHO DE DAÑOS – RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

- EBINGER, Christoph: *Zivilrechtliche Haftung des Luftfrachtführers im Personentransport unter besonderer Berücksichtigung der Beförderung von Personen durch ferngesteuerte Luftfahrzeuge*, Schulthess, Zürich/Basel/Genf 2012.
- HERING, Manfred: *Der Verkehrsunfall in Europa*, 2. Auflage, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2012.
- HÖNING, Nina: *Das Recht am eigenen Bild und der Schutz prominenter Persönlichkeiten im deutschen und US-amerikanischen Recht*, Kovač, Hamburg 2012.
- KURTA, Linda: *Die deliktsrechtliche Verantwortung Minderjähriger im Vergleich zwischen deutschem, französischem und englischem Recht*, Kovač, Hamburg 2012.

V. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

- SCHULZE, Reiner (ed.): *Non-discrimination in European private law*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.
- STEINHAUSER, Lenz: *Altersdiskriminierung in Großbritannien*, Duncker & Humblot, Berlin 2012.

VI. DERECHO EUROPEO DE BIENES

- BILLER, Patricia: *Die neuen besitzlosen Mobiliarsicherheiten des französischen Rechts im Vergleich zum deutschen Mobiliarsicherheitsrecht*, Kölner Wissenschaftsverlag, Köln 2012.

- NEUBAUER, Egmont: *Easements und Servitudes. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Grunddienstbarkeiten im englischen und schottischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 2012.
- QUITMANN, Kristina: *Eigentums- und Besitzschutz im deutschen und englischen Recht. Rechtsvergleichende Analyse des Spannungsverhältnisses zwischen Eigentum und Besitz*, Duncker & Humblot, Berlin 2011.
- VAN ERP, SJEFF – SALOMONS, Arthur – AKKERMANS, Bram (eds.): *The Future of European Property Law*, Sellier European Law Publishers, München 2012.

VII. DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

- AHRENS, Hans-Jürgen – MCGUIRE, Mary-Rose: *Modellgesetz für Geistiges Eigentum. Normtext und Begründung*, Sellier European Law Publishers, München 2012.
- BAIOCCHI, Enzo: *Der Schutz bekannter Marken unter besonderer Berücksichtigung der zivilrechtlichen Sanktionen. Eine Rechtsvergleichung zwischen dem deutsch-europäischen und dem brasilianisch-südamerikanischen Markenrecht*, Heymann, Köln 2012.
- LAUBER-RÖNSBERG, Anne: *Urheberrecht und Privatgebrauch. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und des britischen Rechts*, Nomos, Baden-Baden 2011.
- LEVENTER, N. Orly: *Google Book Search und vergleichendes Urheberrecht, unter Heranziehung des deutschen und des US-amerikanischen Rechts*, Nomos, Baden-Baden 2012.
- OHLY, Ansgar (ed.): *Common principles of European intellectual property law, papers which were presented at the conference on 20 and 21 November 2009*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- SANTANGELO, Chiara: *Der urheberrechtliche Schutz digitaler Werke. Eine vergleichende Untersuchung der Schutz- und Sanktionsmaßnahmen im deutschen, italienischen und englischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin 2011.
- SCHNEIDER, Michael – PENTHEROUDAKIS, Chryssoula – ULLRICH, Gerhard (eds.) *Kommentierung des Europäischen Patentübereinkommens*, Heymann, Köln 2012.

VIII. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- FERRARI, Franco: *Internationales Vertragsrecht. Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ. Kommentar*, 2. Auflage, Beck, München 2012.
- LEONHARDT, Peter – SMID, Stefan – ZEUNER, Mark (eds.): *Internationales Insolvenzrecht*, 2. Auflage, Kommentar, Kohlhammer, Stuttgart 2012.
- LÖHR, Silke: *Prozeßgrundrechte in Deutschland, Frankreich und England. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Duncker & Humblot, Berlin 2012.
- RIEDEL, Ernst: *Grenzüberschreitende Zwangsvollstreckung*, 2. Aufl., RWS Verlag, Köln 2012.

- RIJAVEC, Vesna – JELINEK, Wolfgang – BREHM, Wolfgang (eds.): *Die Erleichterung der Zwangsvollstreckung in Europa*, Nomos, Baden-Baden 2012.
- RÜHL, Giesela: *Statut und Effizienz. Ökonomische Grundlagen des Internationalen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.
- SCHNEIDER, Christof Alexander: *Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen im internationalen geschäftsmännischen Verkehr*, Kovač, Hamburg 2012.

ESPAÑA

Bibliografía

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*
ISABEL VIOLA DEMESTRE**

1. DERECHO EUROPEO – DIVERSOS

- BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría — GARRIGA SUAUA, Georgina (eds.): *Adaptación de la legislación interna a la Normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2012. ISBN: 9788497689496.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a Dolores (dir.): *Derecho civil de la Unión europea*, Madrid, Colex, 2012, 5.^a ed. ISBN: 9788483423349.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo – CERVELL HORTAL, María José – PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge – GARCIANDÍA GARMENDIA, Rosana: *La Unión europea y su derecho*, Madrid, Trotta, 2012. ISBN: 9788498792669.

2. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

- BARRÓN ARNICHES, Paloma de: *El contrato de servicios en el nuevo Derecho contractual europeo*, Madrid, Reus ed., 2012. ISBN: 9788429016802.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve (dir.): *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Barcelona, Bosch, 2012. ISBN: 9788497909549.

3. DERECHO PROCESAL

- JIMENO BULNES, Mar: *Un proceso europeo para el siglo XXI*, Madrid, Civitas, 2011. ISBN 9788447036295.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la – CALDERÓN CUADRADO, Pía (eds.): *Derecho procesal civil europeo: Acceso a la justicia y auxilio judicial en la Unión Europea*, Vol. II, Pamplona, Aranzadi, 2011. ISBN: 9788499038162.

* Prof. Titular de Derecho civil. Universidad de Barcelona.

** Prof. Titular de Derecho civil. Universidad de Barcelona.

OLIVA SANTOS, Andrés de la – SENÉS MOTILLA, Carmen – VEGAS TORRES, Jaime (Eds.): *Derecho procesal civil europeo: Tutela judicial del crédito en la Unión Europea*, Vol. III, Aranzadi, 2011. ISBN: 9788499038087.

4. DERECHOS HUMANOS

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo *et alii*: *Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, 2.^a ed. ISBN: 9788490048566.

UTRILLA FERNÁNDEZ BERMEJO, Dolores: *Las garantías del derecho de propiedad privada en Europa. Derecho de la Unión europea y Convenio europeo de derechos humanos*, Madrid, Civitas, 2012. ISBN: 9788447038275.

Legislación

ISABEL VIOLA DEMESTRE

Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*

El RDL 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, RDLMACM) (BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2012) ha incorporado al derecho español la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DO L 136, de 24 de mayo de 2008) (*vid.* DF 7.^a). Puesto que el plazo de transposición finalizaba el 21 de mayo de 2011, el Gobierno del Estado aprobó dicha regulación por el cauce del Real Decreto Ley, para su tramitación por la vía de urgencia (art. 86 CE) y, así, tratar de evitar posibles sanciones por parte de la Unión Europea (EM II, final). Aunque la norma entró en vigor al día siguiente de su publicación, y fue convalidado por el Congreso el 29 de marzo de 2012, actualmente está siendo tramitada como Proyecto de ley y tanto el Congreso como el Senado han publicado ya sus enmiendas (*vid.* DOCG núm. 6-1, de 10 de abril de 2012, Serie A, Proyectos de ley, núm. 121/000005).

La Directiva 2008/52/CE trata de asegurar un mejor acceso a la justicia (Cdo 3 y 5) con disposiciones que se refieren a la mediación en litigios transfronterizos (Cdo 8), sin perjuicio de que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional, que es, precisamente, lo que el RDLMACM ha llevado a cabo, conformando «un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España» (EM, II, penúltimo párrafo), dictado en ejercicio de competencias en materia de legislación mercantil, procesal y civil, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas (EM, III, penúltimo párrafo).

El RDLMACM define la mediación, en su artículo 1, como medio de solución de controversias, a diferencia del concepto de la Directiva, que la califica de procedimiento. Ello no obstante, también la norma española se refiere a ella como procedimiento en múltiples preceptos (arts. 6, 7, 9, 13,

* Mientras el trabajo se encontraba en prensa, se ha publicado la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 162, de 7 de julio).

rúbrica del título IV, arts. 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 25, 26). En otras ocasiones, el RDLMACM alude a la mediación como «fórmula de autocomposición», «instrumento eficaz para la resolución de controversias» y también «como institución ordenada a la paz jurídica». Por lo demás, la definición de la mediación del art. 1 RDLMACM coincide, prácticamente, con la del apartado *a*) del artículo 3 de la Directiva, si bien la norma española no se pronuncia acerca de que el mediador pueda ser un juez, siempre que no sea el responsable del procedimiento judicial vinculado a dicho litigio, como sí que prevé la Directiva.

En cuanto al ámbito de aplicación, ambas normas tienen por objeto la mediación en asuntos civiles y mercantiles, aunque la segunda abarca, además de los conflictos transfronterizos (definidos, respectivamente, en los arts. 2 D. 2008/52 y art. 3 RDLMACM), también los litigios en los que, al menos, «una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español» (art. 2.1 RDLMACM), siempre que afecten a derechos y obligaciones disponibles por las partes (*a sensu contrario*, art. 1.2 D. 2008/52).

Se excluyen, expresamente, del ámbito de aplicación del RDL: la mediación penal; la mediación con las Administraciones Públicas; la mediación laboral y la mediación en materia de consumo (art. 1.2 y Cdo 11 D. 2008/52). Sin embargo, merece recordarse que el RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, ya prevé la mediación como una fase en este procedimiento arbitral institucional, en los términos específicos previstos en el artículo 38 de dicha norma.

La calidad de la mediación, que los Estados miembros deberán fomentar de la manera que estimen pertinente, mediante la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten los servicios de mediación a los citados códigos, así como la formación inicial y continua de mediadores (art. 4 D. 2008/52), se contempla en los mismos términos en el artículo 12 RDLMACM. En correspondencia, y según la Disposición final quinta del mismo cuerpo legal, el Gobierno podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos a los mediadores y a las instituciones de mediación, como por ejemplo, la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación (sobre estas últimas, véase art. 5 y concordantes, como arts. 4, 11.2, 12, 14, 15, 16, 17, 19, 22, 23 y 28; DF 4.^a y 5.^a RDLMACM). Las condiciones para ejercer de mediador, sus actuaciones y su responsabilidad vienen reguladas, respectivamente, en los artículos 11, 13 y 14 RDLMACM.

El artículo 5 D. 2008/52 prevé que el órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, en atención a las circunstancias, podrá proponer a las partes que recurran a mediación o, en su caso y si son posibles, a una sesión informativa. Este precepto tiene su reflejo en la modificación del artículo 414 LEC (DF 2.^a, 10 RDLMACM). Esta derivación judicial a la mediación que prevé la Directiva, cuando proceda, queda limitada, pues, al trámite de la audiencia previa del juicio ordinario; no se prevé, en cambio, en este RDLMACM para otro momento procesal, ni tampoco para otros juicios (aunque la mediación en los procedimientos matrimoniales ya se contempla en los arts. 770 y 777 LEC, según redacción introducida la Ley 15/2005, de 8 de julio, por el que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento en materia de separación y divorcio, «BOE» núm. 163, de 9 de julio de 2005). Todo ello, sin perjuicio de que, si las partes conocen la mediación, puedan someterse a ella, tras la nueva

redacción del artículo 19 LEC (DF 2.^a, 1 RDLMACM), solicitando la suspensión del proceso, de acuerdo con el nuevo inciso del artículo 415.1 LEC (redactado conforme a la DF 2.^a, 11 RDLMACM).

La posibilidad de la obligatoriedad de la mediación que la Directiva reconoce (art. 5.2) no ha sido finalmente acogida por el legislador español, si bien en el Proyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuya tramitación se inició durante la anterior legislatura (DOCG, de 29 de abril de 2011, núm. 122-1, núm. 121/000122.), sí que lo preveía en reclamaciones de cantidad inferior a 6.000 euros (DF 4.^a). Tampoco el RDLMACM ha establecido incentivos a la mediación, como por el contrario parece admitir la D. 2008/52. En cambio, sí que se prevé una suerte de «sanción», en sede de costas procesales (art. 395 LEC), en un inciso introducido por la DF 2.^a, 9 RDLMACM. Y en el caso de que las partes se hubieren comprometido a someterse a mediación para resolver sus controversias o ya la hubieren iniciado, el artículo 10.2 RDLMACM establece que los tribunales no podrán conocer de dichas controversias, cuando la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. En consecuencia, en la DF 2.^a, 2, 3, 4 y 5 RDLMACM, se da nueva redacción a los artículos 39, 63, 65 y 66 LEC, en relación con la citada declinatoria.

El carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación constituye otro de los pilares sobre los que se asienta la D. 2008/52. Sobre la base de que la mediación «no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes (...)», «(...) los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva» (Cdo 19). El legislador estatal ha optado por la formalización en escritura pública del acuerdo alcanzado tras el procedimiento de mediación (arts. 25 y siguientes RDLMACM), específicamente individualizado y reconocido como título ejecutivo en el artículo 517.2 LEC (modificado a raíz de la DF 2.^a RDLMACM, en su apartado 12 y siguientes). Esto puede ser objeto de crítica, al ubicar dicha escritura pública junto al laudo arbitral y entre los títulos tradicionalmente considerados como jurisdiccionales. Los acuerdos resultantes de la mediación podrán revestir, según el caso, cualquiera de las otras formas previstas en el artículo 517 LEC, teniendo la consideración, igualmente, de título ejecutivo, además de la escritura pública. Merece la pena destacar que el Estado español incumplió el plazo establecido en el artículo 12, en relación con el artículo 10 y el 6.3 D. 2008/52, en virtud de los cuales debería haber informado a la Comisión europea, antes del 21 de noviembre de 2010, de los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes del Estado que puedan recibir una solicitud con la finalidad de otorgar carácter ejecutivo al acuerdo escrito resultante de la mediación.

Los artículos 25.3 y 27 RDLMACM incorporan el carácter ejecutivo de los acuerdos de mediación transfronterizos (arts. 6.1 y 4 D. 2008/52).

Los principios de la mediación son la confidencialidad (art. 9 RDLMACM), voluntariedad (art. 6 RDLMACM); imparcialidad (arts. 7, 13.4 y 13.5 RDLMACM), neutralidad (art. 8 RDLMACM) y buena fe y respeto mutuo de las partes (art. 10 RDLMACM). Sin embargo, la D. 2008/52 sólo hace amplia referencia al principio de confidencialidad. En su virtud, ni el mediador ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación podrán ser obligados a declarar en un procedimiento judicial o arbitral posterior sobre la información obtenida en el procedimien-

to de mediación. Ambos textos coinciden en una excepción: el acuerdo de las partes, si bien la norma española establece requisitos más exigentes que la europea. Efectivamente, las partes, de manera expresa y por escrito, deben dispensar de esta obligación [art. 9.2 a) RDLMACM]. Difieren en las demás excepciones: en la D. 2008/52 se alude a razones de orden público de cada Estado, en particular, la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de la persona o también cuando el conocimiento del acuerdo resultante sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo. En el RDLMACM no se prevé ninguna de estas circunstancias; sí que se cita como otra excepción al deber de confidencialidad, que un juez penal inste, en resolución motivada, a declarar o a aportar documentos [art. 9. 2. b) RDLMACM].

El artículo 8 D. 2008/52 persigue que los Estados miembros establezcan medidas que traten de evitar que la mediación no impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje por haber prescrito los derechos o pretensiones. En consecuencia, el artículo 4 RDLMACM prevé la suspensión de la prescripción o caducidad de acciones a partir del momento de presentación de la solicitud por una de las partes o desde su depósito, en su caso, ante la institución de mediación. Los plazos se reinician tras terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en la norma o, en su caso, con el acta final. El artículo 4.3 RDLMACM precisa que si no se firma el acta de la sesión constitutiva de la mediación en el plazo de 15 días naturales desde que se entiende que ésta ha dado comienzo, se levanta la suspensión y el plazo (de prescripción o de caducidad) se computa normalmente.

El art. 9 D. 2008/52 está dedicado a la información sobre la mediación. El precepto insta a los Estados miembros a que fomenten el acceso del público, en general, por los medios que sean (particularmente, vía internet) a la forma de ponerse en contacto con los mediadores y los organismos que prestan servicios de mediación. La DA 2.^a RDLMACM incorpora ese mandato. La norma española concede un papel relevante a las instituciones de mediación (EM III, 4 RDLMACM), con la posibilidad de ofrecer sesiones informativas abiertas para las personas interesadas en utilizar el procedimiento (art. 17.2 RDLMACM). Se contemplan actuaciones por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad inferior a 600 euros (art. 24 en relación con la DF 4.^a RDLMACM).

ITALIA

Bibliografía

MIRKO FACCIOLI, BARBARA PASA,
MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO

- I. DERECHO PRIVADO EUROPEO (Mirko Faccioli*, Mauro Tescaro**, Stefano Troiano***)

AAVV, *Europa e diritto privato*, 2011, 4. El fascículo contiene diversos artículos de notorio interés para el derecho privado europeo, entre los cuales merecen

* Ricercatore di diritto privato. Università di Verona.
** Ricercatore di diritto privato. Università di Verona.
*** Professore ordinario di diritto privato. Università di Verona.

- especial mención, C. CASTRONOVO, «L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita», y S. MAZZAMUTO, «La nuova direttiva sui diritti del consumatore».
- AAVV, *Contratto e impresa/Europa*, 2012, 1. El fascículo viene íntegramente dedicado a las contribuciones de relevantes autores italianos e europeos sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, sobre un derecho común europeo de la compraventa [COM (2011) 635 def.]. Véase, además, sobre este tema, la contribución de M. MELI, «Proposta di regolamento - Diritto comune europeo della vendita», en: *Le nuove leggi civili commentate*, 2012, pp. 183 ss.
- DE CRISTOFARO, G.: «La disciplina dei contratti aventi ad oggetto «pacchetti turistici» nel «codice del turismo» (d. legisl. 23 maggio 2011, n. 79): profili di novità e questioni problematiche», en *Studium iuris* 2011, 11, pp. 1143 y ss. (primera parte); 2011, 12, pp. 1282 ss. (segunda parte). La contribución ofrece un primer comentario de carácter sistemático sobre las novedades aportadas por el Decreto legislativo n. 79 de 2011, sobre el *Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'art. 14 della l. 28 novembre 2005, n. 246, nonché attuazione della Direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio*, en materia de contratos de venta de viajes combinados (inicialmente regulados en el *Codice del consumo* italiano).
- MAZZAMUTO, S.: *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012. El libro está dedicado, fundamentalmente, a estudiantes de derecho, pero también a los operadores jurídicos y a los estudiosos del derecho europeo. Tiene dos partes bien diferenciadas: la primera, de carácter general, trata de reconstruir los principios fundamentales del derecho contractual europeo, a partir del *common core* representado por la disciplina de los contratos con consumidores; la segunda parte, la parte especial, por el contrario, está dedicada a los tipos contractuales de matriz eminentemente europea y, señaladamente, la venta de bienes de consumo, el crédito al consumo, el contrato de viaje combinado y la multipropiedad.
- ZACCARIA, A.: *Mediazione e mandato, per tacer del contratto d'opera: ovverosia, «Le relazioni pericolose» nel Diritto civile*, Jena, 2011. A partir de una sentencia de la *Corte di Cassazione* italiana (la n. 16382, de 14 julio de 2009), el libro se ocupa del encuadramiento en la más amplia categoría del contrato de servicio, la mediación, el mandato y el contrato de obra, razonando a partir de una perspectiva de derecho comparado y de derecho privado europeo. El escrito se caracteriza por ser una publicación plurilingüe, en italiano, alemán, francés e inglés.
- ZORZI GALGANO, N.: *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, en: *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, dirigido por F. Galgano, Padova, 2012. Son objeto del libro las disciplinas, de matriz comunitaria, relativas a las prácticas comerciales desleales, y el llamado «desistimiento de protección», regulados, fundamentalmente, en el *Codice del consumo* italiano, que la autora considera que pueden ser objeto de análisis conjunto en la medida en que ambas tienden a proteger la libertad negocial del consumidor: las primeras representan un instrumento de presión para adquirir bienes o servicios o para concluir un con-

trato, o para su ejecución por parte del profesional; el segundo trata de proteger al consumidor de una captación indebida de su voluntad, a partir de las más variadas técnicas de contratación.

II. DERECHO COMPARADO (Barbara Pasa*)

- AJANI, Gianmaria – GAMBARO, Antonio – GRAZIADEI, Michele – SACCO, Rodolfo, VIGORITI, Vincenzo – WAELBROECK, Michel (curatori): *Studi in onore di Aldo Frignani. Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Jovene, Napoli, 2011, pp. XXXVI-924. ISBN: 978-88-243-2063-4.
- ANTONIOLLI, Luisa – BENACCHIO, Gian Antonio – TONIATTI, Roberto (curatori): *Le nuove frontiere della comparazione. Atti del I Convegno nazionale della SIRD, Milano, 5,6,7 maggio 2011*, Università degli Studi di Trento, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2012, pp. XIII + 360, Vol. 100. ISBN: 978-88-8443-409-8.
- BRUNO, Anna Silvia: *Constitutional fidelity, Saggio comparativo su una «figurazione» statunitense*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. VI-254. ISBN: 978-88-348-2688-1.
- CERAMI, Pietro – SERIO, Mario (curatori): *Scritti di comparazione e storia giuridica. Atti dei Seminari del dottorato di diritto comparato dell'Università di Palermo (Diritto privato comparato)*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. I-436. ISBN: 9788834819364.
- INFANTINO, Marta: *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato*, Stämpfli Verlag AG, Berna, 2012, pp. XXXIV-386. ISBN: 978-3-7272-2652-6.
- NEGRI, Alba: *Sistemi giuridici nel mondo*, con introduzione di Gabriele Crespi Reghizzi, Ristampa aggiornata, Giappichelli, Torino, 2012, pp. XVIII-322. ISBN: 978-88-348-2809-0.
- ROMEO, Graziella: *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo. Uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2012, pp. XII-308. ISBN: 9788813314293.
- SACCO, Rodolfo (curatore): *Digesto Discipline Privatistiche – Sezione Civile – Settimo aggiornamento*, Utet giuridica, Torino, 2012, pp. XX-1124. ISBN: 978-88-5980709-4.

Legislación

(MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO)

L.15 diciembre 2011, n. 217, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2010*. La ley consta de dos capítulos, el primero (art. 1-4) con disposiciones generales y el segundo (art. 5-24) con los principios y criterios específicos de delegación legislativa, además de algunas normas particulares entre las que interesa señalar el art. 5, que introduce modificaciones

* Professore Associato. Università di Torino.

en el *Codice del consumo* italiano en materia de servicios financieros a distancia.

Art. 5.1, Decreto legislativo 24 enero 2012, n. 1, Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività convertido después, con modificaciones, en la L. 24 marzo 2012, n. 27. La norma ha introducido un nuevo art. 37 *bis* en el *Codice de consumo* italiano, sobre tutela administrativa de cláusulas abusivas, a cargo de la autoridad garante de la competencia y del mercado (AGCOM), análogamente a cuanto ya está previsto en materia de prácticas comerciales desleales (art. 20 ss *Codice del consumo*), que viene a añadirse al control judicial ordinario (arts. 33 ss. *Codice del consumo*).

I. Espacio judicial europeo

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS*

En la crónica anterior di mis primeras impresiones sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM (2011) 635 final, de 11.10.2011], especialmente por lo que se refiere a su no fácil interacción con las normas de Derecho internacional privado. La editorial de la presente crónica se dedica también a comentar dicho instrumento. A continuación y siguiendo la línea que inicié voy realizar un breve análisis lo que se venido llamando el «*chapeau*» de la Propuesta, esto es, el instrumento jurídico que establece la normativa común en materia de compraventa (CESL) y que contiene cuestiones tan relevantes como su base jurídica, ámbito de aplicación territorial, material y personal y el modo en que las partes se pueden acoger a dicha normativa común europea.

Los antecedentes de la Propuesta son ampliamente conocidos y han recibido suficiente atención por parte de la doctrina. Por ello me limitaré a mencionar el Libro verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas [COM (2010) 348 final, de 1.7.2010] cuyo objetivo principal consistió precisamente en definir las opciones posibles para reforzar el mercado interior (...) y lanzar una consulta pública sobre las mismas. En particular se señalaban 7 posibles opciones entre las cuales figuraba la creación de un instrumento optativo de derecho contractual europeo que pudiera ser elegido por los consumidores y empresas como alternativa a las legislaciones nacionales aplicables a los contratos transfronterizos o nacionales (opción 4). En abril de 2010, la Comisión europea nombró un grupo de expertos para que elaborara una propuesta de Marco Común de Referencia también como instrumento opcional. Los expertos presentaron en mayo de 2011 el trabajo titulado *Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*. A partir de dicho estudio y de las observaciones que recibió, la Comisión presentó la Propuesta que se comenta.

Base jurídica

Como ya avancé en la crónica anterior, la base jurídica de la iniciativa no es el art. 81 TFUE, sino el 114 TFUE relativo a la aproximación de las dispo-

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de ESADE-Ramon Llull.

siciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. La Propuesta no se enmarca, por tanto, en el ámbito del espacio judicial europeo. Según la Exposición de Motivos la elección del artículo 114 TFUE como base jurídica se justifica en que con la Propuesta se «eliminarían los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales resultantes de las diferencias entre las normativas nacionales y, más en concreto, los costes de transacción adicionales y la complejidad jurídica que soportan los operadores cuando realizan operaciones transfronterizas y la falta de confianza en lo que respecta a sus propios derechos que sufren los consumidores al comprar en otro país de la UE, todo lo cual incide directamente en el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y limita la competencia». Además, se insiste en que la normativa común garantizaría un elevado nivel de protección de los consumidores, tal y como exige el artículo 114.3 TFUE, mediante la elaboración de normas imperativas.

Ámbito de aplicación de la Propuesta

Ámbito de aplicación territorial: La Propuesta establece que la normativa común podrá aplicarse a los contratos que tengan carácter transfronterizo (art. 4). A tal efecto, establece que un contrato entre comerciantes se considerará transfronterizo si las partes tienen su residencia habitual en países diferentes, de los cuales uno, al menos, es un Estado miembro. La Propuesta da una definición autónoma de lo que debe entenderse por residencia habitual de las empresas y otros organismos, entendiéndose que será el lugar en que se encuentra su administración central. La residencia habitual de un comerciante que sea persona física será el lugar en el que ejerce su actividad principal. Por lo que se refiere a los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor se considerará transfronterizo si (a) la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación están localizadas en un país distinto de aquel en el que el comerciante tiene su residencia habitual; y (b) al menos uno de dichos países es un Estado miembro.

Ámbito de aplicación material: según el artículo 5 la Propuesta de Reglamento se aplica a tres tipos de contratos:

a) Los contratos de compraventa, entendiéndose por tales «todo contrato en virtud del cual el comerciante («el vendedor») transfiere o se compromete a transferir a otra persona («el comprador») la propiedad de los bienes, y el comprador paga o se compromete a pagar su precio; se incluyen también los contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir, pero se excluyen los contratos de compraventa judicial o los contratos que impliquen, de cualquier otra manera, el ejercicio de autoridad pública (art. 2 k).

b) Los contratos de suministro de contenidos digitales, independientemente de que se suministren o no en un soporte material, que puedan ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario, o a los que este pueda tener acceso, tanto si los contenidos digitales se suministran a cambio del pago de un precio como si no.

c) Los contratos de prestación de servicios relacionados, tanto si se había acordado un precio separado para esos servicios como si no. Según el art. 2 m se consideran servicios relacionados cualesquiera servicios relacionados con bienes o contenidos digitales, como la instalación, el manteni-

miento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales en virtud del contrato de compraventa, el contrato de suministro de contenidos digitales o un contrato de servicios relacionados separado celebrado en el mismo momento que el contrato de compraventa de los bienes o el contrato de suministro de los contenidos digitales. Quedan excluidos los servicios de transporte, los servicios de formación, los servicios de apoyo a las telecomunicaciones.

Quedan expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Propuesta los denominados contratos mixtos, esto es, lo que incluyan cualquier elemento que no sea la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios relaciones, y los contratos vinculados a un crédito la consumo, es decir, los contratos entre un comerciante y un consumidor en los que el primero concede o se compromete a conceder al segundo un crédito en forma de pago aplazado, préstamo o cualquier otra facilidad de financiación similar (art. 6.2). Sí que se incluyen los contratos entre un comerciante y un consumidor en los que se suministran o se prestan bienes, contenidos digitales o servicios relacionados del mismo tipo de forma continuada y el consumidor paga por ellos de manera escalonada mientras dura dicho suministro o prestación.

Ámbito de aplicación personal: según el artículo 7 de la Propuesta para poder recurrir la normativa común es necesario que el vendedor de bienes o el suministrador de contenidos digitales sea un comerciante. Si todas las partes de la relación son comerciantes al menos una de ellas debe ser una pequeña o mediana empresa (PYME), sin perjuicio de que los Estados miembros supriman dicha exigencia (art. 13 b). Dicho extremo ha sido ya objeto de diversas críticas por parte de la doctrina pues no se entiende la limitación.

Normas sobre la aplicación de la normativa común

Este corpus uniforme ha de considerarse como un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros disponible para las transacciones transfronterizas previo acuerdo válido de las partes. Se trata, por tanto, de un instrumento opcional que sólo será de aplicación en la medida en que las partes lo hayan elegido. Según el art. 8 en las relaciones de consumo, el acuerdo sobre la utilización de la normativa común solo será válido si el consentimiento del consumidor se expresa mediante una declaración explícita independiente de la declaración por la que se indica el acuerdo para celebrar un contrato. Es necesario que el comerciante facilite al consumidor una confirmación del acuerdo en soporte duradero. Además, para quedar obligado por el acuerdo el comerciante debe facilitar al consumidor la ficha informativa que figura en el anexo II.

Como ya expuse en la crónica anterior la interacción de la normativa común con otros instrumentos comunitarios como los Reglamentos Roma I y II o extracomunitarios como el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías no es fácil y ello a pesar de que el Considerando 10 de la Propuesta establece que «El acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea debe ser una opción ejercida en el ámbito de aplicación de la legislación nacional respectiva aplicable con arreglo al Reglamento (CE) n.º 593/2008 o, por lo que hace a las obligaciones de información precontractual, con arreglo al Reglamento (CE) n.º 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley apli-

cable a las obligaciones extracontractuales [Reglamento (CE) n.º 864/2007], o cualquier otra norma pertinente en materia de conflicto de leyes».

II. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*

Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (COM (2011) 635 fin), de 11 de octubre de 2011 (CESL)

1. El CESL y el respeto del Principio de subsidiariedad

De acuerdo con el art. 6 del Protocolo sobre la aplicación de los Principios de subsidiariedad y proporcionalidad, todo Parlamento nacional podrá, en el plazo de seis semanas, dirigir un dictamen motivado al Presidente del Parlamento, la Comisión o el Consejo, donde se expongan las razones por las que se considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad. Alemania, Austria y Gran Bretaña han enviado sus informes, todos coincidentes en que el principio de subsidiariedad no es respetado. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el art. 7 del Protocolo, no se ha alcanzado quórum suficiente para poder obligar a reconsiderar la Propuesta. A continuación se resume la posición del *Bundesrat* en Austria y Alemania. El dictamen de la *House of Commons*, que no se reproduce, puede leerse en: <http://www.parliament.uk/pagefiles/74689/23%2011%2011%20Draft%20Reasoned%20Opinion%20on%20Common%20European%20Sales%20law.pdf> (fecha de la última consulta, 19 mayo 2012).

a) *Parlamento europeo. Comisión de asuntos jurídicos: Comunicación a los Estados miembros del Dictamen motivado, de 1 de diciembre de 2011, del Consejo Federal de la República de Austria, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM (2011) 0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284 (COD)]* (fecha: 9.12.2011)

El *Bundesrat* austríaco sostiene que la Propuesta no es conforme con el principio de subsidiariedad. Entiende que la coexistencia de dos sistemas normativos no comporta el grado de seguridad jurídica que sería deseable, teniendo en cuenta que la Propuesta abandona a las legislaciones nacionales determinadas cuestiones que también forman parte de la relación jurídica de compraventa, como la capacidad o la representación. Se teme que puedan aparecer contradicciones si simultáneamente se tiene que aplicar el derecho nacional y el derecho europeo en materia de compraventa. Se sigue diciendo que la imprecisión de numerosos preceptos obligará a su interpretación por parte del TJUE, lo cual puede ser largo y, sobre todo, costoso y, a la larga, obstaculizará el acceso a la justicia. El dictamen también denuncia que se

* Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo de investigación consolidado 2009 SGR 221.

hayan incluido en el instrumento opcional materias que antes no pudieron ser consensuadas como contenido de la Directiva 2011/83, sobre derechos de los consumidores y, en especial, se refiere a las cláusulas abusivas, dada las divergencias nacionales apreciables. Entiende que, a pesar de la naturaleza opcional del instrumento, el consumidor o la PYME –parte débil de la relación– no tendrá posibilidad alguna de influir en la elección. El *Bundesrat* no considera necesaria la Propuesta, puesto que entiende que la divergencia de legislaciones no es, en realidad, un obstáculo al mercado interior y, además, cree que aunque supusiera un ahorro en costes de transacción para las empresas, aumentarían los costes por la falta de seguridad jurídica para los consumidores. Denuncia la elección del art. 114 TFUE como base para la promulgación de la norma y, por el contrario, sugiere que ésta debería apoyarse en el art. 352 TFUE (que exige decisión unánime del Consejo). El *Bundesrat* advierte del riesgo de que la promulgación de tal norma propicie el abandono de la técnica armonizadora seguida hasta la fecha (mediante directivas y reglamentos) en materia de protección de los consumidores y lo lamenta, a la vista de las disposiciones «meramente rudimentarias», sobre contenido digital.

b) *Parlamento europeo. Comisión de asuntos jurídicos: Comunicación a los Estados miembros del Dictamen motivado, de 1 de diciembre de 2011, del Consejo Federal de la República de Austria, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM (2011) 0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284 (COD)]* (fecha: 16.12.2011)

El dictamen concluye que el art. 114 TFUE no puede servir de fundamento para la promulgación de la Propuesta: ésta no tiene por objeto la aproximación de legislaciones y no puede lograrla (STJUE 2 de mayo 2006, Asunto C–436/03, Parlamento c. Consejo) y, además, lo mismo se deduce de la interpretación literal (y, por tanto, restrictiva) del art. 118 TFUE. La competencia debería basarse en el art. 352 TFUE. La Propuesta no es conforme ni con el principio de subsidiariedad, ni con el de proporcionalidad.

Efectivamente, la medida no es adecuada para eliminar los obstáculos a la creación de un mercado interior, puesto que la diversidad de legislaciones en el ámbito contractual no es un obstáculo notable a la actividad económica de las empresas. Sí que lo son las barreras lingüísticas y las distancias geográficas. En cualquier caso, la regulación no es ni mucho menos completa, de manera que la medida no sólo sería insuficiente para el logro previsto sino que, además, contribuiría a una complicación innecesaria debido a la necesaria aplicación de distintos ordenamientos jurídicos a un contrato. Los problemas de interpretación autónoma son también destacados, así como el largo periodo de tiempo que cabría esperar hasta tener conceptos claros y consolidados por parte del TJUE, cuya función, por otra parte, no está pensada para ese cometido.

2. **Dictamen de la *Law Commission* y la *Schottisch Law Commission*, de 10 de noviembre de 2011, realizado a petición del Gobierno del Reino Unido sobre las ventajas y desventajas del CESL (en: http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/Common_European_Sales_Law_Advice.pdf) (fecha de la última consulta: 19 de mayo de 2012).**

El informe considera que no es probable que los empresarios den al consumidor la posibilidad de elegir entre la aplicación del CESL o del Derecho nacional. Simplemente, se les impondrá, de manera que su opción quedará

limitada a contratar según el CESL o a no contratar con el empresario que se lo impone. En todo caso, entiende que la opcionalidad es buena y que el instrumento puede ser útil en el comercio transfronterizo en la UE. Las críticas se ciñen al contenido, que se considera poco claro o insuficiente (vgr. en relación con la no regulación de los requisitos de lengua, o la transmisión de la propiedad; o la corta regulación de la contratación fuera de establecimiento), o a la estructura y sistemática (se prefieren regulaciones separadas en dos códigos distintos para los contratos B2C y B2B). En relación con lo primero, baste señalar que los dos años que tiene el consumidor para rechazar la prestación se considera un elemento disuasorio para la utilización del CESL por parte del empresario, o que la falta de reconocimiento de la indemnización del daño moral puede reducir la protección del consumidor en determinados casos. Otros problemas son igualmente destacados y, en particular, el hecho de que el CESL no pueda aplicarse en las transacciones entre dos grandes empresas (una de ellas debe ser una PYME) –a pesar de que el dictamen no cree que desarrollar la contratación entre empresarios deba ser una prioridad– y que su ámbito sea exclusivamente el de la contratación transfronteriza. Se aboga por su utilización en los contratos internos, pero limitadamente a los contratos a distancia (cfr. art. 13 CESL) y, en especial, *on line*. Además, se considera poco razonable que el plazo de prescripción de 2 años se haga depender del conocimiento de la falta de conformidad (o posibilidad de conocerla) por parte del consumidor. Efectivamente, puesto que la infracción de la buena fe ha de impedir el ejercicio del remedio (art. 2 CESL), el consumidor que pretenda resolver transcurridos dos años desde la venta –y, por tanto, desee acogerse al plazo más largo de prescripción de 10 años (art. 180 CESL)– deberá probar que no conocía o no pudo conocer el defecto, lo cual, sin duda, es problemático y, por ende, puede acabar perjudicándole. No queda claro tampoco en qué casos deberá pagar por el uso de la cosa. Sin ánimo de exhaustividad, deben señalarse aun otras críticas, que se refieren a las exigencias de validez del contrato, en la contratación telefónica.

III. Derechos Reales en la Unión Europea

HÉCTOR SIMÓN MORENO*

1. Legislación

A nivel europeo podemos destacar en primer lugar que el Comité Económico y Social (<http://www.eesc.europa.eu/>) presentó sus comentarios en fecha 29 de marzo de 2012 a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM (2011) 635 final]. Esta institución resalta que la delegación de algunas materias al Derecho nacional de cada Estado miembro provocará inseguridad jurídica a los empresarios, que se verán obligados a analizar previamente el resto de normas aplicables al contrato y a contar con la ayuda de un asesor jurídico. Entre estas materias encontramos el derecho de propiedad, en particular la transmisión del dominio y la propiedad intelectual. Por

* Investigador Postdoctoral de Derecho Civil, Universidad Rovira i Virgili.

lo tanto, el Comité pone de manifiesto que el buen funcionamiento del mercado interior no será posible sin la conveniente armonización de otras materias ajenas al derecho contractual, por ejemplo los derechos reales.

En segundo lugar, el Parlamento Europeo presentó en fecha 13 de marzo de 2012 su primera lectura sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo (COM (2009) 154). El Parlamento mantiene que la sucesión, salvo pacto en contrario, se regirá por la ley del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento. Quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento la creación, administración o disolución de los *trusts*, la naturaleza de los derechos reales y cualquier inscripción que se lleve a cabo en un registro de derechos sobre muebles o inmuebles (artículos 1.3 *i, j, j bis*). Por lo tanto, dichas cuestiones se regirán por la *lex rei sitae*. Además, el Reglamento no pretende afectar a los derechos reales reconocidos en un Estado miembro, si su Derecho de propiedad desconoce el derecho real de que se trate (Considerando 10), por ejemplo si rige un sistema de *numerus clausus*. Así, en el caso de que una persona invocase un derecho real del que es titular en virtud de la ley aplicable a la sucesión, pero la ley del Estado miembro donde quiera invocar dicho derecho no regulara el derecho real en cuestión, este deberá ser adaptado al derecho real equivalente más cercano regulado en este último Estado (art. 22 bis). Por lo tanto, el Reglamento no acogería en puridad la técnica del reconocimiento mutuo sino la denominada *transposition into a minus* (SCHMID, Christoph, «Options under EU Law for the Implementation of a Eurohypothec», en Drewicz Tulodziecka, Agnieszka (ed.), *Basic Guidelines for a Eurohypothec*, Warsaw, 2005, pp. 63 y 64), lo que podría conllevar un perjuicio para el titular del derecho real si la regulación del Estado miembro donde se pretende reconocer este derecho le otorga menos facultades. Pensemos por ejemplo en el ámbito hipotecario, donde la *Grundschuld* alemana (§ 1196 BGB), que tiene una naturaleza contractualmente accesoria, podría verse equiparada en el Derecho español a la hipoteca de máximo (arts. 153 y 153 bis LH), mucho menos flexible, segura y eficaz que aquélla. Esta normativa, de nuevo, constata la conveniente armonización de los derechos reales en la Unión Europea.

A nivel nacional podemos resaltar que el 16 de marzo de 2012 se publicó el Real Decreto Ley 8/2012, de 16 de marzo, sobre contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (BOE 17 marzo 2012, núm. 66, p. 24332). Este texto proviene de la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009 (DOUE L 3 febrero 2009, núm. 33, p. 10), y prevé que el derecho de aprovechamiento por turno pueda constituirse como un derecho real limitado o bien tener un carácter obligacional (art. 23.1), en la línea de la ya derogada Ley 42/1998, de 15 de diciembre.

2. Grupos de investigación

Common Core of European Private Law

La 18.^a reunión del grupo del *Common Core of European Private Law* (www.common-core.org), organizada por la *International University College*

of Turin (IUC) y el *Institute for the study of Political Economy and Law* (IPEL), volverá a tener lugar este año en la ciudad de Turín, concretamente los días 22 y 23 de junio de 2012. En el seno de este Grupo se discutirán de nuevo los cuestionarios sobre el derecho de propiedad, derecho de contratos y responsabilidad civil, que serán objeto de una publicación en el futuro (esperemos que en un plazo breve de tiempo).

Runder Tisch

El grupo de la *Runder Tisch* que estudia el derecho real de hipoteca en 22 legislaciones europeas, se ha reunido los días 10 y 11 de mayo de 2012 en la sede de la *Verband deutscher Pfandbriefbanken* (impulsora del grupo) para analizar de nuevo los cuestionarios de cada país participante y añadir más preguntas a los mismos, en relación con el comportamiento del derecho real de hipoteca en sus sistemas hipotecarios.

Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe

Los días 20 y 21 de abril de 2012 tuvo lugar el primer *Kick-Off Meeting* del grupo *Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe* (<http://www.tenlaw.uni-bremen.de/>), liderado por el Prof. Dr. Christoph Schmid (Universidad de Bremen), que ha recibido financiación de la Unión Europea (VII Programa Marco) para el estudio del arrendamiento en el Derecho privado europeo. La reunión sirvió para fijar las líneas de actuación del grupo y elaborar un cuestionario inicial, que será respondido por los Estados miembros participantes.

3. Libros

En el ámbito de los derechos reales podemos destacar las siguientes publicaciones:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann y Andreas Stier editan la obra *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* (Oxford University Press, marzo 2012), que explica, entre sus más de 2000 páginas, el derecho de propiedad, incluyendo la propiedad intelectual, la protección de los derechos reales y los derechos reales sobre bienes inmuebles, con una especial atención a la eurohipoteca.

La obra *The Future of European Property Law*, editada por Sjef van Erp, Arthur Salomons y Bram Akkermans (Sellier, 2012), ya está a la venta después de un largo período de tiempo desde el anuncio de su publicación. En ella se analizan los aspectos relacionados con el dominio y los derechos reales en el DCFR, el *trust* y la interrelación entre los aspectos contractuales y reales en el derecho de garantías.

Ulrich Drobnig, coordinador del grupo *The Working Team on Credit Securities* en el seno del *Study Group on a European Civil Code* (www.sgecc.net), es el encargado de la coordinación de la obra *Proprietary Security in Movable Assets* (Sellier, abril 2013), que recogerá los principios europeos en materia de garantías mobiliarias relevantes para el funcionamiento del mercado

interior. Por su parte, Stephen Swann, coordinador del grupo *The Working Team on Trusts*, en el seno del *Study Group on a European Civil Code*, es el encargado de la publicación de la obra *Trusts* (Sellier, diciembre 2012).

El autor de la presente crónica ha publicado el libro *La optimización de la hipoteca española desde la perspectiva europea* (Bosch, 2011), que tiene por objeto analizar de qué manera el modelo de eurohipoteca de 2005, junto con el resto de hipotecas europeas y de acuerdo con lo previsto en el Libro Blanco de 2007 sobre la integración del mercado europeo de crédito hipotecario (COM (2007) 807 final), puede ayudar a optimizar la hipoteca española. Y es que su regulación actual, incluso tras la reforma operada por la Ley 41/2007, del mercado hipotecario, no permite estructurar de forma óptima una serie de negocios hipotecarios en beneficio de prestamistas y prestatarios, lo que sí es posible con la eurohipoteca y en algunos sistemas hipotecarios europeos.

4. Jurisprudencia y otras resoluciones

En este período podemos destacar:

a) La STJUE de 21 de diciembre de 2011, Asunto C-271/09 (TJCE 2011\349), que reitera la jurisprudencia anterior sobre el artículo 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («*Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros*»), de tal forma que dicho artículo no sustrae los regímenes de propiedad existentes en los Estados miembros a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado. Por lo tanto, declara contraria al Derecho comunitario (en particular, a la libre circulación de capitales) la normativa polaca que restringe las inversiones por parte de los denominados fondos de pensiones abiertos en los demás Estados miembros.

b) La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre de 2011 (TJCE 2011\346, Asunto C-212/09), donde se trata un nuevo caso de las llamadas «acciones de oro», que permiten al Estado tener un derecho de veto sobre las decisiones tomadas por empresas privatizadas cuando existan motivos de interés nacional.

c) Las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos, Asuntos C-105/12, C-106-/12, y C-107-/12), que cuestionan si es posible incluir dentro de la expresión *régimen de la propiedad* del artículo 345 ya citado la prohibición absoluta de privatización, que impide en el caso objeto de discusión que las participaciones en el capital de un gestor de red puedan transmitirse fuera del ámbito de las administraciones públicas.

d) La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de febrero de 2012 (BOE Núm. 62, 13 de marzo de 2012, p. 23504), que versa sobre un contrato de compraventa de una finca situada en Madrid que se formaliza ante un notario de Caracas (Venezuela). La Resolución considera aplicable la *lex contractus* a los aspectos obligacionales (en particular, el Convenio de Roma de 1980, hoy sustituido por el Reglamento 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DOL 4 julio 2008, núm. 177, p. 1), mientras que para los aspectos relativos al modo de adquisición del derecho real, su contenido, efectos y publicidad, resulta aplicable la *lex rei sitae ex artículo 10.1 del Código Civil*, es decir, la ley española. La cuestión en discordia era si la escritura pública es

un título eficaz para transmitir la propiedad inmobiliaria y causar inscripción en el Registro de la Propiedad español. La Dirección General deniega esta posibilidad por entender que no queda suficientemente acreditada la naturaleza de documento auténtico o público de conformidad con las leyes venezolanas, que eran de aplicación a la forma *ex* artículo 11 del Código Civil. La Resolución sigue por lo tanto la doctrina sentada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 22 de noviembre de 2007 [AC 2007\188], que resolvía una controversia en torno a la admisión en el Registro de la Propiedad español de una escritura pública de compraventa formalizada por notario alemán. En virtud de esta Sentencia, los documentos extranjeros no han de cumplir necesariamente con los requisitos, formalidades o solemnidades exigidos por la legislación española, sino únicamente con aquellos exigidos por la ley aplicable a la forma con base en las normas de Derecho internacional privado. Por lo tanto, la Dirección General modifica la postura que sostuvo respecto a una cuestión similar en Resolución de 7 de febrero de 2005 (RJ 2005\2452).

5. Congresos y/o seminarios

En el mes de diciembre de 2011 tuvo lugar en Tallin la II Conferencia de CROBECO (*Cross Border Electronic Conveyancing*) y la XIV Asamblea General de la ELRA (*European Land Registry Association*, <http://www.elra.eu/>). El proyecto CROBECO está dirigido por la ELRA y cuenta con el apoyo de la Comisión Europea. Su finalidad principal es la creación de un marco de referencia que permita la adquisición transfronteriza de la propiedad inmobiliaria. Para lograr este objetivo, se ha llevado a cabo un programa piloto entre los Registros de España y los Países Bajos con la finalidad de lograr una compraventa transfronteriza realizada íntegramente por medios electrónicos. De este acto podemos destacar:

a) La publicación del manuscrito de Diana Wallis MEP y Sarah Allanson *European Property Rights and Wrongs: the role of the EU in protecting the right to property*, que recoge las conclusiones de un seminario sobre el Derecho de propiedad europeo celebrado el 14 de junio de 2011 en el Parlamento Europeo.

b) Las diferentes ponencias que tuvieron lugar, centradas en las últimas novedades legislativas en el seno de la Unión Europea, en particular la Directiva de Consumidores y Usuarios de 2011, la Propuesta de un instrumento común de compraventa de 2011 y la Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial de 2011.

También podemos destacar la 9.^a conferencia bianual *Modern Studies in Property Law 2012* (<http://www.southampton.ac.uk>), que tuvo lugar en la University of Southampton del 21 al 23 de marzo. En esta conferencia se trataron temas relacionados principalmente con el derecho de propiedad tal y como se configura en el Derecho angloamericano, como el contenido del *fee simple*, el *shared ownership lease* y la base para la protección de un *possessory interest* en el Derecho de propiedad. Los resultados de este encuentro, como viene siendo habitual, serán objeto de una publicación posterior.

IV. Derecho de familia en la Unión Europea

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

STJUE de 26 de abril de 2012, Health Service Executive c. S.C. A.C., caso C-92/12 PPU

La presente sentencia trae causa de un recurso prejudicial planteado por la *High Court of Justice* irlandesa en relación con un asunto que, pese a ser fundamentalmente, al menos desde la perspectiva del Derecho español, un asunto de Derecho público, se incluye en el ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 (Bruselas II bis). Demuestra la inadecuación de las disposiciones del Reglamento en asuntos transfronterizos en los que intervienen autoridades públicas y concurren las notas de provisionalidad y urgencia, así como la necesidad de dictar normas de aplicación interna del Reglamento que garanticen la operatividad del mismo y la continuidad de la protección del niño en el espacio.

S.C. es una adolescente de nacionalidad irlandesa que tiene su residencia habitual en Irlanda. Su madre, que parece ser el único pariente con el que la niña tiene relación, reside en Londres. Desde 2002, la niña se halla bajo la tutela del *Health Service Executive* (HSE), la autoridad pública irlandesa encargada de la protección de menores. La niña sufre una patología grave que la ha conducido a varias fugas de los centros en los que ha estado interna, así como a varios intentos de suicidio. Los médicos han dictaminado que lo conveniente es que ingrese en un centro de internamiento para recibir tratamiento especializado. Puesto que la niña se resiste resultan inevitables medidas de privación de libertad de carácter coactivo al menos durante un periodo inicial hasta que su situación se estabilice.

Al no existir un centro en Irlanda adaptado a sus necesidades, la HSE ha llegado a la conclusión de que lo mejor para la niña es ser internada en un centro en Inglaterra en las proximidades de la madre. A tal efecto la HSE ha solicitado una decisión judicial en Irlanda a fin de que la *High Court of Justice* irlandesa ordene la colocación de la niña en el centro inglés elegido a tal efecto.

El 29 de septiembre se informa a la Autoridad central irlandesa de la situación a fin de que ésta intermedie para la obtención de la aprobación de las autoridades competentes inglesas al acogimiento de la menor en el centro de internamiento situado en Inglaterra, de acuerdo con lo previsto en el art. 56.2 del Reglamento Bruselas II bis. La Autoridad central irlandesa se pone en contacto con su homóloga en Inglaterra. La Autoridad Central inglesa informa por carta a la Autoridad Central irlandesa de que el centro inglés elegido acepta el ingreso de la menor. Con posterioridad a tal comunicación las autoridades judiciales inglesa dictan una orden de ingreso de la niña en el centro inglés de internamiento. Dicha orden, que implica la adopción de medidas de detención de la niña de carácter coactivo, tiene carácter provisional y es renovable si de la evaluación periódica de las circunstancias se dedujere que el bienestar de la menor exige la continuidad del internamiento. En virtud de dicha decisión la HSE transfiere a S.C. a Inglaterra.

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

La *High Court* irlandesa plantea, no obstante, el recurso judicial porque se le suscitan dudas en relación a tres cuestiones. En primer lugar, no es evidente la aplicabilidad del Reglamento puesto que la decisión solicitada por HSE implica la adopción de medidas de detención y privación de libertad de la niña. En segundo término, la autoridad irlandesa manifiesta dudas acerca de si el centro inglés de internamiento es la autoridad pública que ha de aprobar el internamiento de la menor conforme al artículo 56.2 del Reglamento. Finalmente se plantea si es necesario que la decisión irlandesa sea reconocida y declarada ejecutiva en Inglaterra antes de que se produzca el traslado y el posterior ingreso de la menor. Puesto que la decisión irlandesa tiene efectos limitados en el tiempo, previéndose la posibilidad de renovación de la medida si ésta sigue siendo adecuada, surge asimismo la duda acerca de si resulta imperativo que cada sucesiva decisión irlandesa sea aprobada por la autoridad pública inglesa conforme prescribe el artículo 56.2 del instrumento comunitario, así como si es preciso que cada una de las decisiones dictadas en Irlanda sea declarada ejecutiva en Inglaterra con anterioridad a su ejecución.

El Tribunal de Justicia considera que las medidas que ordenen el internamiento de un menor en un centro se incluyen en el ámbito material del Reglamento 2201/2003, aun cuando conlleven medidas de privación de la libertad. Se invoca al respecto la jurisprudencia en relación al asunto «C» (sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2007, asunto C-435/06) que establece que el concepto de responsabilidad parental es un concepto amplio, que incluye al acogimiento de un menor en una familia o en un establecimiento. Es indiferente que el titular de la responsabilidad parental sea una autoridad pública.

Se vuelve en esta sentencia a repetir la pirueta argumentativa del asunto C. Aunque el artículo 1.1 del Reglamento establece que el mismo se aplica a las «materias civiles» relativas a la responsabilidad parental, esta limitación no tiene ninguna consecuencia. Se dice que no es relevante que de acuerdo con el Derecho nacional una medida sea considerada de Derecho público. Puesto que los artículos 56 y 1.2 hacen referencia al acogimiento en un establecimiento y para tal acogimiento pueden ser necesarias medidas que impliquen la privación de libertad tales medidas acaban considerándose materia civil, pues lo contrario significaría, se dice, dejar fuera del Reglamento a niños cuya situación es especialmente vulnerable, infringiendo el principio de igualdad. Lo único que se exige es que se trate de medidas adoptadas con la intención de proteger al niño, pues de acuerdo con el artículo 1.3 g del Reglamento las medidas de detención que sean consecuencia de la comisión de hechos ilícitos se excluyen del ámbito de aplicación del instrumento.

El Tribunal de Justicia no parece, por consiguiente, considerar que el hecho de que, según el tenor literal del art.1 del Reglamento, haya de tratarse de medidas de carácter civil, suponga ninguna limitación, por lo que ha de inferirse que todas las medidas dictadas en conexión con la protección del niño han de incluirse en el ámbito de aplicación material del Reglamento.

La segunda cuestión que genera dudas es la identidad de la autoridad pública competente que ha de aprobar la colocación según prevé el art. 56 del Reglamento. En el asunto de autos la Autoridad central inglesa se limitó a recabar el consentimiento de la institución en la que se quería internar a la niña. Sin embargo, la *High Court* irlandesa apunta que tal centro podría no reunir los requisitos para ser considerado la «autoridad pública» competente a la que se refiere el citado precepto del Reglamento. Se señala asimismo que podría no ser una entidad imparcial pues tiene un interés económico directo en aceptar la colocación de S.C.

El Tribunal de Justicia responde que la autoridad competente a la que se refiere el artículo 56 puede ser tanto la Autoridad central como otra autoridad competente, correspondiendo a cada Estado miembro concretar dicho extremo, pues el procedimiento de aprobación se rige por el Derecho nacional del Estado requerido. Señala, no obstante, que el propio uso del término «autoridad» indica que ha de tratarse de un organismo público. No es, por otro lado, conforme al Reglamento que sea el propio centro en el que se quiere internar al menor quien consienta, puesto que la protección del menor, sobre todo en casos que impliquen una privación de la libertad, requiere un juicio independiente que no puede ser prestado por un centro que deriva un beneficio económico del internamiento de la niña.

Se pone de manifiesto en este punto que la legislación inglesa no ha sido adaptada a las exigencias del Reglamento. Las autoridades judiciales irlandesas han actuado correctamente recabando la intermediación de las Autoridades Centrales del Estado requirente y requerido. Pero, como ocurre con cierta frecuencia, la aplicación del instrumento comunitario encuentra dificultades que provienen de la falta de normativa de aplicación interna del Reglamento, que impiden identificar cuál es la autoridad pública inglesa a la que corresponde aprobar la colocación prevista por las autoridades irlandesas. Corresponde por tanto al legislador inglés subsanar los déficits que esta sentencia del Tribunal de Justicia pone de manifiesto, siendo imperativo que la aprobación prevista en el artículo 56.2 del Reglamento corresponda a una autoridad pública que sea una autoridad independiente no inmersa en un conflicto de intereses.

En tercer lugar, plantea dificultades el reconocimiento y ejecución de la orden de internamiento dictada en un Estado miembro en el Estado miembro en que ha de producirse el ingreso de la menor en un centro. En estos casos urge actuar, no siendo aconsejable posponer la ejecución de la medida hasta que su reconocimiento en el Estado requerido sea firme. De ahí que en el caso de autos se actuara prescindiendo del reconocimiento de la decisión irlandesa en Inglaterra. Sin embargo, las autoridades judiciales irlandesas demuestran ser conscientes de que esta vía de hecho crea una situación jurídica poco clara que podría implicar a desprotección de la niña.

A este respecto el Tribunal de Justicia distingue claramente entre el reconocimiento y la ejecución de las medidas adoptadas. En virtud del principio de confianza mutua ha de considerarse que una decisión dictada en un Estado miembro que ordena el ingreso de un niño en una institución situada en otro Estado miembro es una decisión reconocible salvo que y hasta que se haya dictado una decisión de no reconocimiento. Sin embargo, en la medida en que la decisión adoptada en el Estado requirente entrañe el uso de la fuerza habrá de declararse ejecutiva en el Estado miembro requerido con carácter previo a su ejecución, pues el Reglamento solo permite prescindir de tal declaración en relación a dos categorías de decisiones, las que ordenen el retorno del niño en el contexto de una sustracción de menores y las referidas al derecho de visita. Por consiguiente no se puede prescindir de la solicitud de una declaración de ejecutividad de las medidas en el Estado requerido con carácter previo a la ejecución de la medida, aunque la tramitación genere demoras.

Las medidas que recomienda el Tribunal a fin de reforzar la operatividad del Reglamento en circunstancias como las de autos son meramente paliativas y dependen en gran medida de la normativa nacional de aplicación interna del Reglamento. Se recomienda que la declaración de ejecutividad se dicte con la máxima celeridad y que un eventual recurso contra la misma no tenga efectos

suspensivos. Ello solo será posible si así se prevé en el Derecho procesal interno del Estado requerido que habría de adaptarse a dichas exigencias. El Tribunal recuerda asimismo que existe la posibilidad de adopción de medidas provisionales y urgentes para asegurar la protección de la niña hasta que se dicte la declaración de ejecutividad. Conforme al artículo 20 (2) de Reglamento las autoridades inglesas serían competentes para dictar dichas medidas.

Finalmente también se examina si es necesario activar el mecanismo del artículo 56 del Reglamento (aprobación por parte de la autoridad competente del Estado requerido) y solicitar el reconocimiento y ejecución de las sucesivas decisiones judiciales que en Irlanda renueven la decisión de colocación y detención de la niña en la institución inglesa. La respuesta del Tribunal es afirmativa, pues el reconocimiento de una decisión no puede conferirle a dicha decisión efectos distintos a los que tiene en su Estado de origen. Por tanto, si se ha optado por dictar una decisión limitada en el tiempo será necesario volver a activar los mecanismos del artículo 56 y solicitar el reconocimiento y ejecución de decisiones posteriores que sucedan a la primera.

Obviamente esta solución parece poco práctica por lo que el propio Tribunal de Justicia sugiere que en asuntos transfronterizos se ordene el internamiento por periodos de tiempo superiores. Desde nuestro punto de vista podría asimismo ser aconsejable que en circunstancias análogas a las de este caso se active el mecanismo de transmisión del asunto del art. 15 del Reglamento de forma que la competencia para la protección del niño se transfiera a las autoridades del lugar en el que el niño se halle, que, por razones de proximidad, estarán en mejores condiciones para evaluar si el interés superior del niño aconseja la continuidad de la orden de internamiento.

En definitiva la sentencia dictada en este asunto pone de manifiesto que el concepto de responsabilidad parental es un concepto muy amplio y que el Reglamento ha de aplicarse también en supuestos que desde la óptica del Derecho español se encuadrarían en la protección administrativa de los menores. El engarce entre las disposiciones del Reglamento y la normativa interna puede presentar en este ámbito especiales dificultades. Las demoras que implica la obtención de la declaración de ejecutividad de las medidas extranjeras en el Estado requerido no son compatibles con las necesidades de continuidad de la protección del menor en el espacio. Parece asimismo conveniente una mejor articulación de la cooperación entre las autoridades de los distintos Estados miembros.

V. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea

ALEJANDRA DE LAMA AYMÁ*

1. Directivas

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas

* Profesora Lectora de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Barcelona.

como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DOUE L 337/9 de 20 de diciembre de 2011).

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión europea consideran que es necesario introducir una serie cambios sustantivos en la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección. De ahí que se apruebe la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DOUE L 337/9 de 20 de diciembre de 2011).

El principal objetivo de esta Directiva es, por una parte, asegurar que los Estados miembros apliquen criterios comunes para la identificación de personas auténticamente necesitadas de protección y, por otra, asegurar que un nivel mínimo de prestaciones esté disponible para dichas personas en todos los Estados miembros.

Una de las condiciones para el reconocimiento del estatuto de refugiado es la existencia de un nexo causal entre los motivos de persecución (raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, o pertenencia a un determinado grupo social) y los actos de persecución o la ausencia de protección contra tales actos. A efectos de definir un grupo social se tendrán en cuenta cuestiones relativas al sexo que puedan estar vinculadas a tradiciones jurídicas y costumbres de las que puedan derivarse, por ejemplo, la mutilación genital, la esterilización forzada o el aborto forzado.

En este contexto debe realizarse un esfuerzo para abordar los problemas que impiden a los beneficiarios de protección internacional tener un acceso efectivo y en condiciones de igualdad a las oportunidades educativas relacionadas con el empleo y la formación profesional. Así se tomarán medidas para garantizar el acceso a la educación en condiciones de igualdad con los nacionales (art. 27) así como para solucionar las dificultades prácticas que encuentran los beneficiarios de protección internacional para la autenticación de los certificados, diplomas y pruebas de calificaciones oficiales debido a la falta de pruebas documentales o a la incapacidad para sufragar los costes relacionados con procedimientos de reconocimiento (art. 28).

A efectos de prevenir las penalidades sociales procede también disponer en el ámbito de la asistencia social para los beneficiarios de protección internacional la concesión no discriminatoria de las prestaciones sociales y los medios de subsistencia adecuados (art. 29). Los Estados miembros velarán también por el acceso en condiciones de igualdad con los nacionales a la asistencia sanitaria (art. 30) y a la vivienda (art. 32). De igual forma, se asegurará la libre circulación a los beneficiarios protección internacional en igualdad de condiciones que a los nacionales (art. 33).

2. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

STJUE (Sala Cuarta) de 20 de octubre de 2011, (TJCE/2011/320) Asunto C- 123/10 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberster Gerichtshof (Austria), mediante resolución de 9 de febrero de 2010, recibida en el Tribunal de Justicia el 8 de marzo de 2010 en el procedimiento entre Waltraud Brachner y Pensionsversicherungsanstalt.

En el asunto se enjuicia el supuesto de la Sra Brachner, que percibe una pensión de jubilación que en el año 2007 ascendía a 368.16 euros brutos mensuales. A la Sra. Brachner se le denegó el suplemento compensatorio porque su cónyuge percibía una pensión mensual de 1340.33 euros netos, que sumados a sus propios ingresos, resultaban en una cantidad que excedía de la señalada por el nivel de referencia a efectos de dicho suplemento. El órgano judicial remitente plantea la cuestión de si la actualización de las pensiones llevada a cabo por el legislador austriaco para el ejercicio 2008 infringe el artículo 4 de la Directiva 79/7 debido a la existencia de una discriminación indirecta de las mujeres.

Mediante su primera cuestión el órgano judicial nacional pregunta si el artículo 3.1 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que un régimen de actualización anual de las pensiones como el del litigio principal está incluido en el ámbito de aplicación de la citada Directiva y, por tanto las disposiciones relativas a su régimen se someten a la prohibición de discriminación del artículo 4.1 de la misma. A este respecto debe decirse que la pensión abonada a la Sra. Brachner tiene por objeto proteger contra el riesgo de vejez de las personas que han alcanzado la edad de jubilación garantizándoles que puedan cubrir sus necesidades. Sin embargo, la actualización aplicada a la misma responde a la voluntad de salvaguardar el poder adquisitivo de las pensiones con respecto a la evolución de los precios al consumo y no a cubrir las necesidades del pensionista por lo debe interpretarse que un régimen de actualización como el del litigio queda incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7.

Una segunda cuestión es si una disposición nacional que excluya de un incremento extraordinario de las pensiones a un grupo de pensionistas cuando ello perjudica a muchas más mujeres que hombres es contraria al artículo 4.1 de la Directiva 79/7 por constituir una discriminación indirecta. Los datos estadísticos apuntan a que un 75 % de los hombres que recibían dichas pensión pudieron acogerse al incremento mientras que sólo un 43 % de las mujeres pudieron hacerlo. La diferencia tiene, a juicio del tribunal, suficiente envergadura como para interpretar que el precepto legal nacional en el que se ampara es contrario al artículo 4.1 de la Directiva 79/7.

Finalmente, el tribunal se plantea si dicha diferencia podría justificarse por el hecho de que las mujeres que han trabajado acceden antes a la pensión de jubilación, que perciben su pensión durante más tiempo o que el nivel de referencia a efectos de suplemento también se elevó extraordinariamente para el año 2008 pues el artículo 4.1 de la Directiva 79/7 permite la diferencia de trato cuando está basada en cuestiones objetivas. Es cierto que en un sistema de de seguridad social de carácter contributivo debe existir un equilibrio entre las cotizaciones abonadas y las percibidas y que las mujeres hayan cotizado menos es un factor que explica que reciban un importe más bajo de pensión. Sin embargo, dicho factor no puede ser teni-

do en cuenta para calcular la actualización de la pensión pues ello responde a la voluntad de mantener el poder adquisitivo y no constituye una contrapartida a las cotizaciones abonadas. Por otra parte, tampoco puede alegarse que la esperanza de vida de las mujeres es mayor y por ello perciben la pensión durante más tiempo para excluirlas del régimen de actualización pues éste persigue garantizar el poder adquisitivo del pensionista. Por la misma razón, el criterio de la globalización de los ingresos que toma como referencia los ingresos del cónyuge para atribuir o no el incremento de la pensión no está justificado pues éste responde a la voluntad de mantener el poder adquisitivo y no a establecer las necesidades reales del pensionista. Por todo ello, el artículo 4.1 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que si un porcentaje más elevado de mujeres que de hombres deja de percibir el incremento, dicha desventaja no puede justificarse por los motivos antedichos.

STJUE (Sala Cuarta) de 29 de marzo de 2012 (TJCE/2012/84), Asunto C-417/10 que tienen por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Corte Suprema di Cassazione (Italia) mediante resolución de 27 de mayo de 2010, recibida ante el Tribunal de Justicia el 23 de agosto de 2010, en el procedimiento entre Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate y 3M Italia SpA.

En el presente litigio se analiza una normativa nacional que permite que sobre un asunto de fiscalidad directa se aplique una disposición nacional que establece la terminación de los procedimientos pendientes ante el órgano judicial que se pronuncia en última instancia en materia tributaria, mediante el pago de un importe equivalente al 5% de la cuantía del litigio, obligación prácticamente simbólica, cuando dichos procedimientos se hayan iniciado a través de un recurso interpuesto en primera instancia más de diez años antes de la fecha de entrada en vigor de la citada disposición y las pretensiones de la Administración tributaria hayan sido desestimadas en las dos primeras instancias.

En relación con las libertades garantizadas por el TFUE y el principio de no discriminación, la operación controvertida en el litigio principal sólo parece afectar a la libre circulación de capitales puesto que se trata de una cesión efectuada por una sociedad de un Estado tercero del usufructo de acciones de una sociedad italiana a favor de otra sociedad italiana. El principio de no discriminación por razón de nacionalidad, expresión de esas libertades, no se opone a que en un asunto de fiscalidad directa se aplique a una disposición nacional como la analizada.

3. Informes

Informe sobre la igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea - 2011 (2011/2244 (INI)). Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género. Documento de sesión A7-0041/2012 de 2 de marzo 2012.

En el ámbito de la independencia económica se solicita que los Estados miembro velen por que sus leyes de matrimonio, divorcio y regímenes económicos matrimoniales no presenten ni directa ni indirectamente «trampas» para los cónyuges en especial para la mujer por lo que debe asegurarse una

buena información en ese sentido. Asimismo se proponen una serie de medidas dirigidas a garantizar la conciliación de la vida personal y familiar con la laboral como invertir en instalaciones asequibles para el cuidado de los niños, de las personas enfermas, con discapacidad, edad avanzada, establecer medidas de seguridad social personalizadas para aumentar la autonomía de la mujer, permiso de maternidad y paternidad... Se propone desarrollar el concepto de propiedad compartida con el fin de garantizar el pleno reconocimiento de los derechos de la mujer en el sector agrícola. Se pide el reconocimiento de las parejas de hecho incluidas las del mismo sexo para garantizar la igualdad de trato en el ámbito laboral, la libre circulación, fiscalidad y seguridad social. Se solicita que se tenga en cuenta la igualdad de género en la legislación fiscal y que se creen estructuras de formación y asesoramiento para fomentar el espíritu empresarial de la mujer.

Respecto de la retribución salarial se constata que las mujeres no perciben todavía el mismo salario por igual trabajo y aboga por una estrategia diversificada por parte de las instituciones europeas, los Estados miembro y los interlocutores sociales que aborde las causas de as situación y se establezca como objetivo la reducción de un 10 % de diferencial retributivo. Asimismo, se expresa preocupación respecto de algunas normativas nacionales que permiten que las mujeres presenten dimisiones firmadas con antelación a los empleadores en el momento de la contratación con el objeto de eludir la normativa relativa a la protección de la maternidad.

Sobre la igualdad en la toma de decisiones, se constata que, pese a que las mujeres representan el 60 % de los nuevos titulados universitarios, siguen infrarrepresentadas en los puestos decisorios de la economía o en los puestos de dirección de las empresas. Se solicita a los Estados miembros que tomen medidas para garantizar la presencia equilibrada de mujeres en los puestos de dirección.

En relación con la dignidad, integridad y fin de la violencia sexista el Parlamento europeo reitera la necesidad de que la Comisión presente una estrategia para la UE para poner fin a la violencia contra la mujer que incluya un instrumento jurídico de Derecho penal. Se solicita a los Estados miembro que tomen medidas para luchar contra la violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, la violencia sexual, el acoso, los denominados asesinatos de honor, la mutilación genital femenina, los matrimonios forzados y otras formas de violencia y violación de los derechos de las personas. Se hace hincapié en la importancia de que los Estados miembro fomenten la reinserción laboral de las mujeres que han sido víctimas de violencia de género pues, aunque no es la única, la vulnerabilidad económica es una de las causas de violencia doméstica. También se manifiesta preocupación por el incremento del VIH y otras enfermedades de transmisión sexual entre mujeres jóvenes por lo que se insta a la Comisión a poner más énfasis en la prevención.

Se solicita, por otra parte, a los Estados miembros, que se preste especial atención a los grupos de mujeres especialmente vulnerables por tener discapacidad, edad avanzada, escasa o nula formación...y que se introduzcan enfoques integrados para mejorar la respuesta frente a casos de discriminación múltiple y la gestión de los mismos.

VI. Derecho de autor en la Unión Europea

JAVIER POU DE AVILÉS SANS*

STJUE (Sala 3.^a), de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art.267 TFUE, por la Cour d'appel de Bruxelles (Bélgica), en el procedimiento entre Scarlet Extended, SA y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM).

Ha de examinarse si el requerimiento judicial controvertido en el litigio principal, que ordenaría al PAI establecer el sistema de filtrado litigioso, le obligaría con ello a proceder a una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual. A este respecto, consta en autos que el establecimiento de dicho sistema de filtrado implicaría:

- a) que el PAI identifique, en primer lugar, de entre el conjunto de las comunicaciones electrónicas de todos sus clientes, los archivos correspondientes al tráfico *peer-to-peer*;
- b) que identifique, en segundo lugar, en el ámbito de dicho tráfico, los archivos que contengan obras sobre las que los titulares de derechos de propiedad intelectual tengan supuestamente derechos;
- c) que determine, en tercer lugar, cuáles de esos archivos se intercambian de un modo ilícito; y
- d) que proceda, en cuarto lugar, a bloquear los intercambios de archivos que considere ilícitos.

Por lo tanto, dicha supervisión preventiva exigiría una vigilancia activa de la totalidad de las comunicaciones electrónicas efectuadas en la red del PAI afectado y, por lo tanto, comprendería todos los datos que se vayan a transmitir y todos los clientes que utilicen dicha red.

Habida cuenta de lo anterior, procede declarar que el requerimiento judicial por el que se ordena al PAI afectado establecer el sistema de filtrado litigioso le obligaría a proceder a una supervisión activa del conjunto de datos respecto de todos sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual. De ello se desprende que el citado requerimiento judicial impondría a dicho PAI una supervisión general prohibida por el art.15, apartado 1, de la Directiva 2000/31.

STJUE (Sala 3.^a), de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-283/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por la Înalta Curte de Casatie si Justitie (Rumanía), en el procedimiento entre Circul Globus Bucuresti y Uniunea Compozitorilor si Muzicologilor din România – Asociatia pentru Drepturi de Autor (UCMR – ADA).

En una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que, como se desprende de la resolución de remisión, las obras musicales comunicadas al público en el ámbito de espectáculos circenses y de cabaret se ejecu-

* Abogado. Prof. Asociado Derecho civil. U. Autónoma de Barcelona.

tan en directo, existe ese elemento de contacto físico y directo, por lo que, contrariamente al requisito establecido en la segunda frase del vigésimo tercer considerando de la Directiva 2001/29, el público está presente en el lugar en el que se origina la comunicación.

El derecho de comunicación al público abarca cualquier tipo de transmisión o retransmisión de una obra al público, sea con o sin hilos, incluida la radiodifusión, y no abarca ningún otro tipo de actos. Así pues, el citado derecho no comprende los actos que no impliquen una «transmisión» o «retransmisión» de una obra, como los actos de representación o ejecución directa de una obra.

La Directiva 2001/29 y, concretamente, su artículo 3, apartado 1, deben interpretarse en el sentido de que se refieren únicamente a la comunicación a un público que no esté presente en el lugar en el que se origine la comunicación, quedando excluida cualquier otra comunicación de una obra realizada directamente, en un lugar abierto al público, por cualquier forma de ejecución pública o de presentación directa de la obra.

STJUE (Sala 1.^a), de 1 de diciembre de 2011, Asunto C-446/09, que tiene por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo a los arts. 234 CE y 267 TFUE por el rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen (Bélgica) y por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido) en los procedimientos entre Koninklijke Philips Electronics NV (asunto C 446/09) y Lucheng Meijing Industrial Company Ltd, Far East Sourcing Ltd, Röhlig Hong Kong Ltd, Röhlig Belgium NV, y Nokia Corporation (asunto C 495/09) y Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs.

Procede responder a las cuestiones planteadas que los Reglamentos núms. 3295/94 y 1383/2003 deben interpretarse en el sentido de que:

a) las mercancías procedentes de un tercer Estado y que son una imitación de un producto protegido en la Unión por un derecho de marca o una copia de un producto protegido en la Unión mediante un derecho de autor, un derecho afín, un modelo o un dibujo no pueden calificarse de «mercancías falsificadas» o de «mercancías piratas» en el sentido de los citados Reglamentos por el mero hecho de que se hayan introducido en el territorio aduanero de la Unión bajo un régimen suspensivo;

b) dichas mercancías pueden, en cambio, vulnerar el citado derecho y, por tanto, calificarse de «mercancías falsificadas» o de «mercancías piratas» cuando se acredite que están destinadas a una comercialización en la Unión, extremo que queda acreditado, en particular, cuando resulta que las citadas mercancías han sido objeto de una venta a un cliente en la Unión o de una oferta de venta o de publicidad dirigida a consumidores en la Unión, o cuando resulta de documentos o de correspondencia relativa a dichas mercancías que se prevé una desviación de éstas a los consumidores en la Unión;

c) para que la autoridad competente para resolver sobre el fondo pueda examinar adecuadamente la existencia de tal prueba y de otros elementos constitutivos de una vulneración del derecho de propiedad intelectual invocado, la autoridad aduanera ante la que se presenta una solicitud de intervención debe, en cuanto disponga de indicios que permitan sospechar la existencia de la citada vulneración, suspender el levante o proceder a la retención de las citadas mercancías; y que

d) entre estos indicios pueden figurar, en particular, el hecho de que el destino de las mercancías no se haya declarado pese a que el régimen suspensivo solicitado exige tal declaración, la inexistencia de información precisa o fiable sobre la identidad o la dirección del fabricante o del expedidor de las mercancías, la falta de cooperación con las autoridades aduaneras o también el descubrimiento de documentos o de correspondencia relativa a las mercancías en cuestión que haga suponer que puede producirse una desviación de éstas a los consumidores en la Unión.

STJUE (Sala 3.^a), de 1 de diciembre de 2011, Asunto C-145/2010, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Handelsgericht Wien (Austria), en el procedimiento entre Eva-Maria Painer y Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH y Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG.

Por lo que se refiere a la cuestión de si las fotografías realistas, especialmente los retratos fotográficos, gozan de la protección de los derechos de autor en virtud del art. 6 de la Directiva 93/98, es preciso señalar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado, en la sentencia de 16 de julio de 2009, Infopaq International (C-5/08, Rec. p. I-6569, apartado 35), que los derechos de autor sólo se aplican a la obra, como una fotografía, que es original en el sentido de creación intelectual atribuida a su autor.

Respecto de un retrato fotográfico, debe señalarse que el autor podrá tomar sus decisiones libres y creativas de diversas maneras y en diferentes momentos durante su realización. En la fase preparatoria, el autor podrá elegir la escenificación, la pose de la persona que se va a fotografiar o la iluminación. Al hacer el retrato fotográfico, podrá seleccionar el encuadramiento, el enfoque o incluso el ambiente creado. Por último, al obtener copias, el autor podrá elegir, de entre las diversas técnicas de revelado que existen, la que desee utilizar, y podrá recurrir eventualmente a programas informáticos. Mediante estas diversas opciones, el autor de un retrato fotográfico podrá dejar su «impronta personal» en la obra creada.

En vista de lo expuesto anteriormente, debe considerarse por tanto que un retrato fotográfico puede ser protegido por derechos de autor, en virtud del art. 6 de la Directiva 93/98, siempre que sea una creación intelectual del autor que refleje su personalidad y que se manifieste por las decisiones libres y creativas del mismo al realizarlo, lo cual corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional en cada caso concreto.

Respecto de un retrato fotográfico, la protección que confiere el art. 2, letra a), de la Directiva 2001/29 no puede ser inferior a aquélla de que gozan otras obras, incluidas las demás obras fotográficas.

No es dable permitir a un medio de comunicación, como una editora de prensa en este caso, que se atribuya la protección de la seguridad pública. En efecto, sólo el Estado, cuyas autoridades competentes cuentan con medios adecuados y con estructuras coordinadas, debe considerarse responsable y apto para garantizar el logro de ese objetivo de interés general con medidas apropiadas, incluida, por ejemplo, la emisión de una orden de búsqueda. En consecuencia, tal editora no puede utilizar por su propia iniciativa una obra protegida por derechos de autor invocando un objetivo de seguridad pública. Así las cosas, habida cuenta de la vocación de la prensa –en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho– de informar al público sin más

restricciones que las estrictamente necesarias, no cabe excluir que una editora de prensa pueda contribuir puntualmente al logro de un objetivo de seguridad pública difundiendo una fotografía de una persona a la que se busca. No obstante, debe exigirse que esta iniciativa, por una parte, se inscriba en el contexto de una decisión adoptada o de una acción llevada a cabo por las autoridades nacionales competentes con objeto de garantizar la seguridad pública y, por otra, se tome de acuerdo y de forma coordinada con dichas autoridades, para evitar el riesgo de ir contra las medidas adoptadas por éstas. Sin embargo, no es necesario un llamamiento concreto, actual y expreso de las autoridades de seguridad para la publicación de una fotografía con fines de búsqueda.

En el supuesto de que las fotografías controvertidas fueran, conforme al artículo 5, apartado 3, letra *e*), de la Directiva 2001/29, puestas inicialmente a disposición del público por las autoridades de seguridad nacionales competentes, y en el supuesto de que en esa utilización inicial lícita no se haya indicado el nombre del autor, la utilización posterior de tales fotografías por la prensa requiere ciertamente, a tenor del artículo 5, apartado 3, letra *d*), de dicha Directiva, la indicación de la fuente, pero no necesariamente del nombre del autor. En efecto, dado que no corresponde a la prensa averiguar las razones de semejante omisión, le resulta imposible, en tal situación, identificar o indicar el nombre del autor y, por tanto, debe considerarse que no tiene la obligación fundamental de indicar el nombre del autor.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial segunda, letra *b*), que el artículo 5, apartado 3, letra *d*), de la Directiva 2001/29, en relación con el artículo 5, apartado 5, de dicha Directiva, debe interpretarse en el sentido de que su aplicación está supeditada a la obligación de indicar la fuente, con inclusión del nombre del autor o del intérprete, de la obra o prestación protegida citada. No obstante, si, conforme al artículo 5, apartado 3, letra *e*), de la referida Directiva, no se ha indicado el nombre, tal obligación debe considerarse cumplida aunque se haya indicado solamente la fuente.

ATJUE (Sala 3.^a), de 17 de enero de 2012, Asunto C-302/2010, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Højerstret (Dinamarca) en el procedimiento entre Infopaq International A/S y Danske Dagblades Forening.

Consta que la redacción de un resumen de artículos de prensa no está, en el presente caso, autorizado por los titulares de los derechos de autor sobre dichos artículos. Ahora bien, debe señalarse que tal actividad no se encuentra restringida por la normativa de la Unión. Además, se desprende de las afirmaciones coincidentes de Infopaq y de la DDF que la redacción de dicho resumen no constituye una actividad restringida por la normativa danesa. En estas circunstancias, dicha utilización no puede considerarse ilícita. Habida cuenta de lo que antecede, procede responder a las cuestiones tercera y cuarta que el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que los actos de reproducción provisionales que se efectúan en el transcurso de un procedimiento de recopilación de datos, como los de que se trata en el litigio principal, cumplen el requisito de perseguir una finalidad única, a saber, permitir una utilización lícita de una obra o prestación protegidas.

El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que los actos de reproducción provisionales que se efectúan en el transcurso de un procedimiento de recopilación de datos, como los de que se trata en el litigio principal, cumplen el requisito de no tener una significación económica independiente siempre que, por un lado, la realización de dichos actos no permita obtener un beneficio adicional, que vaya más allá del derivado de la utilización lícita de la obra protegida y que, por otro, los actos de reproducción provisionales no tengan como consecuencia una modificación de dicha obra.

El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que ha de considerarse que los actos de reproducción provisionales que se efectúan en el transcurso de un procedimiento de recopilación de datos, como los de que se trata en el litigio principal, no entran en conflicto con la explotación normal de la obra ni perjudican injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.

STJUE (Sala 3.^a) de 9 de febrero de 2012, Asunto C-277/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial en virtud del art. 267 TFUE, presentada por el *Handelsgericht Wien* (Austria), en el procedimiento entre *Martin Luksan* y *Petrus van der Let*.

Con independencia de cualquier norma del Derecho nacional, el director principal de la obra cinematográfica disfruta en cualquier caso, a diferencia de los demás autores de dicha obra, del estatuto de autor en virtud de la Directiva 2006/116. Por otro lado, el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2006/116 establece el plazo de protección de una obra cinematográfica o audiovisual. Esa disposición exige necesariamente que dicha obra, en especial los derechos del autor o de los coautores de ella, y en particular los del director principal, sea protegida jurídicamente de forma efectiva. Dado que la Directiva 2001/29 no establece lo contrario y que sus disposiciones deben aplicarse sin perjuicio de las de la Directiva 2006/116 y de la Directiva 2006/115, en especial de su artículo 2, apartado 2, los artículos 2 y 3 de la Directiva 2001/29 deben interpretarse de tal forma que se garanticen los derechos de autor del director principal de la obra cinematográfica que enuncian esos artículos. De lo antes expuesto se deduce que, en relación con el conjunto de los derechos de explotación referidos, incluidos los que regula la Directiva 2001/29, se considera al director principal de la obra cinematográfica como el autor o uno de los autores de ésta.

Hay que determinar si los derechos de explotación de la obra cinematográfica, como los que son objeto del litigio principal (derecho de radiodifusión vía satélite, derecho de reproducción y cualquier otro derecho de comunicación al público mediante la puesta a disposición), corresponden de pleno derecho, directa y originariamente, al director principal de esa obra, como autor de ella, o si en su caso esos derechos pueden corresponder directa, originaria y exclusivamente al productor de dicha obra. En lo que atañe al derecho de radiodifusión vía satélite, el artículo 2 de la Directiva 93/83 reconoce el derecho exclusivo de los autores a autorizar la comunicación al público vía satélite de obras protegidas por derechos de autor. El artículo 2 de la Directiva 2001/29 reconoce como titulares del derecho de reproducción a los autores respecto a sus obras, y a los productores de las primeras fijaciones de películas respecto al original y las copias de sus películas. De igual modo, el artículo 3 de la Directiva 2001/29 establece el derecho de comunicación de

obras mediante su puesta a disposición del público a favor de los autores respecto a sus obras, y a favor de los productores de las primeras fijaciones de películas respecto al original y a las copias de sus películas. Así pues, las disposiciones aludidas en los tres apartados anteriores atribuyen con carácter originario al director principal, por su condición de autor, los derechos de explotación de la obra cinematográfica que son objeto del litigio principal.

Al disponer que se considera autor de una obra cinematográfica, o uno de sus autores, al director principal de ésta, el legislador de la Unión ha ejercido las competencias de la Unión en materia de propiedad intelectual. Siendo así, los Estados miembros ya no son competentes para adoptar disposiciones que pongan en cuestión esa normativa de la Unión. En consecuencia, ya no pueden invocar la facultad concedida por el artículo 14 bis del Convenio de Berna.

El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que reconoce a los Estados miembros la facultad de establecer a favor del productor de la obra cinematográfica una presunción de cesión de los derechos de explotación de la obra cinematográfica, como los que son objeto del litigio principal (derecho de radiodifusión vía satélite, derecho de reproducción y cualquier otro derecho de comunicación al público mediante la puesta a disposición), siempre que dicha presunción no tenga una naturaleza absoluta que excluya la posibilidad de que el director principal de dicha obra pacte otra cosa.

Los Estados miembros están facultados para establecer una excepción al derecho de reproducción exclusivo de los titulares del derecho de reproducción cuando se trate de reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales (excepción denominada «de copia privada»), siempre que garanticen que los titulares de los derechos afectados reciban una compensación equitativa como contrapartida. Dado que el director principal de la obra cinematográfica es uno de esos titulares, debe ser considerado en consecuencia como un beneficiario de pleno derecho, directa y originariamente, de la compensación equitativa debida en virtud de la excepción de copia privada.

El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no reconoce a los Estados miembros la facultad de establecer una presunción de cesión a favor del productor de la obra cinematográfica del derecho a compensación equitativa que corresponde al director principal de esa obra, tanto si esa presunción es absoluta como si se permite excluirla.

STJUE (Sala 3.^a), de 16 de febrero de 2012, Asunto C-360/2010, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el *Rechtbank van eerste aanleg te Brussel* (Bélgica), en el procedimiento entre *Belgische Vereniging van Auters, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)* y *Netlog NV*.

Las Directivas 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001 y 2004/48/CE, de 28 de abril de 2004, del Parlamento Europeo leídas conjuntamente e interpretadas a la luz de los requisitos derivados de la protección de los derechos fundamentales aplicables, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un requerimiento judicial hecho por un juez nacional por el que se ordene a un prestador de servicios de alojamiento de datos establecer un sistema de filtrado de la información almacenada en sus servidores por los usuarios de sus servicios; que se aplique indistintamente con respecto a toda su clientela; con carácter preventivo; exclusivamente a sus expensas, y sin limitación en el tiempo, capaz de identificar en la red de

dicho proveedor archivos electrónicos que contengan una obra musical, cinematográfica o audiovisual sobre la que el solicitante del requerimiento alegue ser titular de derechos de propiedad intelectual, con el fin de bloquear la transmisión de archivos cuyo intercambio vulnera los derechos de autor.

STJUE (Sala 3.^a), de 1 de marzo de 2012, Asunto C-604/2010, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido), en el procedimiento entre Football Dataco Ltd., Football Association Premier League Ltd, Football League Ltd., Scottish Premier League Ltd., Scottish Football League, PA Sport UK Ltd., y Yahoo! UK Ltd., Stan James (Abingdon) Ltd., Stan James plc y Entepulse ApS.

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, a la luz de los elementos de análisis antes expuestos, si los calendarios de partidos de fútbol controvertidos en el litigio principal son bases de datos que responden a los requisitos enunciados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/9 para poder ser amparados por el derecho de autor. A este respecto, los procedimientos de configuración de los citados calendarios, tal como los describe el órgano jurisdiccional remitente, si no van acompañados de elementos que expresen una originalidad en la selección o la disposición de los datos contenidos en esos calendarios, no bastan para que la base de datos en cuestión pueda ser protegida por el derecho de autor previsto en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/9.

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, debe responderse a la primera cuestión planteada que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/9 debe interpretarse en el sentido de que una «base de datos» con arreglo al artículo 1, apartado 2, de esa Directiva está protegida por el derecho de autor previsto por ésta siempre que la selección o la disposición de los datos que contiene constituya una expresión original de la libertad creadora de su autor, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional nacional comprobar. Por consiguiente: El esfuerzo intelectual y la pericia destinados a la creación de esos datos no son pertinentes para apreciar si dicha base puede ser objeto de la protección conferida por ese derecho. A tal efecto, resulta indiferente que la selección o la disposición de esos datos otorgue o no una relevancia especial a éstos. El considerable trabajo y pericia exigidos por la configuración de dicha base no pueden, por sí mismos, justificar esa protección si no expresan ninguna originalidad en la selección o en la disposición de los datos que contiene.

STJUE (Sala 3.^a), de 15 de marzo de 2012, Asunto C-135/2010, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art.267 TFUE, por la Corte d'appello de Torino (Italia), en el procedimiento entre Società Consortile Fonografici (SFC) y Marco del Corso.

Un dentista que difunde gratuitamente fonogramas en su consultorio para sus pacientes, que los disfrutan independientemente de su voluntad, no lleva a cabo una «comunicación al público» en el sentido del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100. De ello se colige que el requisito exigido en el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100 para que el usuario abone una remuneración equitativa, esto es, que éste lleve a cabo una «comunicación al público» en el sentido de esta disposición, no se cumple en una situación

como la del procedimiento principal. En estas circunstancias, debe responderse a las cuestiones cuarta y quinta que procede interpretar el concepto de «comunicación al público», a efectos del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 92/100, en el sentido de que no incluye la difusión gratuita de fonogramas una consulta odontológica, como la del asunto principal, en el marco del ejercicio de una profesión liberal, a favor de los pacientes, que disfrutaban de ella independientemente de su voluntad. Por tanto, tal difusión no confiere a los productores de fonogramas el derecho a percibir una remuneración.

STJUE (Sala 3.^a), de 15 de marzo de 2012, Asunto C-162/2010, que tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por la High Court (Commercial Division) (Irlanda), mediante resolución de 23 de marzo de 2010, en el procedimiento entre Phonographic Performance (Ireland) Limited e Irlanda.

La radiodifusión de fonogramas por un establecimiento hotelero reviste carácter lucrativo. De las consideraciones precedentes se infiere que, en una situación como la controvertida en el procedimiento principal, el establecimiento hotelero lleva a cabo una «comunicación al público» en el sentido del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera cuestión que un establecimiento hotelero que proporciona en las habitaciones de sus clientes aparatos de televisión o de radio a los que distribuye una señal radiodifundida es un «usuario» que lleva a cabo una «comunicación al público» de un fonograma radiodifundido en el sentido del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115.

El establecimiento hotelero que no proporcione en las habitaciones de sus clientes aparatos de televisión o radio a los que distribuye una señal radiodifundida, sino otro equipo y fonogramas en formato físico o digital que pueden ser difundidos u oídos en dicho equipo es un «usuario» que lleva a cabo un acto de «comunicación al público» de un fonograma en el sentido del artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2006/115. Por consiguiente, está obligado a abonar una «remuneración equitativa», en el sentido de esta disposición, por la transmisión de dichos fonogramas.

El artículo 10, apartado 1, letra a), de la Directiva 2006/115, que prevé una limitación del derecho a una remuneración equitativa conferido en el artículo 8, apartado 2, de esta Directiva cuando se trata del «uso para fines privados», no permite a los Estados miembros exonerar al establecimiento hotelero que lleva a cabo un acto de «comunicación al público» de un fonograma, en el sentido del artículo 8, apartado 2, de dicha Directiva, de la obligación de abonar tal remuneración.

STJUE (Sala 3.^a), de 19 de abril de 2012, Asunto C-461/2010, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Högsta domstolen (Suecia), en el procedimiento entre Bonnier Audio AB, Earbooks AB, Norstedts Förlagsgrupp AB, Piratförlaget AB, Storyside AB y Perfect Communication Sweden AB.

La Directiva 2006/24 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la aplicación de una normativa nacional, basada en el artículo 8 de la Directiva 2004/48 que, a efectos de la identificación de un abonado a Internet o de un usuario de Internet, permite que se requiera judicialmente a un proveedor de acceso a Internet para que comunique al titular de un derecho de autor o a

su causahabiente la identidad del abonado a quien se ha asignado una determinada dirección IP que supuestamente ha servido para la vulneración de dicho derecho, puesto que tal normativa es ajena al ámbito de aplicación *ratione materiae* de la Directiva 2006/24. Carece de pertinencia, en el procedimiento principal, el hecho de que el Estado miembro interesado no haya adaptado aún su ordenamiento interno a la Directiva 2006/24, pese a haber expirado el plazo establecido al efecto.

Las Directivas 2002/58 y 2004/48 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, en la medida en que dicha normativa permita al órgano jurisdiccional nacional que conozca de una acción por ejercitada por una persona legitimada, ponderar, en función de las circunstancias de cada caso y con la debida observancia de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, los intereses contrapuestos existentes.

STJUE (Sala 11.^a), de 2 de mayo de 2012, Asunto C-406/10, que tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Reino Unido), en el procedimiento entre SAS Institute Inc y World Programming Ltd.

Ni la funcionalidad de un programa de ordenador ni el lenguaje de programación o el formato de los archivos de datos utilizados en un programa de ordenador para explotar algunas de sus funciones, constituyen una forma de expresión de ese programa y, por ello, carecen de la protección del derecho de autor sobre los programas de ordenador en el sentido de la Directiva 91/250.

El titular de los derechos de autor sobre un programa de ordenador no puede invocar el contrato de licencia para impedir que quien haya obtenido esa licencia determine las ideas y los principios implícitos en todos los elementos de ese programa cuando realiza las operaciones autorizadas por dicha licencia así como los actos de carga y desarrollo necesarios para la utilización del programa de ordenador, siempre y cuando no infrinja los derechos exclusivos de ese titular sobre tal programa. Por lo que respecta a este último requisito, el artículo 6, apartado 2, letra *c*), de la Directiva 91/250 relativo a la descompilación precisa, en efecto, que ésta no permitirá que la información obtenida por tal medio se utilice para el desarrollo, producción o comercialización de un programa sustancialmente similar en su expresión, o para cualquier otro acto que infrinja los derechos de autor. De este modo, procede señalar que no puede haber infracción del derecho de autor sobre el programa de ordenador cuando, como sucede en el caso de autos, el adquirente legítimo de la licencia no ha tenido acceso al código fuente del programa de ordenador correspondiente a esa licencia, sino que se limitó a estudiar, observar y verificar ese programa con el fin de reproducir su funcionalidad en un segundo programa.

El artículo 2, letra *a*), de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que la reproducción, en un programa de ordenador o en un manual de utilización de ese programa, de algunos elementos descritos en el manual de utilización de otro programa de ordenador protegido por los derechos de autor puede constituir una infracción de los derechos de autor sobre ese último manual si tal reproducción constituye la expresión de la creación intelectual propia del autor del manual de utilización del programa de ordenador protegido por los derechos de autor.

VII. Derecho de *trusts*

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN*

Disegno di Legge núm. 2284 presentado por el Ministro de Justicia Alfano y comunicado a la Presidencia el 15 de julio de 2010, por el que se delega al Gobierno la introducción de modificaciones en el Código Civil en materia de fiducia y contrato de garantía, así como la modificación de la disciplina del cumplimiento, de la cláusula penal, de la conclusión del contrato y del Código de Consumo en materia de disciplina del crédito al consumo.

Durante la XVI Legislatura italiana, el Ministro de Justicia Angelino Alfano presentó un proyecto de Ley ante el Parlamento italiano habilitando al Gobierno a aprobar sendas regulaciones del contrato de fiducia y del contrato autónomo de garantía. Estas delegaciones venían acompañadas de la introducción de modificaciones en el Código Civil y el Código de Consumo, con el fin de adecuar algunos aspectos de la regulación en materia de obligaciones y contratos y reforzar la tutela de los consumidores. Entre los objetivos expresamente recogidos por la Propuesta se encuentra el de «colmar un vacío normativo. En particular se quiere introducir en el ordenamiento jurídico italiano la disciplina del contrato fiduciario y de la fiducia en general, institutos ya conocidos por los ordenamientos jurídicos de otros países (el trust en derecho inglés, la *fiducie* en el derecho francés)». ¹

En el tomo LXI, 2008, fasc. III de esta Sección sobre *Trusts* se estudió y comentó el artículo 2645 ter del Código Civil italiano, introducido por el *Decreto-legge* núm. 273 de 30 de diciembre de 2005 y coordinado con la *Legge di conversione* núm. 51, de 23 de febrero de 2006. Con este precepto se introdujo en el ordenamiento italiano la posibilidad de crear vínculos de destino oponibles a terceros. La norma prevé expresamente la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad los actos en virtud de los cuales se destinan bienes inmuebles o bienes muebles registrados a la realización de intereses merecedores de tutela. Tal y como ya indicábamos en esa Crónica, el precepto no contiene una regulación del instituto del *trust* sino que permite la inscripción de *trusts* internos creados al amparo del derecho extranjero, así como la de aquellos otros negocios típicos o atípicos que reúnen los requisitos mencionados en la norma. Todo ello a efectos de poder oponer a terceros la existencia del vínculo de destino.

En este sentido, el Preámbulo de la Propuesta ahora estudiada afirma «La introducción en el Código Civil del artículo 2645 ter sobre la inscripción de vínculos de destino se encuentra sin duda inspirada por la voluntad de contener el recurso al derecho extranjero por parte de ciudadanos italianos, en contextos en que la praxis se orientaba hacia la utilización del trust. No obstante, el paso dado en esa dirección no permite a Italia disponer de un instrumento de utilidad general que permita competir con el *trust*». De ahí que «la norma de delegación mire a introducir en el ordenamiento jurídico italiano tal instrumento de utilidad general bajo la forma del contrato de fiducia, en el seno del Título III del Libro cuarto del Código Civil en el que se contempla

* Prof. Titular de Derecho civil. Universidad de Cantabria.

¹ <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00504011.pdf>

la disciplina del contrato de mandato». Todo ello en consonancia con los principios de derecho comunitario en curso de consolidación (Borrador del Marco Común de Referencia del 2009) y el modelo seguido por el legislador francés. Ambas regulaciones han sido objeto de estudio en los tomos LXIII, 2010, fasc. III y tomos LX, 2007, fasc. IV, y LXIII, 2010, fasc. I) de esta Sección, respectivamente. Dedicaremos las líneas que siguen a analizar el *Disegno di Legge* n.º 2284 que a día de hoy no ha iniciado aún su tramitación legislativa.

El artículo 1 del *Disegno di Legge* n.º 2284 delega al Gobierno la competencia para adoptar, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la norma, uno o más decretos legislativos sobre la disciplina de la fiducia. La Propuesta indica que para ello deberán tomarse en cuenta los principales modelos normativos de los demás estados miembro, la normativa comunitaria y los convenios internacionales así como, en particular, una lista de principios y criterios directivos enumerados en el apartado sexto del artículo 1.

Se define la fiducia como «un contrato por el cual el fiduciante transfiere derechos, bienes o sumas de dinero específicamente individualizados en forma de patrimonio separado a un fiduciario que los administra según un fin determinado, también en interés de uno o varios beneficiarios determinados o determinables» (art. 1.6 a). La futura regulación italiana se alinearía así con la figura francesa de la *fiducie*, de origen contractual, si bien a diferencia de ella y en consonancia con la posibilidad de utilización de la figura italiana con fines de liberalidad, el *Disegno di Legge* n.º 2284 admite también su constitución *mortis causa* (art. 1.6 m), su creación en virtud de pronunciamiento judicial (art. 6.1.1) así como la posibilidad de una fiducia autodeclarada en que el fiduciante asume la titularidad de los bienes en condición de fiduciario y en beneficio de terceros (art. 1.6 n).

Fuertemente inspirada en la regulación francesa (*Loi n.º 2007-211* de 19 de febrero de 2007 por la que se instituye la *fiducie* y modificaciones introducidas por la *Loi n.º 2008-776* de 4 de agosto de 2008, de modernización de la Economía y Ordenanza n.º 2009-112 de 30 de enero de 2009, por la que se adoptan diferentes medidas relativas a la *fiducie*), la Propuesta italiana no se pronuncia de forma clara sobre la naturaleza del derecho del fiduciario, sino que se limita a afirmar que el fiduciante «transfiere» derechos o bienes al fiduciario que los «administra» con un fin determinado. Como hemos tenido ocasión de señalar en varias ocasiones en esta Sección, la opción por la constitución de un patrimonio separado bajo la titularidad del fiduciario (*trust* anglosajón) o por la creación de un patrimonio separado sin titular pero administrado por el fiduciario (patrimonio de afectación del derecho quebequés) no es determinante de la existencia o no de un *trust*. Sí lo es, en cambio, la separación o segregación del fondo respecto del patrimonio personal de su titular (trustee o fiduciario) y la aplicación del principio de subrogación real al fondo del *trust* o patrimonio fiduciario. Ambas notas están presentes en el artículo 1.6 c del *Disegno di Legge* n.º 2284, que prevé expresamente en el artículo 1.6 c, 1 que deberá «excluirse que cuando el fiduciario sea una persona física, los derechos y bienes objeto de la relación sean parte del régimen comunitario de los cónyuges o caigan en la sucesión». A estos efectos, y con carácter general, a fin de evitar contradicciones con otros principios del ordenamiento jurídico, la Propuesta prevé que deberán dictarse normas de coordinación, en todo caso, con la normativa en materia de blanqueo de capitales, antimafia, conflictos de intereses y tutela del orden público (art. 1.6 q) y, siempre que sea preciso, deberá derogarse la normativa sobre tutela de los

acreedores, contrato a favor de tercero, cesión de créditos futuros, instrumentos financieros y normativa concursal (art. 1.6 o, p).

A pesar de que la definición propuesta por la norma italiana puede hacer pensar en un contrato con efectos traslativos, a semejanza de la *fiducie* de derecho francés, el Preámbulo del *Disegno di Legge* n.º 2284 indica expresamente –y el artículo 1.6 c, 2 implícitamente– que el contrato se perfecciona con el mero consentimiento de los contratantes, salvo en la hipótesis de transmisión de sumas de dinero, en cuyo caso el perfeccionamiento coincide con la fecha de entrega del importe del dinero en un depósito a disposición del fiduciario. Por lo tanto, la regulación propuesta por el *Disegno di Legge* n.º 2284 resulta más fiel a la figura anglosajona que la prevista por el Código Civil francés o el Borrador del Marco Común de Referencia, al producirse, como regla general, el desmembramiento entre acto constitutivo y acto dispositivo. La fiducia existe y subsiste pese a la no entrega de los bienes al fiduciario, aunque hasta que no se realice la misma no serán exigibles las obligaciones del fiduciario.

De acuerdo con el mismo Preámbulo, con el fin de poder hacer valer la existencia de la fiducia frente a terceros y proporcionar la necesaria tutela a los acreedores, se requiere, bajo sanción de nulidad, el otorgamiento de acto público o escritura privada en forma auténtica (art. 1.6 b), si bien, para poder inscribir el vínculo de destino que tenga por objeto bienes inmuebles o bienes muebles inscritos en registros públicos (y con ello oponer dicho vínculo a terceros), el artículo 2645 ter requiere expresamente acto público. Es comprensible que la inscripción no sea elemento necesario para la validez del contrato de fiducia que genera obligaciones fiduciarias a cargo del fiduciario y en beneficio de terceros. No lo resulta tanto, sin embargo, la oponibilidad a terceros de vínculos de destino que no hayan sido objeto de la debida publicidad, especialmente si pueden transmitirse en fiducia bienes muebles no inscribibles en registros públicos o sumas de dinero constituidas en depósitos a favor del fiduciario. Esperemos que la futura ley desarrolle convenientemente los mecanismos de publicidad respecto de los derechos y bienes que constituyen el objeto de la fiducia, mencionados por el artículo 1.6 c.

Entre los aspectos que deberán ser objeto de regulación por la futura norma sobre el contrato de fiducia se encuentran las obligaciones de fiduciante, del fiduciario y, en su caso, del tercero designado para hacer valer las obligaciones del fiduciario (art. 1.6 e). Asimismo, deben establecerse las condiciones en que pueden hacerse valer frente a tercero los eventuales límites a los poderes del fiduciario y la obligación de rendir cuentas (art. 1.6 f), las causas de remoción, revocación y renuncia del fiduciario, así como la duración (art. 1.6 g, h) y las causas de disolución del contrato de fiducia (art. 1.6 i). Entre estas últimas se prevé expresamente la disolución por voluntad de todos los beneficiarios, siempre que tengan plena capacidad de obrar (art. 1.6 i).

Los criterios ofrecidos por la Propuesta italiana contemplan una regulación general del contrato fiduciario que cubra fines de garantía, gestión y liberalidades, pero consideran necesario dictar una disciplina específica para la utilización de la fiducia como instrumento de garantía de créditos determinados o determinables, así como para aquellos casos en que se utilice la figura con fines asistenciales.

La preocupación por regular un instrumento de protección patrimonial de personas discapacitadas, inspirado en el *trust*, no es nueva en derecho italiano. Diversos Proyectos de Ley se han presentado con esta finalidad, si bien ninguno de ellos ha culminado con éxito su tramitación parlamentaria. Durante la XIII Legislatura, el Proyecto de Ley C. 5494 (Paissan e altri) que

se presentó a la Cámara de los Diputados el 4 diciembre 1998, ya tenía como propósito instituir un trust de carácter asistencial en beneficio de personas con algún tipo de *handicap*. Dicho proyecto fue retomado durante la XIV Legislatura por la Propuesta C. 2733, «*Norme in materia di trust a favore di soggetti portatori di handicap*» (Cima e altri), presentada el 10 de mayo de 2002, pero la Propuesta fue absorbida por otro proyecto que desembocó en la Ley n.º 6, de 9 de enero de 2004, sobre «*l'istituzione dell'amministrazione di sostegno*», que abandona la idea del *trust* o instrumento equivalente. Durante la XVI Legislatura se presentó, el 10 de julio de 2008, el Proyecto C. 1471 «*Disciplina dei trust istituiti in favore di persone portatrici di handicap*» (Migliori), que ofrecía una disciplina civil y tributaria del *trust* al servicio de personas con *handicap*, considerando igualmente la figura anglosajona como «el instrumento jurídicamente más moderno y practicable para garantizar un apoyo duradero a las personas con *handicap*» (Preámbulo).

En esta ocasión, el legislador italiano ha optado por la fiducia ya que, tal y como indica expresamente el *Disegno di Legge* n.º 2284, «las expresiones «fiducia», «contrato de fiducia», responden a la tradición jurídica italiana y encuentran referencia normativa en el artículo 627 del código civil, que regula la llamada fiducia testamentaria». No obstante, cuestiones fundamentales como la regulación de los derechos de los legitimarios están inspiradas en proyectos anteriores. Así, el Proyecto de Ley C. 5494 (Paissan e altri), ya disponía, en su art. 2.2, que siempre que los bienes del *trust* no fueran manifiestamente excesivos para alcanzar las necesidades del discapacitado, los demás legitimarios no podrían accionar en defensa de su legítima antes de la finalización del *trust*, cuya vigencia no podía ser inferior a la vida del discapacitado. El *Disegno di Legge* n.º 2284 vuelve a retomar las limitaciones del Proyecto C. 5494, al exigir que el valor de los bienes transferidos en fiducia no exceda las necesidades del beneficiario, y excepcionar la tutela de los derechos de los legitimarios cuando el beneficiario de la fiducia sea un discapacitado (art. 1.6 d, 2).

El Proyecto dedica mayor atención a los principios y criterios que han de presidir la futura regulación de la fiducia como instrumento de garantía, retomando alguna de las cautelas previstas por la ley francesa. Así, bajo sanción de nulidad, deberá constar en el contrato el importe de la deuda garantizada y el valor del bien transmitido en garantía (art. 1.6 d, 1.1) si bien se admite la posibilidad, siempre que así se haya previsto, de que el mismo bien se utilice en garantía de nuevas deudas, preexistentes o futuras y cuya constitución tenga lugar en los plazos previstos al efecto (arts. 1.6 d, 1.3). La Propuesta nada dice acerca de si se pueden garantizar créditos de otro(s) acreedor(es) con los mismos bienes, ni acerca del importe de la nueva deuda –como sí lo hace, en cambio, la ley francesa– pero queda claro que la fiducia-garantía carece del carácter accesorio que ha caracterizado tradicionalmente a las garantías reales.

Los bienes originarios transmitidos en fiducia pueden ser sustituidos por otros de igual valor. En el caso de que los nuevos bienes fuesen de mayor valor que los originarios, el artículo 1.6 d, 1.5 prevé que la garantía no se extenderá más allá del valor de estos últimos, con lo que el legislador italiano demuestra su preocupación por proteger al deudor frente al acreedor que pretendiera enriquecerse con ocasión de la ejecución de la garantía. En cualquier caso, el *Disegno di Legge* n.º 2284 declara igualmente la nulidad de cualquier pacto que tenga por objeto o por efecto liberar al fiduciario de la obligación de entregar al beneficiario o al fiduciante el saldo neto resultante de la dife-

rencia entre el valor del bien dado en garantía y el importe de de la deuda garantizada, en el momento de la ejecución de la garantía (art. 1.6 d, 1.4).

Sorprende la restricción prevista por el Proyecto italiano en la persona del fiduciante, ya que sólo podrá serlo quien actúe con fines inherentes a su propia actividad profesional o empresarial. La ley francesa comenzó restringiendo la utilización de la *fiducie* a las personas jurídicas pero con ocasión de las modificaciones introducidas en 2009 amplió la misma a las personas físicas, sin hacer matización alguna en este sentido.

En definitiva, la Propuesta italiana representa una más de las múltiples tentativas del derecho continental de competir con el *trust*. Al igual que el legislador francés, el italiano ha optado por una fiducia de corte romanista en que la propiedad de los bienes se transmite al fiduciario pero en que éstos integran un patrimonio separado a efectos de gestión y responsabilidad por deudas. Los criterios anunciados por la Propuesta italiana apuntan a una regulación más flexible que la proporcionada por el derecho francés al dar cabida a la utilización de la figura como instrumento de transmisión de bienes a título gratuito, *inter vivos* o *mortis causa* y a la posibilidad de que desempeñe el papel de fiduciario cualquier persona física, independientemente de cuál sea su profesión. No obstante, los criterios reseñados dejan en el aire cuestiones fundamentales como la posibilidad de que el fiduciante sea a su vez beneficiario de la gestión llevada a cabo por un tercero (lo que permitiría utilizar la fiducia asistencial en beneficio propio), la de que conserve la posesión del bien cuya propiedad ha sido transmitida al fiduciario en concepto de garantía (como se prevé en derecho francés) o los mecanismos de publicidad de la fiducia y su coordinación con la inscripción de los vínculos de destino ex artículo 2645 ter del Código Civil italiano. Lamentamos igualmente, por innecesaria, la restricción de la fiducia en garantía a quienes actúen en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial. En tiempos de crisis en que la obtención de crédito resulta difícil se hace más necesario que nunca un eficaz instrumento de garantía al alcance de todos, que genere menores costes y riesgos a los prestamistas y contribuya a hacer más fluido el crédito.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (noviembre 2011 - mayo 2012)

GUILLEM CANO PALOMARES*

Asunto Lacadena Calero c. España (demanda 23002/07), sentencia de 22 de noviembre de 2011. Art. 6.1 del CEDH (derecho a un proceso equitativo).

Mediante sentencia de 20 de septiembre de 2000, dictada tras la celebración de un juicio oral, la Audiencia Nacional absolvió al marido de la demandante (M.G.A.) de los delitos de estafa y falsedad en documento público de los que había sido acusado. La Audiencia tuvo en cuenta principalmente la ausencia de dolo en la actuación del acusado. La parte acusadora y varios condenados recurrieron en casación. El 3 de julio de 2003 tuvo lugar una audiencia ante el Tribunal Supremo con asistencia de los abogados de los recurrentes así como los de los acusados, entre ellos, el abogado de M.G.A. que tuvo ocasión de exponer los medios para su defensa, y la fiscalía. El esposo de la demandante no fue oído personalmente. Por sentencia de 2 de septiembre de 2003, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso y condenó a M.G.A. por complicidad en la estafa. En una segunda sentencia dictada el mismo día, el Tribunal Supremo declaró a M.G.A. culpable, en su condición de notario, por su intervención en operaciones de compra-venta de varias propiedades, así como en la firma de escrituras de venta que le hacían, forzosamente, cómplice voluntario de las irregularidades cometidas. M.G.A. fue condenado a un año de prisión y al pago de la responsabilidad civil subsidiaria, así como a penas accesorias y a las costas como cómplice de un delito continuado de estafa.

M.G.A. recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional. Durante la tramitación del procedimiento de amparo, M.G.A. falleció. La alta jurisdicción aceptó que la demandante le sucediera en el procedimiento. Por una sentencia notificada el 28 de noviembre de 2006, el Tribunal Constitucional desestimó este recurso.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 26 de mayo de 2007. Invocando los artículos 6.1, 6.2 y 7 CEDH, la demandante se quejaba de la condena de su esposo, sin haber sido oído personalmente, por el Tribunal Supremo, de la falta de pruebas suficientes para condenarlo, y de que la actuación por la que fue condenado no era constitutiva de delito.

* Letrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los resúmenes de esta crónica no vinculan en modo alguno al Tribunal ni a su Secretaría. Estos resúmenes están basados en las sentencias y decisiones del TEDH y en algunas traducciones de las mismas al español realizadas por los Servicios del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía del Estado. Las sentencias y decisiones originales en francés/inglés y las traducciones al español pueden consultarse en la página web del TEDH (<http://www.echr.coe.int/echr/fr/hudoc>).

El TEDH acepta la capacidad procesal de la demandante para presentar la demanda, aplicando la jurisprudencia *Micallef contra Malta*, de 15 de octubre de 2009. En primer lugar, constata que la víctima directa falleció durante el procedimiento de amparo y que el Tribunal Constitucional aceptó que la demandante le sucediera procesalmente. En segundo lugar, la demandante estaba personalmente afectada por el resultado del procedimiento, ya que la condena de su esposo la hacía responsable de la responsabilidad civil. Por último, la cuestión de la falta de juicio oral ante el Tribunal Supremo es una cuestión de interés general suficiente, porque afecta al ámbito del derecho a un proceso equitativo.

En cuanto al fondo de la queja derivada del artículo 6.1 CEDH, el TEDH recuerda la jurisprudencia establecida en las sentencias *Igual Coll*, *Marcos Barrios* (ver Crónica junio 2010-octubre 2010, ADC, 2011, 1) y *García Hernández* (ver Crónica noviembre 2010-mayo 2011, ADC, 2011, 3). El Tribunal señala que en el derecho español, según los términos del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el recurso de casación no prevé la posibilidad de revisión de las pruebas practicadas en primera instancia. Las pruebas sólo pueden ser revisadas si su apreciación no ha sido racional, pero sin revisar los hechos probados. Por lo tanto, en el presente asunto, el Tribunal Supremo no tenía competencia para revisar los hechos probados. La valoración del Tribunal Supremo desembocó en una nueva valoración jurídica distinta a la de la Audiencia Nacional, sobre la actuación del acusado en el ejercicio de sus funciones de notario, a saber, su complicidad en un delito de estafa. En su sentencia condenatoria, el Tribunal Supremo aceptó los hechos probados por la Audiencia Nacional. Dejó no obstante sin efecto una conclusión de la sentencia *a quo*, según la cual no había sido suficientemente acreditado que el notario acusado hubiera previsto que su firma de las escrituras de venta causaría un perjuicio a los compradores. A su juicio, no se trataba de un hecho sino de un juicio sobre la culpabilidad del acusado, que, en consecuencia, estaba sujeto al control del Tribunal de casación. Sobre la base de este razonamiento, el Tribunal Supremo apreció la culpabilidad del acusado y calificó su actuación de complicidad en un delito de estafa. Consideró, a este respecto, que la firma de este último en las escrituras públicas denominadas «obligaciones hipotecarias al portador», autorizando la emisión de obligaciones, había hecho creer a los compradores que se trataba de un capital con garantía hipotecaria y que, por ello, las escrituras fueron inscritas en el Registro de la Propiedad tal como imponen los artículos 172 del Reglamento Notarial y 154 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, como señala el Tribunal Supremo, las escrituras no habían sido registradas y, en ciertos casos, incluso tampoco se había cumplido con la obligación de inscribir los bienes. Las obligaciones estaban pues desprovistas de cualquier garantía. Por tanto, el Tribunal Supremo consideró que el acusado había faltado a sus obligaciones como notario, ya que, con su firma, había autorizado la emisión de obligaciones no conformes a las exigencias legales en las que figuraba la denominación de «obligación hipotecaria al portador». Además, el acusado no sólo no había rechazado la demanda de autorización del documento de emisión de obligaciones sino que, astutamente, había indicado (según las palabras del Tribunal Supremo) que estas obligaciones se encontraban «garantizadas por una hipoteca constituida en la misma escritura pública». En opinión del Tribunal Supremo, esta actuación había provocado el engaño constitutivo del delito de estafa, el acusado era consciente de que la falta de respeto de sus deberes haría creer que el importe invertido podría ser recuperado en caso de

insolvencia de la entidad emisora. Por ello, forzosamente, el acusado debía conocer que era cómplice de un engaño generalizado.

En opinión del TEDH, el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de éste último, en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una voluntad fraudulenta (dolo eventual) en relación con las personas afectadas. Ahora bien, el Tribunal Supremo se pronunció sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos. Según el TEDH, el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. A este respecto, hay que constatar que, cuando la inferencia de un tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual), no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado en relación con los hechos que se le imputan. Ciertamente, el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado sobre la base de una inferencia a partir de los hechos acreditados por la instancia inferior (los documentos del expediente). Sin embargo, para llegar a esta inferencia, el Tribunal Supremo no ha oído al acusado, que no ha tenido la oportunidad (inexistente en el recurso de casación) de hacer valer ante el Tribunal las razones por las que negaba haber sido consciente de la ilegalidad de su actuación y tener una voluntad fraudulenta. Como consecuencia, el TEDH considera que las cuestiones que debía examinar el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio del acusado, o incluso del de otros testigos. El Tribunal concluye que el esposo de la demandante fue privado de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio.

Por consiguiente, el TEDH falla que ha habido violación del derecho a un proceso equitativo reconocido por el artículo 6.1 CEDH. El TEDH considera que no es necesario examinar separadamente la queja del artículo 6.2 CEDH y declara inadmisibles la queja del artículo 7 CEDH por estar manifiestamente mal fundada. El Tribunal concede a la demandante 8.000 euros por el daño moral y 5.000 euros por los gastos que le ha supuesto el procedimiento.

Asunto Alony Kate contra España (demanda 5612/08), sentencia de 17 de enero de 2012. Art. 6.1 del CEDH (derecho a un proceso equitativo).

En el marco de sucesivas investigaciones preliminares relacionadas con el terrorismo islamista, el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 autorizó escuchas telefónicas. El 17 de septiembre de 2003, el mismo Juzgado dictó un auto de procesamiento contra el demandante y otros individuos por delitos de pertenencia o colaboración con organización terrorista. El 15 de junio de 2004, acordó la conclusión del sumario y la elevación a juicio del asunto a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Mediante resolución de 19 de noviembre de 2004, la sección tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, compuesta por tres magistrados entre los cuales M. era la ponente, ordenó la prisión provisional del deman-

dante sin posibilidad de libertad bajo fianza. Tuvo en consideración los «hechos de apariencia delictiva que emanan de indicios racionales de criminalidad», así como el «riesgo de fuga» existente debido a «la naturaleza de los hechos, la gravedad de la pena susceptible de ser impuesta y del estado actual del procedimiento que hace presumir la pronta celebración de la vista». Además, la Sala estimó que la medida perseguía impedir «una posible reiteración continuada del delito». Esta resolución fue confirmada en súplica por un auto de 9 de diciembre de 2004 dictado por la misma composición de la sección tercera. Entre los miembros de la sala se encontraba la magistrada ponente M. El demandante solicitó la recusación de estos tres jueces, entre ellos M., en la medida en que habían ordenado y confirmado su prisión provisional. La sección segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional rechazó dicha solicitud.

Por una sentencia de 26 de septiembre de 2005 la sección tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional condenó al demandante a una pena de siete años de prisión por un delito de colaboración con organización terrorista. En cuanto a la incorporación a los autos de las cintas originales de las escuchas telefónicas, la Audiencia Nacional constató varias irregularidades. En estas circunstancias, el contenido de las conversaciones telefónicas intervenidas no podía ser utilizado como prueba de cargo, pero podían tenerse en cuenta como «medio de investigación y fuente de pruebas», lo que incluía las declaraciones realizadas durante la instrucción. En cuanto al demandante, la Audiencia Nacional señaló que había admitido en sus declaraciones durante la instrucción y el juicio oral, haber tenido contactos con ciertos miembros de Al-Qaida a través de los cuales había tenido durante su estancia en Afganistán una entrevista con Oussama Ben Laden. También había declarado haber ayudado a ciertos miembros de la organización a instalarse en España, y haber enviado dinero a uno de sus miembros en Afganistán.

El demandante recurrió en casación esta sentencia. Por una sentencia de 31 de mayo de 2006, el Tribunal Supremo desestimó el recurso. El Tribunal consideró, a diferencia de la Audiencia Nacional, que las cintas originales no podían ser utilizadas como prueba de cargo ni como medio de investigación y fuente de pruebas. Sin embargo, consideró que el hecho de que las escuchas estuvieran viciadas de nulidad no era un obstáculo para la utilización de las declaraciones de otros acusados, así como de las declaraciones del demandante ante el Juzgado Central de Instrucción, realizadas respetando todas las garantías constitucionales e incorporadas al juicio oral de modo contradictorio.

El demandante interpuso un recurso de amparo, que fue declarado inadmisibile por el Tribunal Constitucional por carecer manifiestamente de contenido constitucional.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 21 de enero de 2008. Invocando los artículos 6 y 8 (derecho al respeto de la vida privada y de la correspondencia) del CEDH, el demandante se quejaba principalmente de haber sido privado de su derecho a un tribunal imparcial y denunciaba la existencia de un vínculo de causalidad entre ciertas pruebas de cargo y las escuchas telefónicas declaradas ilegales.

Sobre la falta de imparcialidad de la Audiencia Nacional, el TEDH observa que la queja se refiere a que la magistrada ponente de la formación jurisdiccional de la Audiencia Nacional, compuesta por tres magistrados que condenaron al demandante, había sido antes miembro de la sala del mismo tribunal que decidió y confirmó la prisión provisional de este último. El

TEDH constata que la Sala de la Audiencia Nacional no se pronunció en apelación sobre un recurso contra las decisiones adoptadas por el Juez de Instrucción sino que resolvió directamente sobre la prisión provisional, modificando la situación del demandante, en perjuicio de éste (ver *Cardona Serrat contra España*, sentencia de 26 de octubre de 2010, en la Crónica de junio 2010-octubre 2010n ADC, 2011, I). Para el TEDH, los términos empleados por la Sala de la Audiencia Nacional podían hacer pensar al demandante que existía, a ojos de los magistrados de la Sala, indicios suficientes que permitían concluir que un delito había sido cometido y que era penalmente responsable del mismo. Así, el demandante podía razonablemente temer que la magistrada M. tenía una idea preconcebida sobre la cuestión que estaba llamada a resolver posteriormente como miembro de la formación de enjuiciamiento y ponente de esta última. El TEDH es de la opinión de que las dudas del demandante respecto a la imparcialidad objetiva de la Audiencia Nacional podían considerarse objetivamente justificadas. Por lo tanto, hubo violación del artículo 6.1 CEDH.

Sobre la utilización de elementos de prueba que tienen como origen las escuchas telefónicas declaradas ilegales, el TEDH observa que el demandante fue oído tanto por el Juzgado Central de Instrucción n.º 5 como por la Audiencia Nacional donde fue interrogado a propósito de su declaración realizada durante la instrucción. Según el Tribunal Supremo, en conformidad con la jurisprudencia constitucional en la materia, la declaración del demandante respetando todas las garantías constitucionales había roto cualquier vínculo de causalidad con las escuchas telefónicas ilegales. El TEDH concluye que la condena del demandante se produjo como consecuencia de un procedimiento contradictorio que no infringió el derecho del interesado a un proceso equitativo.

Por último, el TEDH declara inadmisibles las quejas relativas a la violación del artículo 8 CEDH, por estar manifiestamente mal fundadas. Recuerda que las escuchas fueron declaradas nulas por el Tribunal Supremo como consecuencia de defectos formales.

El TEDH concede al demandante 10.000 euros en concepto de daño moral y 6.000 por todos los gastos ocasionados.

Asunto Serrano Contreras contra España (demanda 49183/08), sentencia de 20 de marzo de 2012. Artículo 6.1 del CEDH (derecho a un proceso equitativo).

Por una sentencia dictada el 11 de noviembre de 2003, tras la celebración de un juicio oral en el que fueron oídos varios acusados, entre ellos el demandante, la Audiencia Provincial de Córdoba absolvió a este último, Presidente del Consejo Rector de una cooperativa agrícola, por los delitos de estafa y de falsedad de los que era acusado en relación con la comercialización de una nueva variedad de semillas de trigo. La Audiencia Provincial constató la inexistencia de ánimo defraudatorio en el comportamiento del demandante, en la medida en que no resultaba acreditado que el demandante hubiera querido engañar a los compradores proponiéndoles una variedad de semillas que no correspondía con la que figuraba en la etiqueta. La Audiencia indicó que la sentencia se había dictado fuera del plazo legalmente previsto, debido a la complejidad del asunto y a su carga de trabajo.

Las partes acusadoras recurrieron en casación con fundamento en el artículo 849. 1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Mediante senten-

cia de 14 de octubre de 2005, dictada sin que se hubiera celebrado una vista pública, el Tribunal Supremo estimó el recurso. Por una parte, consideró, a la luz de las pruebas documentales practicadas en el procedimiento ante la Audiencia, que las etiquetas eran efectivamente engañosas en tanto que hacían creer a los agricultores interesados que utilizaban semillas certificadas cuando no lo eran. Por otra parte, consideró que, en la medida en que dichas etiquetas contenían una información inexacta sobre las semillas comercializadas, quedaba probado el delito de falsedad. En opinión del Tribunal Supremo, los únicos elementos de prueba válidos eran los obtenidos en el marco de las dos comisiones rogatorias remitidas a las autoridades italianas por el Juez de Instrucción n.º 2 de Montilla. El Tribunal Supremo reconoció que la Audiencia no había mencionado estos informes en su sentencia. Sin embargo, consideró que la validez de éstos no podía ponerse en entredicho en la medida en que se trataba de una prueba preconstituida, practicada ante la autoridad judicial italiana competente a través de la comisión rogatoria remitida por el Juez español a sus homólogos italianos. Por lo demás, el Tribunal Supremo destacó que las partes habían tenido conocimiento de estos informes y que no habían pedido que sus autores estuvieran presentes durante el juicio oral ante la Audiencia Provincial.

Por una segunda sentencia, de 14 de octubre de 2005, el Tribunal Supremo condenó al demandante a una pena de cuatro años de prisión por los delitos de estafa y falsedad. Modificó parcialmente los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial. En particular, indicó que las etiquetas controvertidas no coincidían con el producto real que las mismas supuestamente identificaban, lo que era conocido por todas las personas implicadas en la operación. Por otra parte, consideró que el demandante era una de las personas que habían concebido la trama delictiva.

El recurso de amparo interpuesto por el demandante fue declarado inadmisibile por el Tribunal Constitucional en fecha de 10 de marzo de 2008, por carecer de contenido constitucional.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 29 de septiembre de 2008. Invocando el artículo 6 CEDH, el demandante se quejaba de haber sido condenado por el Tribunal Supremo sin que se hubiera celebrado una vista pública. El demandante se quejaba también de la duración total del procedimiento.

El TEDH destaca, en primer lugar, que la presente demanda está fundada en la misma problemática que la expuesta en la sentencia *Lacadena Calero contra España* (ver esta Crónica). Tiene en cuenta, no obstante, que ambos asuntos presentan algunas diferencias (error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso de casación y ausencia de celebración de vista en el presente asunto).

En su sentencia de condena, el Tribunal Supremo dijo que procedía atenerse a los hechos declarados probados por la Audiencia, excepto en lo que respecta a las conclusiones, por un lado, sobre la falta de conformidad de las etiquetas y, por otro lado, en cuanto al hecho de que el demandante estaba informado de la falsedad en cuestión y del conjunto de la trama delictiva. Sobre la base de este razonamiento, el Tribunal Supremo apreció la culpabilidad del acusado y calificó su comportamiento como constitutivo de los delitos anteriormente mencionados. El TEDH considera pertinente destacar que, para llegar a esa conclusión, el Tribunal de casación se basó, entre otras cosas, en un elemento de prueba que no se había examinado durante el juicio oral ante la Audiencia Provincial, en concreto los informes redactados en el marco de las comisiones rogatorias remitidas por el Juez de instruc-

ción encargado del asunto. Por lo tanto, las partes no tuvieron la ocasión de examinar estos informes de acuerdo con los principios de inmediación y contradicción. El hecho de que el Tribunal Supremo haya tenido en cuenta un medio de prueba que no había sido examinado por el tribunal *a quo* y que se convirtió en determinante para el establecimiento de la culpabilidad del demandante privó a éste de la posibilidad de defenderse frente al mismo. A ello se añade el hecho de que el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva interpretación jurídica del comportamiento del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que le concernían, en particular su conocimiento de la irregularidad de las operaciones comerciales y de la falta de coincidencia entre las semillas reales y las etiquetas que supuestamente las identificaban. Este elemento subjetivo fue decisivo para determinar la culpabilidad del acusado. El Tribunal Supremo concluyó que existía esa intencionalidad del demandante, y ello sin haber procedido a la valoración directa del testimonio del demandante, contradiciendo las conclusiones del tribunal de instancia, que había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos. Ciertamente, el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado en virtud de una inferencia extraída de los hechos probados por la instancia inferior (entre ellos los documentos obrantes en autos). Sin embargo, el Tribunal Supremo extrajo esta deducción sin haber oído al acusado, que de este modo no tuvo la oportunidad de exponer ante el Tribunal las razones por las cuales negaba tanto haber sido consciente de la ilegalidad de su comportamiento como tener una intención fraudulenta. El TEDH tiene en cuenta a este respecto que esta oportunidad no está prevista para el recurso de casación.

A la vista del conjunto de las circunstancias del caso, el TEDH considera que el demandante se vio privado del derecho a defenderse en el marco de un procedimiento contradictorio, vulnerándose así su derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio.

Asimismo, el TEDH concluye que se vulneró el derecho del demandante a un proceso equitativo en un «plazo razonable» (artículo 6.1 CEDH), en la medida en que el procedimiento duró más de once años para tres niveles de jurisdicción.

El TEDH condena al Estado a pagar al demandante 13.000 euros por daño moral y 5.000 euros por gastos.

Asunto Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz contra España (demanda 30141/09), decisión de inadmisibilidad de 27 de marzo de 2012.

Artículos 2 (derecho a la vida) y 3 (prohibición de tratos inhumanos y degradantes) del CEDH.

En julio de 1936, Luis Dorado Luque, abuelo del primer demandante y padre de la segunda demandante, y miembro del Parlamento español perteneciente al PSOE, fue detenido por miembros del Ejército en circunstancias que no han sido esclarecidas. Fue trasladado al cuartel de San Rafael en Córdoba. A primeros de agosto de 1936 apareció un cadáver con documentación a nombre de Luis Dorado Luque en los bolsillos. La autopsia estableció que había muerto «como resultado de heridas de bala con heridas graves en el cerebro y el hígado». Sin embargo, el Juez del Registro Civil decidió que no había suficientes pruebas para concluir que el cuerpo correspondía al de Luis Dorado Luque y practicó una inscripción en el Registro Civil de Córdoba del fallecimiento de un varón desconocido.

En 1981, la esposa del desaparecido inició un procedimiento voluntario para la declaración de fallecimiento. El 10 de marzo de 1993, el Juzgado de primera instancia n.º 1 de Málaga, tras confirmar que Luis Dorado Luque había desaparecido y que su destino era desconocido, ordenó la inscripción de su fallecimiento en el Registro Civil, con fecha de 30 de julio de 1936. La viuda del fallecido obtuvo el derecho a percibir una pensión de viudedad.

El 22 de mayo de 2006, la segunda demandante e hija de Luis Dorado Luque, presentó una denuncia penal ante el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Córdoba, por el secuestro y posible asesinato de su padre en 1936, calificándolos como crímenes de guerra imprescriptibles. El Juez de Instrucción rechazó la denuncia, señalando que los hechos debían ser calificados como supuesto asesinato, sujeto a un plazo de prescripción de 20 años por el Código Penal. La Audiencia Provincial confirmó esta resolución. El recurso de amparo interpuesto por la segunda demandante contra esta resolución fue declarado inadmisibles, por carecer de relevancia constitucional.

El 14 de diciembre de 2006, la segunda demandante, junto con varias asociaciones de víctimas, presentó una denuncia ante la Audiencia Nacional en Madrid, por desapariciones forzadas sistemáticas. El 16 de octubre de 2008, el Juez Central de Instrucción n.º 5 dictó un auto aceptando la competencia, en la medida en que se trataba de delitos contra las altas instituciones del Estado y la forma de Gobierno (rebelión militar y posteriores desapariciones forzadas). El Juez aludió a la posibilidad de que los hechos constituyeran delitos contra la humanidad, refiriéndose también a su carácter continuado, debido a la falta de información sobre el paradero de los desaparecidos. El 18 de noviembre de 2008, el Juez Central de Instrucción n.º 5 dictó una nueva resolución declinando su jurisdicción y emplazando a los denunciados para que prosiguieran su proceso ante los Juzgados provinciales competentes contra otros posibles sospechosos. Tras recibir documentos que probaban el fallecimiento de todos los sospechosos (incluido Francisco Franco), declaró extinguida la responsabilidad penal de éstos.

El 2 de diciembre de 2008, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró su falta de competencia para conocer de estos delitos, estableciendo que el delito de rebelión militar nunca había sido de su competencia.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 1 de junio de 2009. Los demandantes se quejaban de la falta de información oficial y de la ausencia de una investigación sobre la desaparición y posible muerte de su abuelo y padre. También denunciaban los obstáculos al proceso de exhumación de los restos de su pariente. Invocaban los artículos 2, 3, 5 (derecho a la libertad), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del CEDH.

El TEDH recuerda en primer lugar que el CEDH no vincula a ningún Estado contratante en relación con cualquier acto u omisión ocurridos antes de la fecha de entrada en vigor del mismo para dicho Estado. Partiendo de la hipótesis de que la muerte de Luis Dorado Luque tuvo lugar en julio de 1936, el TEDH observa que el CEDH entró en vigor para España el 4 de octubre de 1979. Por lo tanto, el fallecimiento de la víctima queda fuera de la jurisdicción temporal del TEDH. En lo que se refiere a la vertiente procesal del artículo 2 CEDH, por la ineficacia de la investigación de la muerte del pariente de los demandantes, el TEDH señala que la obligación procesal constituye un deber autónomo y separado, capaz de vincular al Estado incluso cuando la muerte tuvo lugar antes de la entrada en vigor del CEDH (*Silih contra Eslo-*

venia, sentencia de 9 de abril de 2009). Ahora bien, para que dicha obligación sea aplicable, debe existir un vínculo entre la muerte y la entrada en vigor del Convenio para el Estado demandado. En el presente caso, la queja procesal se refiere a un hecho acontecido catorce años antes de la adopción del Convenio de 1950 y cuarenta y tres años antes de su ratificación por parte de España. En estas circunstancias, el TEDH considera que es difícil concluir que haya un verdadero vínculo entre la muerte sospechosa (1936) y la entrada en vigor del CEDH para España (1979).

En segundo lugar, el TEDH procede a examinar la segunda hipótesis planteada por los demandantes, según la cual se trataría de un caso de desaparición forzosa de carácter continuada y que por tanto entraría dentro de la competencia temporal del Tribunal. Incluso asumiendo esta hipótesis, el TEDH considera que la queja es inadmisibles por haber sido presentada fuera de plazo. El TEDH recuerda que los demandantes no pueden esperar indefinidamente antes de presentar una demanda por desapariciones forzosas, y que lo deben hacer sin una indebida dilación (sentencia *Varnava y otros contra Turquía*, de 18 de septiembre de 2009). En el presente caso, el Tribunal es consciente de las dificultades para presentar las quejas ante tribunales nacionales, teniendo en cuenta la Ley de Amnistía de 1977, pero ello no eximía a los demandantes del deber de actuar con la debida diligencia para presentar su caso ante el TEDH sin dilaciones indebidas. Teniendo en cuenta que en los años posteriores a la entrada en vigor del derecho de demanda individual para España (1 de julio de 1981) no hubo ninguna investigación oficial sobre la desaparición, debió haber sido evidente para los demandantes que no había ninguna esperanza realista de que en un futuro cercano progresara la localización del paradero de su pariente. Sin embargo, hasta el año 2006 la segunda demandante no presentó una denuncia penal ante los tribunales nacionales, y la demanda ante el TEDH no se ha presentado hasta el 1 de junio de 2009, es decir, casi veintiocho años después de que el derecho de demanda individual ante el TEDH pudiera ser ejercido, y setenta y tres años después de la desaparición. Por lo tanto, el TEDH concluye que los demandantes no mostraron la debida diligencia para cumplir con los requisitos que se derivan de su jurisprudencia en materia de desapariciones. El Tribunal, por mayoría, declara la demanda inadmisibles (también el resto de quejas, artículos 3, 5, 8 y 13 CEDH).

Asunto Manzanos Martín contra España (demanda 17966/10), sentencia de 3 de abril de 2012. Artículo 1 del Protocolo núm. 1 (derecho al respeto de los bienes) y artículo 14 del CEDH (principio de no discriminación).

Entre el 1 de noviembre de 1952 y el 30 de junio de 1991, el demandante ejerció como pastor de la Iglesia evangélica hasta el momento en que alcanzó la edad de la jubilación. Durante estos años, percibió una remuneración pagada por la Iglesia evangélica. Ésta no pagó cotizaciones a la Seguridad Social en nombre del demandante, dado que dicha posibilidad no estaba prevista por la legislación vigente. El demandante solicitó la concesión de una pensión de jubilación al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Por una decisión del 26 de octubre de 2004, el INSS rechazó la solicitud del demandante, porque no había alcanzado el período mínimo de cotización requerida para tener derecho a una pensión de jubilación, a saber 15 años.

El demandante inició un procedimiento ante la jurisdicción social contra el INSS, solicitando el reconocimiento de una pensión de jubilación. Alegó haber sido objeto de una discriminación en la medida en que la legislación vigente permitía a los sacerdotes católicos percibir una pensión de jubilación, ya que estaban vinculados al Régimen general de la Seguridad Social. Por una sentencia de 12 de diciembre de 2005, el Juez de los Social n.º 33 de Barcelona estimó las pretensiones del demandante y condenó al INSS a pagarle una pensión de jubilación. Analizando la evolución de la legislación aplicable en la materia, el Juez consideró que el legislador había concedido un trato de favor a los sacerdotes católicos frente a los pastores evangélicos, lo que era contrario al carácter aconfesional del Estado establecido por la Constitución de 1978. El Juez puso de relieve que, incluso antes de la promulgación de la Constitución, el primer apartado del artículo 1 del Real Decreto 2398/1977, de 27 de agosto de 1977, ya había establecido que los sacerdotes y los Ministros de Culto de todas las Iglesias y confesiones religiosas inscritas en el registro del Ministerio de Interior debían ser asimilados a trabajadores asalariados y afiliados al Régimen general de la Seguridad Social. El Juez señaló que la integración de los pastores evangélicos se efectuó veintidós años más tarde que la integración de los sacerdotes católicos, mediante el Real Decreto 369/1999, de 5 de marzo de 1999, sin incluir la posibilidad de completar el período mínimo de cotización exigido para tener derecho a una pensión de jubilación, en las mismas condiciones que podían hacerlo los sacerdotes católicos. Por lo tanto, para proteger los derechos fundamentales del demandante, el Juez consideró que las disposiciones aplicadas a los sacerdotes católicos y, en particular, los Reales Decretos 487/1998 y 2665/1998 podían aplicarse al demandante por analogía, permitiéndole así completar el período mínimo de cotización con sus años de ministerio pastoral, a condición de pagar el capital correspondiente a los años de cotización así reconocidos. Reconoció una pensión de jubilación al demandante, con efectos a partir del 22 de julio de 2004, sobre la base de 398,44 euros mensuales.

Contra esta sentencia, el INSS interpuso recurso. Por una sentencia de 26 de julio de 2007, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó la sentencia de primera instancia. El Tribunal señaló que la inclusión de los pastores evangélicos en el Régimen general de la Seguridad Social fue establecida por la Ley 24/1992, de 10 de octubre de 1992, que aprobaba el Acuerdo de cooperación entre el Estado y la Federación de entidades religiosas evangélicas de España (FEREDE). El derecho de los pastores evangélicos a contribuir y percibir las prestaciones pertinentes había nacido, por tanto, con esta ley y las condiciones concretas de la integración de éstos al Régimen general de la Seguridad Social fueron fijadas por el Real Decreto 369/1999. En este caso concreto, el Tribunal constató que el demandante había alcanzado la edad de jubilación en 1991, antes de la entrada en vigor de la Ley 24/1992, que le habría permitido contribuir a la Seguridad Social para obtener el reconocimiento del derecho a una pensión. Al efecto, consideró que el hecho de que los años anteriores de actividad pastoral del demandante no pudieran tenerse en cuenta no era debido a la inactividad del Estado, sino a la ausencia de legislación por la falta de acuerdo entre el Estado y los distintos cultos evangélicos.

El demandante interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por una resolución notificada el 29 de septiembre de 2009, la alta juris-

dición declaró el recurso inadmisibles por carecer de especial trascendencia constitucional.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 26 de marzo de 2010. Invocando los artículos 9 (libertad de religión) y 14 del CEDH y 1 del Protocolo núm. 1, el demandante se quejaba de la denegación de la pensión de jubilación y de un trato discriminatorio respecto de los sacerdotes católicos.

El TEDH examina el asunto desde el punto de vista del artículo 14 CEDH en combinación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1. En primer lugar, el Tribunal constata que, antes incluso de la promulgación de la Constitución de 1978, el Real Decreto 2398/1977 ya había previsto que los sacerdotes y los ministros de culto de todas las Iglesias y confesiones religiosas inscritas en el registro del Ministerio de Interior fuera asimilados a trabajadores asalariados e integrados en el Régimen general de la Seguridad Social. La integración de los sacerdotes católicos se efectuó de manera inmediata. La integración de los pastores evangélicos se efectuó veintidós años más tarde en 1999, tras la celebración en 1992 del Acuerdo de cooperación entre el Estado y la FEREDE. El Tribunal constata que, efectivamente, el legislador español tardó mucho en integrar a los pastores evangélicos en el Régimen general de la Seguridad Social, y reconocer así su derecho a percibir las mismas prestaciones que los sacerdotes católicos. Sobre este aspecto, el TEDH considera que la integración de los ministros de culto al Régimen general de la Seguridad Social en momentos diferentes responde a razones objetivas y no discriminatorias y recuerda que el Estado dispone de un amplio margen de apreciación para introducir de manera progresiva la plena igualdad de las personas en el sistema de pensiones.

Ahora bien, la denegación del reconocimiento al demandante del derecho a percibir una pensión de jubilación y a completar a tal efecto los años de cotización que le faltan constituye una diferencia de trato con relación al otorgado por la ley a la situación en la que se encuentran los sacerdotes y antiguos sacerdotes católicos, que parece similar con la única diferencia de la confesión religiosa a la cual pertenecen. En efecto, la legislación española ha previsto, por distintas vías, que los sacerdotes católicos que habían desarrollado una actividad pastoral antes de su integración al Régimen de la Seguridad Social puedan, contrariamente a lo que ocurre en el caso de los pastores evangélicos, computar sus años de ministerio religioso a efectos del cálculo de su pensión de jubilación.

Ninguna de estas posibilidades ofrecidas a los sacerdotes católicos para que sean computados, a efectos de pensión de jubilación, los años anteriores a su integración al régimen de la Seguridad Social se concede a los pastores evangélicos en la legislación española. El Tribunal considera, por lo tanto, probado, habida cuenta de las circunstancias del caso, que esta diferencia normativa desfavorable constituye una diferencia de trato al demandante, basada en la confesión religiosa, no justificada en relación al trato reservado a los sacerdotes católicos. El Tribunal aprecia efectivamente una desproporción en el hecho de que el Estado español, que había reconocido en 1977 la integración de los Ministros de Iglesias y confesiones religiosas distintas a la católica en el Régimen general de la Seguridad Social, no esté dispuesto a reconocer, pese a la integración de los pastores evangélicos efectuada veintidós años más tarde, los efectos de tal integración en cuanto a la pensión de jubilación en las mismas condiciones que los previstos para los sacerdotes católicos, en particular, por lo que se refiere a la posibilidad de completar las anualidades que faltan para alcanzar el período mínimo de cotización

mediante el pago por el demandante del capital que corresponda a los años de cotización reconocidos. Si bien las razones del retraso en la integración de los pastores evangélicos al Régimen general de la Seguridad Social entran dentro del margen de apreciación del Estado, el Gobierno no justifica, sin embargo, las razones por las cuales, una vez efectuada dicha integración, se mantuvo una diferencia de trato entre situaciones similares, basada solamente en razones de confesión religiosa. Por consiguiente, el TEDH considera que hubo en el presente caso una vulneración del artículo 14 CEDH en combinación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1.

El TEDH reserva la cuestión del daño material solicitado por el demandante, a la vista de un posible acuerdo amistoso entre las partes. Concede al demandante 3.000 euros por el daño moral sufrido y 6.000 euros por los gastos ocasionados por el procedimiento.

Asunto G. L. contra España (demanda 39341/11), decisión de inadmisibilidad de 3 de abril de 2012. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

El 7 de noviembre de 2002, la demandante (de nacionalidad rumana) dio a luz a una niña en un hospital de Madrid. Al día siguiente, firmó un documento por el que prestaba su consentimiento a la tutela de su hija en vistas de su futura adopción. El 11 de noviembre de 2002, el Instituto madrileño del menor declaró la constitución de la tutela de la menor tras el consentimiento libre y voluntario de la madre. Esta decisión fue notificada a la demandante. En el marco del procedimiento de adopción, mediante decisión de 11 de marzo de 2003, el Juez de primera instancia n.º 22 de Madrid citó a la demandante para el día 23 de abril de 2003. El 24 de noviembre de 2003, el Juez declaró la constitución de la adopción.

El 14 de octubre de 2008, la demandante se opuso a la adopción y solicitó el restablecimiento de todos sus derechos sobre su hija, quejándose en particular de no haber sido debidamente informada de las consecuencias de los documentos que había firmado y alegando un estado de debilidad psicológica después del parto así como dificultades para comprender la lengua española. Tras presentar sin éxito sus reclamaciones ante el Instituto madrileño del menor y otras instancias administrativas, la demandante solicitó la nulidad del procedimiento de adopción ante el Juez de primera instancia número 22 de Madrid. La demandante contestaba la validez de su consentimiento, en la medida en que fue otorgado horas después del parto, en contra de lo que establece el artículo 177.2 del Código Civil (plazo de treinta días durante el cual la madre no puede dar su consentimiento). Mediante decisión de 16 de diciembre de 2009, el Juez rechazó dicha solicitud, señalando que el plazo de dos años para solicitar la extinción de la adopción (previsto en el artículo 180.2 del Código Civil) ya había transcurrido. Dicha decisión fue confirmada por la Audiencia Provincial de Madrid. El recurso de amparo de la demandante ante el Tribunal Constitucional fue declarado inadmisibile por una decisión notificada el 18 de marzo de 2011, por falta de relevancia constitucional.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 10 de junio de 2011. La demandante se quejaba de no haber sido citada en el procedimiento de adopción y de que su consentimiento el día después del parto no fue válido, debido a las dificultades de comprensión de la lengua y al incumplimiento del plazo de treinta días previsto por la ley. Invocaba los artículos 8 y 6.1 (derecho a un proceso equitativo) del CEDH.

El TEDH examina el asunto desde la perspectiva del artículo 8 del CEDH, que exige que el proceso decisorio por el que se adoptan medidas de injerencia sea equitativo y respete debidamente los intereses protegidos por esta disposición. El Tribunal observa que la demanda de nulidad del procedimiento de adopción fue rechazada por los tribunales españoles por haber sido presentada fuera de plazo. La demandante, que ha vivido en España durante todo este tiempo y está casada con un ciudadano español desde 2004, no ha explicado por qué no se opuso a la adopción con anterioridad, dentro del plazo legal. Además, la demandante no pidió ver a su hija después del parto ni solicitó la suspensión del procedimiento de tutela. En cuanto a las irregularidades procesales denunciadas, el TEDH observa que los tribunales realizaron las notificaciones necesarias a la demandante, que en ningún momento se ha quejado de la inexactitud del domicilio al que se le enviaron las notificaciones. En cuanto al no respeto de los plazos legales para dar el consentimiento a la tutela, el Tribunal considera que, aunque esta alegación parece fundada, ello no puede justificar un período de cinco años antes de que la demandante presentara la solicitud de extinción de la adopción. Por todos estos motivos, el TEDH declara inadmisibles las demandas al estar manifiestamente mal fundadas.

Asunto K.A.B. contra España (demanda 59819/08), sentencia de 10 de abril de 2012. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

El demandante, de nacionalidad nigeriana, inmigró a España (Murcia) con su compañera, C., nacional nigeriana, y su hijo, O., nacido el 7 de septiembre de 2000. El 17 de octubre de 2001, se acordó la expulsión de C. fuera del territorio español y la prohibición de entrada por un período de diez años. El abogado del demandante puso en conocimiento del Juez el hecho de que C. era la madre de un niño de un año, con el fin de evitar su expulsión. El 24 de octubre de 2001, se efectuó la expulsión. El demandante afirma que durante este tiempo se encontraba en Barcelona por razones de trabajo y que había confiado el niño a los cuidados de una pareja de amigos que residían en Murcia.

El 16 de noviembre de 2001, el Servicio de protección de menores consideró a O. en situación de abandono, decidió asumir la tutela y concedió la guarda delegada del menor a la familia a quien había sido confiado. El 29 de noviembre de 2001, el Servicio de protección de menores decidió poner fin a la delegación de la guarda del niño en la pareja española a la que se había confiado *de facto* y alojar al niño en la Fundación *Cardenal Belluga*, centro de acogida para menores de la Comunidad Autónoma de Murcia. Al día siguiente, el demandante se presentó al Servicio de protección de menores, alegando que era el padre biológico de O. y mostrando su desacuerdo con la decisión de alojarlo en un centro de acogida. Manifestó también su intención de realizar un test de paternidad. En enero de 2002, la directora del centro de acogida acudió con el niño a un laboratorio para realizar el test, pero este no pudo realizarse al no abonar el demandante el importe de 1.202 euros exigido para financiar las pruebas.

Por una resolución del 26 de mayo de 2003, y ante la incomparecencia de la madre biológica, el Juez de Familia n.º 3 decidió la entrega del niño a una familia de acogida. El procedimiento de adopción del niño fue suspendido debido a la introducción por parte del demandante de una demanda de reconocimiento de paternidad el 20 de noviembre de 2004. Después de haber

obtenido el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial en noviembre de 2005 (sobre la base de los resultados de la prueba de paternidad), el demandante presentó una demanda de oposición a la adopción, haciendo valer la necesidad del previo consentimiento del padre. Mediante sentencia de 13 de julio de 2006, el Juez de Familia n.º 3 de Murcia rechazó la demanda, porque, a pesar de su condición de padre biológico de O., su consentimiento para la adopción no era preceptivo: en la medida en que había incurrido en una de las causas de privación de la autoridad parental, era suficiente con que fuera oído. El Juez consideró que en el momento en que los servicios sociales se hicieron cargo del niño, el demandante incumplía los deberes inherentes a la autoridad parental, que es una de las situaciones previstas por el Código Civil para poder privar a los padres biológicos del ejercicio de esta autoridad. Decidió que no había lugar a proceder a la reagrupación del demandante con O., pues tal actuación no tenía garantías objetivas de éxito, y el niño se encontraba en ese momento plenamente integrado en su familia de acogida.

Esta sentencia fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial de Murcia en fecha de 26 de febrero de 2007. La Audiencia Provincial consideró que los hechos del caso eran concluyentes por lo que se refiere a la falta de interés del demandante. El recurso de amparo interpuesto contra esta decisión fue declarado inadmisibile por el Tribunal Constitucional por carecer de relevancia constitucional.

Paralelamente, por una resolución de 25 de abril de 2007, el Juez de Familia n.º 3 de Murcia alzó la suspensión del procedimiento de adopción y autorizó la adopción del niño por los padres de acogida.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 1 de diciembre de 2008. Invocando los artículos 6 y 8 del CEDH, el demandante se quejaba de haber sido privado de todo contacto con su hijo, así como de no haber sido informado ni de la propuesta de adopción ni de la falta de financiación de la prueba de paternidad por la Administración.

El TEDH examina el asunto desde la perspectiva del artículo 8 CEDH, que exige que el proceso decisorio por el que se adoptan medidas de injerencia sea equitativo y respete debidamente los intereses protegidos por esta disposición. El Tribunal no excluye que la intención del demandante de restablecer el contacto con su hijo biológico esté protegida por la noción de «vida familiar». En cualquier caso, la cuestión se refiere a una parte importante de la identidad personal del demandante y se incluye también dentro de su «vida privada» en el sentido del artículo 8 del CEDH. Las resoluciones de los órganos jurisdiccionales internos que rechazaron todo contacto y toda posibilidad de reagrupación con su hijo constituyeron, por tanto, una injerencia, al menos, en su derecho al respeto de su vida privada.

El TEDH recuerda su jurisprudencia sobre las obligaciones positivas derivadas del artículo 8 del CEDH. En lo que se refiere al acceso a un tribunal en el marco del proceso de adopción, el TEDH destaca que el demandante pudo iniciar un procedimiento de oposición a la adopción en el curso del cual se celebró una vista. Desestimada la pretensión del demandante, interpuso los recursos que consideró pertinentes. Sólo en este momento es cuando se alza la suspensión del procedimiento de adopción y se acuerda la adopción del niño por los padres de acogida. Habida cuenta de lo que precede, el TEDH considera que durante el procedimiento ante los Jueces de Familia y la Audiencia Provincial, el demandante tuvo la posibilidad de presentar todos los argumentos en favor de su causa y tuvo acceso a la información pertinen-

te en la que los tribunales nacionales basaron su resolución en el marco de un procedimiento en el que estuvo representado por un abogado. No aprecia, en consecuencia, ningún incumplimiento imputable a los órganos jurisdiccionales internos en este aspecto.

No obstante, el TEDH considera que la actitud de las autoridades contribuyó de manera decisiva a la ausencia de toda posibilidad de reagrupación familiar entre el demandante y su hijo. En primer lugar, el menor, entre la expulsión de C. y la declaración de la situación de abandono el 16 de noviembre de 2001, permaneció en una situación de vacío legal durante casi un mes, lo que resulta particularmente grave habida cuenta la edad del niño. La situación de abandono fue causada, al menos parcialmente, por la propia Administración, debido a la expulsión de C. del territorio nacional sin efectuar comprobaciones previas y omitiendo tener en cuenta la información facilitada al Juez sobre la existencia de su hijo. Además, no se ha dado ninguna explicación que justifique la urgencia de dicha expulsión.

En segundo lugar, la sentencia de 13 de julio de 2006 sostuvo que el propio demandante había causado la situación de abandono del niño, en particular, por su supuesta falta de interés en la reclamación de paternidad. El TEDH observa al respecto que el demandante no fue informado del pago que debía efectuar para realizar el test de paternidad, así como que el Servicio de protección de menores tampoco le informó de la posibilidad de que estas pruebas podían realizarse en el marco del beneficio de justicia gratuita, a la que habría podido tener acceso. Cuando el demandante vio reconocida su paternidad extramatrimonial, por sentencia de 26 de mayo de 2005, habían pasado ya tres años y medio desde la asunción de la tutela de O. por la Administración, y casi dos años y medio desde la entrega efectiva de O. a una familia en acogida pre-adoptiva.

En definitiva, el paso del tiempo, a consecuencia de la inercia de la Administración, la expulsión de C. sin tener las precauciones necesarias, la falta de apoyo y asistencia al demandante en un primer momento cuando su situación social y financiera era más vulnerable, así como la ausencia de ponderación de las resoluciones dictadas por las jurisdicciones internas en cuanto a la imputación de responsabilidades en la situación de abandono del menor y la conclusión sobre la falta de interés del demandante por su hijo, han contribuido de manera decisiva a la ausencia de toda posibilidad de reagrupación familiar entre el demandante y su hijo. El TEDH concluye que las autoridades nacionales no desplegaron los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho del demandante a la reagrupación con su hijo, ignorando así el derecho al respeto de su vida privada. Falla, por seis votos contra uno, que ha habido vulneración del artículo 8 CEDH.

El TEDH condena a España a pagar al demandante 8.000 euros en concepto de daño moral. Se adjunta a la sentencia la opinión discrepante del Juez Myjer.

Asunto Fernández Martínez contra España (demanda 56030/07), sentencia de 15 de mayo de 2012. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada).

El demandante se ordenó cura en 1961 y en 1984 pidió una dispensa de la obligación de celibato, concedida trece años después. Se casó por lo civil en 1985 y tuvo cinco hijos. El demandante fue profesor de religión en un instituto público desde octubre de 1991, sobre la base de contratos anuales

renovados todos los años con el acuerdo del obispo de Cartagena, de acuerdo con lo que establece el Concordato de 1979 entre España y la Santa Sede.

En noviembre de 1996 apareció en el periódico *La Verdad* de Murcia un artículo sobre el movimiento Pro Celibato Opcional de los curas, del que el demandante era miembro. El artículo incluía una fotografía en la que aparecía el demandante acudiendo a una de las reuniones del movimiento, acompañado de su esposa y de sus cinco hijos. El artículo reproducía las declaraciones de algunos participantes en el encuentro, reclamando a las autoridades eclesiásticas el celibato opcional y la democracia dentro de la Iglesia. También mostraban su desacuerdo con las posiciones oficiales de la Iglesia en temas como el aborto, el divorcio, la sexualidad y la contracepción.

El 15 de septiembre de 1997, el Vaticano notificó al demandante su acuerdo para la dispensa del celibato. El documento precisaba que los individuos que se beneficiasen de esta dispensa no podían enseñar la religión católica en los centros públicos, a menos que el obispo decidiera lo contrario, «en función de sus criterios y bajo reserva de que no hubiera escándalo».

El 29 de septiembre de 1997, el obispo de Cartagena informó al Ministerio de Educación su intención de no aprobar la renovación del contrato del demandante para el curso escolar 1997-1998. El Ministerio le notificó la decisión con efectos a partir del 29 de septiembre de 1997. El demandante presentó una demanda ante el Juez de lo social n.º 3 de Murcia. El Juez consideró que el demandante había sido discriminado por razón de su estado civil y de su pertenencia al movimiento Pro Celibato Opcional. El Juez anuló el despido y ordenó la readmisión del demandante en su puesto de trabajo.

El Ministerio de Educación y el obispo presentaron un recurso de suplicación. El Tribunal Superior de Justicia de Murcia analizó la relación de confianza entre el profesor y el obispado y recordó las prerrogativas de éste según el derecho canónico: asegurarse que las personas que ejercen las funciones del demandante lo hagan con discreción, evitando que su situación personal provoque un escándalo. El Tribunal consideró que la no renovación del contrato temporal era proporcional al fin perseguido. El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El 4 de junio de 2007, el Alto Tribunal rechazó el recurso, al estimar que las razones de la no renovación del contrato eran de naturaleza estrictamente religiosa y que dicha medida se justificaba por el ejercicio legítimo de la Iglesia católica de la libertad religiosa en su dimensión colectiva o comunitaria.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 11 de diciembre de 2007. Invocando el artículo 8 del CEDH, el demandante se quejaba de la no renovación de su contrato por razón de su situación personal, lo que había supuesto una vulneración de su derecho a la vida privada y familiar. Invocando los artículos 10 y 14 del CEDH, denunciaba un trato discriminatorio y alegaba que el hecho de hacer pública su condición de cura casado y con hijos formaba parte de su libertad de expresión. El demandante también se quejaba, refiriéndose al artículo 6.1 CEDH (derecho a un proceso equitativo y a un tribunal imparcial), de la falta de imparcialidad de dos magistrados del Tribunal Constitucional.

El TEDH considera, en primer lugar, que la no renovación del contrato del demandante afectó la posibilidad de ejercer una actividad profesional y tuvo consecuencias sobre el ejercicio de su derecho al respeto de la «vida privada» en el sentido del artículo 8 CEDH. Una vez establecida la aplicabilidad del artículo 8 CEDH, el Tribunal procede a examinar si el Estado estaba obligado, en el marco de sus obligaciones positivas derivadas del artículo 8, a

defender el derecho del demandante al respeto de su vida privada frente al derecho de la Iglesia católica a no renovar su contrato. Para ello, el Tribunal analiza la ponderación efectuada por los tribunales nacionales del derecho del demandante y de los derechos de la Iglesia protegidos por los artículos 9 y 11 del CEDH. Pone de relieve que el caso del demandante se diferencia de otros asuntos anteriores (*Schiith y Obst contra Alemania*), en la medida en que en estos casos las personas afectadas por el despido o la no renovación del contrato eran laicos, mientras que el demandante era un cura secularizado. El TEDH considera que los motivos de la no renovación del contrato eran de «naturaleza estrictamente religiosa», lo que le impide ir más lejos en el examen de la proporcionalidad de esta medida, debido a las exigencias de los principios de libertad religiosa y de neutralidad. Su rol se limita a verificar que los principios fundamentales del ordenamiento jurídico interno o de la dignidad del demandante no hayan sido puestos en tela de juicio. Según el TEDH, los profesores de religión o de moral católica tienen un deber de lealtad reforzado en comparación con otros profesores. De este modo, el demandante tuvo que ser consciente, al firmar su contrato de trabajo, de las particularidades de la relación laboral de este tipo de puesto y del derecho del obispo de proponer o no a los candidatos. La naturaleza particular de las exigencias profesionales impuestas al demandante resulta del hecho de que fueron establecidas por un empleador cuya ética está basada en la religión y las convicciones. En este sentido, esta obligación de lealtad tenía como finalidad preservar la sensibilidad del público y de los padres de los alumnos del instituto.

En definitiva, el TEDH estima que los tribunales nacionales realizaron una ponderación equilibrada entre los distintos intereses privados en conflicto, y que por consiguiente, no hubo vulneración del artículo 8 del CEDH (por seis votos contra uno). El TEDH considera que no es necesario examinar las quejas relativas al artículo 14, en combinación con los artículos 8 y 10 del CEDH. Declara inadmisibles las quejas del artículo 6 CEDH por no agotamiento de los recursos internos. Se adjunta a la sentencia una opinión discrepante del Juez Saiz Arnaiz.

Otras sentencias relevantes desde el punto de vista del Derecho Civil:

Asunto X. y Y. c. Croacia (demanda 5193/09), sentencia de 3 de noviembre de 2011. Artículos 6.1 (derecho a un proceso equitativo) y 8 (derecho al respeto de la vida privada) del CEDH: ausencia de garantías procesales en el marco de un procedimiento de incapacitación: efectos de un procedimiento de incapacitación sobre la vida privada de una persona.

Asunto S.H. y otros c. Austria (demanda 57813/00), sentencia de Gran Sala de 3 de noviembre de 2011. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): prohibición legal de utilizar óvulos y esperma de donantes para una fecundación in vitro: derecho a recurrir a la procreación asistida.

Asunto Cengiz Kiliç c. Turquía (demanda 16192/06), sentencia de 6 de diciembre de 2011. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): imposibilidad para un padre divorciado de ejercer sus derechos de visita a un hijo: ausencia de mecanismo de mediación familiar.

Asunto X. c. Letonia (demanda 27853/09), sentencia de 13 de diciembre de 2011. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): ausencia de examen de todos los elementos relevantes en la decisión que obligaba a la demandante a restituir a su hija en virtud del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Asunto Gladysheva c. Rusia (demanda 7097/10), sentencia de 6 de diciembre de 2011. Artículos 8 (derecho al respeto del domicilio) del CEDH y 1 del Protocolo n.º 1 (derecho al respeto de los bienes): expulsión del domicilio y anulación de los derechos de propiedad de un comprador de buena fe de un apartamento, comprado por el antiguo propietario a una autoridad pública mediante fraude.

Asunto Stanev c. Bulgaria (demanda 36760/06), sentencia de Gran Sala de 17 de enero de 2012. Artículos 3 (prohibición de tratos inhumanos y degradantes), 5 (derecho a la libertad), 6 (derecho a un proceso equitativo): imposibilidad para una persona parcialmente privada de su capacidad jurídica de acceder a un tribunal para solicitar el restablecimiento de su plena capacidad.

Asunto Assunção Chaves c. Portugal (demanda 61226/08), sentencia de 31 de enero de 2012. Artículos 6 (derecho a un proceso equitativo) y 8 (derecho al respeto de la vida familiar) del CEDH: falta de información sobre las posibilidades procesales de oponerse a una sentencia de privación de la autoridad parental, dictada en ausencia del padre, que no estaba representado por un abogado en el procedimiento.

Asunto Von Hannover c. Alemania (n.º 2) (demandas 40660/08 y 60641/08), sentencia de Gran Sala de 7 de febrero de 2012. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada): publicación de una fotografía de una pareja de famosos en contra de su voluntad: personas públicas: equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho al respeto de la vida privada.

Asunto A.M.M. c. Rumania (demanda 2151/10), sentencia de 14 de febrero de 2012. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): procedimiento de reclamación de paternidad de un menor.

Asunto Aksu c. Turquía (demandas 4149/04 y 41029/04), sentencia de Gran Sala de 15 de marzo de 2012. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada): publicaciones consideradas insultantes para la comunidad gitana: conciliación entre la libertad de expresión y el derecho al respeto de la vida privada de un miembro de la comunidad gitana.

Asunto Gas y Dubois c. Francia (demanda 25951/07), sentencia de 15 de marzo de 2012. Artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 14 (principio de no discriminación) del CEDH: denegación de la adopción simple de un menor a la mujer que vive con la madre biológica del menor en el marco de una relación de pareja de hecho registrada.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

LIDIA ARNAU RAVENTÓS*

STJUE 17 de noviembre de 2011. Procureur-generaal bij het hof van beroep te Antwerpen v. Zaza Retail BV.—Petición de decisión prejudicial. Hof van Cassatie (Bélgica). Interpretación del artículo 3, apartado 4, letras a y b, del Reglamento n.º 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. El artículo 3 del Reglamento contempla dos tipos de procedimiento: el primero, llamado principal, es el que puede incoarse ante el Tribunal del Estado miembro en cuyo territorio se halla el establecimiento principal del deudor, siendo así que afecta a los bienes del deudor situados en cualesquiera de los Estados miembros a los que resulta aplicable el Reglamento. El segundo, llamado procedimiento territorial, puede iniciarse en el Estado miembro en el que el deudor posea un establecimiento, mas con efectos limitados a los bienes que se encuentren en el territorio de dicho Estado. El artículo 3, apartado 4, letras a y b, relaciona las dos situaciones en las que cabe incoarse un procedimiento territorial. La primera es que resulte imposible iniciarse el procedimiento principal por causa de las condiciones establecidas en la legislación del Estado miembro en que el deudor tiene el centro de sus intereses principales. El TJUE estima que el precepto resultaría aplicable, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que no concurría en el deudor alguna de las cualidades exigidas en aquella legislación (así, tratarse de un comerciante..), pero no en aquellos otros en los que ocurre, simplemente, que una persona determinada (léase, el Ministerio Fiscal) carece de legitimación para iniciar el procedimiento. La segunda de aquellas situaciones es que la apertura del procedimiento territorial sea solicitada por los acreedores que tengan un vínculo particular con dicho territorio. Considera el TJUE que, a efectos de dicho precepto, no puede asimilarse al Ministerio Fiscal a un «acreedor»: ni es uno de ellos, ni actúa ni en representación de quienes sí lo son.

STJUE 17 de noviembre de 2011. Hypotecní banka a.s. v. Udo Mike Lindner.—Petición de decisión prejudicial. Okresní soud v. Chebu (República Checa). Interpretación del Reglamento n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se pregunta si se cumplen los requisitos de aplicación de las reglas de competencia judicial establecidas en dicho Reglamento en el caso de que una de las partes del procedimiento judicial sea nacional de un Estado miembro distinto de aquel en el que se tramita, siendo así que su domicilio resulta desconocido. El

* Profesora Agregada de Derecho civil de la Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2009 SGR 221 y del Proyecto DER 2011-26892, ambos dirigidos por el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

TJUE interpreta extensivamente el artículo 16, apartado 2, del Reglamento, que otorga la competencia judicial para conocer de las acciones entabladas contra consumidores a los tribunales del Estado en el que estuviera domiciliado el consumidor. En caso de no poderse averiguar dicho domicilio, el TJUE estima competentes a los tribunales del Estado en el que se ubique el último domicilio conocido del consumidor.

STJUE 17 de noviembre de 2011. Deo Antoine Homawoo v. GMF Assurances SA.—Petición de decisión prejudicial. High Court of Justice (England & Wales). Interpretación de los arts. 31 y 32 del Reglamento 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Se plantea si el Reglamento resulta aplicable únicamente a los hechos generadores de daños producidos a partir del 11 de enero de 2009 y si influyen en la delimitación del ámbito de aplicación *ratione temporis* del Reglamento la fecha en que se inicie el procedimiento de reclamación de la indemnización o la fecha en que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto determine la ley aplicable. A estos efectos, el TJUE recuerda: por una parte, que a tenor del artículo 297 TFUE, los actos legislativos entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos dispongan o, a falta de indicación, a los 20 días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. En segundo lugar, advierte de la facultad de que dispone todo legislador de diferenciar entre la fecha de entrada en vigor y la fecha de aplicación de la norma, siendo perfectamente posible que esta última sea posterior a la primera. Siendo ello así, ni el artículo 31 ni el artículo 32 del Reglamento fijan la fecha de entrada en vigor. El primero se limita a señalar que el Reglamento se aplicará a los hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor; el segundo matiza que el Reglamento se aplicará a partir del 11 de enero de 2009. El TJUE acude al artículo 297 TFUE a fin de concretar la fecha de entrada en vigor del Reglamento (que sería el 20 de agosto de 2007) aunque confirma que de la lectura conjunta de los artículos 31 y 32 resulta que sólo resulta aplicable a los hechos que se produzcan a partir del 11 de enero de 2009 y sin que resulten pertinentes a estos efectos ni la fecha en que se inicie el procedimiento de reclamación ni aquélla en que se determine la ley aplicable.

STJUE 24 de noviembre de 2011. Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF), Federación de Comercio Electrónico y Marketing directo (FECEMD) v. Administración del Estado, Unión General de Trabajadores, Telefónica de España, France Telecom España, Telefónica Móviles de España, Vodafone España, Asociación de Usuarios de la Comunicación.—Petición de decisión prejudicial. Tribunal Supremo (España). Interpretación del artículo 7, letra f, de la Directiva 95/46, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. A tenor del precepto, los Estados miembros sólo pueden permitir el tratamiento de datos personales cuando sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comunique los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado. Se pregunta, en primer lugar, si es conforme con la Dir. 95/46 una normativa nacional que, a fin de permitir el tratamiento de datos personales sin el consentimiento de su titular, exige no sólo que se respeten sus derechos y libertades fundamentales sino que tales datos figuren

en fuentes accesibles al público. El TJUE resuelve la cuestión acudiendo al principio de armonización completa que persigue la Dir. 95/46, del que resulta que no cabe que los Estados impongan exigencias adicionales a las previstas en el artículo 7, letra f. En cualquier caso, en la ponderación que requiere dicho precepto cabe tomar en consideración el hecho de que la gravedad de la lesión de los derechos fundamentales de la persona afectada por dicho tratamiento puede variar en función de si tales datos figuran o no en fuentes accesibles al público. En segundo lugar, se pregunta si el artículo 7, letra f, tiene efecto directo. El TJUE responde afirmativamente tras constatar que concurren los requisitos para ello: así, que desde el punto de vista de su contenido, las disposiciones contenidas en una Directiva sean lo suficientemente precisas e incondicionales y el Estado no haya adaptado el Derecho nacional a tiempo o lo haya hecho de forma incorrecta.

STJUE 1 de diciembre de 2011. Churchill Insurance Company Limited v. Benjamin Wilkinson, Tracy Evans v. Equity Claims Limited.—Petición de decisión prejudicial. Court of Appeal (England & Wales). Interpretación de la Directiva 2009/103, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad. Se plantea, en primer lugar, si resulta conforme con el derecho de la UE una normativa nacional que excluye automáticamente de la cobertura del seguro cuando la víctima, asegurada, es la ocupante del vehículo que ha causado el accidente y el conductor, no asegurado, había sido autorizado por la víctima para conducirlo. El TJUE recuerda que uno de los objetivos del Derecho de la UE es proteger a los ocupantes del vehículo, siendo «ocupante» todo aquel que no es el conductor y resultando indiferente que se trate del propietario asegurado. No interfiere en la respuesta el hecho de saber, por parte de la víctima, si el conductor tenía o no póliza de seguro.

STJUE 15 de diciembre de 2011. Rastelli Davide e C.Snc v. Jean-Charles Hidoux.—Petición de decisión prejudicial. Cour de Cassation (Francia). Interpretación del Reglamento 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimiento de insolvencia. Se pregunta si, conforme al Reglamento, el Tribunal de un Estado miembro que ha incoado un procedimiento principal de insolvencia puede ampliar ese procedimiento a una segunda sociedad cuyo domicilio social está situado en otro Estado miembro por permitirlo así una norma de derecho interno basándose en la confusión de patrimonios de ambas sociedades. El TJUE aborda la cuestión acudiendo al artículo 3, apartado 1, del Reglamento, que permite al Tribunal que hubiere incoado el procedimiento de insolvencia conocer también de todas las acciones que emanan directamente de tal procedimiento y tenga estrecha relación con él. Acerca de si una solicitud de ampliación del procedimiento por causa de confusión de patrimonios tiene cabida en tal disposición, el TJUE estima que la ampliación de un procedimiento ya incoado a otro deudor equivale de hecho, para éste, a la iniciación de un procedimiento de insolvencia, siendo así que el Reglamento sólo atribuye competencia para hacerlo a los tribunales del Estado en el que se encuentre su centro de intereses principales. De todo ello se colige que aquella ampliación sólo será posible si el centro de intereses principales de la segunda sociedad se encuentra también en el territorio del Estado miembro en el que se ha incoado el primer procedimiento principal. Se pregunta, en segundo lugar, si a efecto de acreditar esto último es

suficiente con probar la confusión de patrimonios. El TJUE recuerda que por centro de intereses principales debe entenderse el lugar de administración central de la sociedad, siendo necesario que pueda determinarse conforme a criterios objetivos y ser comprobado por terceros. Concluye, sin embargo, que no puede excluirse que una confusión de patrimonios sea organizada a partir de dos centros de dirección y control situados en Estados diferentes.

STJUE 15 de diciembre de 2011. Jan Voogsgeerd v. Navimer SA.—Petición de decisión prejudicial. Hof van Cassatie (Bélgica). Interpretación del artículo 6 del Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. El precepto establece reglas de conflicto especiales relativas al contrato individual de trabajo. Así, en primer lugar, se señala que la ley elegida por las partes en ningún caso puede permitir privar al trabajador de la protección dispensada por normas imperativas de la ley que hubiere resultado aplicable en caso de falta de elección; en segundo lugar, se relacionan los criterios que permiten determinar, a falta de elección, la ley aplicable y que serían: la del país en el que el trabajador realice habitualmente su actividad (esto es, cumpla la parte esencial de sus obligaciones) y, subsidiariamente, la del país en el que se encuentre la sede del establecimiento que lo hubiere contratado. De todas formas, no se aplicará ni una ni la otra si el contrato tuviere vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso se aplicará la ley de este último. Se pregunta acerca del alcance del concepto de «establecimiento que hubiera contratado» al trabajador. Dado que se trata de un criterio subsidiario, el TJUE aboga por una interpretación restrictiva consistente en referir el término «contratado» a la conclusión del contrato. Más allá, se pregunta si tal establecimiento debe cumplir requisitos formales, como el estar dotado de personalidad jurídica. El TJUE estima que por «establecimiento», en el artículo 6 del Reglamento, debe entenderse toda estructura estable de la empresa, cuente o no con personalidad jurídica. En último lugar, se plantea cómo debe aplicarse el criterio subsidiario si el establecimiento pertenece a una empresa distinta a la que figura como empleador. Resuelve el TJUE que corresponde al tribunal interno valorar cuál es la relación entre ambas sociedades a fin de determinar qué empresa es la que ha contratado al trabajador. Sólo en caso que una de las sociedades haya actuado por cuenta de la otra podrá considerarse que el establecimiento de la primera pertenece a la segunda.

STJUE 21 de diciembre de 2011. Centre hospitalier universitaire de Besançon v. Thomas Dutrueux, Caisse primaire d'assurance maladie du Jura.—Petición de decisión prejudicial. Conseil d'État (Francia). Interpretación de la Directiva 85/74, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Se pregunta si la responsabilidad de un prestador de servicios que utiliza aparatos o productos defectuosos y causa, por ese motivo, perjuicios al beneficiario de esta prestación, se encuentra incluida en el ámbito de la Directiva. Entiende el TJUE que el ámbito subjetivo de aplicación se reduce al productor, importador o suministrador del producto, quedando al margen el supuesto de los daños ocasionados por el usuario del producto defectuoso previamente adquirido. El usuario (en el caso *a quo*, un hospital que había adquirido el colchón término que provocó daños a un paciente) no tiene ninguna participación en la cadena de fabricación y distribución del producto, ni pretende suministrar el producto al paciente. Nada impide, sin embargo, que la Directiva coexista con un régimen nacional de responsabili-

dad objetiva del prestador de servicios por los daños causados por un producto o aparato defectuoso. Si ello es así, ocurre simplemente que en ese derecho nacional la protección del consumidor aparece reforzada.

STJUE 16 de febrero de 2012. Jürgen Blödel-Pawlik v. HanseMerkur Reiseversicherung AG.—Petición de decisión prejudicial. Landgericht Hamburg (Alemania). Interpretación del artículo 7 de la Directiva 90/314, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. A tenor del precepto, el organizador y/o detallista que sean parte en el contrato deben facilitar pruebas suficientes de que, en caso de insolvencia o de quiebra, quedan garantizados el reembolso de los fondos depositados y la repatriación del consumidor. Mediante la petición pretende dilucidarse si tal disposición resulta aplicable a una situación en la que la insolvencia del organizador del viaje se debe a su propio comportamiento fraudulento. Pone de relieve el TJUE que el artículo 7 no supedita la garantía que en él se contempla a ningún requisito específico relativo a las causas de la insolvencia del organizador del viaje. Y ello coherente con el objetivo de la propia Directiva, que es el de garantizar un nivel de protección elevado de los consumidores.

STJUE 1 de marzo de 2012. Ángel Lorenzo González Alonso v. Nationale Nederlanden Vida Cía. De Seguros y Reaseguros S.A.E.—Petición de decisión prejudicial. Audiencia Provincial de Oviedo (España). Interpretación del artículo 3, apartado 2, letra d, de la Directiva 85/577, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. El precepto excluye del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva a los contratos de seguro. Se pregunta, en esencial, si cabe aplicar la exclusión a un contrato celebrado fuera de un establecimiento mercantil en el que se ofrece un seguro de vida a cambio del pago mensual de una prima destinada a ser invertida, en distintas proporciones, en renta fija, variable y productos de inversión financiera de la compañía con la que se contrata. Si bien la Directiva no incluye una definición de lo que deba entenderse por «contrato de seguro», una aplicación uniforme del Derecho de la Unión exige interpretar aquel concepto de forma autónoma y uniforme. Toda vez que se trata de una excepción, tal interpretación debe ser restrictiva pero no hasta el punto de privarla de su efecto útil. Siendo ello así, el contrato de seguro concertado en el caso *a quo* es un contrato de seguro de vida en sentido estricto, siendo por lo demás habitual vincular las primas a determinados fondos de inversión. Se resuelve, en consecuencia, que el contrato celebrado escapa del ámbito de aplicación de la Dir. 85/577.

STJUE 15 de marzo de 2012. G v. Cornelius de Visser.—Petición de decisión prejudicial. Landgericht Regensburg (Alemania). Interpretación del artículo 4, apartado 1, del Reglamento n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; del artículo 12 del Reglamento n.º 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; del artículo 3 de la Directiva 2000/31, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico. El art.4, apartado 1, del Reglamento 44/2001 establece que si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia

judicial se registrá, en cada Estado miembro, por su propia ley interna. Se pregunta acerca de la expresión «no estuviere domiciliado» y de su aplicación en caso de domicilio desconocido. Entiende el TJUE que, en tales circunstancias, la aplicación de las reglas uniformes contenidas en el Reglamento es conforme con el imperativo de seguridad jurídica y con la finalidad de reforzar la protección de las personas que tienen su domicilio en la UE. Súmase a ello que la aplicación de las reglas nacionales en lugar de las uniformes sólo está prevista para el caso de que el órgano jurisdiccional tenga indicios probatorios suficientes de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera de la UE. En segundo lugar, se pregunta si el Derecho de la UE se opone o no a que se dicte una sentencia en rebeldía frente a un demandado a quien, ante la imposibilidad de localizarle, se le notificó el escrito de demanda mediante un edicto, conforme con el derecho nacional. El TJUE precisa que el Reglamento 44/2001 no pretende unificar todas las normas de procedimiento de los distintos Estados miembros sino sólo ofrecer normas comunes en materia de competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales. Con todo, las normas nacionales en materia procesal no deben vulnerar el Derecho de la UE. De ahí que, en el ámbito de aplicación del Reglamento, un órgano jurisdiccional sólo puede tramitar, en virtud de una disposición nacional, un procedimiento contra un persona con domicilio desconocido si las normas de competencia nacionales no se oponen a tal Reglamento. Un principio rector de este último es el respeto al derecho de defensa que, sin embargo, no se rige en una prerrogativa absoluta sino que admite restricciones, en particular, las necesarias para evitar la situación de denegación de justicia en que se encontraría el demandante si no hubiere forma de localizar al demandado. El TJUE resuelve, en fin, que la notificación edictal de la demanda es conforme con el Derecho de la UE siempre que el órgano jurisdiccional nacional haya realizado todas las averiguaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe a fin de localizar al demandado. Por lo demás, el artículo 3 del Reglamento 805/2004 se opone a que una sentencia dictada en rebeldía contra un demandado con domicilio desconocido pueda certificarse como título ejecutivo europeo en el sentido de dicho Reglamento. Se pregunta, en último lugar, si el artículo 3 de la Dir. 2000/31, se aplica a una situación en la que se desconoce el lugar de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información. A tenor de dicha disposición, los Estados miembros deben velar por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado que formen parte del ámbito coordinado. A su amparo, estima el TJUE que la aplicación del precepto exige verificar previamente si el prestador de servicios está efectivamente establecido en el territorio de un Estado miembro.

STJUE 15 de marzo de 2012. Jana Perenicova, Vladislav Perenic v. SOS financ, spool.s r. o.—Petición de decisión prejudicial. Okresny súd Prešov (Eslovaquia). Interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2005/29, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Se pregunta, en primer lugar, si la primera de las disposiciones citadas permite a los órganos jurisdiccionales nacionales, en caso de comprobar la existencia de cláusulas abusivas, pueden extender el efecto de la no vinculación a todo el contrato en

su conjunto con el argumento de que ello es lo que resulta más favorable al consumidor. La cuestión exige atender al art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, que concluye señalando que «el contrato [seguirá] siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas». Según el TJUE, los criterios a fin de determinar la posible subsistencia del contrato deben ser objetivos y no pueden reducirse, meramente, en el carácter meramente favorable, para el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto. Con todo, habida cuenta que la Directiva 93/13 impone sólo una armonización mínima, no impide que un Estado miembro establezca una normativa nacional que intensifique la protección dispensada; así, que permita declarar la nulidad de un contrato que contenga una o varias cláusulas abusivas cuando ello garantice una mejor protección del consumidor. Se pregunta, en segundo lugar, si la indicación en un contrato de crédito al consumo de una TAE inferior a la real puede considerarse una práctica comercial desleal en el sentido de la Directiva 2005/29. En opinión del TJUE, una práctica como la descrita implica dispensar información falsa sobre el coste total del precio. Y dado que la indicación de dicha TAE puede hacer que el consumidor medio tome una decisión que de otro modo no hubiese tomado (extremo que debe verificar el juez nacional), esta información falsa debe calificarse de práctica comercial «engañosa» con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva. Por lo demás, la comprobación del carácter desleal de la práctica descrita no permite determinar automáticamente el carácter abusivo de las cláusulas del contrato. Por el contrario, constituye sólo un elemento, entre otros, en el que el juez puede basar su apreciación de dicho carácter.

STJUE 19 de abril de 2012. F-Tex SIA v. Lietuvos-Anglijos UAB «Jadecloud Vilma».—Petición de decisión prejudicial. Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Lituania). Interpretación del artículo 1, apartado 1, del Reglamento n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Ámbito de aplicación del Reglamento 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia. Se pregunta, en primer lugar, si una acción (revocatoria) ejercitada contra un tercero por el acreedor de un deudor contra quien se ha entablado un procedimiento de insolvencia, cuando tal acción se fundamenta en la cesión de un derecho de crédito efectuada por el síndico designado en el marco del procedimiento de insolvencia, está incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento 1346/2000 o en el del Reglamento 44/2001. El TJUE subraya la interrelación entre los ámbitos de aplicación de cada uno de estos Reglamentos: mientras el Reglamento 44/2001 excluye de su ámbito las demandas que emanan directamente de un procedimiento de insolvencia y que están estrechamente relacionadas con él, el Reglamento 1346/2000 se ocupa precisamente de unas y otras. Siendo ello así, el TJUE procede a valorar la conexión entre la demanda en el litigio principal y la insolvencia del deudor y el procedimiento de insolvencia. Dicha conexión puede ampararse en la simple circunstancia de tratarse, la acción ejercitada, de una acción que la ley nacional aplicable al procedimiento de insolvencia atribuye al síndico. Ocurre, sin embargo, que tras la cesión de dicha acción a un tercero (ahora, demandante): primero, dicho cesionario es libre de ejercer o no el derecho de crédito (y, ello, a diferencia del síndico, que tiene la obligación de actuar en interés de los acreedores); segundo, ejercida la acción, el bien adquirido ingresa en el patrimonio del cesionario (y no, por tanto, en la masa activa del concurso);

tercero, la conclusión del procedimiento de insolvencia no incide en la acción cedida, que podrá interponerse incluso tras ese momento. De ello resulta la falta de conexión entre la acción interpuesta y el procedimiento de insolvencia y, de ahí, que quede comprendida en el concepto de materia civil y mercantil en el sentido del Reglamento n.º 44/2001.

STJUE 19 de abril de 2012. Wintersteiger AG v. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH.—Petición de decisión prejudicial. Artículo 5, apartado 3, del Reglamento n.º 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. A tenor de dicho precepto, en materia delictual o cuasidelictual, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas ante el Tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso. Se pregunta por los criterios determinantes de la competencia judicial para conocer de un litigio relativo a una supuesta vulneración de una marca registrada en un Estado miembro como consecuencia del uso por un anunciante de una palabra clave idéntica a dicha marca en el sitio de Internet de un motor de búsqueda que opera bajo un dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en el que está registrada la marca. El TJUE, tras justificar la regla de competencia prevista en el artículo 5, apartado 3, admite que la expresión «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso» se refiere tanto al lugar donde se hubiere producido el daño, cuanto al lugar del hecho causal que lo originó. A propósito del primero, y en el contexto de Internet y en caso de una supuesta vulneración de los derechos de la personalidad, el TJUE lo ha identificado con el lugar en el que la persona lesionada tiene su centro de intereses. En cambio, tratándose de una lesión de derechos de propiedad industrial, la competencia milita a favor de los tribunales del Estado miembro en el que dicho derecho se halla protegido mediante el registro de la marca. Este lugar puede no coincidir con el del hecho causal. En el litigio principal se identificaría no tanto con la exhibición de la publicidad en sí misma, sino el desencadenamiento del proceso técnico de exhibición del anuncio que el propio anunciante creó para su propia comunicación comercial. De ello resulta que el lugar del hecho causal no sea tanto el lugar de establecimiento del servidor perteneciente al explotador del motor de búsqueda utilizado por el anunciante, sino el lugar de establecimiento de este último.

STJUE 26 de abril de 2012. Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Invitel Távközlési Zrt.—Petición de decisión prejudicial. Interpretación del artículo 3, apartados 1, 3 y del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se pregunta, en primer lugar, si es abusiva aquella cláusula contractual por la que se atribuye al profesional la facultad de modificar unilateralmente los gastos relacionados con el servicio que debe prestarse, sin describir específicamente su modo de fijación ni los motivos válidos para tal modificación. El TJUE resuelve que no le compete a él declarar el carácter abusivo de una cláusula sino al órgano nacional. En esta valoración, dicho tribunal deberá atender especialmente a si se especifican de manera clara y comprensible los motivos o el modo de variación de los gastos relacionados con el servicio y, en su caso, si se reconoce al consumidor el derecho a rescindir de la relación contractual. En segundo lugar, se plantea cuál es el alcance de la declaración de nulidad de una cláusula obtenida a raíz de una acción de cesación interpuesta por una entidad de Derecho nacional y

por motivos de interés público y en defensa de los consumidores. En particular, se pregunta si puede beneficiar a cualquier consumidor a quien se hayan aplicado las mismas condiciones generales. El TJUE apela al carácter preventivo y a la finalidad disuasoria de las acciones de cesación, así como a su independencia con respecto a cualquier litigio principal, a fin de justificar que puedan interponerse prescindiendo de su utilización en contratos determinados. La aplicación efectiva de este objetivo requiere, según el TJUE, que aquellos consumidores que no hayan sido parte del procedimiento de cesación puedan beneficiarse también de la declaración de nulidad resultante. Y, ello, al margen de cualquier otro tipo de sanción adecuado y eficaz que pueda llegar a contemplar el derecho nacional. En el mismo sentido, corresponde al juez nacional aplicar de oficio todas las consecuencias previstas en el Derecho nacional a fin de que ningún otro consumidor quede vinculado por la cláusula declarada abusiva.

Jurisprudencia Nacional
(octubre 2011 - abril 2012)

MIRIAM ANDERSON*

TRIBUNAL SUPREMO

Defensa de la competencia

STS (Sala Civil) de 28 de septiembre de 2011 (RJ 2012\1105). Ponente: Francisco Marín Castán. Contrato de abanderamiento. Además de referirse a la innecesariedad de plantear una cuestión prejudicial al respecto, puesto que el TJUE ya había decidido las que se le habían elevado, la Sala desestima la pretensión de nulidad ejercitada por el titular de la estación de servicio (tras veinticinco años de relación contractual), «porque la distinción entre agente genuino y no genuino o impropio es lo relevante a los efectos del Derecho de la competencia según la propia STJUE 14-12-2006 citada en el motivo y la posterior del mismo Tribunal de 11 de septiembre de 2008 (TJCE 2008, 203) (asunto C-279/06); porque la consideración del recurrente como agente no genuino, lejos de perjudicarlo en sus pretensiones, le favorece (STS 13-6-11 (RJ 2011, 5719) en rec. 2202/07), ya que de otro modo los contratos litigiosos no entrarían en el ámbito prohibitivo del artículo 81 CE (hoy artículo 101 TFUE; RCL 2009, 2300); porque la exención de la prohibición cuando el precio fijado por el suministrador sea máximo o recomendado resulta de la doctrina de ambas sentencias del TJUE y también de su sentencia de 2 de abril de 2009 (TJCE 2009, 76) (asunto C-260/07); porque el recurrente incurre en petición de principio o hacer supuesto de la cuestión al negar cualquier posibilidad real de hacer descuentos con cargo a su comisión, en contra de lo que la sentencia recurrida declara probado, no siendo suficiente el argumento relativo al IVA porque su regulación permite rectificaciones [...]; y en fin, porque la pretensión del recurrente de ser declarado revendedor implica una novación contractual que esta Sala viene rechazando con reiteración [...]» (FJ 4.º).

STS (Sala Civil, Pleno) de 15 de febrero de 2012 (RJ 2012\2044). Ponente: Francisco Marín Castán. Contrato de explotación de estación de servicio. Aplicación de la regla «de minimis» para estimar que no hay vulneración del artículo 81 TCE (art. 101.1 TFUE) cuando el proveedor o distribuidor tenga una cuota de mercado inferior al 5%. No se aplica la tesis de la «doble barrera», con lo cual, aplicada la regla «de minimis», no se entra a valorar la eventual vulneración del Derecho español de la competencia. En

* Profesora agregada de Derecho civil. Universitat de Barcelona.

primer lugar, la Sala declara no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal por no haberse suspendido el pleito por la pendencia de una cuestión prejudicial planteada en otro litigio distinto, siendo así, además, que al llegar a casación ya se habían dictado las SSTJUE 11-9-2008 (TJCE 2008, 203) y 2-4-2009 (TJCE 2009, 76) (FJ 3.º). Tras desestimar otros motivos de casación, la Sala se centra en la cuestión objeto de debate, a la cual dedica el FJ 7.º: «(...) la cuestión fundamental sobre la que ha de pronunciarse esta Sala es si la regla de *minimis*, reconocida por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia, excluye o no por sí sola, dada la escasa cuota de mercado de la demandada [...], la nulidad de los contratos litigiosos por razón de su duración. Si se da una respuesta afirmativa, los motivos de casación ahora examinados habrán de ser desestimados sin necesidad de mayores razonamientos; en cambio, si se da una respuesta negativa aún será necesario determinar si los contratos relativos a cada una de las estaciones de servicio, ya que no todos ellos tienen el mismo contenido, estaban o no amparados por los Reglamentos de exención n.º 1984/83 y n.º 2790/99. – En relación con dicha cuestión fundamental se da la circunstancia de que al interponerse los recursos (año 2008) no se había dictado aún la sentencia de esta Sala de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5563) (rec. 315/04), aparentemente favorable al planteamiento de las partes recurrentes por su criterio de la “doble barrera” que permitiría declarar la nulidad, pese a la regla de *minimis*, con base en el Derecho español de defensa de la competencia. Como quiera que al formularse la oposición a los recursos (8 de marzo de 2010) sí se había dictado ya dicha sentencia, la parte recurrida interesa que no se siga ese criterio en el presente caso, aunque sí otros de la misma sentencia en relación, por ejemplo, con la fecha límite de validez de los contratos litigiosos con arreglo al Reglamento n.º 2790/99 si la nulidad no queda descartada sin más por aplicación de la regla de *minimis*. – Ante todo debe puntualizarse que la referida sentencia de 30 de junio de 2009 trata de la regla de *minimis* al asumir la instancia (FJ 3.º, párrafo primero), no por tanto para sentar doctrina resolviendo un motivo de casación, y rechaza su aplicación al caso, como proponía la parte recurrida en su escrito de oposición (...), por tratarse de una cuestión nueva (FJ 3.º, inciso primero del párrafo cuarto). Solo como argumento de refuerzo “[a]parte de ello...” se añade, desde luego reconociendo la regla de *minimis* y haciéndose cargo de los criterios de la Comisión europea en su Comunicación de 2001 relativa a los acuerdos de menor importancia, que dicha regla, en su dimensión europea o comunitaria, no impide la nulidad fundada en el Derecho español de defensa de la competencia, interpretado en función del artículo 2.2 e) del Reglamento aprobado por RD 261/2008, por aplicación de “la tesis de la doble barrera, el Reglamento Comunitario 1/2003, artículo 9.2 LOPJ y jurisprudencia de esta Sala”, toda vez que la relación jurídica allí litigiosa tenía una duración de 25 años y, por tanto, superaba el plazo de cinco años contemplado en dicho artículo del Reglamento español como excluyente de la menor importancia de una conducta entre no competidores. Posteriormente, la sentencia de 30 de julio (RJ 2009, 4580) del mismo año (rec. 72/05) volvió a tener en cuenta la “doctrina de la doble barrera”, en cuanto reconocida por la STJUE 14/1968, si bien el litigio versaba entonces sobre unos contratos de franquicia relativos a un tratamiento capilar, es decir muy diferentes de los aquí litigiosos. – En el presente caso, en cambio, la procedencia de la nulidad pese a la regla de *minimis* (tesis de las recurrentes) o la exclusión de la nulidad en virtud de la regla de *minimis* (tesis de la parte recurrida y fundamento

de la sentencia impugnada) se le plantea a esta Sala como órgano de casación y, además, mediante unos motivos fundados única y exclusivamente en infracción del Derecho comunitario (hoy de la Unión) y no, subsidiariamente, del Derecho español de defensa de la competencia. – Pues bien, a partir de las anteriores consideraciones los tres motivos aquí examinados han de ser desestimados por las siguientes razones: 1.^a) La regla de *minimis* en su formulación *de minimis non curat lex*, es decir como regla de legalidad, distinta de la formulación *de minimis non curat praetor*, más relacionada con el principio de oportunidad y por tanto ajena a los órganos jurisdiccionales del orden civil por su incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido a todos en el artículo 24 de la Constitución española, viene siendo afirmada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), como por demás admiten todas las partes aquí litigantes. 2.^a) En su concreta aplicación a las relaciones jurídicas entre compañías petroleras y gestores de estaciones de servicio el auto del TJUE de 3 de septiembre de 2009, en respuesta precisamente a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español del orden civil (Audiencia Provincial de A Coruña, asunto C-506/07, Lubricantes y Carburantes Galaicos S.L.–Galp Energía España S.A.U.), expresa su doctrina sobre la regla de *minimis* (...) 3.^a) Aunque sin valor propiamente normativo, la Comunicación de la Comisión Europea de 2001 relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de *minimis*, 2001/C 368/07) reduce los umbrales de cuota de mercado del 15% (acuerdos entre no competidores) y del 10% (acuerdos entre competidores), por encima de los cuales se entiende que puede haber restricción sensible de la competencia, a un más seguro 5% cuando se trate de un mercado de referencia en el que “la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes y servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes (efecto acumulativo de exclusión producido por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sobre el mercado sean similares)”. [...] [E]xtremo en el que viene a coincidir la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2000 relativa a las restricciones verticales (2000/C 291/01, apdos. 140 y 142). 4.^a) En sentido similar, la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/07, sobre directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, [...] (apdos. 44 y 87). 5.^a) En España, según la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2009 (expte. 652/07 REP-SOL/CEPSA/BP), hay tres proveedores cuya cuota de mercado suma un 67%, correspondiendo un 41% a Repsol, un 18% a Cepsa y un 8% a BP (apdo. 1 de los “Hechos acreditados”). 6.^a) De todo lo dicho hasta ahora, y especialmente del dato anterior puesto en relación con la doctrina del TJUE sobre la regla de *minimis* en su concreta aplicación a contratos como los aquí litigiosos, se sigue que estos no están incursos en la prohibición del artículo 81CE (hoy artículo 101 TFUE) porque su contribución al efecto acumulativo es insignificante y no cabe imputar a [...] la responsabilidad de ese efecto cuando en España una sola compañía proveedora tiene una cuota de mercado superior al 30% (por encima del cual el apdo. 8 de la ya citada Comunicación de *minimis* de 2001 apreciaba riesgo de efecto acumulativo) y entre la misma y otras dos alcanzan el 67%. 7.^a) Por tanto, no es necesario analizar si la duración de los contratos litigiosos es o no manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos generalmente celebra-

dos en el mercado afectado, circunstancia acumulativa (“Dicha contribución depende, además...” , apdo. 32 ATJUE 3-9-2009) a la de la cuota de mercado; como tampoco es preciso examinar, lógicamente, si la duración de los contratos litigiosos queda o no amparada por los Reglamentos de exención n.º 1984/83 y n.º 2790/99, pues estos solo se aplican a acuerdos que en principio aparezcan incursos en la prohibición del artículo 81.1 del Tratado. No obstante, sí conviene puntualizar que la duración de dichos contratos, atendida la asignada al derecho de superficie como duración máxima de la exclusiva, tampoco es manifiestamente excesiva en comparación con contratos similares celebrados por las compañías proveedoras de carburante con mayor cuota de mercado, según resulta de las ya muy numerosas sentencias de esta Sala dictadas sobre la presente materia. 8.^a) Resolver la cuestión de otra forma, es decir prescindiendo de la cuota de mercado de la demandada (...) para atender primordialmente a los plazos de duración del derecho de superficie comprometido o constituido a favor de la misma (...), supondría contribuir al efecto acumulativo de bloqueo, ya que la nulidad de los contratos litigiosos dejaría libres a los demandantes para poder contratar con las compañías proveedoras que tienen las mayores cuotas de mercado a pesar de las importantes inversiones que ha tenido que hacer [la proveedora] para construir las estaciones de servicio en cuestión y del poco tiempo que, en proporción, se ha podido beneficiar de la exclusiva de abastecimiento (...). 9.^a) El planteamiento de los motivos aquí estudiados, fundados exclusivamente en infracción del Derecho de la Unión y de la jurisprudencia del TJUE, impide que puedan examinarse, además, con base en el Derecho español de defensa de la competencia, es decir, aplicando el criterio de “la doble barrera”. No obstante sí conviene aclarar que tal criterio debe conjugarse con lo dispuesto en el artículo 3.2 del Reglamento (CE) n.º 1/2003, del Consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, según el cual “[l]a aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero que no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado...”». Esta sentencia ha sido seguida por STS (Sala Civil) de 10 de abril de 2012 (JUR 2012\140254) y STS (Sala Civil) de 16 de abril de 2012 (JUR 2012\140342), del mismo ponente.

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

STS (Sala Civil) de 1 de marzo de 2012 (RJ 2012/4882). Ponente: Encarna Roca Trias. Efectos de la resolución de un contrato de compraventa. Tras la celebración de un contrato de compraventa de apartamentos turísticos y una vez que la compradora ya los había arrendado, la vendedora no obtuvo la preceptiva licencia turística y los correspondientes expedientes administrativos quedaron en suspenso, con lo que los apartamentos no eran aptos para el destino que se les pretendía dar. En primera y segunda instancia se declaró resuelto el contrato de compraventa a instancias de la compradora. La vendedora recurrió en casación, alegando, entre otras cosas, la incorrecta aplicación de los preceptos relativos a las consecuencias de la resolución. Su pretensión no tuvo éxito. La Sala se reafirma en que: «(...) la resolución del contrato produce, además de la finalización de las obligaciones que había

generado (efecto liberatorio), el efecto restitutorio, con independencia de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, que siempre será compatible con la restitución. Esta norma ha sido aplicada por la jurisprudencia española y está de acuerdo asimismo con las propuestas contenidas en el artículo III.-3:510 (5) DCFR, que establece que la obligación de restituir se extiende a los frutos naturales o civiles de la prestación y asimismo se encuentra en el artículo 1203 de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones redactada por la Comisión General de Codificación»; igualmente, la Sala insiste en la eficacia retroactiva de la resolución (FJ 4.º). Prácticamente idéntica es la STS (Sala Civil) de 29 de febrero de 2012 (RJ 2012/4054), de la misma ponente y relativa a un caso en que la empresa vendedora era también la misma.

Draft Common Frame of Reference (DCFR), Principios UNIDROIT y Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL)

STS (Sala Civil) de 12 de diciembre de 2011 (RJ 2012/32). Ponente: Encarnación Roca Trias. Ejercicio desleal o abusivo del derecho: préstamo hipotecario, acción ejecutiva por deuda residual prescrita y reclamación de daños por parte de los deudores. En 1984, los cónyuges, demandantes y recurrentes en casación, concertaron un préstamo hipotecario con una entidad financiera. En 1985, ante el impago de las cuotas, la entidad inició el correspondiente proceso ejecutivo. No obstante, las partes llegaron a un acuerdo por medio del cual daban en pago «de parte de la deuda» la finca hipotecada. En 2003, es decir, diecisiete años más tarde, la entidad decidió solicitar que prosiguiese la ejecución contra los cónyuges por la deuda residual. Los ejecutados alegaron prescripción de la ejecución, lo que el juzgado aceptó, e interpusieron un juicio declarativo contra la entidad financiera exigiendo responsabilidad por los daños, tanto materiales como morales, que les causó la reclamación intempestiva. La demanda fue desestimada tanto en primera instancia como en apelación. Por su parte, el TS analiza lo que deba considerarse retraso desleal en el ejercicio de un derecho, haciendo referencia, entre otras aportaciones doctrinales y jurisprudenciales, al hecho de que: «En el derecho europeo aparece la buena fe en el sentido que se ha aludido en el artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT, en los artículos 1:106 y 1:201 de los Principios del Derecho europeo de contratos y como señala el artículo I.-1:103 (2) del DCFR (*Draf [sic] of [sic] Common Frame of Reference*), “en particular, resulta contrario a la buena fe que una parte actúe de forma inconsecuente con sus previas declaraciones o conducta, en perjuicio de la otra parte que había confiado en ellas” (trad. propia). Así como en el Derecho alemán, en el que la doctrina del retraso desleal encuentra su encaje en el § 242 BGB, referido a la buena fe» (FJ 4.º). Se estima que concurren en el caso enjuiciado los requisitos para entender que la entidad financiera ejercitó extemporáneamente su derecho y que procede indemnizar a los demandantes. Sin embargo, la indemnización se concreta únicamente en los gastos de defensa, puesto que se pudo acreditar que la intempestividad de la prosecución de la acción ejecutiva obligó a que los letrados reconstruyesen toda la historia del caso, mientras que no se concede la indemnización por daño moral solicitada (pero ni siquiera cuantificada), puesto que se entiende que «[l]a simple incomodidad de defenderse ante una acción injustificada, que acabó siendo favorable a los ahora recurrentes al declararse prescrito el pro-

cedimiento iniciado 17 años atrás, entra dentro de lo que se denomina “riesgos generales de la vida”, que no deben ser objeto de resarcimiento, excepto en el caso de concurrencia de circunstancias excepcionales» (FJ 7.º).

Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL)

STS (Sala Civil) de 17 de enero de 2012 (RJ 2012\287). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Cláusula penal: imposibilidad de moderación en caso de incumplimiento total y de penas moratorias. Un contrato de arrendamiento financiero de locales se resolvió por impago. La arrendataria solicitó una moderación de los intereses moratorios por haberse cumplido parcialmente el contrato. Además de recoger la jurisprudencia que rotundamente impide aplicar la facultad moderadora en el caso de penas moratorias, la Sala reconoce que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos y de las tendencias más modernas, en el Derecho español no es posible moderar la pena en caso de incumplimiento total y por el mero hecho de resultar la pena excesiva (FJ 2.º): «[...] sin perjuicio de aquellos supuestos en los que resulta aplicable la legislación tuitiva de los consumidores, también a diferencia de otros ordenamientos que toleran la modificación de las cláusulas penales excesivas –en este sentido el párrafo segundo del artículo 1152 del Código Civil francés dispone “[n]éanmoins, le juge peut, même d’office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite” (sin embargo, el juez puede, incluso de oficio, moderar o aumentar la pena pactada, si es manifiestamente excesiva o irrisoria. Toda estipulación contraria se tendrá por no puesta); y el 1384 del italiano “[l]a (prestazione) penale può essere diminuita equamente dal giudice...ovvero se l’ammontare della penale è manifestamente eccessivo...” (la cláusula penal puede ser minorada equitativamente por el tribunal, si...el importe de la pena es manifiestamente excesivo...); y el 812.1 del portugués “[a] cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário” (la cláusula penal puede ser reducida por el tribunal, de acuerdo con la equidad, cuando es manifiestamente excesiva, aunque sea por causa sobrevenida-, y pese a la tendencia que se expresa en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones, elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero del 2009, – “[e]l Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido”–, y en el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando – “[s]in embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias”–, nuestro sistema, actualmente, no permite al Juez moderar la pena exclusivamente por ser “excesiva” ya que, como afirma la sentencia 473/2001, de 10 de mayo (RJ 2001, 6191), reproduciendo otra anterior “la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes”».

STS (Sala Civil) de 21 de octubre de 2011 (RJ 2012\1122). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Arrendamiento de obra: valor del silencio.

Una empresa contrató los servicios de arquitectos y de una promotora para la construcción de una piscina climatizada. Esta se entregó, tras diversas prórrogas y renegociaciones, con importantes defectos. La Sala entiende que, en el caso enjuiciado, recepción tácita es compatible con la responsabilidad de la contratista, pese a que «[e]n nuestro sistema el silencio puede tener significación jurídica –al valor del silencio se refieren la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en enero de 2009 en los artículos 1250 y 1289, y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos en los artículos 2:204 y 4:107–, afirmando la sentencia 772/2009, de 7 diciembre (RJ 2010, 273), con cita de otras muchas, que el silencio tiene significación jurídica de consentimiento o conformidad “cuando se puede y se debe hablar (‘qui siluit qum loqui et debuit et potuit consentire videtur’ (...) y se debe responder cuando entre las partes existe una relación de negocios (...), y lo mismo cuando es lo normal y natural según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe (...) En tales casos, con la comunicación de la discrepancia se evita que la otra parte se pueda formar una convicción equivocada derivada del silencio con daño para su patrimonio.”» (FJ 3.º). En un caso totalmente distinto, se vuelve a hacer referencia en este sentido a los PECL, a la Propuesta de Modernización y a la STS de 7 de diciembre de 2009: STS (Sala Civil) de 24 de abril de 2012 (JUR 2012\177755), Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.

STS (Sala Civil) de 29 de febrero de 2012 (RJ 2012\4053). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Interpretación de los contratos. Se trata de un recurso interpuesto por la cesionaria de unos derechos de explotación de piezas musicales, alegando que ignoraba el hecho de que la cedente había dado «carta de libertad» a los intérpretes en cuestión. Se estima probado el conocimiento de este hecho por parte de la recurrente y la Sala insiste en que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, en los que el intérprete de los contratos debe ceñirse, básicamente, a los términos en los que las partes expresaron obligarse (Portugal), en España se parte de la base de que el contrato descansa sobre el «consentimiento de las partes», por lo que se persigue averiguar lo que las partes realmente quisieron, con independencia de que lo expresado se ajuste o no literalmente a lo querido. El FJ 2.º de esta sentencia sigue afirmando que «[e]ste es el criterio mantenido en otros ordenamientos próximos –el artículo 1156 del Código de Napoleón dispone que “[o]n doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s’arrêter au sens littéral des termes ([e]n las obligaciones se deberá buscar cuál ha sido la intención común de las partes contratantes, más que atenerse al sentido literal de los términos)”»; y el 1362 del Código Civil italiano que “[n]ell’interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole ([e]n la interpretación del contrato se tiene que indagar cual ha sido la común intención de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras)”–, y es el que sostienen las actuales tendencias doctrinales –el artículo 4 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales dispone que “[e]l contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes”–; el apartado 1 del artículo 5:101 de los principios de Derecho Europeo de los contratos que “[e]l contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras”–; y el 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones elaborada por la Comisión de Codificación

publicada por el Ministerio de Justicia en 2009, que “[l]os contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras”».

STS (Sala Civil) de 4 de abril de 2012 (JUR 2012\148121). Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. Destacamos esta sentencia, no por su contenido, sino por el hecho de que refleja como en este caso es la parte recurrente (y no el propio Tribunal) quien alega, aunque sin éxito, la infracción de los PECL, en materia de resolución contractual. En concreto, la recurrente alegó «[i]nfracción de los artículos 1124, 1256, 1258, 1543, 1544 y 1557 del C. Civil, por errónea aplicación o inaplicación de los mismos, así como de las doctrinas jurisprudenciales, sobre cumplimiento de las obligaciones y sobre resolución de los contratos, así como del artículo 25 de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y del artículo 8:103 de los Principios de Derecho Europeo de contratos [...]», lo que la Sala desestima, básicamente a raíz de los múltiples incumplimientos en que habían incurrido ambas partes.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Siguen siendo frecuentes las referencias en resoluciones de las Audiencias provinciales a textos tendentes a la armonización del Derecho europeo por remisión a decisiones del TS, que se suelen transcribir literalmente; en especial, es objeto de referencia constante la STS de 17 de diciembre de 2008 (RJ 2009\675), en cuanto toma como criterio interpretativo los PECL, para determinar cuándo el incumplimiento debe estimarse esencial y, por tanto, permitir la resolución de los contratos. En esta edición de la crónica, destacamos algunas decisiones recientes de las Audiencias en las que se encuentran referencias directas a los PETL.

Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil

SAP A Coruña (Sección 3.^a) de 11 de noviembre de 2011 (JUR 2011\403222). Ponente: Rafael Jesús Fernández-Porto García. Accidente ecuestre. Un grupo de jinetes regresaba de una feria. Uno de los caballos tuvo una reacción extraña, su jinete cayó al suelo y el caballo de otro jinete le causó heridas en la cara al pisarle. El Tribunal analiza si concurren o no causalidad física y jurídica; respecto de la primera, estima aplicable la teoría de la equivalencia de las condiciones, para lo que se refiere a la doctrina del TS y también a la tesis de la *conditio sine qua non* del artículo 3:101 de los PETL. Se estima que en el caso no se cumplían los requisitos de la causalidad física, puesto que lo determinante del daño fue la caída del demandante y no la presencia del otro jinete, puesto que en su lugar podría haber estado otro.

SAP de Barcelona (Sección 16.^a) de 19 de enero de 2012 (JUR 2012\92111). Ponente: Jordi Seguí Puntas. Responsabilidad civil de los progenitores por actos realizados por sus hijos menores. Demanda entablada por la madre de un menor que falleció al chocar contra un vehículo; los menores (demandados junto con sus progenitores) habían manipulado los frenos de la bicicleta de la víctima que, sin saberlo, descendió por una calle

con fuerte pendiente, con la esperanza de frenar en el último momento antes del cruce, como era práctica habitual entre estos menores (es decir, tanto la víctima como los demandados). En el FJ 4.º, puede leerse que: «frente a otros ordenamientos jurídicos que no reconocen como fuente de responsabilidad civil propia los hechos lesivos causados por menores de edad, el régimen vigente en España se limita a establecer que la imputabilidad del daño exige ya sea la capacidad de culpa –propia de los adultos– o cuando menos la capacidad de discernimiento para comprender el alcance de los propios actos, esto es, una mínima madurez intelectual y volitiva. [...] No es ocioso reseñar que los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil (PETL) atribuyen responsabilidad civil con base en la culpa a todo el que viola “el estándar de conducta exigible”, entendiéndolo por tal el canon de actuación exigible a “una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias” del agente, cuyo estándar puede adaptarse en función de la edad de este último. Sobre las expresadas bases, hay razones sobradas para confirmar el razonamiento de la sentencia apelada que atribuye suficiente capacidad de discernimiento a los menores [...]», lo que conduce a la responsabilidad de sus representantes legales.

SAP Pontevedra (Sección 1.ª) de 3 de abril de 2012 (JUR 2012\168292).

Ponente: Jacinto José Pérez Benítez. Valoración de los daños indemnizables. A la hora de determinar el perjuicio, el Tribunal se refiere conjuntamente al artículo 1902 CC y a los PETL (FJ 2.º): «En punto a la determinación del perjuicio, es sabido que es criterio general el de que el Derecho ha de procurar la satisfacción del interés del perjudicado, encaminado a obtener la íntegra reparación del daño, a tenor del principio jurídico de la “restitutio in integrum” que informa el artículo 1.902 CC, que tiende al exacto restablecimiento del patrimonio afectado, o, en los términos del artículo 10:101 de los Principios de Derecho Europeo de responsabilidad civil, la compensación a la víctima, restableciendo “la posición que hubiera tenido si el ilícito que reclama no se hubiera producido”».

SAP Barcelona (Sección 16) de 21 de diciembre de 2011 (JUR 2012\19545). Ponente: Jordi Seguí Puntas. Accidente de tráfico: resarcimiento del daño. El coste de reparar el vehículo triplicaba el valor venal del mismo al tiempo del siniestro. Para reducir la indemnización a este último, incrementado moderadamente debido a gastos y molestias, el Tribunal se hace eco de los PETL (FJ 2.º): «Desde una perspectiva estrictamente doctrinal, indicar [sic] que los Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil aprobados en 2005 por el European Group on Tort Law han venido a refrendar aquella tesis, al establecer que la medida básica de la indemnización es “el valor de la cosa” y que el perjudicado sólo puede reclamar el mayor gasto de la reparación “si tal actuación resulta razonable” (artículo 10:203)».

Libros sobre Derecho Privado Europeo. Recensiones y notas

HARKAMP, Arthur - HESSELINK, Martijn - HONDIUS, Ewoud - MAK, Chantal - DU PERRON, Edgar (eds.): *Towards a European Civil Code*, Wolters Kluwer, 2011, 4th revised and expanded edition, 1184 pp. ISBN: 978-90-411-3357-1.

El libro que se recensiona puede considerarse ya un clásico, que vuelve a publicarse ahora en su cuarta edición y que ya no necesita de más presentación. La presente edición se ha visto incrementada respecto de la precedente en 280 páginas y ello, fundamentalmente, se debe al hecho de que la discusión sobre la europeización del Derecho privado europeo ha alcanzado nuevas cotas, no solo como consecuencia de las nuevas iniciativas políticas, sino también debido a los nuevos trabajos sobre el Marco Común de Referencia y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea. Son estos motivos los que según los editores de la obra seguramente justificarían hoy más que entonces la promulgación de un Código civil europeo. Los capítulos ya existentes en anteriores ediciones se mantienen pero han sido reelaborados a la vista de dichas consideraciones; además, se han incorporado nuevos capítulos y también nuevos autores. Así, sobre Derecho y regulación privada (mediante códigos de conducta, por ejemplo) (Cafaggi); el impacto del Derecho europeo primario en el Derecho privado (Hartkamp); el papel del TJUE en la interpretación de las directivas (Weatherill); la relación entre el Derecho contractual y el Derecho de la competencia (Cseres); la procedimentalización del Derecho privado (Joerges y Schmid); los aspectos constitucionales de un Código civil europeo (Mak); la noción de daño (von Bar); el Derecho y su análisis económico en el proceso de armonización del Derecho privado europeo (Gómez); los vicios del consentimiento en el Derecho contractual (Cartwright); *hardship* y modificación del contrato (Mekki); contratos bancarios de inversión y mercantiles (Grundmann); prestación de garantías por los particulares (Colombi Ciacchi); responsabilidad vicaria (Wagner); y buena fe y adquisición de bienes muebles (Salomons). Por el contrario, algunos capítulos de la tercera edición de esta obra han desaparecido en la actual. Por ejemplo, las contribuciones de van Gerven, Muir Watt, Legrand, Heutger y Jelloschek.

Los autores de esta nueva edición proporcionan, de nuevo, argumentos sugerentes y atinados en los respectivos temas tratados, que de forma concisa ofrecen al lector un estado de la cuestión y, a la vez que le introducen en las cuestiones más candentes de la discusión, aportan nuevas ideas y sugerencias. Se trata, en definitiva, de una obra que no debería faltar en ninguna biblioteca especializada.

Martin EBERS
Humboldt Universität zu Berlin

MCCORMACK, Gerard: *Secured Credit and the Harmonisation of Law. The UNCITRAL Experience*, Edward Elgar Publishing, 2011, 224 pp. ISBN: 978-1849803977.

La presente obra analiza una cuestión de gran interés para las transacciones transfronterizas: la armonización de las garantías reales. Nos encontramos ante una materia que por su complejidad no ha sido regulada hasta el momento por el Derecho privado europeo, que contiene una normativa fragmentada y dispersa (por ejemplo, la reserva de dominio en el artículo 4 de la Directiva 2000/35, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DOCE n.º L 8 agosto 2000, núm. 200, p. 35; ver en este sentido Simón Moreno, Héctor, «Towards a European System of Property Law», *European Review of Private Law*, 19, Issue 5, pp. 579–611). La única propuesta que pretendía conseguir una uniformidad en este ámbito era la del *Draft of The Common Frame of Reference* de 2009. Este marco regulaba una garantía real sobre bienes muebles (Libro IX) que no ha sido incorporada en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 10 de octubre de 2011 (Instrumento Opcional, COM(2011) 635 final). Por estos motivos, el autor se centra en la Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas de 2008, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), que recoge una garantía real mobiliaria que se concibe de forma amplia incluyendo cualquier clase de derecho sobre un bien mueble, independientemente de la forma que revista la operación o de la terminología empleada por las partes. La Guía también regula un registro público por el que se da publicidad de la garantía real a terceros. La finalidad última que persigue el autor es esclarecer si nos encontramos ante un instrumento cuya adopción sería conveniente por los distintos Estados. En su opinión, la Guía es un instrumento que refleja las modernas técnicas de financiación, más contemporáneo y actualizado que la *European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) Law on Secured Transactions* o la *Inter-American Model Law on Secured Transactions*. De todo ello habría que concluir que, efectivamente, la Guía es una fuente de inspiración (una caja de herramientas o «*Toolbox*») para los Estados a la hora de modernizar sus legislaciones nacionales y promover, así, el crédito transfronterizo a un bajo coste. Sin embargo, esta conclusión, como tendremos ocasión de comprobar, está llena de pequeños matices.

La obra que nos ocupa se estructura en ocho capítulos. En el capítulo introductorio se explica la importancia de UNCITRAL en el comercio internacional, puesto que tiene como mandato general de acuerdo con sus estatutos fundacionales el promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. Después de un análisis del método de trabajo de la organización, no siempre aceptado por los países miembros, el autor se hace eco de una circunstancia relevante: la paulatina adopción en el seno de esta organización del término «*modernisation*», que conviviría entonces con los términos armonización o unificación. Sobre estos últimos existe un cierto consenso en cuanto a su significado y alcance. Así, la primera técnica deja intacta la normativa propia de los derechos nacionales (como ejemplos encontraríamos las Leyes Modelo, como la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias, aprobada el 4 de febrero 2002 en la primera sesión plenaria de la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre

Derecho Internacional Privado, o las Guías Legislativas, como la de 25 de junio de 2004 sobre un marco jurídico eficiente y eficaz para resolver las dificultades financieras de los deudores comerciales); mientras que la segunda permite la unificación a nivel internacional de una normativa (como ejemplo encontramos el Convenio Internacional, como el relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil de 2001). No obstante, la «modernización» constituye tanto un cambio de paradigma y una evolución de los objetivos iniciales de esta organización como una novedosa forma de entender la introducción de normas foráneas en un ordenamiento jurídico. Efectivamente, dicha técnica no se encuentra en los estatutos fundacionales de UNCITRAL y supone la revisión de la normativa legal de un país por considerarse antigua, ineficiente e inadecuada para las exigencias modernas en aras de conseguir una de nueva que cumpla con dichas exigencias (por ejemplo en sede de comercio electrónico), que puede o no ser consistente con las leyes nacionales. No se trata, pues, de armonizar o unificar normas que tengan su base en varios ordenamientos, sino de sustituirlas si no son lo suficientemente modernas. Un instrumento que en el ámbito europeo podría responder a esta idea sería la eurohipoteca, un modelo ideal, útil y flexible de hipoteca que da repuesta a las necesidades actuales del tráfico jurídico. (Nasarre Aznar, S., «The Eurohypothec: a Common Mortgage for Europe», *The Conveyancer and Property Lawyer*, January-February 2005, pp. 50 y 51).

Ante esta nueva perspectiva, el autor analiza qué instrumento sería el más adecuado para conseguir esta «modernización» en el ámbito internacional, y razona que una Guía Legislativa, como la elaborada por UNICTRAL respecto a las garantías mobiliarias, sería la técnica idónea para promover la modernización de las legislaciones nacionales. En efecto, la técnica del Convenio Internacional presenta dificultades en su aplicación, principalmente el largo proceso de adopción y posterior ratificación por cada uno de los Estados y la dificultad para los Estados de variar su contenido (es común el uso de la expresión «todo o nada»). Por ello, la técnica de la Ley Modelo parecería más conveniente gracias a su flexibilidad, al hecho de que no impone su articulado a cada Estado y a que puede ser modificada posteriormente con mayor facilidad, lo que le permitiría adaptarse en mejores condiciones a las demandas del tráfico jurídico-económico de un momento determinado. Pero las Leyes Modelo también encuentran dificultades cuando se enfrentan a una temática, como las garantías reales, que podría exigir cambios de gran envergadura en cada ordenamiento jurídico. Efectivamente, pensemos por ejemplo en la accesoria entre la garantía y la obligación o el sistema registral. Es por ello que la técnica de la Guía Legislativa, que incorpora tanto principios básicos como recomendaciones, podría ser el instrumento más útil.

Una vez dicho analizado el instrumento ideal para una armonización o modernización del derecho, el autor analiza en el capítulo segundo las ventajas *prima facie* de una armonización o modernización del derecho comercial internacional: la seguridad jurídica, la existencia de una ley neutral que gobierne las transacciones transfronterizas y la reducción en los costes de transacción. Ambas técnicas también tienen sus inconvenientes: la competencia entre los legisladores para optimizar sus legislaciones y los aspectos culturales de cada país. Todos estos aspectos ya han sido debatidos a nivel europeo respecto a la armonización del Derecho privado europeo (ver en este sentido Legrand, «Against a European Civil Code», en *The Modern Law Review*, Vol. 60, 1997), pero el autor destaca en el ámbito internacional tres hechos relevantes: a) primero, que muchas operaciones todavía se rigen por

una ley que no ha sido armonizada. Por lo tanto, existen factores extrajurídicos como el lenguaje o la falta de familiaridad con las prácticas comerciales locales que jugarían incluso un rol más importante que la regulación legal; *b*) segundo, que a la hora de considerar cualquier armonización no se puede ignorar el elemento político; y *c*) tercero, que la introducción de un nuevo derecho se ha de relacionar satisfactoriamente con las instituciones jurídicas preexistentes, a lo que ayuda que ese derecho provenga de una tradición jurídica similar. Es decir, una armonización de las garantías mobiliarias a nivel internacional que está basada en una jurisdicción en particular podría no ser el instrumento óptimo para un cambio en el régimen legal. Esto es precisamente lo que tiene lugar con la Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas de UNCITRAL, que tiene su base en el artículo 9 del *Uniform Commercial Code* estadounidense (UCC).

En el capítulo tercero el autor trata específicamente la armonización o modernización del derecho de garantías, y llega a la conclusión de que una regulación eficiente y moderna debería ser «liberal» eliminando cualquier restricción a la hora de constituir la garantía. De esta forma, se facilitaría el crecimiento económico con la consiguiente reducción del coste de crédito, aunque ello podría afectar a cuestiones de orden público. En nuestra opinión, la idea que con acierto plantea el autor es que la garantía debería ser eficaz y eficiente en el tráfico jurídico, es decir, debería otorgar la máxima seguridad jurídica a las partes permitiendo obtener el máximo provecho del valor de los bienes muebles objeto de garantía. A mayor flexibilidad, mayores posibilidades de constituir una garantía y de obtener un valor económico de los bienes. El artículo 9 UCC se considera como una de las normativas que cumple con estas necesidades, cuyas características principales (por ejemplo, menores restricciones a la hora de constituir la garantía, un amplio objeto y prioridad de los derechos de garantía sobre otros créditos) están presentes en la Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas. Por lo tanto, esta Guía, como ya hemos visto, tiene una gran influencia del UCC, es decir, del derecho norteamericano, no solo por su contenido si también por el poco margen existente para la aplicación de principios contradictorios con los que se enuncian. Ello tiene repercusiones, como veremos, en cuanto a su operatividad.

En el capítulo cuarto el autor analiza precisamente el artículo 9 UCC (que ha tenido influencia en otros países del *common law*, como Nueva Zelanda y Australia) y lleva a cabo una comparativa tanto con el Derecho inglés, que si bien contiene una regulación igual de flexible, la falta de una regulación única lo convierte en un modelo poco atractivo o «vendible» a nivel internacional (dado que su regulación tiene su base en la precedentes de los tribunales), como con el *civil law*, que no destaca por su flexibilidad. En efecto, por ejemplo en cuanto a la constitución de la garantía, rige de forma general en los sistemas de derecho civil el principio de especialidad, es decir, existe la necesidad de que el objeto del derecho real quede claramente definido, si bien en el *common law* pueden encontrarse excepciones a este principio como en la *floating charge* inglesa, que se extiende sobre todos los bienes presentes o futuros de una empresa hasta que finalmente es exigible la obligación (ver *National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Ltd and others*. House of Lords, [2005] 2 AC 680). La conclusión, pues, es que tanto el modelo estadounidense como el inglés ejemplifican un régimen «liberal» de las garantías mobiliarias.

En el capítulo quinto el autor analiza los esfuerzos de armonización internacionales anteriores a la Guía Legislativa UNCITRAL, en particular,

los ya citados EBRD *Model Law on Secured Transactions* y el *Organisation of American States (OAS) Model Law*, que se aplican a cualquier clase de garantía y pueden considerarse como precursores de esta Guía.

El sexto capítulo se centra en la Guía Legislativa y analiza algunas de sus características principales, como la limitación en su objeto (no se incluyen los bienes incorpóreos y los bienes inmuebles), la posibilidad de crear una especie de *floating charge* sobre todos los bienes de la empresa, si bien la Guía deja un porcentaje para los acreedores no asegurados, lo que no tiene lugar en el derecho estadounidense, la constitución por contrato o acuerdo, incluso oral en algunas circunstancias, su registro para su eficacia respecto a terceros, las denominadas «*quasi-securities*», como las cláusulas de reserva de dominio (con una gran influencia del derecho estadounidense), o la regla general *prior in tempore potior in iure* (primero en el tiempo, mejor en derecho).

En último lugar, antes de las conclusiones, se analiza en el capítulo séptimo la Guía Legislativa UNICTRAL sobre el Régimen de la Insolvencia, que al contrario que la Guía sobre Operaciones Garantizadas no está tan influenciada por el derecho estadounidense. Por un lado, no contiene un régimen tan prescriptivo, por ejemplo la Guía sobre insolvencia remite a la legislación nacional en cuanto a la reserva de dominio sin imponer una solución; por otro, el derecho estadounidense tiene una clara inclinación pro-deudor, en contraposición con la Guía UNCITRAL que toma en consideración los intereses del acreedor.

En definitiva, el lector realiza a través de estos capítulos un recorrido por el derecho internacional de las garantías reales mobiliarias, donde confluyen una serie de instrumentos y/o métodos de armonización o unificación y diferentes propuestas y regulaciones legislativas. En nuestra opinión, era necesario un análisis pormenorizado en este ámbito a nivel internacional, dado que a nivel europeo el tema de la armonización, unificación y/o uniformización del Derecho privado europeo es un tema tratado ampliamente por la doctrina que ha despertado controversias. Nos encontramos ante una obra muy recomendable donde el autor no rehúye hablar de las cuestiones más candentes en este ámbito, como cuál sería la mejor técnica de armonización y los factores que influyen en la adopción de uno u otro instrumento. La conclusión es que la Guía Legislativa UNCITRAL se presenta como un instrumento flexible, eficaz y eficiente en el ámbito de las garantías reales mobiliarias, pero su similitud con la regulación estadounidense (artículo 9 UCC) provoca que sea difícil su transposición en otros Estados, aparte de haber sido elaborada con anterioridad a la crisis económica. Por lo tanto, el debate sigue abierto a la discusión doctrinal, a la que el autor de la presente obra ha contribuido de forma inestimable.

Héctor SIMÓN MORENO
Universidad Rovira i Virgili

WESTRIK, R - VAN DER WEIDE, J. (eds.): *Party Autonomy in International Property Law*, Sellier, Munich, 2011, 276 pp. ISBN (print) 978-86653-173-4 ISBN (eBook): 978-3-86653-932-7.

El libro publica las ponencias presentadas en el congreso sobre «Autonomía privada en el Derecho (internacional) de propiedad», que se celebró en la Erasmus School of Law (Rotterdam) los días 27-28 Mayo 2010. Participan-

tes de más de veintidós universidades de Europa y de otros países se dieron cita en una reunión que congregó a un nutrido grupo de especialistas en Derecho Civil, Derecho Civil europeo y Derecho Internacional Privado, así como Derecho de propiedad internacional. El planteamiento inicial parte de la siguiente constatación: mientras que en la esfera del Derecho contractual las partes son en principio libres para elegir la ley aplicable, en el ámbito del Derecho de propiedad, la situación tiende a estar presidida por la aplicación de la *lex situs*, y sin que, en general, se estime que la autonomía privada pueda desplazar la norma que de este principio se deriva.

La finalidad del congreso no se limitaba a procurar información sobre el *status quo*, sino que buscaba propiciar el debate sobre si y cómo la autonomía privada podía y debía tener mayor protagonismo para seleccionar la norma aplicable a cuestiones relativas al estatuto jurídico real de los bienes. Se subraya, además, la importancia del enfoque propuesto, lo que deriva de varios factores. En primer lugar, la creciente importancia del comercio internacional parece exigir soluciones más flexibles a la rígida aplicación de la regla de la *lex situs*. En segundo lugar, la propia regla ha sido sometida a ciertas críticas y revisión, al tiempo que la idea de respetar también en este ámbito la autonomía privada gana terreno, sin perjuicio de constatar que se encuentran implicados distintos intereses por la propia naturaleza de los derechos reales, pues precisamente su eficacia *erga omnes* será uno de los argumentos contrarios a conferir libertad a las partes para decidir su régimen jurídico o para su libre creación.

El congreso se organizó de manera que los ponentes abordaran las cuestiones que derivan del punto de partida señalado, básicamente en torno a cuatro temas: 1. Aspectos generales de la autonomía privada, tanto en el Derecho continental como en los sistemas de Common Law. 2. Derecho internacional privado relativo a la propiedad. 3. Las soluciones adoptadas por las iniciativas y proyectos en el ámbito del Derecho Europeo, especialmente en lo que concierne a las reglas de conflicto para cuestiones de propiedad y 4. La cesión de créditos en el Derecho internacional privado. El libro se estructura así en cuatro partes.

La primera, dedicada a los aspectos generales de la autonomía privada, se abre con un estudio de Alex Flessner que había sido previamente publicado en 2010, y que se incorpora al volumen como frontispicio que establece el marco general y los intereses afectados en la elección del Derecho aplicable a los bienes, el influjo del principio *lex rei sitae*, y la enemiga general del legislador a admitir otros criterios. En particular se analiza el influjo que el trabajo y la crítica de la doctrina han tenido en la legislación de algunos países europeos a la hora de aceptar mayor autonomía privada en el ámbito examinado, así como las razones por las que en general se mira con disfavor lo que puede derivar en inseguridad acerca del régimen jurídico de los bienes y la publicidad organizada (especialmente de las garantías reales), si bien se aboga por una aproximación más flexible en el espacio del Derecho europeo.

La segunda ponencia, cuyo autor es J. van der Weide, ilustra la trascendencia del asunto con una sentencia de la Corte francesa de casación que hubo de decidir sobre la atribución del dominio de bienes muebles de un afamado pintor francés, adquiridos en Estados Unidos, aplicando la regla del *Code possession vaut titre*. El autor expone la situación en Derecho Holandés, en el que la elección por las partes se contempla como un último recurso, allí donde la referencia al lugar en el que los bienes se encuentran no proporcionaría una solución razonable, como ocurre con los bienes que se estén en

tránsito. De otro lado, si bien se espera que la Comisión Europea pueda abrir perspectivas favorables a la autonomía privada al elaborar su informe sobre la aplicación del Reglamento Roma I (art. 14), al menos en materia de cesiones de crédito transfronterizas, el autor se muestra escéptico sobre la posibilidad de alcanzar un consenso europeo sobre la materia.

En el tercer estudio, T.H. D. Sruycken, profesor de Derecho de propiedad europeo en la Universidad de Utrecht, centra su enfoque en el significado de la teoría del *numerus clausus* propia de algunos Derechos continentales y piedra de toque en la discusión sobre la libre creación por los particulares de derechos reales y la reticencia a admitir en el sistema interno figuras jurídico-reales extrañas a los moldes previstos por el propio Ordenamiento. Profundiza en el origen y el significado de la teoría y su reflejo en algunos países señaladamente en Holanda. Se advierte además de los problemas derivados de admitir la autonomía privada en la libre creación de derechos reales, pues, como acertadamente destaca, la cuestión exige concretar quiénes son los terceros afectados y en qué medida incide sobre su posición el derecho de que se trate; más aún, subraya la importancia de establecer los límites que eviten los posibles abusos o excesos (a través, por ejemplo, de exigencias de publicidad, normas de protección de terceros de buena fe, etc.), cuyo diseño es igualmente importante si se quiere conseguir que la idea de autonomía privada en el ámbito jurídico real sea más aceptable.

Esta primera parte se cierra con la contribución de R. Stevens de la University College de Londres, que, a través de un análisis de la noción de *property right* en el Common Law, su evolución y los intereses implicados en su definición, concluye en la necesidad de delimitar el contorno del concepto de *property right* como premisa indispensable para afrontar el problema de la autonomía privada en su creación, teniendo en cuenta, además, las actuales necesidades del tráfico jurídico.

La segunda parte en la que se divide el libro se dedica a la autonomía privada en particular en el ámbito del Derecho internacional privado. Intervienen J. v. Hein, de la Universidad de Trier, V. Sagaert, profesor en la Universidad de Leuven y de Antwerp, sobre Derecho francés y belga. El primero pone de relieve que el punto de partida en el Derecho alemán es negativo; no obstante, esta afirmación se impregna de matices, lo que provoca ciertas incoherencias; una fuente de inspiración se encuentra en los reglamentos de Roma I y II y los intereses que en dichas normas se tienen en cuenta a la hora de establecer límites a la autonomía privada. En cuanto al tema en Derecho francés y belga, se advierte que la propia construcción del concepto de derecho real y el sistema de *numerus clausus* afecta a la cuestión, por más que en ambos ordenamientos se observa la admisión de figuras que no dejan de abrir una brecha en lo que *prima facie* parece una construcción cerrada contraria a la admisión de situaciones jurídico-reales atípicas; así, por ejemplo en lo que se refiere a las transmisiones fiduciarias con finalidad de garantía, cuya admisibilidad es más clara en Derecho francés, pero no reconocida en Bélgica, que sin embargo abre paso a la autonomía a través de reconocer la elección de la ley aplicable a los *trusts*.

La tercera parte del libro afronta el problema en el marco más general del Derecho Europeo, vigente y proyectado, habiéndose elegido dos temas como ilustración de los intereses políticos y financieros subyacentes. En primer lugar, el problema de la legislación aplicable a los efectos frente a terceros de la cesión de créditos y la polémica latente a la revisión de la Convención de Roma y la gestación del artículo 14 de Roma I, que se aborda por M. van der

Grinten, que participó activamente en aquella como representante de Holanda. U. Drobnig, Director emérito del Max Planck de Hamburgo, partiendo de la regulación en la Directiva sobre la lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales, proporciona una visión panorámica de los efectos de la cláusula de reserva de dominio en los países europeos (examinando, de un lado, las que le conceden pleno reconocimiento a las acordadas en otros estados miembro, mientras que otros, entre ellos España, someten sus efectos frente a terceros a requisitos de publicidad) así como otras garantías no posesorias, y los puntos en los que la diferente práctica judicial en varios países haría aconsejable la intervención del legislador europeo.

La cuarta y última parte del libro contiene cuatro estudios dedicados a autonomía privada y cesión de créditos (H. Verhagen y A. Flessner), acuerdos de garantía financiera (R.M. Wibier) y la autonomía privada en el Derecho concursal (P. M. Veder). El primero, de H. Verhagen, no sólo se dedica a la incidencia que tiene reconocer en Roma I la libre elección de la ley aplicable, sino que realiza un breve estudio comparativo de varias cuestiones relativas a la eficacia de la propia cesión del crédito frente al deudor cedido y el papel asignado a la notificación frente a éste y como elemento a considerar, no sin polémica, para determinar la preferencia en caso de doble cesión del crédito. Asimismo analiza el problema de las cesiones en garantía, su discutida admisión en algunos ordenamientos y, finalmente, los presupuestos de la eficacia de la cesión frente a terceros, especialmente acreedores de las partes. Su conclusión es que no es necesario negar la autonomía privada en este campo, pero si clarificar y delimitar los intereses en conflicto y su adecuada protección. A. Flessner enfoca el problema desde la doble faz de la cesión del crédito, que, de un lado, implica un derecho de crédito a exigir una prestación a una persona determinada, y, de otro, constituye un bien incorporal cuyas reglas de circulación entran en el ámbito de los derechos reales; a partir de aquí, y desde la regulación contenida en las normas de Roma I, se determina su alcance y trascendencia, no exenta de discusión e interpretaciones diversas (artículos 14 y 27), para resolver los efectos de la cesión frente a terceros. En el tercer capítulo de esta última parte, R. M. Wibier explica los problemas relativos a la garantías financieras en operaciones transfronterizas, así como las alternativas que las partes, en uso de su autonomía, pueden explorar con el fin de estructurar lo que mejor convenga a sus intereses. Finalmente, P. M. Veder pone de relieve la conexión entre autonomía privada y Derecho concursal, partiendo de la constatación de las relevantes diferencias, en caso de insolvencia, entre ser mero acreedor o ser titular de un derecho real resistente al concurso, y teniendo en cuenta que el legislador concursal, en función de sus propios criterios, determinará la suerte de uno y otro, y, en particular, la de las garantías reales. El punto de confluencia se produce considerando la disciplina concursal sobre la impugnación de los actos perjudiciales para la masa, por cuanto las partes, en uso de su autonomía privada sobre la elección de la ley aplicable, escogerán aquella que mejor les ponga a salvo de cualquier interferencia por parte de la administración concursal. Esta observación, sin embargo, no se traduce en un obstáculo insalvable para amparar su libre elección, pues se considera deseable que las partes escojan aquella regulación que mejor responda a sus intereses. Lo importante es adoptar las medidas que sean oportunas para proteger a otros acreedores y reprimir los supuestos en los que la elección de la norma aplicable se revele haber sido utilizada con el propósito de defraudar los derechos de terceros.

Como puede observarse, tras este breve resumen, en esta obra se ofrece un amplio abanico de cuestiones relacionadas con problemas que afectan fundamentalmente a la elección de la ley aplicable a cuestiones jurídico-reales y derivados de su inevitable trascendencia frente a terceros, concretando muchos de los escenarios en los que el conflicto se puede suscitar y proporcionando un agudo análisis de los cauces adecuados para conciliar la autonomía privada y los intereses de terceros a la vista del Derecho europeo vigente y las perspectivas de futuro. Contando, además, con reconocidos especialistas que proporcionan una visión crítica sobre las ideas tradicionales en la materia y abren nuevos horizontes. Al hilo de enfocar la cuestión desde el Derecho internacional privado, se incide además sobre la propia noción de derecho real y su proyección en distintos países y, en particular, sobre distintas formas de garantía, entre otras, transmisión fiduciaria de propiedad, cesión de crédito o garantías financieras.

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA
Universidad de Murcia

CASTRO VÍTORES, Germán de: *La cláusula penal ante la armonización del Derecho contractual europeo*, Madrid, Ed. Dykinson, 2009. 209 pp. ISBN: 978-84-9849-334-4.

La cláusula penal es un tema recurrente: como tema clásico que es, nunca pasa de moda, y la doctrina vuelve sobre él una y otra vez, siempre con nuevos problemas y nuevas propuestas¹. Lo que caracteriza a esta obra que ahora comentamos es que, a diferencia de lo que es acostumbrado, no aborda el problema de la cláusula penal desde la perspectiva sobre todo nacional-estatal, sino desde una óptica fundamentalmente europea, lo que constituye quizás la principal novedad de este estudio².

En efecto, arrancando ya desde orígenes romanos³ y sus recorridos a lo largo del *ius commune* medieval y moderno⁴, la cláusula penal es una institución típica del Derecho europeo de obligaciones, presente en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión Europea, y de fuera de ella. Pero, si bien en la tradición jurídica europeo-continental pre-codificatoria la figura presentaba una cierta homogeneidad, con la «re-nacionalización» del Derecho que supuso la era de la Codificación, por un lado, junto con la influencia del Derecho angloamericano, por el otro, se entró en un campo de incertidumbre del que el moderno Derecho europeo es hoy tributario. Esta

¹ Sin ir más lejos, muy recientemente ha aparecido una auténtica *summa* sobre la materia a cargo de Silvia Díaz Alabart, *La cláusula penal*, Madrid, 2011.

² Véase también, en este mismo sentido, I. STELTEMANN, *Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht. Möglichkeiten einer Rechtsvereinheitlichung auf der Basis eines Rechtsvergleichs der Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs, Englands und Schwedens*, Berlin, 2000. Un estudio reciente que también aporta una visión comparatista del problema es C. FUENTESECA DEGENEFTE, «Diversos matices de la regulación de la cláusula penal en el ordenamiento español y alemán», en *Foro. Revista de ciencias sociales y jurídicas* 13 (2011), pp. 61-110.

³ Fundamental, R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae: Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln, 1976; cf. además R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, pp. 95 y ss.

⁴ R.-P. SOBNA, *Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen. Eine Untersuchung zur Vorgeschichte und Wirkungsgeschichte der Regel des § 343 BGB*, Berlin, 1993, pp. 26 y ss.

incertidumbre alcanza incluso a la propia definición del instituto⁵. Hoy se entiende por «cláusula penal», en sentido amplio, una estipulación por la que cada uno de los contratantes, o solo uno de ellos, se compromete de antemano respecto al otro, a realizar una prestación, generalmente en dinero, en el caso de incumplimiento o de cumplimiento imperfecto de su obligación, ya sea a título de indemnización *à forfait* o de sanción. Esta concepción amplia y unitaria es la que ha caracterizado generalmente a los Derechos civiles continentales⁶, frente a la tradición del *common law*, que ha venido distinguiendo entre la «penalty clause» (de carácter conminatorio) y la «liquidated damages clause» (con fines meramente indemnizatorios), considerando la primera nula, mientras que la segunda, al ser una simple estimación anticipatoria de los daños y perjuicios para el acreedor en caso de incumplimiento por el deudor, está permitida, sin que pueda ser modificada por el juez. La principal función del juzgador en estos casos es determinar ante qué clase de cláusula nos encontramos en un contrato dado.

La distinción ha acabado penetrando también en algunos Derecho continentales. Así, en el Derecho alemán, la configuración que de ella da el BGB (§§ 339-345) es acorde con la tradición continental, es decir, responde a una dualidad de funciones, coercitiva e indemnizatoria, con predominio de la primera. Sin embargo, a partir de los años 60, la jurisprudencia comenzó a entender que, en caso de que la intención de las partes fuera claramente que la cláusula solo sirviera para hacer una evaluación *a priori* de la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios que corresponderán al acreedor en caso de incumplimiento o cumplimiento imperfecto de la obligación por el deudor, no se trata propiamente de una *Vertragsstrafe* y, por tanto, no procede aplicar los mencionados parágrafos del BGB, sino que deben aplicarse las normas que rigen un acuerdo de voluntades con ese contenido (*pauschalisierter Schadenersatz*). Esta doctrina jurisprudencial ha acabado imponiéndose en Alemania, liquidando así la visión unitaria del instituto, y fue consagrada legislativamente por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (*AGB-Gesetz*) de 9 de diciembre de 1976.

Esta tendencia a la distinción entre ambas figuras se observa también en otros ordenamientos jurídicos europeos. Así, en Francia, el *Code civil* ya contenía un principio de distinción, al separar la regulación de la cláusula penal propiamente dicha (arts. 1226-1233) de la de daños y perjuicios (art. 1152); sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia tendieron a interpretar estos preceptos unitariamente, siguiendo la tradición civilista, hasta que la reforma del artículo 1152, que permitió la revisión judicial de la pena, hizo pensar a cierta parte de la doctrina que debería tratarse de forma diferenciada ambas figuras. En el Derecho italiano, la doctrina se encuentra dividida entre quienes ven en la cláusula penal del artículo 1382 CC una figura de naturaleza mixta, coercitiva e indemnizatoria, en que las dos funciones serían esenciales, y quienes sostienen que ahí se encuentra únicamente un tipo de sanción, y que las cláusulas que contengan solo un acuerdo anticipado sobre el importe la indemnización deben seguir otro régimen. El Derecho portugués,

⁵ Así, en la propia Resolución 78 (3), de 20 de enero de 1978, del Consejo de Ministros del Consejo de Europa relativa a las cláusulas penales en Derecho civil (Exposición de motivos, n.º 6) se dice expresamente que «l'un des problèmes fondamentaux qui se posait au comité [d'experts] était celui de la définition des termes "clause pénale"» (*cit.* en A. PINTO MONTEIRO, «Clause Pénale/Penalty Clause/Vertragsstrafe», en *ERPL* 9/1 (2001), p. 149.

⁶ ZIMMERMANN, *op. cit.*

por su parte, ve la cláusula penal del artículo 810.1 CC como un acuerdo indemnizatorio, sin perjuicio de que las partes puedan acordar darle asimismo un carácter conminatorio⁷. La doctrina española mantiene un concepto unitario, en la línea tradicional, pero donde la pena, según el artículo 1152 CC, tiene una función principalmente sustitutiva y liquidatoria de la indemnización⁸.

Otro tema conflictivo en relación con la cláusula penal es el referido al poder moderador del juez en caso de que el importe de la pena supere la cuantía de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor por el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de la prestación por el deudor. Las soluciones que se encuentran en el Derecho comparado son también diversas y a menudo divergentes de las de la tradición civilista. Como ya se ha indicado, en el *common law* no se admite la revisión judicial de la *liquidated damages clause*. En el Derecho continental, en cambio, el BGB (§ 343) permite la reducción judicial de la pena cuando esta es desproporcionadamente elevada. Asimismo, el Derecho portugués (art. 812 CC) y el italiano (art. 1384 CC) admiten la revisión cuando la pena es manifiestamente excesiva o cuando haya habido un cumplimiento parcial de la obligación por el deudor. Una solución semejante se encuentra en el Derecho suizo (art. 163.3 OR) y en el nuevo Código holandés (art. 6-94), que prevé que el juez pueda moderar la pena si «la equidad» (*billijkheid*) lo exige manifiestamente. También el Derecho francés se orienta ahora en esta dirección, después de la reforma del artículo 1152 CC en 1975, que permite al juez reducir la pena cuando esta es notoriamente excesiva, y no solo en caso de cumplimiento parcial por el deudor⁹. Frente a esta actitud generalizada en el Derecho continental, el Derecho español (art. 1154 CC) se mantiene aferrado a la solución tradicional, que solo admite la moderación de la pena por el juez en caso de cumplimiento parcial o irregular de la prestación, solución que ha sido a menudo criticada por la doctrina e interpretada restrictivamente¹⁰.

Este es el telón de fondo en el que se mueve este libro que comentamos, que aborda justamente estos temas neurálgicos de la cláusula penal a los que nos hemos referido, es decir, la delimitación de la cláusula penal respecto de las modalidades indemnizatorias y la cuestión de la revisión judicial del importe de la pena, sobre todo esta última cuestión. Aunque rece en su título «ante la armonización del Derecho europeo», la obra versa más bien sobre

⁷ Vid. PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, 150 ss.; más detalles ahora en DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pp. 9 y ss.

⁸ Vid. las síntesis recientes de J. E. MASIDE MIRANDA, «La cláusula penal», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Madrid, 2006, pp. 497 ss.; E. ARROYO I AMAYUELAS, «Comentario al artículo 1152 CC», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1279 s.; J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 1152 CC», en A. CAÑIZARES LASO/P. DE PABLO CONTRERAS/J. ORDUÑA MORENO/R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, 326 ss. Con detalle, ahora, DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pp. 52 ss. La Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones del CC (art. 1147) mantiene la necesidad de pacto para que la cláusula penal sea cumulativa.

⁹ PINTO MONTEIRO, *op. cit.*, 152.

¹⁰ Al respecto, recientemente, aparte del libro que comentamos (*vid. infra* en el texto) y con posterioridad a él, *vid.* MASIDE MIRANDA, *op. cit.*, pp. 518 ss.; ARROYO I AMAYUELAS, «Comentario al artículo 1154 CC», en A. DOMÍNGUEZ LUELMO (dir.), *op. cit.*, 1283; RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al artículo 1154 CC», en A. CAÑIZARES LASO et al. (dirs.), *op. cit.* 336 ss.; más detalles, en DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pp. 95 ss. Cfr. *infra* nota 14.

«unificación» del Derecho europeo¹¹ y Derecho comparado. En efecto, los focos de atención de la obra con los que establece la conexión con las normas del Derecho español (artículos 1152-1155 CC) son, por un lado, los Derechos de diversos Estados de la Unión (fundamentalmente, Alemania, Inglaterra, Francia, Bélgica, Italia y Portugal) y, por el otro, el proyecto de Código Europeo de Contratos («Proyecto de Pavía» o «Código Gandolfi»), que en su artículo 170 se ocupa de esta figura. Junto a esta temática hay, además, un tercer capítulo, sobre el funcionamiento de la cláusula penal en el marco de los contratos de adhesión o sometidos a condiciones generales, más centrado en el Derecho español, aunque es, precisamente, el tema que ha sido objeto de más normas armonizadoras de los tres aquí estudiados¹². El libro se presenta, pues, como una suma de tres trabajos relativamente autónomos, que siguen el hilo conductor de la cláusula penal.

En la primera parte (pp. 13-79), el autor realiza un estudio panorámico general sobre el concepto y funciones de la cláusula penal en el Derecho español, en el Derecho comparado y, sobre todo, en el Proyecto de Código Europeo de Contratos, que pone de manifiesto esas fracturas y disonancias al respecto en el Derecho europeo contemporáneo que hemos señalado, y que reclamarían una solución unificadora del estilo de la propuesta por el Grupo de Pavía, que, a juicio del autor, constituye una razonable propuesta armonizadora de las distintas concepciones hoy en liza en el contexto europeo. Particular relieve presentan a este respecto los problemas de la revisabilidad de las penas convencionales excesivas y del establecimiento de criterios interpretativos específicos para la contratación en masa, que son, precisamente, los temas a los que dedicará los dos capítulos o partes siguientes.

En la segunda parte (pp. 81-149) se centra, por tanto, en la primera de esas dos cuestiones. Tras un análisis exhaustivo de la norma del artículo 1154 CC, con su desarrollo jurisprudencial (sobre todo en relación con el problema de la pena de cuantía inferior al daño), y su comparación con las soluciones apuntadas en el Derecho comparado y en proyecto papiense, acaba haciendo un propuesta de reforma normativa favorable a la introducción de

¹¹ Suele distinguirse en la doctrina del Derecho comparado entre «armonización» y «unificación» del Derecho, en el sentido de que, mientras que la «unificación» busca la sustitución de dos o más ordenamientos jurídicos por un sistema jurídico unificado, la «armonización» trata de producir una aproximación o coordinación de diferentes disposiciones o sistemas mediante la eliminación de las diferencias más significativas y la creación de unos requisitos o estándares mínimos: *vid.* P. LERNER, «Sobre armonización, Derecho comparado y la relación entre ambos», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* vol. 37, núm. 111 (Septiembre-Diciembre, 2004), pp. 919-966, 922 [también en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/111/art/art4.htm>]. A nivel europeo se suele distinguir también entre una armonización «mínima» y una armonización «plena», de modo que la primera se refiere al establecimiento de una serie de criterios que marcan el umbral mínimo en el que las normas estatales deben moverse, por debajo de los cuales no puede legislarse, pero sí por encima (estableciendo reglas más exigentes), mientras que la segunda establece unos límites a las legislaciones estatales que estas no pueden desbordar en ningún sentido, en cuyo caso la distinción con el concepto de «unificación» es mínima. *Vid.* al respecto, M. EBERS, «De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», en *InDret* 2/2010, pp. 10 y ss. [en http://www.indret.com/pdf/732_es.pdf].

¹² *Vid.* al respecto, v. gr. S. CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato: ¿incorrecta transposición, opción legal legítima o mentís jurisprudencial?*, Cizur Menor, 2006.

una facultad revisora general de las penas claramente excesivas, en la línea de la mayoría de los ordenamientos europeos y de la doctrina española¹³.

Por fin, la tercera parte (pp. 151-196) aborda la problemática de la distinción entre cláusula penal y cláusula abusiva, que, como hemos dicho, es la que ha recibido una mayor atención por parte de las autoridades comunitarias en un sentido armonizador, debido a su incidencia en el campo de los contratos con consumidores. Particular atención despierta en el autor la cuestión de los pactos de intereses moratorios excesivos, que constituyen el campo abonado para la introducción de cláusulas penales en el marco de las condiciones generales de la contratación, para abordar la cual hace uso de una abundante información jurisprudencial.

El libro, por tanto, ofrece una interesante panorámica de las principales cuestiones que ayer y hoy siguen caracterizando a esta importante figura del Derecho de obligaciones, algo confusa en ocasiones, pero, en todo caso, con una excelente documentación. Tal vez la principal virtud del libro es que abre cuestiones y apunta interrogantes que enfoca con exactitud, lanzando el guante para nuevos estudios (que, en parte, el propio autor ha tenido ocasión de desenvolver en otras sedes¹⁴) que contribuyan a esclarecer la función de esta institución en nuestra sociedad en términos de justicia y eficiencia. En todo caso, resulta un libro de imprescindible lectura para quien desee abordar la cuestión a nivel europeo con la vista puesta en los otros proyectos unificadores o «armonizadores» que aquí no han podido ser objeto de un tratamiento pormenorizado¹⁵, pero que sin duda merecen un contraste con las soluciones aportadas en el Derecho español vigente y en el Proyecto de Pavía que aquí aparecen solventemente expuestas y ponderadas.

F. J. Andrés Santos
Universidad de Valladolid

¹³ Así se expresa también la Propuesta de Modernización del CC (art. 1150), que introduce con carácter general la moderación equitativa de las penas manifiestamente excesivas en relación con el daño efectivamente sufrido: crítico, sin embargo, I. Marín García, «Cláusula penal: la facultad moderadora del juez», en *InDret* 1/2008; cf. I. Arana de la Fuente, «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *InDret* 4/2010, esp. pp. 9 y ss. [ambos en <http://www.indret.com>].

¹⁴ Vid. G. DE CASTRO VÍTORES, «La cláusula penal. Utilización y acumulación de los remedios. Tutela preventiva y sumaria. Referencia al arbitraje», en C. VATTIER/J. M. DE LA CUESTA/J. M. CABALLERO (dirs.), *Código europeo de contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. II, pp. 619-648; id., «Cláusula penal, contratante débil y principio de buena fe: Acervo contractual europeo y derecho español», en E. BOSCH CAPDEVILA (dir./Decanato del Colegio de Registradores de Catalunya (coord.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, 2009, pp. 321-345.

¹⁵ Vid. artículo 9.509 PECL, artículo III-3:712 DCFR, artículo 85 (e) CESL. Sí recibe una cierta atención en el libro la propuesta de *Contract Code* de McGregor (cf. Texto y comentario a cargo de C. VATTIER y J. M. DE LA CUESTA, Barcelona, 1997), artículos. 444-446.

Congreso Internacional. «La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva 2011/83/UE de derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre compraventa de octubre de 2011 (Propuesta de Reglamento UE)». 1 y 2 de marzo de 2012. Universidad de La Rioja.

El Congreso, dirigido por Sergio Cámara Lapuente y coordinado por Esther Arroyo i Amayuelas, José Manuel Ventura Ventura y Roberto Yanguas Gómez, todos ellos de la Universidad de La Rioja, salvo Esther Arroyo, de la Universidad de Barcelona, se enmarca en las actividades del Seminario Permanente del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja y constituye el colofón a un Proyecto I+D+i del MICINN (DER2008-0235) «Hacia un Código de Consumo en España y en la Unión Europea», que ya ha arrojado resultados conocidos por la comunidad científica como la obra colectiva *Comentarios a las normas de protección de los consumidores texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, ed. Colex, 2011, dirigida por Sergio Cámara Lapuente y en la que participan algunos de los más prestigiosos especialistas en la materia.

La celebración del Congreso no podría haberse llevado a cabo en un momento más oportuno. En el mes de octubre de 2011 se publicaron dos instrumentos, de diverso alcance pero de igual trascendencia para el ámbito de la protección de los consumidores en particular y para el Derecho de la contratación europea, en general: en primer lugar, la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores, de 25 de octubre de 2011 (a partir de ahora me referiré a ella como Directiva 2011); en segundo lugar, la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea [COM (2011) 635 final] sobre un Derecho común europeo de compraventa (a partir de ahora, CESL). El impacto de ambos textos normativos es evidente, tal y como se encargan de poner de relieve los organizadores del Congreso en la presentación del mismo, pues no sólo se proyectarán en la práctica contractual diaria de empresas y consumidores, sino también en las legislaciones nacionales y europea.

A juicio de quien escribe estas líneas, el Congreso cumplió con creces la función que corresponde a los congresos celebrados en el ámbito de las ciencias jurídicas: marcar al legislador qué senda debe seguir para mejorar el Derecho vigente.

El Congreso se dividió en dos partes: en la primera se trató la protección de los consumidores en el ámbito de la Unión Europea; las ponencias de la segunda parte se centraron en las modificaciones del Derecho español por impacto del Derecho de la Unión Europea. La primera parte se ocupó del análisis de la Directiva de 2011 y del CESL; la segunda parte amplió su ámbito de visión pues, además de los instrumentos normativos citados, se trataron otras Directivas de consumo actualmente en revisión.

En la síntesis que realizaré a continuación seguiré dicha estructura, no sin antes advertir que mi objetivo consiste en destacar los aspectos más relevan-

tes del Congreso, invitando al lector interesado a la consulta del libro de ponencias, de próxima publicación, en el que podrán encontrarse todas las ponencias completas, además de una contribución adicional de Reinhard Zimmermann.

CESL y Directiva 2011. La primera parte del Congreso ocupó el primer día y se subdividió, a su vez, en dos sesiones. La finalidad de la primera sesión era situar en su contexto general a los dos principales textos normativos analizados. Bénédicte Fauvarque-Cosson y Hans Schulte-Nölke se ocuparon del CESL; Christian Twigg-Flesner, de la Directiva 2011. Tres aspectos destacaría de las brillantes intervenciones.

(1) Transmitieron al público la importancia de la novedosa técnica legislativa utilizada en ambos textos: novedoso es el CESL por su carácter de instrumento opcional, en cuyo concepto se detuvo Bénédicte Fauvarque-Cosson; novedosa es o, desde luego, inusual en el ámbito de la protección de los consumidores, la armonización máxima (o casi máxima, como se ocupó de puntualizar Christian Twigg-Flesner) pretendida por la Directiva de 2011.

(2) Los ponentes no se limitaron a realizar una presentación meramente descriptiva, sino que aportaron sus propias valoraciones de los textos estudiados, más o menos críticas. Y así, no pareció que el CESL desagradara a Bénédicte Fauvarque-Cosson, teniendo en cuenta que se mostró favorable a extender su ámbito de aplicación, inicialmente limitado a los contratos transfronterizos, a los contratos internos. De «excelente» calificó Hans Schulte-Nölke la protección que las normas del CESL brindan al consumidor. Más crítico se mostró Christian Twigg-Flesner con la Directiva 2011, pues, a su juicio, uno de los principales problemas de la armonización europea en materia de consumo, como es la existencia, al fin y al cabo, de 27 Derechos de consumo, no encuentra solución en esta Directiva: en efecto, su ámbito objetivo de aplicación ha quedado básicamente limitado a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil y los contratos celebrados a distancia, a pesar de que la idea inicial era mucho más ambiciosa.

(3) A pesar de tratarse de ponencias de carácter general, se ocuparon de algunos detalles particulares dignos de mención. Y así, Bénédicte Fauvarque-Cosson se preguntó si realmente puede hablarse de una *elección* del consumidor de aplicar el CESL o si, más bien, se trata de un *opt-in/opt-out*. Hans Schulte-Nölke llamó la atención sobre los problemas de interpretación que puede generar el artículo 8.2 CESL, en virtud del cual el incumplimiento de los requisitos de forma, exigidos para que el consumidor pueda optar por la aplicación del CESL, conlleva la invalidez de dicha opción. Finalmente, Christian Twigg-Flesner apuntó la existencia de contradicciones entre la Directiva 2011 y otras Directivas, así como de lagunas y de falta de clarificación de aspectos tan importantes como los remedios frente al incumplimiento.

El título de la segunda sesión del primer día del Congreso rezaba como sigue: «Nuevas respuestas jurídicas a las relaciones de consumo (Ámbitos y técnicas cuyo régimen debería revisarse)». No era fácil la labor que los organizadores habían encomendado a los ponentes de esta segunda sesión, pues su cumplimiento exigía, no sólo un conocimiento profundo de los temas asignados, sino también una labor de análisis crítico que sólo quienes manejan con soltura el Derecho de la contratación serían capaces de desarrollar satisfactoriamente. Los ponentes cumplieron con creces la labor asignada. Pondré dos ejemplos.

Antonio Manuel Morales Moreno se centró en la regulación que el CESL contempla para la indemnización de daños y perjuicios en caso de falta de conformidad del bien vendido. Tras una síntesis de los aspectos más significativos de la regulación, compartió con el público una serie de reflexiones de las que se desprendía la necesidad de revisión que, a juicio del ponente, exigen algunos aspectos (nada baladíes) del texto. Y así, puso de manifiesto la amplia concepción del daño indemnizable, cuyo único límite está constituido por la previsibilidad del daño; criticó, por inadecuada, la mera traslación de algunas soluciones pensadas para contratos entre comerciantes, a contratos en los que el comprador es el consumidor (*vid.* artículo 165 CESL); mostró su preocupación por el elevado nivel de riesgo que se pone a cargo del suministrador, cuya responsabilidad se amplía a los casos de daños al interés de integridad; en fin, calificó de «excesiva» la facilitación del recurso al remedio de la resolución, consecuencia de la desaparición de la jerarquía de remedios.

Antoni Vaquer Aloy lamentó que la Directiva de 2011 y el CESL no constituyan una base suficiente para construir un Derecho europeo de contratos de servicios y aportó las razones que le habían llevado a dicha conclusión. Baste citar aquí la ausencia de una definición de contrato de servicio, cuyo concepto sólo cabe extraer a base de exclusiones: contrato de servicios es, en virtud de las dos normas tantas veces citadas, aquello que *no* es compraventa y aquellos servicios que *no* se encuentran en la lista de servicios excluidos. El ponente aprovechó también la ocasión para criticar duramente la vuelta a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado que parece desprenderse del artículo 148 CESL.

Destacaré dos momentos más de esta sesión: La ponencia de Gerald Spindler, relativa a los servicios de contenidos digitales, que se impartió por vídeo conferencia y que planteó cuestiones tan sugerentes como la naturaleza jurídica de los servicios prestados por la nube de *Google*. Tras esta ponencia será difícil para los asistentes al Congreso no plantearse qué tipo de contrato están celebrando cada vez que utilicen algún servicio de contenido digital desde sus dispositivos electrónicos. La dinámica intervención de Jules Stuyck, cuya experiencia en la práctica, como Abogado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quedó manifiesta al plantear abiertamente cuestiones que no podían dejar indiferente a nadie: ¿No sería adecuada una pausa en la armonización europea? ¿Acaso no se está sobre-estimando la armonización en materia de consumo al confiar en que, por sí sola, sea capaz de crear un mercado único?

Impacto en el Derecho español. Si la primera parte estuvo centrada fundamentalmente en el CESL y en la Directiva 2011, la segunda se ocupó, desde la perspectiva del Derecho español, no sólo de estos dos novedosos instrumentos normativos, sino también de otras Directivas, caracterizadas por encontrarse en pleno proceso de revisión.

La primera sesión de esta segunda parte, focalizada todavía en el CESL y en la Directiva 2011, se detuvo en cuatro aspectos y en su posible incidencia en la regulación española, fundamentalmente, en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (a partir de ahora, *TRLGDCU*): los deberes de información precontractual, el derecho de desistimiento, los contratos celebrados a distancia, los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y el contrato de compraventa de consumo. ¿Cuáles fueron los impactos más destacables en dichos temas para el Dere-

cho español? Xabier Basozábal, tras extraer los criterios que, con carácter general, deben regir la asignación del riesgo contractual de información, se detuvo en la siempre difícil tarea de la posible confluencia de remedios jurídicos en caso de incumplimiento de dichos deberes. El ponente puso de manifiesto que el CESL, a diferencia del TRLGDCU, únicamente se remite a los remedios por invalidez, en concreto, al error y al dolo, sin que aparezcan mencionados los remedios frente al incumplimiento. En relación con el derecho de desistimiento, Andrés Domínguez Luelmo llamó la atención sobre la indeseable situación que podría generarse para el consumidor como consecuencia de la aplicación de los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en virtud de la Directiva 2011 y las normas españolas reguladoras de la mora (arts. 1183 y 1096 CC). Esther Arroyo i Amayuelas estructuró su refrescante ponencia sobre los contratos a distancia en tres partes: concepto, consecuencias de la unificación de la regulación de las ventas a distancia y de las ventas celebradas fuera del establecimiento mercantil y presumible impacto en el Derecho español. De las numerosas y sugerentes ideas que ofreció al público destacaré aquella que incide en uno de los aspectos esenciales del tema, como es el propio concepto de contrato a distancia: y así, frente a la regulación española, que considera suficiente la sola perfección del contrato a distancia para que éste pueda ser calificado como tal, la Directiva exige que a distancia se realice, no sólo la fase de conclusión, sino también la de negociación. Los impactos de la Directiva 2011 en relación con la regulación de la compraventa de consumo que puso de relieve Nieves Fenoy Picón, fruto de un riguroso y profundo análisis, no cabe más que calificarlos de altamente significativos. Baste pensar en uno solo de ellos: conforme a la Directiva 2011 la transmisión de la propiedad se configura como una obligación del vendedor; pues bien, ello incide de lleno en la propia definición del contrato de compraventa del TRLGDCU que, actualmente, se remite a este respecto al CC, en cuyo artículo 1445 CC no aparece, como es sabido, dicha obligación.

Fueron cuatro los temas tratados en la última sesión del segundo y último día del Congreso: el crédito al consumo, los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, los viajes combinados y las cláusulas abusivas.

Del primer tema se ocupó Manuel Jesús Marín López, quien ofreció una panorámica de la normativa española concerniente a los contratos de crédito al consumo para centrarse, en la segunda parte de su ponencia, en los problemas que se plantean en los contratos vinculados, problemas derivados de la relación triangular vendedor-consumidor prestamista, que se crea en estos casos, y que pueden llegar a obviar, en aras de la protección del consumidor, el principio de relatividad de los contratos. Pedro Munar Bernat ilustró al auditorio sobre las novedades más relevantes de la Directiva 2008/122/UE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio, cuya transposición al Derecho español se ha producido pocos días después del Congreso (a través del Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, BOE de 17 de marzo). Una profunda revisión de la regulación de los viajes combinados es lo que propuso Esther Gómez-Calle, pues abarcaría, desde el ámbito de aplicación (objetivo y subjetivo) hasta la responsabilidad de organizador y detallista, pasando por la cesión de la reserva, la modificación del contrato o la resolución por el consumidor antes del viaje, entre otros. La ponente se encargó de poner de manifiesto oportunamente que algunas de dichas revi-

siones no son necesarias en el Derecho español: piénsese en la indemnización del daño moral, que la Directiva 90/314 CEE no contempla y que el TRLGDCU menciona expresamente.

De las cláusulas abusivas se ocuparon, tras una introducción de Sergio Cámara Lapuente, Isabel González Pacanowska y José M.^a Miquel González, cuyo entusiasmo y fervor en la defensa de sus ideas, fruto de los profundos conocimientos en la materia de ambos ponentes, generó uno de los debates más intensos del Congreso, favorecido, también, por los temas que centraron el mismo, como fueron el vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario por impago de una sola cuota o la falta de control de las cláusulas abusivas por parte de los Notarios o de los Registradores de la Propiedad.

La última de las ponencias del día y, por tanto, del Congreso, corrió a cargo de Ángel Carrasco Perera, que se mostró muy crítico con la Directiva de 2011, como demuestran algunos de los calificativos utilizados para referirse a ella («fracaso normativo» o «norma superflua»). Fueron dos los aspectos en los que el ponente centró sus críticas: la primacía del derecho de desistimiento, que, a su juicio, carece de interés práctico; y la extensa regulación de los deberes de información precontractual, cuyo incumplimiento, advirtió el ponente, el consumidor invoca de manera oportunista. Lamentablemente, la falta de tiempo privó al auditorio de la oportunidad de escuchar por completo la opinión del ponente sobre el modelo de remedios contractuales elegido por los textos normativos objeto de análisis.

Para finalizar con una valoración general, «éxito» es el calificativo final que merece el presente Congreso: por la calidad de sus ponencias, la perfecta organización y la exquisitez de trato de sus organizadores. Pero quien escribe estas líneas no cumpliría adecuadamente su función si no dejara apuntadas las dos únicas observaciones que considera oportuno poner de manifiesto: (1) el público, que tuvo el privilegio de disfrutar de ponencias de altísimo nivel sobre temas nada sencillos, ni carentes de polémica, dejó en el tintero muchas preguntas por falta de tiempo para los debates; (2) la limitación de tiempo tampoco hizo posible que los jóvenes investigadores tuvieran la oportunidad de aportar su pequeño grano de arena, presentando comunicaciones que pudieran servir de contrapunto o complemento a las ponencias. Apúntenlo, si lo consideran oportuno, los organizadores para el siguiente Congreso, que confiamos en que se celebre pronto.

Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid

BIBLIOGRAFÍA

Libros

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: *Daños punitivos*, ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, 243 pp.

El profesor don Ricardo de Ángel acaba de publicar la monografía titulada *Daños punitivos* (Civitas, 2012), de la que me propongo hacer una breve reseña. El libro recoge en sus aproximadamente 250 páginas los argumentos que se han utilizado en el debate sobre los llamados *daños punitivos*. Se trata de una cuestión que, como dice el autor, desaparece y reaparece periódicamente en los sistemas de Derecho civil continental «a modo de Guadiana».

Como el mismo autor explica, lo que le ha movido a realizar el presente estudio es su interés en lo que pueda resultar del proceso encaminado a una hipotética codificación europea que, por ahora, se refleja en las aportaciones europeas de *soft law* más recientes (PETL y DCFR). Este propósito queda patente en el planteamiento sencillamente descriptivo de la obra, que el autor pone de manifiesto diciendo que «lo que de otra manera sólo habrían sido unos antecedentes, se ha convertido en la parte más extensa del trabajo». Como se ve, el tema necesariamente exige un enfoque de Derecho comparado, lo cual no representa ninguna novedad en la obra del profesor De Ángel. En esta ocasión es destacable que, al lado de las doctrinas de los sistemas europeos continentales y del *common law*, se presta atención también a la doctrina hispanoamericana.

El propio profesor De Ángel se ocupa en resumir el contenido de su libro. Según explica, éste parte de un acercamiento a la figura de los *punitive damages* que pone de relieve su carácter flexible y variable en aquellos sistemas que los aceptan. Después, el libro recoge el estado de la cuestión en la doctrina europea y española, en las que las cosas no se plantean por algunos autores con toda la claridad deseable. A continuación, se recoge la dimensión de Derecho Internacional Privado que plantean los contactos entre los sistemas de tradición continental y los sistemas que sí admiten los *punitive damages*. La parte final se dedica a realizar una exposición de los proyectos franceses de reforma de su Código Civil, que de alguna manera recogen algunas trazas de la figura en examen, y de las recientes aportaciones europeas de *soft law* ya citadas (PETL y DCFR) que, por el contrario, permanecen en la ortodoxia tradicional de negar un papel punitivo a la responsabilidad extracontractual.

En este recorrido, resultan muy interesantes las aportaciones de los internacionalistas que el libro recoge. Esto se debe a que, como observa el autor, «es posible que el verdadero banco de pruebas de los daños punitivos se encuentre en el terreno del Derecho internacional privado». Desde ese punto de vista, la cuestión central es la de determinar si se puede decir o no que la

ejecución en España de sentencias extranjeras que condenen a una así llamada «indemnización punitiva» es contrario al orden público. La razonable conclusión que se presenta en el libro es la de que conviene evitar juicios globales y abstractos sobre esa cuestión, realizando en cambio un análisis por partes de cada caso que permita reconocer la oculta dimensión indemnizatoria y de recuperación de enriquecimientos injustos que en ocasiones se esconden bajo las sentencias que condenan a pagar *punitive damages* en los sistemas de *common law*.

En mi opinión, merece la pena empezar a leer el libro por el final. En su última parte se desvela que, en la expresión «*punitive damages*», el término «*damages*» debe ser traducido como «indemnización» y no como «daños», por mucho que el término «*damage*» –en singular– signifique «daño». Esto no ha impedido que la imprecisa expresión «daños punitivos» se haya consagrado ya en nuestro sistema y que, en ese sentido, su uso sea probablemente inevitable.

También en la parte final del libro se desvela la idea de que el daño dolosamente causado supone para la víctima un mayor daño extra-patrimonial y que, por ello, la concesión de una indemnización relativamente mayor en daños dolosamente causados (probablemente basta la negligencia grave) no supone abandonar el campo de lo estrictamente compensatorio. Esta idea consiste en tener en cuenta la dimensión de insulto (desconocimiento de la dignidad de la víctima, daño a los sentimientos, daño al sentido de la justicia) que está presente en la causación dolosa de un daño. Lo recoge perfectamente la figura británica de los *aggravated damages* que, en el *common law* de Inglaterra, tiene un significado distinto a los *punitive damages* (en cambio, estas dos figuras son sinónimas en los EE.UU, lo que es una fuente más de confusión en nuestra doctrina). También lo recoge recientemente el Comentario F que los autores del DCFR ponen al artículo VI.-2:202, según el cual, «como regla general, se considerará que existe responsabilidad por daños no patrimoniales cuando se ha producido una infracción contra la propiedad de forma intencionada». Como se ve, esto no es lo mismo que decir que el artículo 1107.II CC permite apreciar la cadena causal de los daños indemnizables de manera más amplia en caso de incumplimiento (contractual) doloso.

Al lado de la idea anterior, es necesario tener en cuenta otro aspecto esencial que aparece de manera transversal a lo largo del libro que comento: la distinción entre indemnizar un daño y restituir un enriquecimiento injusto. Teniendo en cuenta esta distinción y también la dimensión de insulto que hay tras la causación dolosa de un daño, creo que tenemos los elementos necesarios para entender con más claridad el panorama doctrinal sobre daños punitivos de los últimos años y creo también que podremos evitar los «juegos de palabras» que denunciaba el profesor De Ángel en una obra anterior ¹.

En efecto, muchas veces la doctrina afirma el carácter punitivo de una indemnización fijándose (a) en que la indemnización es mayor que el daño causado y (b) en que la conducta del demandado parece haber influido en la cuantía indemnizatoria. Es cierto que estos dos datos apuntan a que estemos ante una medida punitiva, pero también es cierto que por sí mismos no deciden la cuestión necesariamente. En efecto, para poder entender estas dos observaciones en sus justos términos y para poder alcanzar una conclusión

¹ R. DE ÁNGEL, «Intromisión ilegítima, antijuridicidad, culpabilidad, daño y su resarcimiento», en AA.VV, *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid: CGPJ, 1993, p 261.

definitiva sobre el propósito perseguido por la cuantía de la condena acordada, hay que ser consciente de algunas cosas.

En primer lugar, hay que ser consciente de que el deseo de que se restituya un enriquecimiento a través de una condena puede explicar que la cuantía de ésta sea mayor al daño y que a veces esto puede explicar la idea recogida antes en (a), sin necesidad de abandonar la lógica indemnizatoria (cuestión que se discute en el *common law* hablando de *restitutionary damages* y de *disgorgement damages*). Es cierto que también en el terreno del enriquecimiento injusto hay casos que se pueden explicar destacando las dimensiones punitivas de las condenas que se acuerdan (por ej. otorgar al desconocido autor de una canción los beneficios que ha obtenido, explotándola sin su permiso, un célebre cantante), pero creo que esto mismo permite darles el limitado papel que merecen en la responsabilidad civil: se trata de elementos punitivos introducidos en el sector del ordenamiento dedicado al enriquecimiento injusto (o, según otros autores, en el de la llamada gestión de negocios *impropia*) que vendrían a plantearse de rebote (a tres bandas) en aspectos muy concretos del sector de la responsabilidad extracontractual (los llamados *lukrative delikten* o *fautes lucratives*).

En segundo lugar, hay que ser consciente de que la idea de que el daño causado dolosamente incrementa el daño extra-patrimonial sufrido por la víctima puede explicar el dato que antes recogimos en (b), sin abandonar tampoco aquí la lógica indemnizatoria, es decir, sin entrar en la lógica punitiva. Además, hay que tener en cuenta también que los daños extrapatrimoniales no son, por su propia naturaleza, susceptibles de medida exacta y que eso hace que el juez tenga que acercarse a la determinación de su cuantía teniendo en cuenta aspectos colaterales que, por el contrario, ignoraría sin pestañear si se tratara de valorar daños patrimoniales. Esto probablemente también tenga influencia en la idea recogida en (b). Este hecho de que los daños extrapatrimoniales no sean susceptibles de determinación exacta podría incluso llevar a decir que, hablando de ese tipo de daños, lo que ocurre es que no se puede llegar a saber si la indemnización concedida es o no mayor al daño causado. Sobre esto, el libro del profesor De Ángel destaca que el dato decisivo es la razonabilidad de la indemnización, lo cual creo que es un acierto y permite plantear las cosas en sus justos términos.

Pedro DEL OLMO GARCÍA
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

PEÑA LÓPEZ, Fernando: *Dogma y Realidad del Derecho de Daños: Imputación Objetiva, Causalidad y Culpa en el Sistema Español y en los PETL*, ed. Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, 159 pp.

1. Fernando Peña presenta esta monografía como una «revisión crítica de la teoría de la imputación objetiva», con el objetivo de analizar lo que puede aportar, «así como sus límites y sus verdaderas relaciones con los demás presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual» –causalidad y culpa–, y con la responsabilidad objetiva. En su opinión, la mencionada teoría ha sido acogida con un cierto «automatismo acrítico» y esto se ha

reflejado en la «difusa frontera que existe, al menos en las sentencias, entre muchos de estos criterios de imputación objetiva, la culpa y el caso fortuito; así como en una notable confusión jurisprudencial entre el problema de la causalidad y el de la imputación objetiva».

Parte –de la mano del trabajo de Martín García-Ripoll, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Comares: Granada, 2008– de que la teoría de la imputación objetiva surge dentro del derecho penal alemán para limitar los excesos a los que conduce la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones en el contexto de los delitos dolosos (Capítulo II), y de aquí deduce que el papel que aquélla puede pretender jugar en la responsabilidad civil española se encuentra completamente condicionado por las circunstancias en las que se gestó.

2. En materia de causalidad (Capítulo III), el autor denuncia el protagonismo excesivo que se ha dado a la causalidad empírica como requisito general y extrajurídico que se constata a través de la fórmula de la *conditio sine qua non*, y opina que la dicotomía «causalidad» (como cuestión de hecho) e «imputación objetiva» (como cuestión jurídica) no refleja bien el funcionamiento de nuestro sistema de responsabilidad. Siguiendo a Medina Alcoz –*La teoría de la pérdida de oportunidad*, Thomson-Civitas: Cizur Menor, 2007–, entiende que el elemento «causalidad» es siempre un presupuesto esencialmente normativo que debe relacionar el daño con el comportamiento humano al que se vaya a imputar, lo que en ocasiones se logra acudiendo a la causalidad empírica, pero no siempre, como evidencian los supuestos de causalidad por omisión, causalidad entre conductas humanas (consejos, indicaciones, etc.), daño causado por miembro indeterminado de grupo, causalidad en los supuestos de responsabilidad vicaria o en supuestos legales en los que el legislador permite presumir la causación a partir de ciertos indicios significativos, etc. De aquí concluye que haría falta encontrar un criterio que sustituya la dialéctica «causalidad empírica/imputación objetiva» y aunque no lo propone, sí menciona que habría que tener en cuenta la llamada «causalidad probabilística» o la teoría de la «pérdida de oportunidades».

Ciertamente, el autor ha querido poner de relieve que en las explicaciones más habituales del derecho de daños se tiende a dar un papel residual a las «cuestiones causales» no resueltas por la causalidad empírica, y en esto probablemente tenga razón, pero por lo demás pienso que su enfoque de la causalidad suscita serias dudas pues, al considerar que la causalidad es siempre una cuestión jurídica que incluye tanto la causalidad empírica como las otras formas de relacionar el daño con la conducta a la que se imputa, termina por poner al mismo nivel cuestiones tan heterogéneas como la causalidad empírica, los criterios para imputar daños por omisión, la causalidad «probabilística», la causalidad por «pérdida de oportunidades», la causalidad en la responsabilidad objetiva, en la responsabilidad vicaria, etc.

Nos guste o no, la realidad física (prejurídica) es siempre el dato del que se debe partir, aunque no sea ni el único ni el último en la determinación de las consecuencias jurídicas que se ligan a la causación: habrá motivos –criterios jurídicos– para limitar su virtualidad expansiva (criterios de imputación objetiva), para descartar la imputación de una causalidad probada (causas de exoneración) y para suplir la causa empírica (problemas de incertidumbre causal). Los «fenómenos causales» distintos de la causalidad empírica constituyen siempre criterios jurídicos que pueden jugar funciones diversas: unos imputan daños a conductas determinadas (por ejemplo, omisiones), otros imputan daños a un grupo por imposibilidad de conocer al

autor, o solucionan problemas de causalidad concurrente, alternativa, etc.; otros simplifican la prueba de la causación o dan por probada la causalidad a partir de ciertos indicios significativos, etc. A su vez, los supuestos en los que hay que responder del daño causado por otro plantean una problemática específica, que hasta ahora nadie ha considerado «causal» (habrá que probar, por un lado, la causalidad entre el daño y la conducta del agente, y por otro, la relación entre el responsable y el agente); tampoco se aprecia lo que puede aportar la «pérdida de oportunidad» como problema causal. Como decía, quizá la intención del autor se haya limitado a denunciar la insuficiencia de la causalidad empírica, pero al hacer hincapié en su patología termina por presentar un panorama confuso, sin una propuesta alternativa.

3. En relación con la culpa (Capítulo IV), mantiene que «lo que llamamos «imputación objetiva» no es, en lo sustancial, más que una reformulación de parte del contenido tradicional de la culpa o negligencia, que se ha trasladado a un momento dogmático diverso dentro de la teoría general del delito» (pues esto es lo que los penalistas hicieron al generalizar la imputación del ilícito a título de imprudencia para aplicarlo a los delitos dolosos). Para llegar hasta aquí, parte de que la confusión entre la teoría de la imputación objetiva y la de la culpabilidad es total, al menos en la jurisprudencia; plantea que «tiene que haber un motivo para esta confusión» y afirma que «ese motivo tiene que tener un origen conceptual», para encontrarlo una vez más en la génesis histórica de la imputación objetiva. Analiza a continuación los criterios de imputación objetiva más representativos para concluir que sólo dicen aquello que ya se encargaba de decir el «concepto tradicional» de culpa; así, cada criterio de imputación objetiva no sería más que otro modo de referirnos a la culpa. Por ejemplo, dice el autor, si el criterio del «incremento del riesgo» excluye la responsabilidad cuando la conducta alternativa diligente tampoco hubiera evitado el daño, es como decir que sólo existe culpa si el daño es evitable empleando la diligencia debida; o con otras palabras, «si una conducta conforme al deber de diligencia no hubiera evitado el daño, no existe culpa o negligencia, pues ésta carece de relevancia respecto del daño causado».

A nadie puede sorprender que en un sistema como el nuestro, que durante tiempo no ha conocido prácticamente otros criterios de limitación de la responsabilidad que la «culpa» (al que se sumó más tarde la causalidad adecuada), sea ésta la encargada de realizar funciones que otros modelos solucionan de modo diverso; cada uno resuelve con las herramientas que tiene a mano, y en muchos casos con idéntico resultado. Pero de aquí no puede deducirse que decidir no imputar un resultado dañoso utilizando el criterio del incremento del riesgo sea *lo mismo* que enjuiciar la culpa del eventual responsable. En ausencia del criterio, es lógico que la culpa se haya encargado de esta tarea, pero a nadie se le escapa que un elemento que debe servir tanto para imputar (subjektivamente) como para limitar la cláusula general de responsabilidad (hacer de filtro en la imputación) es una herramienta a la que se le está pidiendo demasiado para que lo haga bien, con las consecuencias nada satisfactorias que son por todos conocidas. No se trata –como sugiere el autor, haciéndose eco de García-Ripoll– de una misma cosa en un «momento dogmático» distinto, sino de modos diferentes de resolver el mismo problema, y frente a una culpa a la que se han asignado demasiadas funciones, el criterio de imputación objetiva hace que el modelo resulte más claro y operativo.

Desde luego, uno puede empeñarse en buscar la manera de formular el concepto de culpa de manera que incluya o excluya lo que propone cada uno de los criterios de imputación (aunque no se entiende este deseo de hacer girar todo el peso de la responsabilidad civil –con función exclusivamente indemnizatoria– en torno a la valoración de la conducta del eventual responsable, *salvo que se tome el modelo penal como paradigma*), pero lo que nadie puede negar es que los criterios (también el criterio de la adecuación) de imputación objetiva funcionan sin depender del concepto de culpa, esto es, con independencia de tener que probar el deber de cuidado infringido por el responsable. Así ocurre en nuestra jurisprudencia, aunque no siempre las sentencias consigan la claridad conceptual que a veces se busca en los estudios de la especialidad, en los PETL, en el DFCR, en el *common law*, en el derecho alemán de daños (que tiene muchos más motivos que nosotros para depender del «ilícito») y en otros tantos. Cosa distinta es que difícilmente un tribunal podrá dejar de pronunciarse sobre la culpa, aunque haya resuelto el caso mediante un criterio de imputación objetiva, por motivos obvios en un sistema de responsabilidad sustentado en aquélla.

4. Finalmente, el autor rechaza que los criterios de imputación objetiva sean aplicables a los regímenes de responsabilidad objetiva (Capítulo V), porque «en los propios presupuestos de la cláusula general de responsabilidad objetiva se encuentran todos los ingredientes necesarios para limitar los efectos excesivos del requisito de la causalidad empírica», en concreto, los dos elementos de la mencionada cláusula –el «riesgo anormal» y el «daño en el que éste se plasma»– son suficientes para limitar los hechos relevantes en la cadena causal.

Lógicamente, si se parte de que todos los criterios de imputación objetiva incorporan elementos de culpa, habrá que concluir *–a priori–* que resultan ajenos en un sistema de responsabilidad objetiva. Pero si no comparte ese presupuesto, resulta inevitable la necesidad de comprobar si es cierto, y el problema es que el autor no analiza un solo supuesto concreto de responsabilidad objetiva. Con todo, y sin abandonar el plano de las consideraciones generales, lo cierto es que la idea de que «el daño del que se responde objetivamente debe ser plasmación del riesgo anormal frente al que la norma protege» es una concreción del criterio del fin de protección de la norma, luego ya se ve que al menos este criterio no es ajeno a la responsabilidad objetiva. Por otra parte, los problemas de daños mediatos o el encadenamiento causal de daños seguirán necesitando criterios de imputación para ser resueltos, aunque nos encontremos dentro de la responsabilidad sin culpa. Se podría argumentar que esos criterios resultan aplicables porque forman parte de los elementos que delimitan el ámbito de la responsabilidad objetiva, pero esto habría que probarlo en cada supuesto concreto (pues también hay notables diferencias entre ellos) y, si no, estaremos haciendo pura jurisprudencia de conceptos.

5. Aunque pudiera parecer, después de lo dicho hasta aquí, que el autor es poco partidario de que la teoría de la imputación objetiva juegue un papel relevante en nuestro derecho de daños, lo cierto es que también pone de relieve los efectos positivos que ha tenido para éste. Reconoce que «la incorporación de la teoría de la imputación objetiva ni es difícil ni produce perturbaciones graves, de tipo conceptual o dogmático, dentro del régimen de responsabilidad subjetivo» y que «los criterios de limitación del alcance de la responsabilidad o de imputación objetiva suponen una cierta mejora en términos conceptuales y sistemáticos con respecto al sistema precedente»; con-

cede incluso que «la bipartición del concepto tradicional de diligencia en dos, manteniendo a la infracción del deber de diligencia como único contenido del concepto de culpa, y trasladando al ámbito de la imputación objetiva o de la determinación del alcance de la responsabilidad al nexo normativo entre esa infracción del deber de cuidado y el daño, puede permitir una mejora en la tarea de definir los deberes de diligencia». Lo que el autor desea es encontrar para la imputación objetiva un mejor encaje en el modelo español de responsabilidad civil y para ello realiza estas dos propuestas: en primer lugar, que la «causalidad» no debería ser identificada de forma abstracta y general con la causalidad empírica (en la que juega su papel la imputación objetiva), o que al menos debería advertirse que no siempre es necesaria o indispensable; y en segundo lugar, que la «culpa tradicional» quedaría dividida en dos partes: los problemas de imputación que se resolvían antes con el test de evitabilidad-previsibilidad quedarían ahora en sede de «imputación objetiva», y la culpa se reduciría a la presencia de buena fe en el sujeto más la infracción del deber de cuidado.

Visto el trabajo desde sus conclusiones, que –con algunos matices– no se encuentran lejos de las explicaciones actuales del derecho de daños, no se entiende bien por qué el autor ha recorrido un itinerario en el que ha llegado a defender posturas y propuestas mucho más discutibles. Quizá todo sea un problema de *presupuestos*. Los criterios de imputación objetiva no fueron propuestos en nuestro ordenamiento como una teoría, ni por tanto acarrearían el aparato dogmático en el que se habían gestado, pues a nadie se le escapa –y menos a quien proponía su adopción con inusual agudeza y plena conciencia– que se trata de aplicarlos a un sector jurídico en el que las diferencias son más que notorias, así como que su función es la de limitar la virtualidad expansiva de una cláusula general en un sistema que desconoce los límites por tipicidad y por antijuridicidad. Y esta adaptación resulta perfectamente posible precisamente porque la imputación objetiva no se propone como «teoría» (en sentido dogmático), ni como «presupuesto» que viene a desbancar a otros, sino como *el planteamiento de un problema* (compartido con la dogmática penal –y con el derecho de daños de todos los sistemas jurídicos– pero en un contexto bien diferente), el de los criterios para determinar cuáles de los eventos dañosos causalmente ligados a la conducta del responsable pueden ser puestos a su cargo, y cuáles no; y como *solución* a éste desde una perspectiva mejor que la que estaban proporcionando la culpa o la causalidad adecuada, aunque no se trate de una perspectiva «dogmática», sino «tópica».

Baste para ilustrar estas palabras, las del profesor Pantaleón cuando explica que «sería erróneo razonar aquí (en torno a la imputación objetiva) en términos de lógica formal, ya que los criterios de imputación objetiva no son dogmas de contornos perfectamente dibujados, sino «tópicos de impreciso halo», en cuanto compensan juicios de valor, a veces contradictorios, y siempre difíciles de aprehender»; por eso no encuentra inconveniente en afirmar que «en el campo de las omisiones, no cabe distinguir entre problemas causales y problemas de imputación objetiva, pues no puede hablarse con propiedad de causalidad de las omisiones»; esto es, cuando la causalidad empírica no funciona, también nos enfrentamos a la necesidad de encontrar criterios de imputación, no para limitar aquélla, sino para suplirla: decidir si imputar el daño a quien omite una conducta, al grupo (cuando no se sabe cuál de sus miembros causó el daño, pero sí que fue uno –o varios– de ellos), al que «muy probablemente» ha sido causante del daño, a los que concurren en la

causación de un daño, etc. Hay mucha más distancia entre la causalidad empírica y el resto de criterios normativos de imputación de daños (por exceso o por defecto) que entre los criterios de imputación objetiva (entendidos como límites a la causalidad empírica) y los criterios que hacen falta para suplir la causalidad empírica o resolver los problemas de concurrencia causal, etc. Así, cuando se juzga si el dueño de un establecimiento es responsable del daño que sufre un cliente que resbala y cae en el acceso al mismo en un día de lluvia, por no haber secado dicho acceso, o si es el dañado quien debe soportar ese daño como mero reflejo del riesgo general de la vida, no es lógico mantener que se trate de dos problemas distintos, uno de causalidad (por omisión) y otro de imputación objetiva para limitar los excesos de la causalidad empírica, como tampoco tendría sentido afirmar que como no hay causalidad empírica (entre el daño y el eventual responsable por omisión) no entran en juego los criterios de imputación objetiva, etc.; se trata de criterios a valorar en un mismo plano (la imputación del daño a una conducta o a otra), que tampoco serán extraños cuando se esté hablando de la culpa de quien omitió la conducta (¿debió secar el suelo?) o de la culpa de la víctima (¿debió prever el resbalón?). Los criterios de imputación funcionan y resuelven el caso tanto si no se prueba la culpa como si, habiéndose probado, concurre otra circunstancia relevante, por ejemplo, que el resbalón estuviese provocado por la inadvertencia de otro viandante. Tampoco debería inquietarnos el hecho de que esos mismos «tópicos» vayan a jugar un papel en la delimitación del ámbito de riesgo cubierto por la norma que establece una responsabilidad objetiva, o en la búsqueda de la norma de cuidado infringida, en cada caso desde su correspondiente perspectiva.

Siento no poder compartir las propuestas de Fernando Peña, pues trabaja con el buen deseo de mejorar el panorama de nuestro derecho de daños, pero pienso que en esta ocasión ha seguido una pista inadecuada que le ha llevado mucho más lejos de lo que él mismo asume como conclusiones.

Xabier BASOZÁBAL ARRUE
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

SCHWARZ, Günter Christian/WANDT, Manfred: *Gesetzliche Schuldverhältnisse. Deliktsrecht – Schadensrecht – Bereicherungsrecht – GoA*, 4.^a edición, ed. Franz Vahlen, Munich, 2011, 533+XXVI pp. *

En su recensión a un reciente manual de Hein Kötz sobre «Derecho de contratos», Bruno Rodríguez-Rosado ponía de manifiesto cómo en la manualística alemana de los últimos años se aprecia un importante cambio en el enfoque del Derecho de obligaciones, sustituyéndose su tradicional tratamiento unitario, encarnado en el BGB, por otro diferenciado e independiente de sus distintos elementos; conforme a la misma opinión, el citado libro de Kötz y el que aquí va a ser objeto de recensión marcarían un punto de inflexión en este proceso (la recensión se encuentra publicada en *ADC* 2011-II, pp. 803 y ss.).

* Esta recensión se inscribe en el Proyecto de Investigación sobre «Actualidad y futuro de la responsabilidad civil extracontractual desde una perspectiva de Derecho europeo y comparado» (DER2011-25092).

En efecto, este es el aspecto más digno de ser destacado en el referido libro de Schwarz y Wandt sobre «Obligaciones de origen legal». En Alemania el tratamiento del Derecho de Obligaciones se ha venido estructurando tradicionalmente en dos grandes partes: una Parte general, centrada en el análisis de la relación obligatoria concebida unitariamente, y una Parte especial, en la que se aborda con mayor o menor detalle el régimen jurídico de las relaciones obligatorias en particular (§§ 433 y ss. BGB); en esta última parte es donde se engloban la gestión de negocios ajenos sin mandato, el enriquecimiento sin causa y la responsabilidad extracontractual, junto con diversos tipos contractuales en particular. Esta es la articulación que sigue presente en la mayor parte de los manuales (entre los más recientes, los de Brox y Walker, Harke, Looschelders, Medicus y Lorenz, o Westermann, Bydlinky y Weber).

Obras como la presente de Schwarz y Wandt o la citada de Kötz se distancian de ese planteamiento y, en línea con algunas de las tendencias registradas en el ámbito europeo, rompen con la idea de unidad del sistema de la relación obligatoria, para diferenciar en consideración al distinto origen de la relación obligatoria: contractual o legal. Las obligaciones de origen legal se erigen así en el objeto autónomo de estudio de este libro; en el prólogo a su primera edición, publicada el año 2003, su autor inicial, el prof. Schwarz, llamaba la atención sobre esta circunstancia y acerca de su aspiración de ofrecer un manual que cubriera la asignatura que con ese mismo nombre («*Gesetzliche Schuldverhältnisse*») se había introducido en los estudios de Derecho; esta iniciativa sería seguida después por Medicus, que en 2007 publicó un libro con el mismo título y contenido, aunque bastante más breve (algo menos de doscientas páginas).

En la obra de Schwarz, continuada por Wandt, se analizan –al igual que hacen los clásicos libros alemanes sobre «Derecho de obligaciones» en sus Partes especiales– la gestión de negocios ajenos sin mandato, el enriquecimiento injustificado y la responsabilidad extracontractual; pero, a fin de completar el tratamiento autónomo de esta materia, se aborda también (en la Parte final del libro, la quinta) el régimen jurídico general de la obligación de reparar el daño que surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual, precontractual o legal, o de la lesión de un derecho o un bien o una posición jurídica ajenos (§§ 249 y ss. BGB); esta última cuestión tradicionalmente suele analizarse en la Parte general del Derecho de obligaciones, a la que es habitual que remita la Parte especial en este punto.

Centrados ya en el contenido del libro, hay que destacar que, tratándose de una obra referida en exclusiva a las obligaciones de origen legal, resulta lógico y acertado que se abra con una introducción acerca de la relación que media entre este tipo de obligaciones y las de origen contractual, abordando su deslinde, la posible concurrencia de pretensiones y las diferencias más relevantes entre sus respectivos regímenes jurídicos (primera Parte). A continuación (Parte segunda) se trata, como primera hipótesis concreta, la relación jurídica legal que surge entre el gestor y el *dominus negotii* a partir del simple hecho de que el primero se ocupe de un negocio del segundo sin estar legitimado para ello en virtud de un mandato ni de cualquier otra forma (§§ 677 a 687 BGB); a estos efectos se presentan diferenciadamente las diversas modalidades de gestión de negocios ajenos sin mandato, sin olvidar los problemas de concurrencia entre ésta y otras pretensiones extracontractuales, y algunos casos particulares que se plantean en este contexto. De nuevo el necesario deslinde entre diferentes supuestos –esta vez entre responsabilidad extracontractual y enriquecimiento injustificado– es la cuestión con la que se inicia el estudio de este últi-

mo, al hilo de los §§ 812 y ss. BGB (Parte tercera); partiendo de la diferenciación entre la pretensión que surge cuando el enriquecimiento deriva de una prestación hecha por otro sin una causa válida que lo justifique, y la que nace de un enriquecimiento obtenido de manera diferente a costa de otro, también sin causa, se presenta el contenido y ámbito de estas pretensiones y sus particularidades en las relaciones en que intervienen una pluralidad de sujetos. La relación obligatoria legal que surge de la comisión de un acto ilícito (§§ 823 y ss. BGB) es tratada en la Parte cuarta, dedicada al Derecho de la responsabilidad extracontractual; aplicando el clásico deslinde entre las hipótesis de responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva, se van desgranando las cuestiones básicas de cada una de ellas analizando, entre otros aspectos, los distintos supuestos de hecho normativos y las especialidades de la pretensión indemnizatoria extracontractual; en todo caso, se presta especial atención a hipótesis de gran relevancia práctica, como la responsabilidad médica o la del fabricante, entre otras; llama la atención, sin embargo, que se omita toda alusión a la responsabilidad de los funcionarios (§ 839 BGB), que los manuales al uso sí que suelen tratar en este punto. La Parte quinta, como ya anticipé, incorpora el régimen general aplicable a toda pretensión indemnizatoria, por lo que, a partir de la conceptualización del daño, se desarrolla el contenido, tipo y extensión de la debida reparación, y se tratan las cuestiones clásicas de la imputación, la liquidación de daños causados a terceros, las limitaciones de responsabilidad o la concurrencia de causas y de culpas.

Hay que tener en cuenta que el libro está concebido como un manual, dirigido a los estudiantes y centrado exclusivamente en el estudio del Derecho alemán, sin apenas referencias a otros ordenamientos y carente de toda alusión a los textos que en esta materia se han ido publicando en Europa en los últimos años (no vinculantes jurídicamente, como los PETL o el DCFR). Así, se presenta como un texto que sirva al alumno a preparar la materia para el correspondiente examen y darle las pautas precisas para la elaboración de un dictamen. De ahí que los contenidos de los diversos apartados se sintetizan en múltiples resúmenes, y que la exposición teórica esté continuamente salpicada de ejemplos y de casos expuestos simplificadaamente (muchos de ellos, tomados de sentencias del BGH), acompañados de su correspondiente solución. Lo dicho no debe llevar a la conclusión de que el libro que comento carece de utilidad o interés para el jurista español; antes al contrario, su lectura permitirá tener una visión global y rigurosa de las materias tratadas, abordadas desde un planteamiento que no es meramente descriptivo, sino frecuentemente crítico constructivo, y que en todo momento toma en consideración los problemas más relevantes a la vista de la actual práctica judicial.

Esther GÓMEZ CALLE
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

VAN DAM, Cees: *European Tort Law*, ed. Oxford University Press, Oxford, 2006, 519 pp.

El trabajo que, con el título *European Tort Law*, publicó el profesor van Dam en el año 2006 se sitúa en la mejor tradición del derecho comparado europeo a la que, sin lugar a dudas, pertenece su autor. Cees van Dam impar-

te el curso de *English and Comparative Tort Law* en el King's College de Londres y el de *European Comparative Law* en Queen Mary, University of London, es profesor honorario de la Universidad de Utrecht y, cuando publicó el libro que ahora se recensiona, era profesor de derecho privado en la Vrije Universidad de Amsterdam y *Fellow* en el *British Institute of International and Comparative Law* de Londres. Un jurista europeo, comparatista y con experiencia internacional que dedicó con empeño varios años de su vida académica a redactar un trabajo que, de acuerdo con su título, debía dar razón del derecho europeo de responsabilidad civil extracontractual vigente, interpretado y aplicado en el momento de publicación del trabajo.

Sin embargo, y como el mismo autor confiesa al inicio de su tarea y refiriéndose a su objeto de estudio, el derecho europeo de daños, «(...) the concept as such is not strictly defined and European tort law has become the umbrella term for a number of various features concerning tort law in Europe.» (p. 4) En efecto, no está claro que exista algo así como un “derecho europeo de daños” más allá de la interpretación que ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de las previsiones sobre responsabilidad civil contenidas en el derecho derivado y del derecho nacional de cada uno de los Estados miembro de la Unión.

El derecho derivado y su aplicación jurisprudencial está bien tratado en las primeras 40 páginas del libro, en las que el lector encontrará una explicación bien trabada de los casos en que el Tribunal de Justicia ha tenido que analizar el impacto del derecho europeo y el efecto unificador de sus reglas en materia de derecho de daños. El trabajo, cuya publicación es anterior a la entrada en vigor del Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, no contiene el análisis de las soluciones previstas en el Reglamento, habitualmente conocido como “Roma II”, ni un análisis de su impacto en el funcionamiento de lo que el trabajo identifica como “derecho europeo de daños”.

El derecho de las jurisdicciones europeas está solo tratado en parte en el trabajo de van Dam que dedica buena parte de su libro a presentar un resumen del derecho de daños vigente en tres jurisdicciones europeas, Francia, Alemania y Reino Unido, que el autor selecciona sin demasiadas justificaciones y, en todo caso, dejando fuera al resto de jurisdicciones de la Unión, a las que el trabajo, a pesar de la grandilocuencia de su título, no dedica ninguna atención. La técnica empleada resulta, en ocasiones tediosa, pues los mismos temas –todos ellos centrales en el derecho de daños– son tratados por triplicado. Así, el autor examina, por ejemplo, los problemas relativos a la determinación de la relación de causalidad, la añosa discusión sobre la antijuricidad o la responsabilidad por hecho ajeno en, sucesivamente, los derechos francés, alemán e inglés. El texto es, en ocasiones, repetitivo en exceso, pues los mismos problemas se plantean por triplicado sin que el autor haya hecho el esfuerzo analítico de presentar un núcleo común o una explicación de las soluciones, en ocasiones divergentes, alcanzadas por las tres jurisdicciones en las que centra su explicación. Con todo, la presentación de los tres derechos nacionales que el autor selecciona como pauta de su trabajo es correcta y el lector interesado encontrará en el libro de van Dam una magnífica introducción al régimen legal vigente, en materia de daños, en Francia, en Alemania y en los territorios sujetos al derecho inglés.

El libro de van Dam, así, es menos completo que los estudios anuales sobre *European Tort Law* que cada año publica el ECTIL (*European Center*

for Tort and Insurance Law), y que presentan un exhaustivo estado de la cuestión en todas las jurisdicciones de la Unión y que han publicados regularmente por Springer Verlag y desde el año 2009 por De Gruyter. También es menos analítico que otros trabajos que le han sucedido y que presentan una visión más sistemática y completa del derecho europeo de la responsabilidad civil, como las obras colectivas *The Common European Law of Torts*, publicada por Clarendon Press en el año 2000 y *European Tort Law: Liber Amicorum for Helmut Koziol*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2000. Ambas anteriores al trabajo de van Dam y con un enfoque analítico más novedoso y profundo que la descripción de los tres regímenes que nuestro *European Tort Law* presenta como muestra representativa del derecho europeo en la materia. El autor ni siquiera presenta un análisis conjunto de los tres derechos nacionales que estudia con los “Principios de derecho europeo de responsabilidad civil”, publicados en el año 2005 y que son referenciados en ocasiones en el trabajo de van Dam. (Sobre los Principios, véase en extenso, Miquel Martí Casals, «Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil», Aranzadi, Cizur Menor, 2008). De todos modos, el año de publicación del trabajo impidió a van Dam traer a su análisis las propuestas contenidas en el *Common Frame of Reference*, cuyo Libro VI (*Non Contractual liability arising out of damage caused to another*) completan el acervo doctrinal que justifica hablar de algo así como un derecho europeo de daños.

Carlos GÓMEZ LIGÜERRE
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad Pompeu Fabra

Revistas españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque.–III. *Derecho concursal*.–IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–V. *Derecho de la Unión Europea*.–VI. *Derecho procesal*.–Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

INTRODUCCIÓN

ALLI ARANGUREN, Juan Cruz: «La reforma de la LORAFNA por la Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre», en *RJN*, núm. 51, 2011, pp. 13 ss.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español», en *InDret*, 2012/1.

ARATEY SAHÚN, María Lourdes: «El reforzamiento del papel del Tribunal Supremo en la aplicación del Derecho de la Unión Europea en materia social», en *REDE*, núm. 41, 2012, pp. 17 ss.

BOHLANDER, Michael: «Volver a Radbruch: La necesidad de retomar de raíz el diálogo entre *common law* y Derecho continental, en atención al ejemplo de la justicia penal internacional», en *InDret*, 2012/2.

BRANDELLI, Leonardo: «Seguridad jurídica y racionalidad», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 255 ss.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «La unidad del Derecho interregional. V Seminario Internacional de Derecho internacional privado: Tendencias en la evolución del Derecho internacional privado. Organizado conjuntamente con la Universidad Complutense de Madrid, 24 y 25 de marzo de 2011», en *AAMN*, núm. 51, 2011, pp. 153 ss.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7765, 2011.

- EBERS, Martín: «El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional», en *Indret*, 2012/1.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «El enigma del derecho chino», en *AC*, núm. 2, 2012.
- GAY I MONTALVO, Eugeni: «El Diálogo del Tribunal Constitucional español con la doctrina de otros tribunales», en *RJC*, núm. 1, 2012, pp. 11 ss.
- MIROSA MARTÍNEZ, Pedro: «Aprender Derecho, aprender abogacía (Reflexiones y propuestas en un momento crítico)», en *RJC*, núm. 2, 2012, pp. 297 ss.
- MONTALVO ABIOL, Juan Carlos: «Concepto de orden público en las democracias contemporáneas», en *RJUAM*, núm. 22, 2010, pp. 197 ss.
- PÉREZ CALVO, Alberto: «Pluralismos lingüísticos y sus regulaciones», en *RJN*, núm. 51, 2011, pp. 89 ss.
- RIDAO MARTÍN, Joan: «La STC 31/2010 sobre l'Estatut de Catalunya o la construcció jurisprudencial de l'estat autonòmic», en *RJC*, núm. 1, 2012, pp. 43 ss.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: «Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy», en *RJUAM*, núm. 22, 2010, pp. 223 ss.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Simulación civil y tributaria: sobre la distinción entre fraude de ley en sentido propio e impropio», en *AC*, núm. 6, 2012.
- ZABALO ESCUDERO, M.^a Elena: «Autonomía de la voluntad, vecindad civil y normas para resolver los conflictos de leyes internos (1)», en *Diario La Ley*, núm. 7847, 2012.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ALBERT MÁRQUEZ, Marta M.^a: «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7863, 2012.
- BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Riesgo, desamparo y acogimiento de menores: Actuación de la Administración e intereses en juego», en *AFDUAM*, núm. 15, 2011, pp.15 ss.
- BENITO ALONSO, Francisco: «Un cambio radical del actual modelo de Registro Civil: la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7873, 2012.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «De nuevo sobre la prodigalidad», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 383 ss.
- CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, José M.^a: «Requisitos generales de admisión del recurso de amparo», en *Diario La Ley*, núm. 7838, 2012.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «El «Derecho internacional privado multicultural» y el revival de la ley personal», en *Diario La Ley*, núm. 7847, 2012.
- CARRANCHO HERRERO, María Teresa: «Sentencia de 20 de abril de 2011. Aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo a una

relación profesional que tiene origen en un contrato de arrendamiento de servicios. Se aplica la doctrina del Tribunal Constitucional sobre prohibición de discriminación por razón de sexo en las relaciones de trabajo. Interpretación de la normativa interna conforme a los principios establecidos en sendas Directivas de la Unión Europea sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres. Protección del derecho al nombre; la utilización ilegítima exige ausencia de consentimiento del titular del derecho», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1847 ss.

— «Daño al honor derivado de la inclusión en listas de morosos», en *PDD*, núm. 100, 2012, pp. 18 ss.

CONTRERAS CEREZO, Pablo Vicente: «Internet y la privacidad», en Diario *La Ley*, núm. 7819, 2012.

DÍAZ ALABART, Silvia: «El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista», en *RDP*, núm. 1-2, 2012, pp. 3 ss.

ESCUTIA ROMERO, Raquel: «La difamación pública en derecho romano», en *RJUAM*, núm. 22, 2010, pp. 65 ss.

GIL RODRÍGUEZ DE CLARA, Vanessa Eugenia: «Peculiaridades sobre el uso de títulos nobiliarios extranjeros en España», en *RGLJ*, núm. 4, 2012, pp. 567 ss.

GOMEZA VILLA, Juan Ignacio: «El papel del notario en la constitución y en general a lo largo de la vida de las fundaciones: elementos esenciales en la constitución de una fundación», en *RJNot*, núm. 78, 2011, pp. 267 ss.

HERRERO OVIEDO, Margarita: «El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación *inter privatos* de los Derechos Fundamentales», en *InDret*, 2012/2.

IGLESIA MONJE, María Isabel de la: «El interés público en la información de malos tratos a menores: Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 987 ss.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», en Diario *La Ley*, núm. 7777, 2012.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P.: «Bases para un código iberoamericano de contratos», en *RGLJ*, núm. 4, 2012, pp. 593 ss.

LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción: «El nuevo modelo de Registro Civil del siglo XXI», en Diario *La Ley*, núm. 7846, 2012.

MACÍAS CASTILLO, Agustín: «El derecho a la información y el reportaje con cámara oculta. Daño al honor derivado de la inclusión en listas de morosos», en *PDD*, núm. 100, 2012, pp. 32 ss.

— «El daño moral causado al autor de la obra intelectual», en *PDD*, núm. 100, 2012, pp. 94 ss.

— «Derecho a la intimidad y libertad de expresión e información», en *PDD*, núm. 100, 2012, pp. 110 ss.

- MARÍN CONSARNAU, Diana: «La Convivència estable de parella i qüestions sobre la targeta de residència de familiar de ciutadà de la Unió», en *RJC*, núm. 2, 2012, pp. 329 ss.
- MARÍN LÓPEZ, José María: «El tratamiento de datos personales sin consentimiento del interesado tras la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de 8 de febrero de 2012», en Diario *La Ley*, núm. 7822, 2012.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: «Prohibición constitucional de la utilización de las cámaras ocultas en la actividad periodística: ¿fin del periodismo de investigación?», en Diario *La Ley*, núm. 7839, 2012.
- MORENO ANTÓN, María: «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», en *AFDUAM*, núm. 15, 2011, pp. 95 ss.
- NAVARRO MICHEL, Mónica: «Relaciones personales del menor con sus «allegados»: incluye a la compañera de la madre biológica que ha concebido un hijo por inseminación artificial (Comentario a la STS de 12 de mayo de 2011)», en *RJC*, núm. 1, 2012, pp. 97 ss.
- NOREÑA SALTO, José Ramón: «La legitimación en el recurso de amparo: reglas generales y supuestos especiales», en *Diario La Ley*, núm. 7838, 2012.
- PAÑOS PÉREZ, Alba: «El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor (1)», en *AC*, núm. 8, 2012.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «El viejo contrato de sociedad civil ante las nuevas sensibilidades sociales: ¿vino viejo en odres nuevos?», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 269 ss.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio: «Sociedades y fundaciones públicas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra», en *RJN*, núm. 51, 2011, pp. 155 ss.
- SÁNCHEZ GARRIDO, José Antonio: «Resoluciones recurribles en vía de amparo», en Diario *La Ley*, núm. 7838, 2012.
- SÁNCHEZ TEMBLEQUE PINEDA, Anselmo: «Suspensión cautelar de las resoluciones recurridas en amparo (artículo 56 LOTC)», en *Diario La Ley*, núm. 7838, 2012.
- SANTOS MORÓN, María José: «Menores y derechos de la personalidad.: La autonomía del menor», en *AFDUAM*, núm. 15, 2011, pp. 63 ss.
- SUÁREZ ESPINO, M.ª Lidia: «¿Qué protege el derecho fundamental a la propia imagen?», en Diario *La Ley*, núm. 779169, 2012.
- TIRADO ESTRADA, Jesús J.: «Requisito particular de admisión del recurso: la especial trascendencia constitucional (I)», en Diario *La Ley*, núm. 7838, 2012.
- VERDA BEAMONTE, José Ramón: «Sentencia de 31 de enero de 2011. Derecho al honor y a la intimidad personal y familiar. Conflicto con la libertad de información. Deber de veracidad. Doctrina jurisprudencia del reportaje neutral», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 255 ss.

ZURILLA CARIÑANA, María de los Ángeles: «Sentencia de 8 de noviembre de 2010. Intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. Honor profesional», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1603 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Sentencia de 30 de noviembre de 2010. Calificación jurídica. Arrendamiento de servicios. Mandato gratuito y retribuido. Gestión de negocios ajenos. Contrato de gestión. Retribución», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 33 ss.

ALMAGRO NOSETE, José: «La interpretación contractual», en *Diario La Ley*, núm. 7769, 2012.

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Sentencia de 8 de octubre de 2010. Resolución contractual e incumplimiento recíproco», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1551 ss.

— «Sentencia de 26 de mayo de 2011. Sociedad constituida para pagar deudas ajenas. Pago por tercero en beneficio del *solvens* y abuso de derecho. Pago ignorado, acción de reembolso y concepto de utilidad», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1911 ss.

ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «Responsabilidad civil por daños personales a los viajeros en los servicios de transporte por carretera», en *PDD*, núm. 104, 2012, pp. 20 ss.

ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: «La autonomía de la voluntad y la evolución de las formas de prestar el consentimiento», en *Diario La Ley*, núm. 7780, 2012.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «Sentencia de 26 de mayo de 2011. Pago por tercero. Ignorancia u oposición del deudor. Acción de reembolso o de enriquecimiento. Utilidad para el deudor del pago hecho por un tercero. Abuso de derecho. *Animus nocendi* y ejercicio anormal del derecho», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 451 ss.

BARRÓN ARNICHES, Paloma de: «Sentencia de 16 de marzo de 2011. Compraventa civil. Resolución. Objeto de la compraventa (finca vendida como solar edificable) que pierde esta condición. Consecuencias jurídicas de esta modificación sustancial que afecta al objeto del contrato y lo convierte en inhábil para la finalidad pretendida, con la consiguiente frustración del fin del contrato», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 335 ss.

BELLO JANEIRO, Domingo: «Sentencia de 10 de noviembre del 2010. Contrato de arrendamiento urbano. Derecho de retracto del arrendatario. Venta conjunta de pisos agrupados por un solo precio. Plazo legalmente establecido para el ejercicio del retracto. Determinación del precio individualizado como elemento esencial del retracto», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1619 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia de 15 de junio de 2011. Arrendamientos urbanos. Duración de los contratos otorgados a partir del 9 de mayo de 1985», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 499 ss.

- BETANCOURT JULIO, César: «Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la *Arbitrabilidad*», en *InDret*, 2012/2.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra: «Una nueva Directiva Europea sobre derechos de los consumidores», en *PDD*, núm. 102, 2012, pp. 6 ss.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Sentencia de 6 de septiembre de 2010. Resolución de compraventa inmobiliaria por impago del precio. Irrelevancia de incumplimientos parciales imputables a la promotora vendedora. Eficacia del requerimiento resolutorio ex art. 1504 del CC», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1433 ss.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Sentencia de 20 de octubre de 2010. Inexistencia de acción de regreso frente a los responsables subsidiarios de los condenados solidariamente con el asegurado», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 15 ss.
- CAÑIZARES LASO, Ana: «Los efectos de la declaración de concurso en relación a los contratos celebrados por el concursado. (Especial consideración del incumplimiento del concursado)», en *RdDP*, núm. 28, 2012, pp. 121 ss.
- CARNERO SOBRADO, José Ignacio: «Consideraciones en torno a la responsabilidad civil de los prestadores de servicios por comentarios alojados en sus páginas web», en *Diario La Ley*, núm. 7782, 2012.
- CARRANCHO HERRERO, María Teresa: «Sentencia de 20 de abril de 2011. Aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo a una relación profesional que tiene origen en un contrato de arrendamiento de servicios. Se aplica la doctrina del Tribunal Constitucional sobre prohibición de discriminación por razón de sexo en las relaciones de trabajo. Interpretación de la normativa interna conforme a los principios establecidos en sendas Directivas de la Unión Europea sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres. Protección del derecho al nombre; la utilización ilegítima exige ausencia de consentimiento del titular del derecho», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1847 ss.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional», en *Diario La Ley*, núm. 7847, 2012.
- CASTILLA CUBILLAS, Manuel: «Los límites de las facultades judiciales para la revisión por abusividad de las cláusulas de precio», en *DN*, núm. 244, 2011, pp. 5 ss.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a Dolores: «El régimen jurídico de las garantías personales dependientes en el *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*», en *RJNot*, núm. 78, 2011, pp. 81 ss.
- COLINA GAREA, Rafael: «Un factor determinante y un ejemplo para la integración del derecho contractual de consumo europeo en el ordenamiento español: (La Directiva sobre Derechos de los Consumidores y la Propuesta española de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos)», en *AC*, núm. 7, 2012.
- CRESPO MORA, María Carmen: «La responsabilidad civil de la sociedad profesional y de sus profesionales», en *RdDP*, núm. 28, 2012, pp. 213 ss.

- DÍAZ MORENO, Alberto: «Las nuevas Reglas Uniformes de la CCI relativas a las garantías a primer requerimiento», en *RDBB*, núm. 124, 2011, pp. 7 ss.
- DÍAZ RUIZ, Emilio e IGLESIAS RODRÍGUEZ, Julio: «A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (Swaps)», en *RDBB*, núm. 124, 2011, pp. 213 ss.
- DÍEZ GARCÍA, José Manuel: «Sentencia de 23 de septiembre del 2010. Ejecución hipotecaria insuficiente y ejercicio posterior de la acción personal del acreedor. Capitalización de intereses y prescripción. Imputación del producto del remate. Intereses moratorios abusivos», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1451 ss.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «Sentencia de 30 de diciembre de 2010. Seguro de responsabilidad civil. Siniestro. Solidaridad. Pago por tercero. Interpretación contratos. Incongruencia por omisión. Eficacia de cosa juzgada», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 169 ss.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles: «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio de párrafo segundo «in fine» de la ley 493 del Fuero Nuevo», en *RdDP*, núm. 28, 2012, pp. 25 ss.
- ESPIGARES HUETE, José Carlos: «Sentencia de 13 de diciembre de 2010. Ejercicio de acción de reintegración del art. 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal frente a hipoteca conjunta constituida por nuda propietaria no deudora. Presunción de perjuicio patrimonial derivada de acto a título gratuito y posibilidad de rescisión parcial», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1715 ss.
- ESTEBAN MONASTERIO, Ignacio: «Alcance de la excepción de incumplimiento del negocio causal en el juicio cambiario», en *AC*, núm. 3, 2012.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «Sentencia de 28 de febrero de 2011. Legitimación activa ex artículo 1591 CC del promotor frente al contratista y técnicos intervinientes en el proceso constructivo cuando el promotor ya ha transmitido a terceros la totalidad de la edificación», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 309 ss.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Sentencia de 9 de mayo de 2011. Exclusión voluntaria de ley aplicable. Renunciabilidad a expectativas de derecho. Exclusión de retracto en arrendamiento de local de negocio sometido a TRLAU-1964. Valor de la jurisprudencia. Retracción de actuaciones a la instancia», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 407 ss.
- FEBLES YANES, Eloísa: «La responsabilidad civil en los delitos de violencia de género y en la violencia doméstica», en *Diario La Ley*, núm. 778669, 2012.
- FLORES GONZÁLEZ, Begoña: «Ejercicio y efectos del retracto arrendaticio rústico», en *AC*, núm. 3, 2012.
- «La notificación para el tanteo en la Ley de Arrendamientos Rústicos», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 703 ss.
- «El retracto arrendaticio rústico y la condición de arrendatario según la jurisprudencia del tribunal supremo», en *RDP*, núm. 11-12, 2011, pp. 101 ss.

- FRADE HEVÍA, M.^a Isabel: «Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario: la cláusula de limitación mínima del tipo de interés (cláusula suelo) (1)», en *AC*, núm. 8, 2012.
- FUGARDO ESTIVILL, Josep María: «El reglamento (CE) número 593/2008 de Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Especial referencia a las transacciones inmobiliarias y sus requisitos de derecho material y formal (Segunda parte)», en *RJNot*, núm. 78, 2011, pp. 123 ss.
- GARCÍA ÁLVAREZ, M.^a Rosario: «La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-Ley 5/2012», en *Diario La Ley*, núm. 7828, 2012.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Sentencia de 17 de marzo de 2011. Contrato de compraventa de inmueble: resolución e indemnización de daños. Interpretación del artículo 1107, párrafo primero, del Código civil: daños indemnizables y fin de protección del contrato», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1775 ss.
- GILI SALDAÑA, M.^a Ángels y GÓMEZ POMAR, Fernando: «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», en *InDret*, 2012/1.
- GILI SALDAÑA, M.^a Ángels y MARÍN GARCÍA, Ignacio: «Sentencia de 15 de diciembre de 2010. Responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros. Causalidad material o física y causalidad jurídica o imputación objetiva. Recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. Prohibición de condenas con reserva de liquidación», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1751 ss.
- GÓMEZ CALLE, Esther: «Derechos lingüísticos y tráfico jurídico privado», en *RdDP*, núm. 28, 2012, pp. 263 ss.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Sentencia de 30 de julio de 2010. Requisitos personales para entender que se ha producido un traspaso de contrato de arrendamiento de local de negocio conforme a las disposiciones de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1405 ss.
- Quien contamina paga, si alguna jurisdicción es competente para condenarlo: Conflictos de jurisdicción en el caso Boliden», en *InDret*, 2012/2.
- GÓMEZ OCAÑA, Javier: «Nuevo paso hacia la extinción de los contratos de arrendamiento de renta antigua», en *Diario La Ley*, núm. 7874, 2012.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y GILI SALDAÑA, M.^a Ángels: «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», en *InDret*, 2012/1.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La excepción del autopromotor en el seguro decenal: análisis jurisprudencial de sus requisitos», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 433 ss.
- «La presunción causal del artículo 1277 del Código Civil en el Derecho Registral», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 1047 ss.

- GUIMARAES, María Raquel: «The debit and credit card framework contract and its influence on European legislative initiatives», en *Indret*, 2012/2.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «El «daño» en la responsabilidad civil por productos defectuosos: régimen jurídico de sus clases, cobertura y limitaciones en la legislación de consumo española, a la luz del cuarto Informe de la Comisión Europea de 8 de septiembre de 2011 sobre la Directiva 85/374/CEE», en Diario *La Ley*, núm. 7859, 2012.
- HIDALGO GARCÍA, Santiago: «Sentencia de 1 de junio de 2011. Cesión de derechos: compraventa y transmisión de derechos en documento privado: cesión por el vendedor a tercero de parte de los derechos adquiridos: no faculta al cesionario para instar la elevación a escritura pública de los contratos en los que no fue parte», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1931 ss.
- HORMAECHEA ALONSO, Juan: «Algunas cuestiones en torno a las garantías financieras del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, tras su primer lustro de vigencia», en *RDBB*, núm. 124, 2011, pp. 151 ss.
- IGLESIAS RODRÍGUEZ, Julio y DÍAZ RUIZ, Emilio: «A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (Swaps)», en *RDBB*, núm. 124, 2011, pp. 213 ss.
- IMAZ ZUBIAUR, Leire: «Sentencia de 15 de abril de 2011. Validez de contrato de cesión parcial de derechos hereditarios, otorgado tras la muerte de la causante, por aceptación tácita de la herencia al disponer la titularidad de su *ius delationis* in pro de terceros», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1829 ss.
- INFANTE RUIZ, Francisco José: «Sentencia de 30 de septiembre de 2010. Fianza. Quiebra. Dación en pago. Extinción del crédito y de la fianza», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1515 ss.
- JARAMILLO J., Carlos Ignacio: «La contractualización de la responsabilidad civil médica en el derecho contemporáneo», en *PDD*, núm. 99, 2011, pp. 8 ss.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «El *fresh start* o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 516 ss.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena: «El contrato de agencia y la comisión mercantil», en *CDC*, núm. 56, 2011, pp. 135 ss.
- «Los conflictos de intereses en la ejecución del contrato de agencia», en *RDM*, núm. 283, 2012, pp. 121 ss.
- LLEBARÍA SAMPER, Sergio: «Contrato condicional: incertidumbre, intangibilidad y manipulación de la condición», en *RCDI*, núm. 728, 2011, pp. 3151 ss.
- LLEDO VARELA, Ángel Luis: «Problemas prácticos en la transmisión de bienes a título gratuito de padres a hijos», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2011, pp. 71 ss.
- LÓPEZ RICHART, Julián: «El delicado equilibrio entre el derecho a la integridad de la obra arquitectónica y las facultades del propietario», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2011, pp. 101 ss.

- LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A.: «Sentencia de 20 de mayo de 2011. Donación modal. Revocación de la donación por causa de ingratitud. Obligación de alimentos», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1899 ss.
- LORENZO-REGO, Irene: «El nexa causal en la responsabilidad civil sanitaria», en *PDD*, núm. 103, 2012, pp. 6 ss.
- «Responsabilidad por productos defectuosos en la prestación sanitaria», en *PDD*, núm. 104, 2012, pp. 6 ss.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín: «Doctrina jurisprudencial sobre actualización correcta de la renta de vivienda: análisis de la STS 18 de julio de 2011», en *AC*, núm. 221-222, 2011.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Las nuevas tecnologías aplicadas a la Medicina y su incidencia en el ámbito de la responsabilidad médica: ¿más tecnologías = más responsabilidad?», en *Diario La Ley*, núm. 7837, 2012.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: «La responsabilidad patrimonial por prisión provisional», en *Diario La Ley*, núm. 7761, 2011.
- «Otras cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva», en *Diario La Ley*, núm. 7768, 2012.
- «Dos apuntes sobre la indemnización en la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia», en *Diario La Ley*, núm. 779769, 2012.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Las *Alternative Dispute Resolutions* en el nuevo Código de consumo de Cataluña y en la Ley del Estatuto de Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana», en *AC*, núm. 1, 2012.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio y GILI SALDAÑA, M.^a Àngels: «Sentencia de 15 de diciembre de 2010. Responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros. Causalidad material o física y causalidad jurídica o imputación objetiva. Recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. Prohibición de condenas con reserva de liquidación», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1751 ss.
- MARÍN NARROS, Héctor Daniel: «Concepto y eficacia de los principales acuerdos precontractuales en Derecho estadounidense», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 281 ss.
- MÁRQUEZ LOBILLOJ, Patricia: «El consumidor en la contratación electrónica de servicios turísticos», en *RDM*, núm. 282, 2011, pp. 209 ss.
- MARTÍN PÉREZ, José Antonio: «Sentencia de 30 de mayo de 2011. Compraventa de viviendas. Obligaciones de información y documentación a favor del adquirente. Interpretación de las cláusulas y determinación del contenido del contrato. Especificaciones de la documentación gráfica del proyecto de ejecución que no aparecen en la memoria de calidades incorporada al contrato. Carácter vinculante de la promoción o publicidad y exigibilidad por los compradores», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 477 ss.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo: «La prestación del asegurador en el seguro de asistencia sanitaria», en *RDM*, núm. 282, 2011, pp. 57 ss.
- MAS BADÍA, María Dolores: «Sentencia de 17 de diciembre de 2010. Compraventa de viviendas sobre plano. Acción de responsabilidad contractual

por incumplimiento de las prestaciones debidas. Memoria de calidades incorporada como anexo del contrato que contradice el proyecto inicial de obra. Acumulación a la acción de responsabilidad decenal», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 131 ss.

MÉNDEZ SERRANO, María del Mar: «La cláusula penal: revisión judicial de la pena por razones de equidad», en *AC*, núm. 4, 2012.

— «Legitimación activa de los familiares de las víctimas de eventos dañosos derivados de la circulación de vehículos a motor (1)», en *Diario La Ley*, núm. 7815, 2012.

MÉDEZ TOJO, Ramón: «La protección de consumidores y usuarios frente a la adquisición de productos defectuosos (1)», en *Diario La Ley*, núm. 7872, 2012.

MENESES VADILLO, Alfredo: «Los derechos de crédito como garantía tras la reforma del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo», en *CDC*, núm. 56, pp. 227 ss.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús: «La obtención de financiación para la compra de vivienda y las arras», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 137 ss.

MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Claves de la modernización del Derecho de obligaciones», en *Diario La Ley*, núm. 7765, 2011.

MORENO-TORRES HERRERA, M.^a Luisa: «Arras, opción de compra e interpretación del contrato», en *Diario La Ley*, núm. 7821, 2012.

MORETÓN SANZ, María Fernanda: «Nuevos perfiles de la responsabilidad patrimonial de los entes locales según el Tribunal constitucional: prueba individualizada del ruido, adopción de medidas suficientes por el Ayuntamiento y doctrina del TEDH sobre intimidación personal y familiar en el ámbito domiciliario», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 483 ss.

— «Novedades en materia de asunción estatal de responsabilidad y transmisión de acciones civiles por terrorismo: el régimen jurídico del resarcimiento, según la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral de las víctimas del terrorismo», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 1111 ss.

MÚÑOZ ARANGUREN, Arturo: «Bodum USA, Inc. v. La Cafetière, Inc.: Tres apuntes sobre la prueba del Derecho extranjero, los remedios ante el incumplimiento contractual y el concepto de *efficient breach*», en *InDret*, 2012/2.

MUÑOZ PAREDES, María Luisa: «Problemas de aplicación de la regla proporcional y de la de equidad en el seguro multirriesgo», en *RDM*, núm. 283, 2012, pp. 77 ss.

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «Operatividad del principio de fe pública registral en el ámbito de la venta judicial de cosa ajena: acogimiento jurisprudencial de la doctrina uniforme sentada sobre la materia de 2007», en *RdDP*, núm. 28, 2012, pp. 365 ss.

- NAVARRO, Marta: «Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: un nuevo horizonte para la solución pactada de controversias privadas», en *Diario La Ley*, núm. 7866, 2012.
- NAVARRO CASTRO, Miguel: «Sentencia de 11 de noviembre de 2010. Pacto de arras penitenciales acompañado únicamente de una entrega parcial de las mismas», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1637 ss.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier: «Los swaps en el sistema contractual español», en *DN*, núm. 257, 2012, pp. 25 ss.
- PALACIOS GONZÁLEZ, María Dolores: «La incidencia de la noción de consumidor medio en la protección de los consumidores: protección frente a la publicidad engañosa, la información falsa o engañosa y la falta de información previa a la contratación», en *RDP*, núm. 1-2, 2012, pp. 25 ss.
- PALAO MORENO, Guillermo: «Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012», en *Diario La Ley*, núm. 7847, 2012.
- PALAO UCEDA, Juan: «Las acciones de rescisión en el concurso de acreedores», en *Diario La Ley*, núm. 7820, 2012.
- PANIZA FULLANA, Antonia: «La protección del adquirente a distancia de servicios turísticos», en *RDP*, núm. 3-4, 2012, pp. 7 ss.
- PARJOLEA, Adela Daniela: «Sentencia de 8 de octubre de 2010. Indemnización por clientela; nulidad de la cláusula de cuantificación de la indemnización; prohibición de toda cláusula que impide al agente llegar a la indemnización máxima prevista legalmente», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1565 ss.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Sentencia de 29 de julio de 2010. Responsabilidad por daños derivados de un incendio en un campo de caravanas. Delimitación del ámbito de aplicación de la interpretación objetivadora de la jurisprudencia («doctrina del riesgo»). Causa petendi: trascendencia de la narración de hechos contenida en la demanda para limitar los poderes de enjuiciamiento del juzgador del caso», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1385 ss.
- El *dies a quo* y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de *soft law* y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación», en *InDret*, 2012/1.
- PÉREZ GURREA, Rosana: «La contratación por Internet en el marco de una sociedad globalizada», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 466 ss.
- «La cesión de créditos garantizados con hipoteca: sus requisitos y efectos entre las partes y respecto de terceros», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 1091 ss.
- «La mediación como método de resolución extrajudicial de conflictos: su regulación y efectos en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo», en *Diario La Ley*, núm. 7878, 2012.

- PILIA, Carlo y MANCALEONI, Anna Maria: «La mediación en Italia (con la mediación en materia civil y mercantil, Italia elige Europa)», en *RdDP*, núm. 28, 2012, pp. 387 ss.
- PINO ABAD, Manuel: «La integración publicitaria de los contratos de consumo», en *DN*, núm. 260, 2012, pp. 9 ss.
- RAMOS HERRANZ, Isabel: «Las obligaciones y la responsabilidad de las entidades emisoras de tarjetas (y de sus titulares) tras la directiva y la ley española de servicios de pago», en *RDM*, núm. 283, 2012, pp. 343 ss.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «Los daños morales en los incumplimientos de contratos de adquisiciones de empresas», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 582 ss.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María: «Incidencia de la muerte del oferente sobre la oferta antes de la perfección del contrato», en *InDret*, 2012/1.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Sonia: «El procedimiento especial de realización de las mercancías transportadas en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías», en *RdDP*, núm. 28, 2012, pp. 71 ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «Responsabilidad civil por daños personales a los viajeros en los servicios de transporte por carretera», en *Diario La Ley*, núm. 7825, 2012.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Sentencia de 3 de diciembre de 2010. Intereses moratorios. Retraso desleal y abuso del derecho. Posible control judicial de los intereses moratorios y del pacto de anatocismo. Dificultad de defensa en los procedimientos de ejecución de títulos no judiciales», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 51 ss.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Sentencia de 12 de enero de 2011. Inmisiones. Ruidos. Segunda residencia. Prioridad en el uso. Daño patrimonial. Depreciación de la finca. Daño moral. Culpa exclusiva de la víctima», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 213 ss.
- RUIZ GONZÁLEZ, Manuel Alejandro: «La inseguridad del arbitraje en España», en *Diario La Ley*, núm. 7823, 2012.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: «Simulación civil y tributaria: sobre la distinción entre fraude de ley en sentido propio e impropio», en *AC*, núm. 6, 2012.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Eduardo: «¿Hacia una justicia censitaria?: a vueltas con el nuevo régimen de acceso a los recursos de apelación y casación en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo», en *AC*, núm. 7, 2012.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «La responsabilidad de los hoteleros en el DCFR: analogías y diferencias con el sistema español», en *Diario La Ley*, núm. 7829, 2012.
- SÁNCHEZ POS, M.^a Victoria: «Arbitraje y propiedad horizontal: la problemática verificación de la voluntad de los comuneros y su control judicial», en *AC*, núm. 9, 2012.

- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «Mosaico de acciones de que dispone el comprador de una vivienda, de primera y segunda mano, con defectos», en *PDD*, núm. 105, 2012, pp. 6 ss.
- SARDINA CÁMARA, Pablo: «Nueva doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida: comentario a la SAN de 17 de febrero de 2011», en *Diario La Ley*, núm. 7870, 2012.
- SERRANO FENELLOSA, Gonzalo: «Novedosa solución a la pugna entre el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil y el principio *par conditio creditorum*», en *Diario La Ley*, núm. 7844, 2012.
- SILVA-RUIZ, Pedro: «El daño punitivo (daño ejemplar, daño vindicativo, daño no compensatorio). A propósito del artículo 52 bis sobre el daño punitivo, incorporado por la Ley 23.361 a la Ley 24.240, sobre Defensa del Consumidor de la República Argentina», en *RDP*, núm. 3-4, 2012, pp. 25 ss.
- SOLÉ I FELIU, Josep: «Sentencia de 9 de diciembre de 2010. Responsabilidad por productos defectuosos. Seguridad de productos. Producto defectuoso. Obligaciones de seguimiento y retirada del producto. Principio de precaución. Responsabilidad por culpa del fabricante», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 73 ss.
- SOTO NIETO, Francisco: «Daños originados por actuación dolosa del asegurado: doctrina prevalente sobre el dictado de responsabilidad asignable a la compañía aseguradora», en *Diario La Ley*, núm. 7872, 2012.
- TARABAL BOSCH, Jaume: «Sentencia de 2 de noviembre de 2010. Perfección del contrato. Consentimiento contractual. Oferta contractual: requisitos; efectos; diferencias con los tratos preliminares», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1585 ss.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «Sentencia de 15 de noviembre de 2010. Contrato de agencia; acuerdos de sumisión jurisdiccional», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1651 ss.
- «Ámbito de aplicación *ratione temporis* del Reglamento sobre la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales-Roma II: comentario de la sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011, en el asunto C-412/10», en *Diario La Ley*, núm. 7848, 2012.
- TORRES PEREA, José Manuel de: «La acción rescisoria por fraude de acreedores en la práctica judicial, en especial análisis del requisito de la subsidiariedad procesal», en *RdDP*, núm. 28, 2012, pp. 185 ss.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «La mediación en el marco de la recepción de la directiva 2008/52/CE, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. La pendiente trasposición en España», en *RdDP*, núm. 28, 2012, pp. 325 ss.
- «Mediación electrónica y solución extrajudicial de disputas en línea (O.D.R.)», en *RDNT*, núm. 27, 2011, pp. 17 ss.
- VEGA JUSTRIBÓ, Bárbara: «La caducidad del plazo para el ejercicio de la acción por el cargador frente al transitario en el contrato de transporte marítimo de mercancías», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 558 ss.

VILLORIA RIVERA, Íñigo: «Las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones financieras en los préstamos hipotecarios: tratamiento registral, procesal y concursal», en *RDBB*, núm. 125, 2012, pp. 121 ss.

ZUMAQUERO GIL, Laura: «El derecho de acrecer en los negocios inter vivos», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 799 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ALMAGRO NOSETE, José: «Resumen de Aspectos procesales de la Disposición Final cuadragésimo tercera de la Ley de Economía Sostenible», en *AC*, núm. 5, 2012.

El sustrato de la piratería informática lo constituye, básicamente, la obtención de copias ilegales de obras audiovisuales con vulneración de los derechos de autor. El trabajo analiza las cuestiones procesales de la Disposición Final de ley de Economía Sostenible.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina I.: «El canon digital: a propósito de dos controvertidas sentencias judiciales», en *AC*, núm. 2, 2012.

ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar: «Sentencia de 24 de marzo de 2011. Validez del acuerdo de instalación de ascensor adoptado por mayoría de tres quintos, a pesar de quedar afectados elementos privativos de un propietario, que votó en contra. Actos propios. Suficiencia de la mayoría de tres quintos si la afectación no supone pérdida de la habitabilidad y funcionalidad de espacio privativo», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 351 ss.

ARANA DE LA FUENTE, Isabel: «La reforma francesa de las garantías mobiliarias», en *InDret*, 2012/2.

ARRIETA SEVILLA, Luis Javier: «Sentencia de 23 de septiembre de 2011. Doble inmatriculación registral. Modificación de la descripción tabular de fincas registrales. Tercero hipotecario. Usucapión ordinaria. Accesión», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 509 ss.

BELINCHÓN ROMO, M.^a Raquel: «La hipoteca de responsabilidad limitada vista desde la perspectiva de la dación en pago», en *RDP*, núm. 3-4, 2012, pp. 91 ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Propiedad Horizontal: alteración de elementos comunes; cerramiento de terrazas», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1689 ss.

BUSTO LAGO, José Manuel: «Resolución RDGRN de 12 de mayo de 2011. La ampliación de una hipoteca inmobiliaria de tráfico, que implica incremento de la responsabilidad hipotecaria, funciona, respecto de la ampliación y frente a tercero, como una nueva hipoteca, manteniendo la originaria su rango. El hecho de que la cuota establecida para la amortización del préstamo originario y del ampliado sea única, no impide la existencia de dos hipotecas, cada una con su rango. Aplicación de las normas de imputación de pagos a los pagos o amortizaciones parciales», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1872 ss.

- CALVO VÉRGEZ, Juan: «La ejecución de la hipoteca legal tácita del artículo 78 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 11 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Pignoraciones de la devolución del IVA y derecho de Hacienda a compensar», en *Diario La Ley*, núm. 7818, 2012.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «El automatismo en la accesión inmobiliaria», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 43 ss.
- «*Superficies solo cedit*: un principio (natural) en crisis (económica)», en *RCDI*, núm. 728, 2011, pp. 3063 ss.
- «*Excerpta* en materia de accesión invertida y copropiedad», en *RdDP*, núm. 28, 2012, pp. 243 ss.
- CORDERO ÁLVARO, Clara Isabel: «Protección de la propiedad intelectual contra usos no autorizados por medios de comunicación», en *Diario La Ley*, núm. 7829, 2012.
- DÍEZ GARCÍA, José Manuel: «Sentencia de 23 de septiembre del 2010. Ejecución hipotecaria insuficiente y ejercicio posterior de la acción personal del acreedor. Capitalización de intereses y prescripción. Imputación del producto del remate. Intereses moratorios abusivos», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1451 ss.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», en *InDret*, 2012/1.
- EGUSQUIZA BALMASEDA, M.^a Ángeles: «Crisis económica, falta de liquidez y dación en pago necesaria: un estudio del párrafo segundo in fine de la Ley 493 del Fuero Nuevo», en *RJN*, núm. 51, 2011, pp. 37 ss.
- FELIÚ REY, Manuel Ignacio: «La prenda en garantía de créditos de futuros: un piélagos pignoraticio», en *DN*, núm. 258, 2012, pp. 7 ss.
- FRADE HEVÍA, M.^a Isabel: «Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario: la cláusula de limitación mínima del tipo de interés (cláusula suelo) (1)», en *AC*, núm. 8, 2012.
- GONZALES BARRÓN, Gunther: «Constitución y principios registrales», en *RJNot*, núm. 78, 2011, pp. 297 ss.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Manuel Jesús: «La adjudicación de inmuebles en subasta judicial», en *DN*, núm. 256, 2012, pp. 7 ss.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECAS, Manuel: «El submercado hipotecario extrabancario y la función notarial», en *CDC*, núm. 56, 2011, pp. 41 ss.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La presunción causal del artículo 1277 del Código Civil en el Derecho Registral», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 1047 ss.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano: «Ejecución hipotecaria y dación en pago (A propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010)», en *RDBB*, núm. 124, 2011, pp. 247 ss.

- HORMAECHEA ALONSO, Juan: «Sobre la conveniencia de la inscripción en un registro público de las prendas en garantía de créditos futuros: el artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal», en *Diario La Ley*, núm. 7811, 2012.
- IGLESIA MOJE, María Isabel de la: «Colisión entre el derecho moral del escultor y el derecho del propietario: Estudio jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 371 ss.
- LAMBEA RUEDA, Ana: «Los derechos de uso y habitación desde una nueva perspectiva: cesión de inmuebles», en *RCDI*, núm. 728, 2011, pp. 3105 ss.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana María: «El derecho de uso *ex* artículo 96 del Código Civil ante la hipoteca y el embargo de la vivienda familiar», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 111 ss.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián: «Las reformas introducidas por la Directiva 2011/77/UE en el sector musical», en *RDP*, núm. 3-4, 2012, pp. 37 ss.
- LUCEÑO OLIVA, José Luis: «Los motivos de oposición al registro de marca: notas y jurisprudencia», en *Diario La Ley*, núm. 77681, 2012.
- MADRID PARRA, Agustín: «La reforma del mercado hipotecario secundario», en *CDC*, núm. 55, 2011, pp. 37 ss.
- MARÍN CONSARNAU, Diana: «La Convivència estable de parella i qüestions sobre la targeta de residència de familiar de ciutadà de la Unió», en *RJC*, núm. 2, 2012, pp. 329 ss.
- MASSAGUER FUENTES, José: «Los derechos de autor en los medios y soportes electrónicos y digitales», en *Diario La Ley*, núm. 7780, 2012.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Sentencia de 22 de diciembre de 2010. Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdos contrarios a la ley o los estatutos. Cierre de huecos abiertos sin autorización comunitaria en la fachada de un local comercial. Autorización estatutaria a los propietarios de los locales comerciales para la apertura de huecos en la fachada del edificio. No afectación de la seguridad o estabilidad del edificio ni perjuicio de los derechos de otros propietarios», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 147 ss.
- «El futuro incierto de la regulación española de la compensación equitativa por copia privada», en *RJUAM*, núm. 22, 2010, pp. 171 ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «La transmisión de la propiedad y la autonomía privada», en *Diario La Ley*, núm. 7765, 2011.
- MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: «La compensación económica por razón de trabajo en el Libro segundo del Código civil de Cataluña: algunas cuestiones civiles y fiscales», en *InDret*, 2012/1.
- MONTORO RUEDA, Rosa María: «Sobre el catastro parcelario: su necesidad y funciones en el comercio jurídico y la urgencia de su conexión con el Registro de la Propiedad», en *RCDI*, núm. 728, 2011, pp. 3203 ss.
- MUÑOZ DE BENAVIDES, Carmen: «Valor de subasta del inmueble objeto de ejecución a través del procedimiento de venta extrajudicial», en *Diario La Ley*, núm. 7854, 2012.

- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «Operatividad del principio de fe pública registral en el ámbito de la venta judicial de cosa ajena: acogimiento jurisprudencial de la doctrina uniforme sentada sobre la materia de 2007», en *RDDP*, núm. 28, 2012, pp. 365 ss.
- NASARRE AZNAR, Sergio: «Sentencia de 8 de octubre de 2010. 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», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1533 ss.
- PALOMARES BALAGUER, Elena: «Sentencia de 14 de febrero de 2011. Propiedad horizontal. Alteración de elementos comunes. Obra realizada en los locales sin autorización de la comunidad. Necesaria mayoría en acuerdo de comunidad porque se consideran alterados de manera sustancial la fachada y el interior del edificio. Acceso a casación», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 283 ss.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «La Conversión de la ejecución hipotecaria en definitiva: el concepto del valor del producto y las consecuencias procesales», en *RJC*, núm. 1, 2012, pp. 63 ss.
- PÉREZ DE SOTA, Fernando: «La nueva regulación del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (vulgo multipropiedad) en estado de revista para el momento en que se reactive el sector turístico vacacional», en *Diario La Ley*, núm. 7867, 2012.
- QUINZÁ REDONDO, Pablo: «Resolución DGRN de 20 de enero de 2011. Denegación de la inscripción registral de un acta de protocolización de escritura de venta otorgada en Venezuela», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 239 ss.
- RAMÍREZ SILVA, Pablo: «Webs de enlaces y propiedad intelectual», en *InDret*, 2012/2.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «Problemas prácticos en la transmisión de bienes a título gratuito de padres a hijos», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2011, pp. 71 ss.
- REINA TARTIÈRE, Gabriel de: «El Derecho de cosas y los derechos reales», en *RJNot*, núm. 78, 2011, pp. 459 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia M.^a: «Usufructo universal del cónyuge viudo: su problemática jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7840, 2012.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Sentencia de 12 de enero de 2011. Inmisiones. Ruidos. Segunda residencia. Prioridad en el uso. Daño patrimonial. Depreciación de la finca. Daño moral. Culpa exclusiva de la víctima», *CCJC*, en núm. 88, 2012, pp. 213 ss.
- SALAS CARCELLER, Antonio: «Comentario a la sentencia AP Barcelona de 2 de marzo de 2011: (caso Padawan, S.L.)», en *AC*, núm. 4, 2012.

- SÁNCHEZ POS, M.^a Victoria: «Arbitraje y propiedad horizontal: la problemática verificación de la voluntad de los comuneros y su control judicial», en *AC*, núm. 9, 2012.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «Luces y vistas sobre el tejado ciego», en *RCDI*, núm. 728, 2011, pp. 3255 ss.
- TARABAL BOSCH, Jaume: «Una aproximación al derecho de garantías mobiliarias norteamericano», en *RDP*, núm. 1-2, 2012, pp. 61 ss.
- VEIGA COPO, Abel Benito: «Hacia un nuevo paradigma de las garantías reales ¿Reconstrucción teórica o viejos anclajes?», en *RDBB*, núm. 125, 2012, pp. 39 ss.
- VILLORIA RIVERA, Íñigo: «Las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones financieras en los préstamos hipotecarios: tratamiento registral, procesal y concursal», en *RDBB*, núm. 125, 2012, pp. 121 ss.
- XIOL RIUS, Juan Antonio: «Resumen de Aspectos sustantivos de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible: disposiciones finales, la llamada «Ley *Sinde*», en *AC*, núm. 5, 2012.

La nueva regulación se centra en el otorgamiento de facultades a un órgano administrativo, la Comisión de Propiedad Intelectual, para adoptar acuerdos de retirada de prestación de servicios de la sociedad de la información y de retirada de contenidos cuando vulneren derechos de la propiedad intelectual, previa autorización judicial adoptada en un procedimiento sumario.

DERECHO DE FAMILIA

- AGUILAR RODERO, Juan: «El progenitor no custodio ante el ejercicio de la patria potestad», en *Diario La Ley*, núm. 7826, 2012.
- ALBERT MÁRQUEZ, Marta M.^a: «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7863, 2012.
- ALMAGRO NOSETE, José: «Matrimonio de mujeres y reproducción asistida», en *Diario La Ley*, núm. 7853, 2012.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Divorcio notarial y convenio regulador: examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuestas de posible solución a los mismos», en *Diario La Ley*, núm. 7837, 2012.
- ANDERSON, Miriam: «Sentencia de 31 de marzo de 2011. Acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, que no se hace valer en el pleito matrimonial. Promesa de renta gratuita y donación obligatoria. Validez de la primera y nulidad de la segunda», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 379 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Un nuevo paso a favor de la verdad biológica en materia de filiación», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2011, pp. 17 ss.

- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Derecho de visita de los abuelos. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, de 20 de octubre de 2011», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 996 ss.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: Una propuesta de futuro para España», en *RDP*, núms. 11-12, 2011, pp. 3 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Sentencia de 12 mayo de 2011. Relaciones personales de un menor con la mujer que fue pareja de su madre biológica, tras la ruptura de su convivencia. Concepción del niño como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida durante la convivencia como pareja de la madre biológica como allegada del menos. Régimen amplio de relaciones personales, en atención al interés del menor», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 425 ss.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: «Sentencia de 29 de noviembre de 2010. Impugnación de filiación determinada en virtud del reconocimiento», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1701 ss.
- FOLLIA Y CAMPS, Robert: «El nuevo Derecho de Familia en Cataluña: Análisis del Libro II de su Código Civil», en *AAMN*, núm. 51, 2011, pp. 65 ss.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN, José Manuel: «Régimen jurídico de los bienes privados confesados», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 857 ss.
- HERRERO OVIEDO, Margarita: «El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación inter privados de los Derechos Fundamentales», en *InDret*, 2012/2.
- IGLESIA MOJE, María Isabel de la: «Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 1037 ss.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «Hacia un contractualismo regulador en el marco de un régimen legal dispositivo como vía para poner fin a la anomia general en la ordenación de las parejas de hecho», en *RDP*, núms. 11-12, 2011, pp. 59 ss.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Cristina Victoria: «La eficacia del ignorado Registro Civil en el reconocimiento de la filiación extramatrimonial por título fidedigno», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 167 ss.
- MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar: «La atribución judicial del uso inscrita frente a procedimientos de ejecución sobre la vivienda habitual», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 907 ss.
- MESA MARRERO, Carolina: «Arbitraje y familia: el modelo canadiense y su posible proyección en el Derecho español (1)», en *AC*, núm. 6, 2012.
- MORENO VELASCO, Víctor: «La atribución del uso de vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor: la posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores», en *Diario La Ley*, núm. 7823, 2012.
- «La ejecución del acuerdo de mediación en la relación a las materias no disponibles en las crisis matrimoniales: una propuesta de solución», en *Diario La Ley*, núm. 7879, 2012.

- NASARRE AZNAR, Sergio: «Sentencia de 8 de octubre de 2010. 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», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1533 ss.
- NAVARRO MICHEL, Mónica: «Relaciones personales del menor con sus “allegados”»: incluye a la compañera de la madre biológica que ha concebido un hijo por inseminación artificial (Comentario a la STS de 12 de mayo de 2011)», en *RJC*, núm. 1, 2012, pp. 97 ss.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Menores, guarda compartido y plan de parentalidad (especial referencia al derecho catalán)», en *RDF*, núm. 54, 2012, pp. 23 ss.
- PIGNATA, Marianna: «La “Novia Obediente”. El papel de la mujer en la familia y en el trabajo entre patrimonio histórico y resultados innovativos», en *RDP*, núm. 3-4, 2012, pp. 73 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Incumplimientos del régimen de visitas y daños morales», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 419 ss.
- RUBIO GIMENO, Gemma: «Sentencia de 28 de marzo de 2011. Efectos del divorcio. Cargas familiares. Pago del préstamo garantizado con hipoteca. Deuda de la sociedad de gananciales», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 363 ss.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, Ana Dolores: «El nuevo incidente de declaración de gastos extraordinarios. Repercusiones en el proceso de ejecución forzosa tras la entrada en vigor de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Aspectos sustantivos y procesales», en *RDF*, núm. 53, 2011, pp. 25 ss.
- SCHERPE, Jens M.: «Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v. Granatino: Equidad, libertad y elementos extranjeros», en *InDret*, 2012/2.
- SILLERO CROVETTO, Blanca: «Análisis y evaluación de las competencias civiles de los juzgados de violencia sobre la mujer», en *RDF*, núm. 54, 2012, pp. 57 ss.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Sentencia de 14 de abril de 2011. Atribución del uso y disfrute de la vivienda habitual al menor y progenitor titular de la guarda única en defecto de acuerdo de los cónyuges. Doctrina jurisprudencial del TS en interés casacional: imposibilidad de temporizar el derecho de uso de la vivienda familiar al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales, mientras los hijos sean menores de edad, al tratarse de una materia taxativa cuya finalidad es la protección del interés del menor», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1815 ss.

- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico», en *RDF*, núm. 53, 2011, pp. 67 ss.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español», en *AC*, núm. 1, 2012.

DERECHO DE SUCESIONES

- CERDÁ JIMENO, José: «2001: Odisea de un Código (en torno a un Código Sucesorio Interregional Comparado)», en *RJNot*, núm. 78, 2011, pp. 9 ss.
- DONADO VARA, Araceli: «Revisión crítica de la reserva viudal en el derecho civil foral: análisis particular de la reserva binupcial en el derecho y jurisprudencia catalana hasta su definitiva derogación legislativa», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 445 ss.
- HERRERO OVIEDO, Margarita: «El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación inter privatos de los Derechos Fundamentales», en *InDret*, 2012/2.
- IMAZ ZUBIAUR, Leire: «Sentencia de 15 de abril de 2011. Validez de contrato de cesión parcial de derechos hereditarios, otorgado tras la muerte de la causante, por aceptación tácita de la herencia al disponer la titularidad de su *ius delationis* en pro de terceros», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1829 ss.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «La revocación tácita de un testamento por otro posterior (Un breve estudio a propósito de la sentencia 129/2006 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 11 de abril de 2006)», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 1064 ss.
- KARRERA EGIALDE, Mikel Mari: «Sentencia de 9 de diciembre de 2010. Sucesión hereditaria de único bien mediante legado. Pago de legítima estricta en dinero. Cuaderno particional. Interpretación de testamento», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 105 ss.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: «Aspectos relevantes de la institución condicional de heredero y su modernización por los notarios», en *RJNot*, núm. 78, 2011, pp. 327 ss.
- OBARRIO MORENO, Juan Alfredo: «La primacía de la voluntad en el testamento bajo-medieval», en *RJNot*, núm. 78, 2011, pp. 361 ss.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis: «Problemas prácticos en la transmisión de bienes a título gratuito de padres a hijos», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2011, pp. 71 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia M.ª: «Usufructo universal del cónyuge viudo: su problemática jurídica», en *Diario La Ley*, núm. 7840, 2012.
- SÁNCHEZ LINDE, Mario: «La aceptación de la herencia del concursado heredero», en *Diario La Ley*, núm. 7852, 2012.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «La empresa familiar como problema», en *RDM*, núm. 283, 2012, pp. 33 ss.
- ALONSO SUÁREZ, Alejandro: «Las decisiones anti-trust de la Comisión Europea en los sectores del gas y la electricidad entre 2006 y 2011», en *GJ*, núm. 26, 2012, pp. 38 ss.
- ARROYO VENDRELL, Tatiana: «¿Deben prescribir las acciones civiles para la protección del derecho de marcas mientras el ilícito comportamiento *perdure*? », en *DN*, núm. 250-251, 2011, pp. 25 ss.
- CASTILLA CUBILLAS, Manuel: «Recapitalización de entidades de crédito, infracapitalización de promotoras inmobiliarias y abuso de la personalidad jurídica», en *RDM*, núm. 283, 2012, pp. 197 ss.
- GARCÍA DE PABLOS, Jesús Félix: «La patentabilidad de las investigaciones biotecnológicas a la luz de la jurisprudencia comunitaria», en *GJ*, núm. 26, 2012, pp. 27 ss.
- GARCÍA VIDAL, Ángel: «Sentencia de 11 de noviembre de 2011. Novedad de las patentes de selección de doble lista. Reserva española al CPE. Alcance y derogación. Irretroactividad de la modificación del artículo 52.1 b) de la LP», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 537 ss.
- ÍÑIGUEZ ORTEGA, Pilar: «Las colisiones entre las denominaciones sociales y los signos distintivos», en *DN*, núm. 258, 2012, pp. 17 ss.
- LAMARCA I MARQUÉS, Albert: «Sentencia de 16 de noviembre de 2010. Prescripción de las acciones civiles derivadas de la lesión del derecho de marca. Doctrina de los actos continuados», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1667 ss.
- MARTÍ MOYA, Vanessa: «Consecuencias del principio de armonización plena de la directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE», en *RDM*, núm. 283, 2012, pp. 325 ss.
- MOYA BALLESTER, Jorge: «Las uniones temporales de empresas: concepto y régimen jurídico aplicable», en *RDM*, núm. 282, 2011, pp. 155 ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «La nulidad (devolución de lo indebido) y la responsabilidad (indemnización de los particulares) por infracción del Derecho de la Unión Europea en el Derecho tributario español», en *GJ*, núm. 27, 2012, pp. 9 ss.
- OTERO LASTRES, José Manuel: «Los eslóganes publicitarios en la jurisprudencia», en *RDM*, núm. 282, 2011, pp. 7 ss.
- PÉREZ VAN KAPPEL, Antonio: «La *juridificación* de las otras funciones de las marcas registradas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *GJ*, núm. 27, 2012, pp. 37 ss.

REDONDO TRIGO, Francisco: «Los daños morales en los incumplimientos de contratos de adquisiciones de empresas», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 582 ss.

SEMPERE MASSA, Iván L.: «La protección de la forma de los productos por competencia desleal», en *DN*, núm. 259, 2012, pp.17 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

ALONSO ESPINOSA, Francisco José: «Telemática y derecho de sociedades», en *Diario La Ley*, núm. 7780, 2012.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «La web corporativa y otras modificaciones al régimen general de las sociedades de capital en la ley 25/2011, de 1 de agosto», en *CDC*, núm. 56, pp. 13 ss.

BOQUERA MATARREDONA, Josefa: «El derecho a completar el orden del día y a presentar nuevas propuestas de acuerdos en las sociedades cotizadas», en *RDM*, núm. 282, 2011, pp. 29 ss.

BRENES CORTÉS, Josefa: «El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 19 ss.

BRUNET, Delphine: «La protección de los acreedores y la responsabilidad de los administradores en el derecho inglés», en *DN*, núm. 250-251, 2011, pp. 7 ss.

CALVO VÉRGEZ, Juan: «La regulación de las operaciones de escisión a la luz de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en *DN*, núm. 246, 2011, pp. 5 ss.

CAMPINS VARGAS, Aurora: «Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?», en *Diario La Ley*, núm. 7824, 2012.

CARBALLO PIÑEIRO, Laura: «Protección de inversores, acciones colectivas y Derecho internacional privado», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 207 ss.

CARLOS BERTRÁN, José Manuel de: «Análisis jurisprudencial sobre el derecho de información del socio en relación a la aprobación de cuentas», en *Diario La Ley*, núm. 7781, 2012.

DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino: «La cooperativa como elemento subjetivo de la responsabilidad social corporativa», en *RDM*, núm. 282, 2011, pp. 187 ss.

EMBED IRUJO, José Miguel: «La incesante reforma del Derecho español de sociedades», en *CDC*, núm. 55, 2011, pp. 15 ss.

ESCRIBANO GÁMIR, Rosario: «La protección de los acreedores sociales frente a las operaciones de fusión y escisión de sociedades de capital a la luz de la reforma del artículo 44 de la Ley de Modificaciones Estructurales (Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo)», en *Diario La Ley*, núm. 7855, 2012.

- ESTEBAN RAMOS, Luisa María: «¿Constituye el derecho de oposición de los acreedores un obstáculo a la fusión de sociedades en estado de concurso?», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 161 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La dispensa del informe del experto en las fusiones y escisiones tras la desafortunada reforma de la LME por la Ley 25/2011», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 141 ss.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Belén: «El deber de secreto de los administradores y el derecho de información del socio: un conflicto abierto», en *DN*, núm. 254, 2011, pp. 7 ss.
- GARCÍA VIDAL, Ángel: «El nombramiento del presidente de la Junta General en las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 235 ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La autonomía de la voluntad en las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en *RJNot*, núm. 78, 2011, pp. 223 ss.
- GROSS-BROWN, Sigfrido: «Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el *business judgement rule*», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 307 ss.
- GUTIÉRREZ URTIAGA, María y SÁEZ, María Isabel: «El mito de los consejeros independientes», en *InDret*, 2012/2.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis. «El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital», en *CDC*, núm. 56, 2011, pp. 87 ss.
- «Apuntes sobre el abuso del socio minoritario en las sociedades de responsabilidad limitada», en *RDM*, núm. 283, 2012, pp. 271 ss.
- «Del socio de control al socio tirano y al abuso de la mayoría en las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 173 ss.
- HUERTA VIESCA, María Isabel: «La nueva regulación francesa sobre paridad en los consejos de administración de las grandes sociedades», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 227 ss.
- IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac: «Incumplimientos e irregularidades contables y estado de insolvencia», en *DN*, núm. 249, 2011, pp. 5 ss.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael: «Sentencia de 10 de enero de 2010. El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los tipos sociales (S.A. y S.R.L.) y la aplicación analógica de sus normas», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 195 ss.
- JORDÁ GARCÍA, Rafael: «Páginas web corporativas de las sociedades no cotizadas», en *Diario La Ley*, núm. 7873, 2012.
- LÓPEZ CURBELO, Jorge: «Régimen jurídico de las acciones rescatables: Nuevas perspectivas y problemática actual (II)», en *RDBB*, núm. 124, 2011, pp. 57 ss.
- LUCEÑO OLIVA, José Luis: «¿Existe el derecho de separación sin causa en la SRL?: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2011», en *Diario La Ley*, núm. 7826, 2012.
- «El nuevo régimen legal de la página web de la sociedad», en *Diario La Ley*, núm. 7855, 2012.

- MARTÍ MOYA, Vanessa: «Sobre la modificabilidad del proyecto y el acuerdo unánime de fusión en la Ley de modificaciones estructurales. El art. 42 LME», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 87 ss.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza: «El socio del socio: Características y régimen jurídico de la subparticipación», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 75 ss.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo: «El derecho de representación proporcional en las sociedades de capital: cuestiones prácticas», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 47 ss.
- MARTÍNEZ-MARTÍNEZ, Maite: «La reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y la incorporación de la Directiva 2007/36/CE, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 47 ss. 119 ss.
- PÉREZ RAMOS, Carlos: «La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 145 ss.
- PUERTO CABRERA, Leopoldo: «Algunas reflexiones sobre la estructura del órgano de administración en las sociedades anónimas: los órganos mixtos en la Ley de Sociedades de Capital», en *RGLJ*, núm. 4, 2012, pp. 527 ss.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «El viejo contrato de sociedad civil ante las nuevas sensibilidades sociales: ¿vino viejo en odres nuevos?», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 269 ss.
- RECALDE CASTELLS, Andrés Juan y APILÁNEZ PÉREZ DE ONRAITA, Eduardo: «Reforma de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», en *Diario La Ley*, núm. 7853, 2012.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La filiación de actividades sociales y el derecho de separación en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 2011», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 1165 ss.
- RODRÍGUEZ ROBLERO, M.^a Inmaculada: «El Arbitraje Societario en la nueva Ley de Arbitraje 11/2011, de 20 de mayo, de reforma a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 103 ss.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «La acción contra los socios personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica declarada en concurso en la ley de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio», en *RDS*, núm. 37, 2011, pp. 323 ss.
- SAEZ, María Isabel y GUTIÉRREZ URTIAGA, María: «El mito de los consejeros independientes», en *InDret*, 2012/2.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan y VILLANUEVA GARCÍA-POMAREDA, Blanca: «El acto notarial de la junta de la sociedad anónima», en *CDC*, núm. 55, 2011, pp. 99 ss.

- SILVA SÁNCHEZ, Manuel J. y SAMBEAT SASTRE, Josep: «Análisis y crítica del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital», en *Diario La Ley*, núm. 7825, 2012.
- «Análisis y crítica del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital», en *Diario La Ley*, núm. 7844, 2012.
- SILVÁN RODRÍGUEZ, FRANCISCO y PÉREZ HERNANDO, Iván: «Derecho de separación y dividendos: el controvertido artículo 348 bis LSC», en *Diario La Ley*, núm. 7813, 2012.
- TARRÍO BERJANO, Manuel: «La cláusula estatutaria para la sumisión a arbitraje de la impugnación de los acuerdos sociales. Esquema de situación», en *CDC*, núm. 55, 2011, pp. 125 ss.
- TORRES HERMOSO, Eduardo: «La acumulación de las acciones de reclamación de cantidad frente a la sociedad y de responsabilidad frente a los administradores», en *Diario La Ley*, núm. 7861, 2012.
- TRONCOSO Y REIGADA, Mauricio: «El juego de la autonomía de la voluntad a la hora de atribuir la competencia para acordar la exclusión de un socio de una sociedad de capital», en *RDM*, núm. 282, 2011, pp. 101 ss.
- VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás: «La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas», en *RDM*, núm. 283, 2012, pp. 169 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECAS, Manuel: «El submercado hipotecario extrabancario y la función notarial», en *CDC*, núm. 56, 2011, pp. 41 ss.
- GUZMÁN ZAPATER, Clara: «La aplicación de la normativa de defensa de la competencia a los Colegios Profesionales. Determinación de la autoridad competente», en *GJ*, núm. 26, 2012, pp. 9 ss.
- LUCEÑO OLIVA, José Luis: «Los motivos de oposición al registro de marca: notas y jurisprudencia», en *Diario La Ley*, núm. 77681, 2012.
- MARTÍNEZ ROSADO, Javier: «Reforma del sistema financiero en Estados Unidos: la llamada *Dodd-Frank Act*», en *RDBB*, núm. 125, 2012, pp. 7 ss.
- MAYORGA TOLEDANO, María Cruz: «Transformación de las cajas de ahorro en un entorno de crisis. El proceso de bancarización», en *RDBB*, núm. 125, 2012, pp. 95 ss.
- SAGASTI AURROKOETXEA, Josu J.: «La normativa de liberalización de servicios y la actividad de notario y de profesiones jurídicas», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 745 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- CANO HURTADO, María Dolores: «Sentencia de 17 de marzo de 2011. Compraventa mercantil internacional. Interpretación de los contratos. Delegación. El pago a persona autorizada para recibirlo», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1795 ss.

- CASTILLO PLAZA, Carlos A.: «Los plazos de pago de la ley 15/2010: incidencia de la Directiva 2011/7/UE y efectos en el comercio minorista», en *RDCD*, núm. 10, 2012, pp. 109 ss.
- DÍAZ MORENO, Alberto: «Las nuevas Reglas Uniformes de la CCI relativas a las garantías a primer requerimiento», en *RDBB*, núm. 124, 2011, pp. 7 ss.
- DÍAZ RUIZ, Emilio e IGLESIAS RODRÍGUEZ, Julio: «A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (Swaps)», en *RDBB*, núm. 124, 2011, pp. 213 ss.
- EHEVARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor: «Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución», en *RDCD*, núm. 10, 2012, pp. 15 ss.
- GARCÍA ÁLVAREZ, M.^a Rosario: «La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-ley 5/2012», en *Diario La Ley*, núm. 7828, 2012.
- HORMAECHEA ALONSO, Juan: «Algunas cuestiones en torno a las garantías financieras del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, tras su primer lustro de vigencia», en *RDBB*, núm. 124, 2011, pp. 151 ss.
- IGLESIAS RODRÍGUEZ, Julio y DÍAZ RUIZ, Emilio: «A propósito de los contratos de permuta de tipos de interés (Swaps)», en *RDBB*, núm. 124, 2011, pp. 213 ss.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena: «El contrato de agencia y la comisión mercantil», en *CDC*, núm. 56, 2011, pp. 135 ss.
- LÓPEZ JARA, Manuel: «Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil: a propósito del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario La Ley*, núm. 7857, 2012.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario La Ley*, núm. 7852, 2012.
- MENESES VADILLO, Alfredo: «Los derechos de crédito como garantía tras la reforma del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo», en *CDC*, núm. 56, pp. 227 ss.
- NAVARRO, Marta: «Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: un nuevo horizonte para la solución pactada de controversias privadas», en *Diario La Ley*, núm. 7866, 2012.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier: «Los swaps en el sistema contractual español», en *DN*, núm. 257, 2012, pp. 25 ss.
- PINO ABAD, Manuel: «La integración publicitaria de los contratos de consumo», en *DN*, núm. 260, 2012, pp. 9 ss.
- RODRÍGUEZ DELGADO, Juan Pablo: «El período de responsabilidad del porteador aéreo. A raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010», en *DN*, núm. 254, 2011, pp. 25 ss.

- SOLANA ÁLVAREZ, Javier: «El tratamiento de los contratos swap de tipos de interés en el concurso: ¿un problema de incentivos?», en *DN*, núm. 255, 2011, pp. 23 ss.
- URIBE PIEDRAHITA, Carlos Andrés: «El poder de mercado en los aftermarkets: Consideraciones sobre la política de competencia en los mercados secundarios», en *RDCD*, núm. 10, 2012, pp. 129 ss.
- VARA DE PAZ, Nemesio: «Ventas con obsequio o prima», en *RDCD*, núm. 10, 2012, pp. 55 ss.
- VEGA JUSTRIBÓ, Bárbara: «La caducidad del plazo para el ejercicio de la acción por el cargador frente al transitario en el contrato de transporte marítimo de mercancías», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 558 ss.

DERECHO CONCURSAL

- ALONSO-CUEVILLAS Y SAYROL, Jaime: «Aspectos procesales de la reforma de la Ley concursal (Ley 38/2011) », en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 43 ss.
- ASENCIO PASCUAL, Cristina: «El concurso de acreedores de la sociedad concesionaria», en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 233 ss.
- AZOFRA VEGAS, Fernando: «La invulnerabilidad de los acreedores financieros con garantía real a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación», en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 127 ss.
- BREMES CORTÉS, Josefa: «Calificación del crédito contra el fiador solidario declarado en concurso», en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 185 ss.
- CALDERÓN PATIER, Carmen y GONZÁLEZ LORANTE, Álvaro: «Fiscalidad de los procesos de refinanciación previos al concurso de acreedores», en *RdDP*, núm. 28, 2012, pp. 305 ss.
- CAÑIZARES LASO, Ana: «Los efectos de la declaración de concurso en relación a los contratos celebrados por el concursado. (Especial consideración del incumplimiento del concursado) », en *RdDP*, núm. 28, 2012, pp. 121 ss.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel e IGLESIAS ESCUDERO, Santiago: «Las acciones de reintegración y la constitución de garantías hipotecarias a favor de entidades de crédito: una excepción al régimen general», en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 215 ss.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino: «La posición jurídica del consumidor insolvente», en *ADCon*, núm. 25, 2012, pp. 95 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La oponibilidad concursal y extraconcursal de la prenda, ordinaria y sin desplazamiento, sobre créditos futuros», en *ADCon*, núm. 25, 2012, pp. 9 ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio: «Reflexiones sobre las soluciones pre-concursales», en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 115 ss.

- GARCÍA ARRUFAT, Enrique: «Las compras desmesuradas del deudor en apuros, efectuadas a crédito y realizadas en estado de insolvencia», en *ADCon*, núm. 25, 2012, pp. 237 ss.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Sentencia de 29 de septiembre de 2010. Concurso de acreedores. Créditos tributarios: base de cálculo del privilegio general en liquidación. Inexistencia de derogación tácita. Prevalencia de la interpretación resultante de la Ley Concursal sobre la inteligencia a contrario de la específica norma tributaria. Interpretación sistemática superadora de la interpretación a contrario y de las *voluntas legislatoris*», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1487 ss.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto: «Los límites del interés del concurso: el contrato de suministro de energía eléctrica», en *ADCon*, núm. 25, 2012, pp. 207 ss.
- HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Juan Manuel: «La Administración tributaria y la reforma concursal», en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 103 ss.
- HUALDE LÓPEZ, Ibon: «El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor», en *ADCon*, núm. 25, 2012, pp. 185 ss.
- INFANTE RUIZ, Francisco José: «Sentencia de 30 de septiembre de 2010. Fianza. Quiebra. Dación en pago. Extinción del crédito y de la fianza», en *CCJC*, núm. 87, 2011, pp. 1515 ss.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Las limitaciones patrimoniales del concursado y la ineficacia de los actos de contravienen aquellas», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 1131 ss.
- LÓPEZ MÁÑEZ, Leopoldo E.: «Administración concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003», en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 143 ss.
- MAIRATA LAVIÑA, Jaime y ROLDÁN SANTÍAS, Francisco: «Subordinación y grupos de empresas: cuestiones interpretativas», en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 227 ss.
- MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando: «Reformas en materia de calificación concursal», en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 97 ss.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo: «Contrato de trabajo y concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 25 ss.
- MUÑOZ BENAVIDES, Carmen: «La finalidad del concurso de acreedores: reformas introducidas por la Ley 38/2011» (1), en *AC*, núm. 221-222, 2011.
- «Los mecanismos alternativos al concurso introducidos con la reforma de la Ley Concursal», en *DN*, núm. 258, 2012, pp. 7 ss.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «El beneficiado por el contrato de alimentos: posible acreedor privilegiado», en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 201 ss.
- MUÑOZ VILLARREAL, Alberto: «La responsabilidad tributaria de la administración concursal», en *ADCon*, núm. 25, 2012, pp. 255 ss.

- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «Las reformas de la Ley concursal», en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 17 ss.
- PALAO UCEDA, Juan: «Las acciones de rescisión en el concurso de acreedores», en *Diario La Ley*, núm. 7820, 2012.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto: «La reforma de la Ley concursal en materia de entidades deportivas», en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 85 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «*Fresh money* y financiación de empresas en crisis en la Ley 38/2011», en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 67 ss.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Isabel: «La responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional en concurso», en *ADCon*, núm. 25, 2012, pp. 149 ss.
- SÁNCHEZ LINDE, Mario: «Notas sobre el derecho a la percepción de alimentos del deudor concursado», en *RdDP*, núm. 28, 2012, pp. 347 ss.
- SEMENT MARTÍNEZ, Santiago: «La reforma de la Ley concursal y la conclusión y reapertura del concurso», en *RDCP*, núm. 16, 2012, pp. 171 ss.
- VAN HEMMEN ALMAZOR, Esteban: «La elección judicial del administrador concursal persona jurídica», en *RDM*, núm. 282, 2011, pp. 119 ss.
- VILLAFÁÑEZ PÉREZ, Itziar: «Los límites a la quinta y espera en el convenio concursal», en *ADCon*, núm. 25, 2012, pp. 265 ss.
- VILLORIA RIVERA, Íñigo: «Las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones financieras en los préstamos hipotecarios: tratamiento registral, procesal y concursal», en *RDBB*, núm. 125, 2012, pp. 121 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz: «Régimen del suelo urbanizable en la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de ordenación del territorio y urbanismo, de la Comunidad Autónoma de La Rioja», en *RDU*, núm. 271, 2012, pp. 59 ss.
- ÁLVAREZ MARTÍN, Juan Antonio: «Urbanismo, suelo y vivienda. Problemas vigentes (Parte 1)», en *RDU*, núm. 272, 2012, pp. 13 ss.
- BASSOLS COMA, Martín: «La Comisión Central de Urbanismo: trayectoria histórica hasta su reciente y definitiva extinción», en *RDU*, núm. 271, 2012, pp. 13 ss.
- CORTINA RAMOS, Albert: «El compromiso ético de los urbanistas», en *RDU*, núm. 270, 2011, pp. 161 ss.
- CORVINOS BASECA, Pedro: «Ejecución de instalaciones eólicas en la Comunidad Autónoma de Aragón: evaluación ambiental estratégica, control urbanístico e ingresos municipales», en *RDU*, núm. 271, 2012, pp. 137 ss.
- DAPENA PÉREZ, Ignacio y PICÓ BARANDIARÁN, Elena: «Gestión urbanística de los suelos contaminados en el País Vasco: la obligación de recuperar suelos contaminados en los procesos de equidistribución», en *RDU*, núm. 270, 2011, pp. 113 ss.

- DOMÍNGUEZ VILA, Antonio: «El Derecho Constitucional a la vivienda. Teoría y práctica (1ª parte)», en *RDU*, núm. 271, 2012, pp. 93 ss.
- «El Derecho Constitucional a la vivienda. Teoría y práctica (2ª parte)», en *RDU*, núm. 272, 2012, pp. 101 ss.
- FALCÓN PÉREZ, Carmen Esther: «La ejecución privada del proceso urbanizador: gestión y control económico», en *RDU*, núm. 270, 2011, pp. 51 ss.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, Venancio: «La modificación de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía y el régimen jurídico de las edificaciones y asentamientos urbanísticos existentes en el suelo no urbanizable», en *RDU*, núm. 272, 2012, pp. 129 ss.
- LASO BAEZA, Vicente: «El silencio administrativo tras el Real Decreto-ley 8/2011 y la consiguiente revisión de la última jurisprudencia de la Dirección General al respecto», en *RCDI*, núm. 730, 2012, pp. 1189.
- MAGDALENA, José Antonio: «Los tranvías y la integración urbana del ferrocarril: su contribución al urbanismo sostenible», en *RDU*, núm. 270, 2011, pp. 135 ss.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «Instrumentos jurídicos para la regeneración urbana», en *RDU*, núm. 270, 2011, pp. 13 ss.
- ROMERO ALOY, M.ª Jesús: «Zonificación y usos urbanísticos en el suelo no urbanizable (Comunidad Valenciana)», en *RDU*, núm. 270, 2011, pp. 83 ss.
- RUEDA PÉREZ, Manuel Ángel: «Autonomía de la voluntad en el urbanismo», en *Diario La Ley*, núm. 7765, 2011.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «La subsanación de defectos en el título reparcelatorio a través de las operaciones jurídicas complementarias motivadas por sentencia judicial», en *RCDI*, núm. 729, 2012, pp. 609 ss.
- VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier: «La insuficiencia de la regulación del subsuelo en la nueva Ley del Suelo», en *RDU*, núm. 271, 2012, pp. 29 ss.
- ZAMORANO WISNES, José: «Notas para el debate sobre el urbanismo español y, en particular, andaluz», en *RDU*, núm. 272, 2012, pp. 63 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ARATEY SAHÚN, María Lourdes: «El reforzamiento del papel del Tribunal Supremo en la aplicación del Derecho de la Unión Europea en materia social», en *REDE*, núm. 41, 2012, pp. 17 ss.
- CABEZUDO BAJO, María José: «La obtención transfronteriza de la prueba de ADN en la Unión Europea y su repercusión en España. El problema de las búsquedas (del ADN) de familiares», en *RDCE*, núm. 40, 2011, pp. 737 ss.
- MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen: «¿Son los acuerdos *inter se* una alternativa a la cooperación reforzada en la UE? Reflexiones al hilo del Tratado de Prüm», en *REDE*, núm. 40, 2011, pp. 419 ss.

- MOREIRO GONZÁLEZ, Carlos Javier: «La configuración de reglas supranacionales para valorar los derechos de comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales», en *RDCE*, núm. 40, 2011, pp. 703 ss.
- MUÑOZ GUIJOSA, M.^a Astrid: «Ejecución de la obra urbanizadora y normativa europea de contratación pública. A propósito del asunto Comisión contra España (C-306/08)», en *REDE*, núm. 41, 2012, pp. 111 ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «La nulidad (devolución de lo indebido) y la responsabilidad (indemnización de los particulares) por infracción del Derecho de la Unión Europea en el Derecho tributario español», en *GJ*, núm. 27, 2012, pp. 9 ss.
- PASCUAL VIVES, Francisco José: «Los acuerdos sobre promoción y protección recíproca de las inversiones extranjeras y el Derecho de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 40, 2011, pp. 441 ss.
- PÉREZ VAN KAPPEL, Antonio: «La *juridificación* de las otras funciones de las marcas registradas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *GJ*, núm. 27, 2012, pp. 37 ss.
- REQUENA CASANOVA, Millán: «La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios», en *RDCE*, núm. 40, 2011, pp. 767 ss.
- RUIZ ALMENDRAL, Violeta: «Estabilidad presupuestaria y Reforma Constitucional», en *REDE*, núm. 41, 2011, pp. 33 ss.

DERECHO PROCESAL

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael: «Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación», en *InDret*, 2012/1.
- ALISTE SANTOS, Tomás J.: «La facultad de iniciativa probatoria *ex officio iudicis* en nuestro derecho procesal», en *AC*, núm. 9, 2012.
- ALMAGRO NOSETE, José: «La última reforma del proceso civil», en *AC*, núm. 21-22, 2011.
- BASSAS MUNDÓ, M. Carme: «La mejora, reducción y modificación del embargo y sus medidas de garantía. Estudio del art. 612 LEC», en *RJC*, núm. 2, 2012, pp. 357 ss.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «Sentencia de 24 de febrero de 2011. Recurso extraordinario por infracción procesal sobre intervención adhesiva litisconsorcial en el lado activo de la relación procesal», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 299 ss.
- DAUDÍ PÉREZ, Vicente: «La relación entre la mediación en asuntos civiles y mercantiles y el proceso civil», en *RDM*, núm. 283, 2012, pp. 231 ss.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «La Ley de Jurisdicción Voluntaria en el horizonte: confluencia de planos, perspectivas, actores y operadores», en *Diario La Ley*, núm. 7866, 2012.

- GARCÍA ÁLVAREZ, M.^a Rosario: «La mediación civil y mercantil en el Real Decreto-ley 5/2012», en *Diario La Ley*, núm. 7828, 2012.
- GIMENO SENDRA, José Vicente: «Oficina Judicial, Tribunales de Instancia y agilización procesal», en *AAMN*, núm. 51, 2011, pp. 109 ss.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: «La ejecución judicial de títulos extrajudiciales: La escritura pública», en *AAMN*, núm. 51, 2011, pp. 123 ss.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio-Evaristo: «La regulación del requerimiento previo en el juicio de desahucio tras la Ley de medidas de agilización procesal», en *AC*, núm. 21-22, 2011.
- LÓPEZ JARA, Manuel: «Incidencia del nuevo procedimiento de mediación en el proceso civil: a propósito del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario La Ley*, núm. 7857, 2012.
- LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, María: «La supresión del exequátur en el espacio judicial europeo», en *Diario La Ley*, núm. 7766, 2011.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La incorporación al derecho español de la Directiva 2008/52/CE por el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario La Ley*, núm. 7852, 2012.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Cuestiones controvertidas en sede de acumulación de acciones en el proceso civil», en *Diario La Ley*, núm. 7763, 2011.
- MARCOS GONZÁLEZ LECUONA, María: «Sentencia de 14 de marzo de 2011. Recurso extraordinario por infracción procesal sobre aportación de dictámenes periciales en la audiencia previa del juicio ordinario», en *CCJC*, núm. 88, 2012, pp. 327 ss.
- MARQUÉS JARQUE, Ignacio: «La Competencia judicial de los juzgados de marca comunitaria: un admirable caso de ósmosis judicial», en *RJC*, núm. 2, 2012, pp. 447 ss.
- MARTÍN PASTOR, José: «La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto-ley 5/2012 (1)», en *Diario La Ley*, núm. 7862, 2012.
- MÚÑOZ BENAVIDES, Carmen: «Las medidas de agilización procesal en el orden civil», en *AC*, núm. 21-22, 2011.
- NAVARRO, Marta: «Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: un nuevo horizonte para la solución pactada de controversias privadas», en *Diario La Ley*, núm. 7866, 2012.
- VALMAÑA CABANES, Antonio: «El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la prueba no practicada», en *InDret*, 2012/2.
- XIOL RIUS, Antonio: «Asunción excepcional de la competencia por el orden civil cuando se trata de asuntos anteriores a la fijación de la nueva jurisprudencia, si la falta de competencia no ha sido planteada en la instancia», en *Diario La Ley*, núm. 7759, 2011.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
PDD	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RDC	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
RdDP	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Aranzadi Civil
 Aranzadi Civil-Mercantil
 InDret www.InDret.com
 Diario La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

El pago subrepticio de un tercero: un caso de libro (Comentario STS de 26 mayo de 2011)

PEDRO DEL OLMO GARCÍA¹
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Este trabajo aborda el caso del pago de la deuda ajena por un tercero que actúa en su propio interés y que no se subroga en la obligación pagada. El Tribunal Supremo se ha enfrentado recientemente a este supuesto y ha decidido, sin aclarar bien sobre qué base, que el efecto jurídico que se produce es el de una acción de enriquecimiento (in rem verso) del tercero contra el deudor. En este trabajo se propone una explicación teórica de esta correcta decisión, partiendo de los antecedentes históricos y comparados del artículo 1158 CC: esa acción in rem verso es la que procede cuando en la intervención del tercero no se dan los requisitos necesarios para considerarla una verdadera gestión de negocios ajenos sin mandato.

¹ Este comentario se ha realizado en el marco del proyecto (FFI2008-00647) financiado por el, entonces, MICINN, «Los PETL: Más allá del llamado Marco Común de Referencia (CFR)», dirigido por el profesor Dr. D. Miquel Martí Casals. Como tantas otras veces, el profesor don Antonio Cabanillas fue quien tuvo la amabilidad de llamar mi atención sobre la STS que motiva este trabajo. Agradezco también gustosamente la oportunidad que tuve de presentar este trabajo en el seminario *Federico de Castro* que dirige el profesor don Luis Díez-Picazo en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, así como los comentarios y sugerencias que allí se me hicieron. Sin embargo, cualquier equivocación que subsista en el texto es sólo responsabilidad mía.

PALABRAS CLAVE

Pago o cumplimiento; abuso de derecho; efectos del pago de tercero sin subrogación; reembolso, enriquecimiento; intervención del tercero en interés propio.

ABSTRACT

This paper studies the payment of the obligation by a third party who acts in its own interest and does not obtain a subrogation in the creditor's right. The Tribunal Supremo has recently ruled on such a case and has decided that an actio in rem verso is applicable to it. From a historical and comparative view, it is argued in this paper that there is a plausible theoretical explanation of this court decision: what happens is that, according to the traditional roots of Art. 1158 CC, the actio in rem verso is the normal effect of a payment by a third person who is not acting within the frame of a benevolent intervention in another's affairs (negotiorum gestio).

KEY WORDS

Payment; abuse of rights; effects of the payment by a third person; reimbursement, enrichment; intervention by a third party in its own interest

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El argumento del abuso de derecho. 3. La decisión del Tribunal Supremo, en el caso concreto. 4. Los efectos del pago de tercero, en general. 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Recientemente, nuestro Tribunal Supremo ha tenido que enfrentarse a un caso de pago de deuda ajena en el que se plantean algunos de los problemas que han venido preocupando a nuestra doctrina especializada en el pago de un tercero. Probablemente es cierto que el caso planteado no es el supuesto más difícil que cabría imaginar, pero sí sirve para poner a prueba las teorías que se habían formulado en la doctrina sobre estas cuestiones. En esa prueba, creo que unas teorías salen mejor paradas que otras y, en ese sentido, estamos ante una buena oportunidad para hacer lo que los científicos de la naturaleza llaman *falsar* una teoría, para descartarla.

En el supuesto enjuiciado por la STS de 26 de mayo de 2011 (RJ 2011/3988), la empresa Gwydion, S.L. había pagado las cantidades que otra empresa, ALVATUR, S.L. PROMOCIONES TURÍSTICAS (en lo sucesivo, ALVATUR, S.L.), debía a un Ayuntamiento, a la Agencia Tributaria y a la Seguridad Social. El pago de Gwydion, S.L. había ascendido a unos 170.000 euros, que es la cantidad que reclama posteriormente a ALVATUR, S.L. En primera instancia, se absuelve a la demandada, mientras que en la SAP Madrid 19 de noviembre de 2007 (JUR\2008\56536), se la condena a pagar

unos 135.000 euros. La diferencia entre lo pagado y la condena se debe a que, antes del pago de Gwydion, S.L., ALVATUR, S.L. había pagado ya al mencionado Ayuntamiento unos 35.000 euros en un procedimiento de apremio. El Tribunal Supremo confirma la decisión de la Audiencia y, en mi opinión, acierta.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no termina de explicar cómo se alcanza ese resultado. En mi opinión, las cosas son mucho más sencillas si se piensa que, en este caso, lo que ocurre en realidad es que Gwydion, S.L. ha pagado subrepticamente, «a espaldas del deudor» y en su propio interés². Este supuesto de pago de tercero es distinto al de pagar en la *ignorancia* del deudor y tampoco termina de encajar en el pago *contra* la voluntad del deudor previsto en el párrafo tercero del artículo 1158 CC, al menos si nos limitamos a hacer una interpretación puramente literal de ese precepto. En cambio, desde una interpretación que tenga en cuenta los antecedentes históricos y comparados del precepto, no hay problema para alcanzar la solución de acordar una acción *in rem verso* para estos casos de pago *escondido* al deudor en los que el tercero actúa movido por «cobdicia de ganar», en la gráfica expresión de nuestra legislación de Partidas.

En este trabajo, haré primero algunas observaciones sobre el argumento, descartado por el Tribunal Supremo, de que en el caso ha habido un abuso de derecho. Luego comentaré críticamente las bases teóricas en las que se apoya esta STS y propondré una alternativa que, en mi opinión, es más clara. Finalmente, recogeré algunos datos adicionales sobre el sistema tradicional de efectos del pago de un tercero (sin subrogación) que, según creo, es urgente recuperar en nuestro Derecho.

2. EL ARGUMENTO DEL ABUSO DE DERECHO

El supuesto de partida es algo rocambolesco porque, tal como se explica en la STS que comentamos, Gwydion, S.L. fue constituida con la finalidad de pagar deudas ajenas, con la intención de situarse, mediante ese pago «en una buena posición para el caso de ejecución sobre los bienes inmuebles del deudor» (FD 1). Este hecho fue valorado en la sentencia de primera instancia para destacar, siguiendo el resumen que hace de ésta el Tribunal Supremo (FD 1), «que Gwydion, S.L. buscaba su propio y exclusivo beneficio pagando deudas de empresas en dificultades para luego embargar sus bienes inmuebles y adquirirlos a bajo precio, «sin buscar el beneficio o utilidad del pago para el deudor sino su perjuicio». Añade esa sentencia de primera instancia que «la acción de repetición ejercitada (por Gwydion, S.L.) constituía parte del procedimiento para la obtención de inmuebles de la demandada a bajo precio y (...) que procedía declarar abusivo y antisocial el ejercicio del derecho dada la mala fe y la intención clara de perjudicar al deudor» (FD 1 de la STS en comentario). Frente a este argumento del Juez de primera instancia, la Audiencia dice con toda claridad, para acoger parcialmente la

² Esta expresión de «pago a espaldas del deudor» es conocida en nuestra doctrina. Creo que el primero que la utilizó, en una propuesta fructífera, fue J. SERRA CALLEJO «Consideraciones sobre los efectos del pago de tercero», *La Ley*, 1991-2.º, pp. 1082-1107, en p. 1089. Más tarde, otros autores también la han utilizado. Se puede ver, por ejemplo, K.J. ALBIEZ DOHRMAN, «El pago por tercero», en J.R. Ferrándiz Gabriel (dir.), *Extinción de obligaciones*, Madrid, 1996.

demanda del *solvens*, que «mal cabía apreciar abuso de derecho en el caso enjuiciado cuando de acuerdo con lo prevenido en el artículo 1158 del CC puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor».

Efectivamente, aunque en casación ALVATUR, S.L. sigue argumentando con la idea de abuso de derecho, el argumento de la citada SAP que hemos entrecomillado en el párrafo anterior (según el FD 1 de la STS en comentario) no deja lugar para la duda. Mal se puede tachar de abusivo el pago de una deuda ajena, cuando tal posibilidad viene claramente admitida en la Ley. También es destacable que el pago por Gwydion, S.L. busca más su propio beneficio –como agente en el mercado que es– que el perjuicio de ALVATUR, S.L. La STS en comentario confirma estas obviedades, aunque se ve obligada a dar una respuesta mucho más prolija por la necesidad de responder a los desenfocados argumentos presentados por la demandada/recurrente.

Sin embargo, detrás de los argumentos que emplea ALVATUR, S.L. para defender su idea de que hay un ejercicio abusivo de derecho, se ocultan algunas ideas básicas que merece la pena aclarar. Según la demandada (y siguiendo otra vez el relato del Tribunal Supremo), la intervención de Gwydion, S.L. ha frustrado «las expectativas de renegociación o aplazamiento del pago del deudor a las que siempre está abierta la Administración» y le ha impedido (a ALVATUR, S.L.) «el acceso normal a los recursos administrativos y judiciales, así como la negociación y aplazamiento de su deuda con las diferentes administraciones (a las que nunca se niegan) (sic)». Estas ideas son francamente inadmisibles, tal como señala la propia STS diciendo que no «pueden considerarse probados unos daños y perjuicios concretos o, si se quiere, distintos de la genérica pérdida de oportunidad de llegar a un acuerdo con el acreedor, oportunidad que sin embargo la recurrente sigue conservando en relación con la demandante-recurrida que pagó su deuda» (FD 2; la idea se repite también en FD 3, aptdo. 3.º).

En efecto, los argumentos utilizados por ALVATUR, S.L. en este punto quizá sólo merecen una mención que podríamos llamar de antropología jurídica: únicamente se puede comprender su planteamiento si se parte de una curiosa percepción del interés público. En mi opinión, si el acreedor de ALVATUR, S.L. –en lugar de ser un Ayuntamiento, la Agencia Tributaria y la Seguridad Social– hubiese sido un particular, a nadie se le habría ocurrido decir que el pago íntegro de los correspondientes créditos realizado por Gwydion, S.L. suponía una actividad antisocial. La razón es sencilla: todo el mundo habría apreciado con facilidad que en ese conflicto, el interés preponderante es el del acreedor de obtener satisfacción íntegra para sus créditos. Si un acreedor que quizá habría admitido una quita o concedido una prórroga, se encuentra con un tercero dispuesto a pagar desde luego la totalidad de la deuda vencida, lo esperable es que vea el cielo abierto y acepte ese pago íntegro de lo debido. Otra cosa sería si ese acreedor ya hubiese concedido esa prórroga o remitido parte de la deuda: ahí sí que, sin duda, ALVATUR, S.L. podría haberlo opuesto al *solvens*.

En cualquier caso, no hay que olvidar que, desde un punto de vista de política jurídica, el conflicto que hay que decidir en realidad se plantea entre tres partes y que la solución que alcanza el CC para solucionarlo es clara. En efecto, en el conflicto entre el deudor –que no quiere pagar o que quiere renegociar su deuda–, el tercero, –independientemente de que puede perseguir al pagar su propio interés o el del deudor–, y el acreedor –que quiere cobrar–, el legislador ha dejado claro que éste último es el preferido. Si se reflexiona un

momento, es fácil advertir que, al admitir el pago realizado por el tercero contra la voluntad del deudor (art. 1158.II, último inciso), lo que está diciendo el legislador es que el acreedor puede cobrar de cualquiera sin necesidad de contar con el permiso del deudor, por regla general³. Si la regla general fuera la contraria y el deudor pudiera impedir el pago de un tercero simplemente expresando su voluntad en contra, la posición del acreedor en el crédito se vería francamente perjudicada. En el caso extremo, ¿Tendría el acreedor que pedir permiso al deudor para poder cobrar de un tercero?

La solución que el legislador ha dado para este caso es, en realidad, el producto de una larga evolución doctrinal que, por las razones ya dichas, ha admitido el pago de tercero contra la voluntad del deudor (cuestión de legitimación para pagar), pero lo ha hecho ajustando con cuidado la consecuencia jurídica (cuestión de efectos del pago), que aparece definida en el CC como derecho que permite reclamar «aquello en que le hubiera sido útil el pago» (art. 1158.III), es decir, una acción para reclamar el enriquecimiento experimentado por el deudor.

3. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO, EN EL CASO CONCRETO

La parte más interesante de la STS de 26 de mayo de 2011 que comentamos es la que necesita poner a funcionar el sistema de remedios aplicable a los distintos casos de pago de tercero. Es aquí donde se aprecia que la solución finalmente alcanzada por el Tribunal Supremo es correcta, pero que la tarea del juez podía haber sido más sencilla si la guía doctrinal elegida hubiera sido otra y más clara.

El argumento fundamental de la recurrente es resumido por el Tribunal Supremo (FD 3) diciendo que «se centra en discutir que la acción ejercitada por ésta fuese la de reembolso ya que, en opinión de la recurrente, fue la de repetición porque, habiéndose hecho el pago sin conocimiento del deudor, es decir de la propia recurrente, y habiéndose opuesto ella misma al pago en su contestación a la demanda, primera oportunidad que tuvo para manifestar su expresa voluntad en contra, la demandante no tendría derecho más que a aquello en que el pago le hubiera sido útil a la recurrente, de suerte que, no habiéndole reportado ninguna utilidad y sí, en cambio, solo perjuicios, la demanda habría de ser desestimada».

Como se ve, el argumento entrecorillado emplea la denominación habitual en nuestra doctrina de derecho de reembolso (para el remedio del artículo 1158.II, que permite reclamar «lo pagado») y derecho de repetición (para el artículo 1158.III, que permite reclamar la utilidad). El argumento empleado por la recurrente y demandada, que el Tribunal Supremo correctamente rechaza, es combinación de dos opiniones doctrinales existentes en nuestro país que, en mi opinión, son equivocadas. Se mezclan en ese argumento (a) la idea de que el deudor puede oponerse al pago después de que éste ya se ha realizado y (b) la idea de que se pueden oponer al *solvens* que

³ Como toda regla general, admite algunas excepciones: un tercero no puede pagar la deuda ajena en los casos de prestaciones personalísimas (art. 1161 CC) ni tampoco cuando acreedor y deudor han pactado la exclusión del pago de un tercero. He estudiado estos casos en P. DEL OLMO, «Los límites al pago de un tercero y la legitimación para consignar», ADC, 1999-I, p. 145-207.

ejercita el remedio previsto en el art. 1158.III los perjuicios que, según la recurrente, ella misma ha sufrido (perder la oportunidad de renegociar su deuda a la baja o de obtener un aplazamiento). Veámoslo por partes

(a) Sobre la primera idea, el Tribunal Supremo acoge correctamente la opinión absolutamente mayoritaria en España y en Derecho comparado, según la cual la voluntad (y actitud) del deudor relevante para determinar los efectos del pago es la previa o coetánea a ese pago (FD 3, aptdo. 2.º). La voluntad del deudor posterior al pago sólo es relevante en el caso marginal de que éste venga a confirmar lo hecho por el *solvens*, ratificando así su gestión (cfr. art. 1892 CC). La idea de atender a la voluntad/actitud del deudor posterior al pago fue propuesta por E. Lalaguna con el loable propósito de aclarar algunas dudas del sistema de remedios del pago de tercero, pero es ajena a la tradición que se esconde detrás de esta figura y no funciona correctamente, como se demostrará más abajo⁴.

(b) Respecto de la segunda parte del argumento empleado por la recurrente, lo cierto es que el Tribunal Supremo no acaba de pronunciarse sobre qué remedio es el que correspondía al *solvens*, si la acción de repetición del artículo 1158.III o la de reembolso del artículo 1158.II. Lo único cierto es que el Tribunal Supremo (FD 3, aptdo. 3) considera correcto que el *solvens*, a pesar de que ha pagado unos 170.000 €, sólo pueda reclamar al deudor unos 135.000 € y que la razón de esta rebaja deriva del hecho de que el deudor, por su lado, había pagado ya al Ayuntamiento unos 35.000 €.

El Tribunal Supremo alcanza un resultado correcto, pero deja en la nebulosa la razón que le permite alcanzarlo⁵. En mi opinión, lo que ocurre en este caso es que el Tribunal Supremo es víctima del caótico panorama doctrinal que existe en España acerca del pago de un tercero. En efecto, el resultado correcto es permitir la reclamación de unos 135.000 € por el *solvens*, pero ese resultado choca literalmente contra el tenor literal del artículo 1158.II, que permite reclamar «lo pagado» y, en realidad, Gwydion, S.L., había pagado unos 175.000 €. Además, para gran parte de la doctrina, ese artículo 1158.II se aplica tanto a los pagos *ignorados* por el deudor como a los pagos *aprobados* por éste, lo que lleva necesariamente a confirmar que se tiene que poder reclamar «lo pagado», sin ningún descuento, porque la consecuencia jurídica es común y lo que no se puede permitir es que el deudor oponga al *solvens* que paga siguiendo sus instrucciones ninguna de las excepciones que aquél podría haber opuesto al acreedor⁶. Lo expresa muy claramente J. Serra Callejo diciendo que «el que obra por encargo de otro debe ser resarcido de todo gasto amparado por los términos de su convenio con el mandante, sin que éste pueda alegar a posteriori que su interés era en realidad distinto de lo que había manifestado al mandatario»⁷.

⁴ E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Sujetos del pago», *BIMJ*, 1985, pp. 15 y 16.

⁵ El resultado de reconocer una reclamación sólo del enriquecimiento en estos casos de pago *escondido* al deudor en realidad ya estaba en STS 18 noviembre 1998 (RJ 8412); STS 12 noviembre 1987 (RJ 8397) y 30 septiembre 1987 (RJ 6455).

⁶ Esta descripción de la doctrina más extendida está ahora bien recogida en F. OLIVA BLÁZQUEZ, «Comentario al artículo 1158» en A. Cañizares et al. (dir.), *Código Civil comentado*, III, Cizur Menor, 2011, pp. 354-355.

⁷ J. SERRA CALLEJO, «Consideraciones...», *La Ley*, 1991-2.º, cit. p. 1090. La idea estaba ya en F. Laurent, autor que es fundamental para entender los antecedentes de nuestro artículo 1158 por estar detrás del célebre Anteproyecto de Código Civil belga, que resultó muy influyente en la regulación de esta materia en nuestro propio CC. En el sentido indicado, véase F. LAURENT *Principes de droit civil français*, XX, 3.ª ed. Bruselas-París, 1878, p. 347

Se podría alcanzar ese resultado correcto (permitir la reclamación de 135.000 €) diciendo que lo que ocurre es que en este caso es de aplicación el artículo 1158.III porque el deudor se ha opuesto al pago del tercero en la primera ocasión en que ha tenido la posibilidad de hacerlo. Ya hemos visto que este razonamiento, que es empleado por ALVATUR, S.L., tiene el inconveniente de dar relevancia a la actitud del deudor posterior al pago, lo que es inadmisibile. En efecto, si expresando su voluntad contraria al pago posteriormente a su realización el deudor pudiera limitar el alcance de la acción del *solvens*, ¿Habría muchos deudores que no lo hicieran?

Descartado lo anterior, se podría alcanzar ese resultado correcto (permitir la reclamación de 135.000 €) diciendo que lo que ocurre es que el reembolso del artículo 1158.II no es inmune a las excepciones que el deudor podría haber opuesto al acreedor. Para poder defender esta tesis es necesario, por la razón resumida más arriba en las citadas palabras de J. Serra Callejo, decir que lo pagos aprobados por el deudor no están en el artículo 1158.II. Esto es lo que hacen, sin justificarlo especialmente, los profesores R. Bercovitz y E. Valladares⁸. Claro que, entonces, ¿qué diferencia hay entre este reembolso del artículo 1158.II (frente al que cabe oponer excepciones) y la acción de repetición del artículo 1158.III? Los citados autores dicen que, frente a esta última acción, el deudor puede oponer verdaderas excepciones y, además, «otros perjuicios» (como son, según estos autores, la proximidad de una prescripción extintiva del crédito pagado, el deseo del deudor de no pagar para forzar una reclamación o mejora y la existencia de relaciones comerciales duraderas entre el deudor y el acreedor)⁹. Como se ve, algo de esto es lo que estaba pensando la defensa de ALVATUR, S.L., por los razonamientos que emplea.

En efecto, esa base teórica es la que subyace en la idea de que se pueden oponer al *solvens* que actúa en ejercicio de la acción *in rem verso* (ex art. 1158.III) perjuicios del tipo de los que pretende haber sufrido ALVATUR, S.L. Sobre esta cuestión teórica el Tribunal Supremo no se pronuncia, porque su tarea no es solucionar polémicas doctrinales. Sin embargo, en la STS sí queda claro, en cualquier caso, que los perjuicios alegados concretamente por ALVATUR, S.L. («genéricas expectativas de haber llegado a acuerdos favorables con sus acreedores») no son relevantes, puesto que «tales expectativas genéricas siempre existen en toda relación entre acreedor y deudor sin que por ello impidan el pago por un tercero con los efectos que determina el artículo 1158 CC» (STS, FD 3, aptdo. 3.º).

⁸ Cfr. R. BERCOVITZ y E. VALLADARES, «Comentarios al artículo 1158», en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, XVI-1.º, 2.ª ed. Madrid, 1991, p. 23, donde afirman, apodícticamente, que «los efectos determinados en el artículo 1158 se refieren a actuación de terceros no ligados por relación contractual o por relaciones derivadas de normas específicas». R. BERCOVITZ sigue manteniendo su opinión en el comentario que hace al artículo 1158 en R. Bercovitz (dir.), *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed. Cizur Menor, 2009, p. 1392. Esta opinión ha tenido eco en la jurisprudencia. También recientemente, G. GALICIA AIZPURUA, *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Valencia 2006, p. 33, apoya esta idea, pero lo hace con argumentos débiles que son históricamente incompletos.

⁹ R. BERCOVITZ y E. VALLADARES, «Comentarios...», cit. p. 58. Véase una crítica de estas ideas en P. DEL OLMO, *Pago de tercero y subrogación*, Madrid, 1998, p. 47.

En realidad, estos intentos doctrinales de explicar el caso que plantea la STS en comentario fallan porque se mueven en una interpretación puramente literal del artículo 1158. De esa manera, adoptan un punto de vista que ignora la tradición que se esconde tras ese precepto y que, además, se sitúa al margen de la experiencia comparada de los países de la órbita de la codificación francesa. En efecto, en el caso decidido por la STS, lo que se plantea es el tratamiento de lo que podríamos llamar pago *subrepticio* del tercero, es decir, un pago realizado «a espaldas del deudor» al que se añade el dato de que el *solvens* actúa en interés propio. Se trata de un pago que es *ignorado* por dicho deudor, lo que apunta a la aplicación del artículo 1158.II entendido literalmente, y que no es un pago *contra* la voluntad del deudor, lo que excluye la aplicación del artículo 1158.III. Pero este resultado puramente literal es claramente inasumible: ¿Merece mejor trato quien deliberadamente oculta al deudor su intención de pagar que quien lo hace abiertamente pero contra su voluntad? ¿Puede el legislador dar un tratamiento distinto a quien paga abiertamente contra la voluntad del deudor de quien lo hace subrepticamente, ocultándole a éste sus intenciones y actuando en su propio interés? La respuesta a estas dos preguntas es claramente negativa. Además, lo importante es señalar que no hace falta llegar a esta conclusión por sentido común o guiado por la intuición, sino que existe un argumento teórico que explica por qué son así las cosas.

En efecto, en el sistema tradicional que subyace a la normativa que nuestro Código incluye en el artículo 1158, el pago aprobado por el deudor da lugar a una acción contraria de mandato, el pago realizado en la ignorancia del deudor pero en su interés («por cuenta de otro», dice el art. 1158.II) da lugar a la acción contraria de gestión de negocios y el pago de quien no puede ser tenido por tal, da lugar a una acción de enriquecimiento. Este último caso es el que ahora interesa: en la tradición de la que proviene nuestro art. 1158, el pago realizado por quien paga contra la voluntad del deudor da lugar al mismo remedio (acción de enriquecimiento) que el pago de quien paga en interés propio, puesto que en ambos casos faltan los requisitos necesarios para ser tenido por auténtico gestor de negocios (señaladamente, la *absentia domini*, entendida como imposibilidad de consultar con el dueño del negocio antes de tomar la decisión de actuar en su esfera, y actuación en interés del dueño del negocio)¹⁰. En mi opinión, ésta es la base teórica que mejor puede explicar el correcto resultado que alcanza en la STS en comentario.

En efecto, en el caso decidido por la STS de 26 de mayo de 2011, Gwydion, S.L. es titular tan sólo de la acción prevista en el artículo 1158.III y, por eso, ALVATUR, S.L., puede oponerle la excepción de que ya había pagado 35.000 € al acreedor y limitar así el alcance de la acción del primero. Gwydion, S.L., no es titular de la acción a que alude el artículo 1158.II porque, a pesar de que literalmente ha pagado en la ignorancia del deudor, ha actuado en interés propio y la acción de ese párrafo artículo 1158.II es una simple remisión a la acción contraria de gestión de negocios que, para ser aplicable, exige la actuación en interés del deudor y el requisito de la *absentia domini*. Se equipara así, sin mayor problema, el trato de quien paga abiertamente contra la voluntad del deudor con el trato de quien actúa a espaldas del deudor, en su propio interés. Se alcanza este resultado, además, sin nece-

¹⁰ Para más información sobre estos requisitos, M. PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 1986, pp. 84 y 386. Más recientemente, M.E. SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, 2000, pp. 257 ss.

sidad de dar relevancia a la voluntad del deudor expresada con posterioridad al pago. Tampoco hace falta llegar al extremo, imprescindible para otras opiniones, de identificar gestión de negocios y enriquecimiento injusto.

4. LOS EFECTOS DEL PAGO DE TERCERO, EN GENERAL

Para cerrar este comentario, resumo a continuación alguna explicación adicional sobre el sistema de efectos de pago de tercero que subyace en nuestro artículo 1158 y que permite superar el entendimiento puramente literal que predomina en nuestra doctrina. Para respetar las dimensiones de un trabajo como éste, renuncio aquí a exponer todas las razones que apoyan el sistema realmente tradicional que propongo recuperar y también renuncio a exponer la crítica completa de los argumentos que emplea nuestra doctrina mayoritaria¹¹. Sí merece la pena destacar, en cualquier caso, que el modelo que definiendo se ha venido a reflejar ahora en las propuestas de la Comisión General de Codificación¹².

Para explicar las bases teóricas de la regla según la cual el pago de un tercero realizado en su propio interés y a espaldas del deudor da lugar a una acción de enriquecimiento como la prevista en el artículo 1158.III, es necesario abrir un poco el foco y explicar todo el sistema de remedios previsto para los casos de pago de tercero. La mejor y más sencilla manera de hacerlo es atender a los antecedentes históricos y comparados del artículo 1158 CC.

En efecto, para entender este artículo, inspirado directamente en el Código Civil argentino (1869) y en el Anteproyecto belga de Laurent (1878), en realidad basta con leer los comentarios que ponía don Dalmacio Vélez Sarsfield a los artículos sobre pago del tercero contenidos en el primero de los textos citados, en los que se dan normas idénticas prácticamente a las de nuestro artículo 1158 CC¹³. Decía Vélez Sarsfield que «cuando el pago se hace con consentimiento del deudor, hay contra él la acción de mandato.

¹¹ Hay una explicación completa del sistema, que sólo es novedoso en España, y una crítica a las opiniones españolas mayoritarias, en P. DEL OLMO, *Pago de tercero y subrogación*, cit., pp. 54 ss. También he presentado estas ideas, en formato más breve, en «Comentario a los artículos 1158 y 1159 CC», en A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, 2010, pp. 1286-1289.

¹² Me refiero a la *Propuesta de Modernización del CC en materia de Obligaciones y Contratos*, publicada en 2009 y accesible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_C/1215198250781/Detalle.html (página consultada el 21 de febrero de 2012). En concreto, el párrafo segundo del artículo 1155 dice que «El tercero podrá reclamar del deudor aquello que resulte de la aplicación de las normas relativas a la relación que existiera entre ambos o, en su defecto, aquello en que el deudor se hubiera enriquecido con el pago». Como se ve, los casos de pago de tercero se regulan aquí por referencia a las normas generales aplicables, que no son otras que el mandato y la gestión de negocios ajenos, y la previsión residual de una acción de enriquecimiento.

¹³ El artículo 727 CC argentino decía «El pago puede hacerse también por un tercero con asentimiento del deudor y aun ignorándolo éste, y queda la obligación estinguida (sic) con todos sus accesorios y garantías. En ambos casos, el que hubiese hecho el pago puede pedir al deudor el valor de lo que hubiese dado en pago. Si se hubiese hecho el pago antes del vencimiento de la deuda, sólo tendrá derecho a ser reembolsado desde el día del vencimiento». Cerrando el paralelismo con nuestro artículo 1158, el artículo 728 de ese mismo CC argentino añadía, «El pago puede también ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. El que así lo hubiese verificado tendrá sólo derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago».

Cuando se hace ignorándolo, la acción *negotiorum gestorum*». Para comentar el artículo en que el CC argentino establecía la posibilidad de que el *solvens* que había pagado contra la voluntad del deudor reclamara a éste aquello en que le hubiese sido útil el pago, añadía el codificador argentino que, en estos casos, había que evitar el enriquecimiento del deudor y que «cuando damos al que ha hecho el pago, acción para cobrar aquello en que el pago ha sido útil al deudor, le reconocemos sólo la acción *in rem verso*».

Como se ve en estos comentarios de Vélez Sarsfield, y se puede comprobar en toda la doctrina y textos legales de la tradición latina, hay tres supuestos de hecho y cada uno tiene su propio remedio. Así, para plantear correctamente los problemas que se plantean en los pagos de tercero (sin subrogación), hay que distinguir entre:

a) El supuesto del que paga porque el deudor se lo ha pedido. A esta situación siempre se ha equiparado la situación del que paga con el conocimiento del deudor que, sin embargo, ni lo aprueba ni lo rechaza. Esta actitud del deudor se equipara, desde la tradición romana, a un mandato tácito. En estos dos casos, el remedio con el que el *solvens* puede dirigirse contra el deudor es una acción contraria de mandato.

b) El supuesto del que paga en nombre del deudor y para su liberación. Este supuesto da lugar al nacimiento de una acción contraria de gestión de negocios. Nótese que lo importante es que la intervención del *solvens* ha de cumplir todos los requisitos de la gestión de negocios, especialmente la *absentia domini*, entendida como la imposibilidad de ponerse en contacto con el dueño del negocio para recabar sus instrucciones, y la actuación en interés de éste. Se trata de un interés que es apreciado objetivamente.

c) El supuesto del que paga contra la voluntad del deudor. En la versión del Código de Napoleón, este supuesto no daba lugar a acción porque se presumía que el *solvens* quería hacer una donación al deudor¹⁴. Sin embargo, en el posterior desarrollo de la doctrina que trabajaba sobre ese Código y en los Códigos influidos por ella, se llega a la conclusión de que en estos supuestos de pago contra la voluntad del deudor –y más en general, aquellos en los que el *solvens* no puede ser considerado gestor de negocios– es mejor prever una acción de repetición del enriquecimiento que, en su caso, hubiera recibido el deudor. Esta es la solución que también está en nuestro artículo 1158.III CC, regla que pretende recoger los casos que no han sido cubiertos por los dos casos anteriormente enunciados en a.) y b.)¹⁵. Esta manera de relacionar acción de enriquecimiento (*in rem verso*) y supuestos «incompletos» de gestión de negocios ajenos es también tradicional¹⁶.

¹⁴ Esta misma opinión, que es la de POTHIER, se asumía en el Proyecto español de 1851. Decía GARCÍA GOYENA, comentando el artículo 1099 de ese Proyecto que «invito beneficium non fit, y el que pagó no tiene de qué quejarse, antes bien debe presumirse que quiso donar». En la STS que comentamos se baraja esta solución como forma de reducción al absurdo diciendo (FD 2): «...habrá que concluir que la acción de reembolso ejercitada por la sociedad demandante no puede ser desestimada por fraudulenta, abusiva o contraria a la buena fe, desestimación cuya consecuencia sería que hubiera pagado *gratuitamente* una deuda ajena ascendente a 134.455,91 euros...» (énfasis añadido)

¹⁵ Esta solución que propongo había sido ya sugerida por J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I-2.º, Barcelona, 1956, p. 271 n. 21. Recientemente, la sigue también G. GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 31.

¹⁶ Como se puede confirmar en la exposición del profesor Díez-Picazo en L. DÍEZ-PICAZO y M. DE LA CÁMARA, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, 1991, pp. 90 y 94. La misma idea estaba ya en un autor tan influyente en nuestro artículo 1158 CC como F. LAURENT, *Principles...*, XX, cit. pp. 362-363.

Esta última idea es perfectamente utilizable en la STS en comentario. Como ya hemos adelantado, lo que ocurre en realidad es que el efecto previsto en el CC para el pago que se realiza en la *ignorancia* del deudor, pero porque el *solvens* se ha preocupado de ocultarle sus intenciones, es sólo la acción de repetición para reclamar el enriquecimiento prevista en el artículo 1158.III. Esta es la solución tradicional y fácil para estos casos. En la lógica tradicional de *tres* supuestos de hecho y *tres* consecuencias jurídicas, el pago da lugar a la acción contraria de mandato si el deudor aprueba el pago, a la acción contraria de gestión de negocios, si la intervención del tercero puede ser calificada como tal (*absentia domini* y actuación en interés ajeno, básicamente) y una acción de enriquecimiento si falta alguno de los requisitos para ser tenido por auténtico gestor de negocios. Si el pago es realizado contra la voluntad del deudor, claramente no se cumplen esos requisitos y sólo nace una acción *in rem verso* (como este es el supuesto más estudiado, es el que se acoge en el artículo 1158.III y los textos similares de otros Códigos). Si el pago lo realiza el tercero en interés propio (*animus depraedandi*, en la doctrina general de la gestión de negocios) y ocultando sus intenciones al deudor, el *solvens* no puede ser considerado gestor de negocios y, por ello, sólo adquiere la acción de enriquecimiento prevista en el artículo 1158.III.

5. CONCLUSIÓN

Como se ve, este planteamiento de *tres* supuestos de hecho con sus *tres* correspondientes consecuencias jurídicas, obtenido en realidad por remisión a las reglas generales, es el realmente tradicional y el que explica completamente el funcionamiento de la figura del pago de un tercero (sin subrogación). Por el contrario, en la doctrina española, apegada a un entendimiento puramente literal del artículo 1158, se parte de que en ese precepto hay *tres* supuestos de hecho (pagos aprobados, pagos ignorados y pagos contra la voluntad del deudor), pero sólo *dos* consecuencias jurídicas (reembolso y repetición). Algunos autores cortan este nudo gordiano, en lugar de deshacerlo, sacando de la escena alguno de esos supuestos de hecho: logran así tener sólo *dos* casos relevantes y *dos* consecuencias jurídicas; sin embargo, por distintos caminos, acaban llegando a nuevos callejones sin salida. Todo esto es lo que da lugar a la caótica situación doctrinal existente en la actualidad, situación –es importante advertirlo– que no tiene parangón en ningún otro país conocido.

En el caso decidido por la STS de 26 de mayo de 2011, aunque el resultado es correcto, el Tribunal Supremo ha sufrido esa oscura situación doctrinal y ha perdido la ocasión de aclarar cuál es el régimen aplicable al pago (sin subrogación) del tercero que actúa en propio interés y ocultándose al deudor, supuesto que escapa a ese entendimiento literal del artículo 1158 que predomina en la doctrina española. Aunque a primera vista quizá ese supuesto podría parecer un caso de laboratorio, lo cierto es que esta STS ha venido a demostrar que no es así. Por mi parte, tengo la esperanza de que estas breves líneas hayan podido demostrar que, en realidad, estamos ante un caso muy claro –de libro– de pago de la deuda ajena: el caso que podemos llamar de *pago subrepticio de un tercero*.

La fórmula de Balthazard como norma jurídica (Nota de jurisprudencia sobre la STS de 26 de octubre de 2011)

PEDRO DEL OLMO GARCÍA¹
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

PALABRAS CLAVE

Circulación de vehículos a motor. Baremo. Cálculo de la indemnización por incapacidades concurrentes. Alta médica como momento determinante del valor del punto.

KEY WORDS

Road traffic accidents. Personal injuries. Tariffication of awards. Damages' assessment in cases of multiple permanent injuries. Value of the point considered at the end of the healing period.

En esta STS, la demandante y recurrente en casación reclama una indemnización por las lesiones personales sufridas en un accidente de tráfico causado por un vehículo que invadió el carril por el que circulaba el de la víctima. Lo que se discute en la STS es la correcta cuantificación de esa indemnización en aplicación del sistema para la valoración de los daños personales incluido en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM, en lo sucesivo). Desde un punto de vista sustantivo, lo que se plantea ante el Tribunal Supremo

¹ Este trabajo se enmarca en la realización del proyecto de investigación financiado por el entonces MICINN «Los *Principles of European Tort Law*: Más allá del llamado Marco Común de Referencia (CFR). Hacia una nueva etapa en el proceso de aproximación del Derecho de la responsabilidad civil en Europa», dirigido por el Prof. Dr. D. Miquel Martín Casals (FFI2008-00647).

es, por un lado, la cuestión del cálculo de la indemnización debida en caso de secuelas concurrentes (a través de la llamada *fórmula de Balthazard*) y, por otro lado, la cuestión de qué momento es el relevante para aplicar las tablas del citado sistema valorativo y calcular esa indemnización. En ambas cuestiones el Tribunal Supremo, apartándose de la sentencia de la Audiencia (que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia), da la razón a la víctima. Su decisión parece correcta y los argumentos que emplea son fáciles de compartir.

Desde un punto de vista procesal, lo que resuelve la STS de 26 de octubre de 2011 (STS 786/2011; Pon. Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos) es un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación. Cada uno de estos dos recursos aparece basado en dos motivos y el Tribunal Supremo acoge esas dos parejas de motivos. Como se verá a continuación, esas dos parejas de motivos –también la incluida en el recurso extraordinario por infracción procesal– plantean, en el fondo, las dos cuestiones relevantes en este caso que han quedado destacadas en el párrafo anterior.

1. En el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia que la Audiencia había infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por no pronunciarse sobre la reclamación de la víctima de que el Juzgado había aplicado de forma incorrecta la fórmula que se establece para los casos de incapacidades concurrentes en el sistema valorativo incluido en el Anexo de la LRCSCVM (el llamado *baremo*). Como se ve, lo que se denuncia en ese primer motivo es una supuesta incongruencia omisiva. El Tribunal Supremo no acoge este argumento porque considera que se puede entender que la decisión de la Audiencia había denegado de forma implícita la petición de la víctima (FD 3.º). Sin embargo, en este primer motivo de su recurso, la víctima también había alegado de forma subsidiaria que la sentencia de la Audiencia no había motivado correctamente su decisión. Esta idea sí es acogida por el Tribunal Supremo diciendo que la Audiencia no había explicado las razones que la habían llevado a confirmar el cálculo de la indemnización hecho por el Juzgado, cálculo que se apartaba de la estricta aplicación de esa fórmula de las incapacidades concurrentes (FD 3.º). Como se ve, lo que se está discutiendo es la aplicación de esa fórmula a unas secuelas que están claramente definidas y valoradas en la instancia y que nadie discute.

2. En el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia la «vulneración del principio-derecho a la igualdad en la aplicación del derecho, al no aplicar al supuesto de autos la doctrina de la deuda de valor que caracteriza a las indemnizaciones derivadas de accidentes de tráfico» (FD 4.º). Lo que ocurría era que en el caso no se había aplicado a la víctima la doctrina recogida en dos célebres SSTs de 17 de abril de 2007 (RJ 3359 y 3360) según la cual el valor del punto establecido en el baremo vigente en el momento del alta médica es el que hay que tener en cuenta para valorar las secuelas. El Tribunal Supremo acoge este segundo motivo destacando que, cuando la Audiencia decidió el recurso en cuestión, ésta ya conocía y había aplicado a casos similares la doctrina recogida en esas dos SSTs de 2007 citadas y que, además, la Audiencia no aportaba ninguna razón que justificara el apartarse de esa doctrina.

3. En el primer motivo del recurso de casación se plantea la cuestión de la aplicación al caso de la fórmula prevista en el sistema valorativo de la LRCSCVM para el cálculo de la indemnización en supuestos de incapacidades concurrentes. Se trata de la llamada *fórmula de Balthazard* que el baremo

recoge en el apartado Segundo (Explicación del sistema), b/ 2.º. Según este apartado Segundo, además, al resultado que ofrezca la aplicación de esa fórmula ha de sumarse la puntuación que eventualmente corresponda por perjuicio estético.

En el caso decidido en la STS en comentario, el Juzgado había partido de unas secuelas claramente identificadas y valoradas individualmente (esta cuestión no se discute ni ante la Audiencia ni ante el Tribunal Supremo), pero el problema surge cuando realiza su valoración conjunta. En efecto, el Juzgado lo hace de forma poco transparente y, tras sumarle el perjuicio estético de 10 puntos que se desprendería de los informes periciales, asigna una puntuación total de 47 puntos. La estricta aplicación de la citada fórmula de Balthazard, por el contrario, arrojaba una solución de 45 puntos a los que había que añadir esos 10 puntos más por el perjuicio estético. Esta última solución (55 puntos en total) era la que preconizaba la víctima y la que el Tribunal Supremo acoge en su sentencia, tras comprobar que ese resultado es el que efectivamente se obtiene por la correcta aplicación de la fórmula de las incapacidades concurrentes. Como se ve, el hecho de que esta STS acoja una estricta aplicación de esta fórmula supone afirmar, por enésima vez, el carácter vinculante del baremo como norma jurídica. También supone que la aplicación de esta norma jurídica es revisable en casación.

En efecto, como dice claramente el Tribunal Supremo (FD 8.º), «Por pertenecer al juicio sobre los hechos, la decisión adoptada en la instancia respecto de cuáles fueron las concretas secuelas sufridas por la recurrente, y la puntuación individual que corresponde, por su entidad, a cada una de ellas, ha de ser respetada en casación, donde sólo cabe examinar la cuestión jurídico-sustantiva referente a la correcta aplicación de la fórmula indicada al supuesto fáctico declarado probado en la instancia». Así, el Tribunal Supremo está insistiendo una vez más en que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones corresponde a la valoración de la prueba que hacen los tribunales de instancia y que sólo es susceptible de ser revisada en casación por error notorio o arbitrariedad, cuando existe notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía. Esta solución, que el propio Tribunal Supremo apoya en abundantes citas jurisprudenciales, es también apoyada por gran parte de nuestra doctrina.

La fórmula de cálculo de la indemnización de las incapacidades concurrentes que se establece en el baremo es respuesta al problema de qué ocurre cuando un mismo accidente causa distintas lesiones que se traducen, tras el período de consolidación, en distintas secuelas o, como dice el legislador, en distintas incapacidades². En estos casos, quizá la primera idea sería la de proceder a la

² Esto está relacionado con un grupo de problemas más amplio que, aunque las dimensiones de este comentario no permitan más que eso, conviene apuntar: (a) la cuestión de cuándo se deben tener en cuenta de forma aislada los distintos síntomas que la víctima presenta y cuándo, por el contrario, se deben considerar integrados en cada una de las secuelas tipificadas en el baremo (cfr. las reglas generales con que se inicia la Tabla VI), (b) la cuestión del papel y valoración de las incapacidades preexistentes al accidente, que aparecen en el n.º 7 del apartado primero del Anexo de la LRCSCVM como factor de disminución y de aumento de la indemnización y (c) la cuestión de la valoración de secuelas que combinan sus efectos para aumentar la incapacidad que acaba sufriendo la víctima. Para esto se puede consultar M.C. RUIZ-MATAS ROLDÁN, «Indemnización por lesiones permanentes», en J. López García de la Serrana, *Manual de valoración del daño corporal*, Cizur Menor, 2007, p. 221-222; Fundación MAPFRE, «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación

simple suma de las puntuaciones que resulten para cada una de ellas de la aplicación de las distintas tablas. Sin embargo, el baremo está diseñado de tal manera que esa simple adición supondría alcanzar un resultado que supondría, en la lógica del sistema, una *sobrevaloración* de las secuelas. En efecto, el baremo parte de asignar un valor de 100 a la persona sana y luego establece el valor de cada una de las secuelas que prevé en relación a ese valor de 100. Por ejemplo, para la pérdida total de la nariz se establece un valor de 25 puntos (Tabla VI, Capítulo 1), lo que representa una pérdida de la salud en esa proporción. La secuela ha dejado, pues, a la víctima con una salud que equivale al 75% del estado de plena salud previo al accidente. Si a la pérdida de la nariz en nuestro ejemplo hubiera que añadir ahora una segunda secuela de «epilepsia generalizada pero sin antecedentes y controlada médicamente», habría que tener en cuenta que el valor de 5 puntos que el baremo le asigna a esa secuela (Tabla VI, Capítulo 1) también ha sido calculado sobre un valor de 100 como estado de partida y que, por ello, la simple suma de 25 más 5 supondría un exceso de puntuación. Lo que hay que calcular entonces es el valor equivalente a 5 cuando el punto de partida no es 100 sino 75. Es decir, hay que calcular el 5% de 75, que es a lo que matemáticamente responde la fórmula en cuestión³. Con ello se garantiza, además, que la puntuación final que se asigne a las secuelas en concurso sea siempre menor (igual, todo lo más, como se comenta a continuación) a la que resultaría de su simple suma.

Sin embargo, en algunos casos la aplicación de esta fórmula que comentamos sí puede arrojar un resultado igual a la de la simple adición del valor en puntos de las secuelas concurrentes. Esto se debe a que el sistema de valoración prevé (en las explicaciones que coloca en ese Apartado 2.º, Tabla VI b/ 2.º) que «Si en las operaciones aritméticas se obtuvieran fracciones decimales, se redondeará a la unidad más alta». Al lado de este dato, también es cierto que se había diagnosticado en la doctrina que «la mayoría de las audiencias calculan la puntuación final mediante una simple suma de puntuación asignada las diferentes secuelas» y que «son pocas las que utilizan la fórmula anterior»⁴. Desde este punto de vista, se puede decir que la STS en comentario trata de poner orden en este panorama y que, por ello, debe ser valorada positivamente.

4. En el segundo motivo del recurso de casación se plantea la reclamación de la víctima de que se calcule la indemnización por los daños sufridos con arreglo a la actualización correspondiente a la anualidad en que las lesio-

de vehículos a motor (Ley 30/1995), Madrid, 2002; M. MEDINA CRESPO, *La valoración civil del daño corporal*, VI, Madrid, 2000, pp. 252 y ss. (cfr. del mismo autor, «La ponderación del concurso de secuelas en el sistema valorativo de la Ley 30/95», *Rev. de Derecho de los Seguros Privados*, n.º 1, 1998, p. 7-19), M.T. CRIADO DEL RÍO, *Valoración médico legal del daño a la persona*, III, Madrid, 2010, pp. 520-521.

³ La fórmula en cuestión es $[(100 - M) \times m / 100] + M$, donde M es la puntuación de mayor valor y m es la puntuación de menor valor. Se puede ver una clara explicación del funcionamiento y significado de esta fórmula en J.A. COBO PLANA, *La valoración del daño a las personas por accidentes de tráfico*, I, Barcelona 2010, p. 496. En algunas publicaciones se incluyen tablas de dos entradas para evitar tener que hacer funcionar esa fórmula. Así se hace, por ejemplo, en las pp. 20 y 86 de la publicación de la Fundación MAPFRE citada en la nota anterior.

⁴ Ambas citas son de L.F. REGLERO CAMPOS, *Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro*, 2ª ed. Cizur Menor, 2007, p. 503. La misma idea también en L.F. REGLERO CAMPOS, «Valoración de daños corporales. El sistema valorativo de la LRCSCVM», en F. Reglero (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, I, 4.ª ed. Cizur Menor, 2008, p. 684. Por su lado, M. MEDINA CRESPO, *La valoración...*, cit. p. 75 a 78 da ejemplos de sentencias que aplican incorrectamente la fórmula en cuestión.

nes quedaron definitivamente consolidadas, es decir, la anualidad en que se hubiese producido el alta médica. Se pide, en definitiva, que se aplique también en este caso la jurisprudencia del Tribunal Supremo que arranca de las dos sentencias ya citadas de 17 de abril de 2007 y que, efectivamente, establece ese momento temporal del alta médica a la hora de elegir el baremo aplicable para dar valor a las puntuaciones de las secuelas que se hubieran acreditado. El Tribunal Supremo acoge esta petición, lo cual es coherente con lo establecido en su propia jurisprudencia para los casos de lesiones cuya consolidación se dilata en el tiempo.

Poco comentario cabe hacer de esta decisión en este momento. Quizá se puede aprovechar para recordar que esas dos SSTs de 2007 han sido criticadas en la doctrina señalando que se apartan de la idea tradicional de que las deudas indemnizatorias suponen una deuda de valor y que, por ello, su traducción a dinero (a deuda de suma) debe hacerse en el momento más próximo a su efectivo cumplimiento, es decir, en el momento de dictar sentencia (o, al menos, en el momento en que se presenta la demanda)⁵. El argumento principal para defender esta visión de las deudas indemnizatorias ha estado siempre en la idea de que la indemnización del daño extracontractual debe buscar colocar a la víctima en el estado en que se hubiera encontrado en caso de no haberse producido el accidente y en la idea de que la pérdida de valor adquisitivo del dinero (entre el momento de sufrir el daño y el de su indemnización) no debe perjudicarla. Con todo, se puede destacar también que la idea tradicional de deuda de valor no está claro cómo debe jugar en este contexto, dado que estamos hablando de daño corporal y no de daño a las cosas —que por regla general tienen un valor de mercado— y dado que estamos aplicando un baremo que es vinculante. Además, conviene tener en cuenta también que, al lado de la asignación del riesgo de inflación económica (que ha sido la preocupación tradicional en este terreno), la idea de deuda de valor también asigna de determinada manera el riesgo de las oscilaciones de los precios en el mercado, lo que de nuevo no está claro qué significa en caso de daño corporal. Por último, se debe insistir en que no hay relación alguna entre la idea de deuda de valor y un pretendido principio *pro damnato*, como a veces pudiera desprenderse de la lectura de algunos trabajos doctrinales y de algunas sentencias.

5. En conclusión, esta STS de 26 de octubre de 2011 resuelve correctamente las dos cuestiones sobre las que se había planteado debate. Lo hace reconociendo, por un lado, el carácter vinculante del baremo también en lo que se refiere a la aplicación de la fórmula de cálculo de las incapacidades concurrentes causadas por un mismo accidente (incluida en el Anexo a la LRCSCVM, apartado Segundo (Explicación del sistema), b/ 2.º) y, en segundo lugar, reafirmando una vez más la doctrina jurisprudencial de que el baremo vigente en el momento del alta médica es el relevante para asignar el valor del punto.

⁵ Véanse las críticas en M. MEDINA CRESPO, «Comentario de urgencia a las sentencias 429 y 430/2007, de 17 de abril, del Pleno de la Sala Primera del TS, sobre la aplicación valorista del sistema de la ley 30/1995», *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n.º 22, 2007, p. 89-93; también se muestra crítica E. VICENTE DOMINGO en «Comentario a STS 10 de julio 2008», *CCJC* n.º 79, 2009, p. 351-372 y «Comentario a STS 5 marzo 2009», *CCJC* n.º 81, 2009, p. 1327-1340. Además de argumentos relativos al valor de lo dañado, en otros sistemas se utilizan también argumentos adicionales para apuntar en la misma dirección; por ejemplo, se dice que acercar la valoración del daño al momento de dictar sentencia permite tener en cuenta más fácilmente las circunstancias relevantes que se hayan producido con posterioridad al accidente. Sobre esto, KEMP & KEMP, *The Quantum of Damages*, I, Londres, 1005

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **M.^a Carmen CRESPO MORA, Gabriel GARCÍA CANTERO, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Sebastian LÓPEZ MAZA, M.^a Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Gemma MINERO ALEJANDRE, M.^a Isabel MONDÉJAR PEÑA, Laura ZUMAQUERO GIL.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de Sucesiones –II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Cómputo de plazos.–El cómputo de los plazos establecidos por años se computan de fecha a fecha. En estos supuestos el cómputo debe además realizarse tomando como referencia final el mismo día del mes y no el anterior, pues ese es el sentido literal de la expresión usado por el legislador «de fecha a fecha», y el que mejor se adecua a la intención de que el plazo fijado por meses o años sea íntegro. Lo anterior se debe a que el día inicial no puede comprenderse en su totalidad, pues normalmente el plazo arranca con la realización de una determinada actividad que tiene lugar durante el transcurso del día inicial y no con anterioridad a él. Cuando se trata de un cómputo retrospectivo no hay razones para alterar la regla. (**STS de 14 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–In S.A., reclama una cantidad a la entidad Fernández S.L., sobre la base de un contrato de concesión del suministro del agua concertado con ella el 11 de julio de 1997. Dicha cantidad asciende a 68.115.955 pesetas, por el agua suministrada por la actora a la demandada, más los envases en los que se contenía dicho líquido. La entidad Fernández S.L., se allana a 65.068.137 pesetas, pero no al abono de la factura correspondiente a los envases y palés

suministrados por la entidad In S.A. (3.047.818 pesetas). El motivo de su negativa al abono de tal cantidad era que consideraba que para Inalsa supondría un enriquecimiento injusto, por no acreditar la entrega de los envases a Fernández S.L., y porque la factura a que se refieren esos envases es de febrero de 2001, de 6000 cajas, casi las mismas que a la firma del contrato en 1997, cuando dos meses después el contrato finaliza, considerando Fernández S.L., que el período de carencia de 90 días estaba aún en vigor.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y desestimó íntegramente la demanda reconvenzional presentada por la parte demandada, mediante la que solicitaba el pago de una indemnización conforme a lo establecido contractualmente, al haber puesto fin al contrato la parte demandada, sin cumplir los plazos fijados. Consideró, respecto a los importes a cuyo pago no se había allanado la demandada que se referían a facturas por servicios efectivamente prestados por la actora y a los que debía hacer frente la demandada. En cuanto a la demanda reconvenzional, fundada en el hecho de que la actora había denunciado con un día de retraso el contrato, por lo que al no haberse prorrogado el contrato, debía indemnizarle con la cantidad de 135.802.859 pesetas, el juez declaró que debía rechazarse en aplicación del artículo 5 CC. Razonó que el cómputo de los plazos por meses, debe realizarse de fecha a fecha, por lo que establecido en el contrato, que expiraría tres años después de su fecha de inicio (11 de julio de 1997) si así lo denunciaba alguna de las partes tres meses antes de su finalización, al no discutirse que la demandada conoció de la voluntad de no renovación por escrito de 11 de abril de 2000, no había lugar a establecer indemnización alguna a favor de la parte demandada.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó íntegramente el recurso de apelación formalizado. El Tribunal Supremo no ha lugar al recurso de casación. (M. C. L. J.)

2. Actos propios y fiducia *cum amico*.—En la fiducia *cum amico* el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, de modo que el dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza. La jurisprudencia ha admitido la posibilidad y validez de esta figura, salvo finalidad fraudulenta.

La doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables. Sin embargo, el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de Derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. Constituye un presupuesto necesario para la aplicación de esta doctrina que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad según el sentido que, de buena

fe, hubiera de atribuirse a aquélla; situación de incompatibilidad que no existe cuando la base de la acción se encuentra precisamente en la afirmación de que se han venido realizando actos de reconocimiento de propiedad a favor de quien no era titular real del dominio. No cabe acudir a la doctrina de los actos propios del fiduciante para sostener que de los mismos se desprende la efectiva titularidad del fiduciario (STS de 23 junio de 2006) pues no concurren en tales actos –que inciden sobre el mantenimiento de la apariencia de una situación no real– los requisitos para que los mismos creen estado y hayan de considerarse vinculantes para quien los protagoniza. (STS de 17 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.–La entidad X presentó demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia contra una entidad Inmobiliaria, interesando que se dictara sentencia por la cual: 1.º) Con estimación de la pretensión principal deducida, se declare el dominio de la actora sobre la finca Y, ordenando la inscripción de la propiedad de la misma a favor de la demandante en el Registro de la Propiedad; y 2.º) Subsidiariamente, en base a lo dispuesto en el artículo 1957 CC, o alternativamente en el artículo 1959 del mismo código, se declare la propiedad como de titularidad de la entidad, al haber obtenido la misma por usucapión ordinaria o, alternativamente, extraordinaria de la misma, ordenando de igual manera la inscripción de dicho título de dominio en el Registro de la Propiedad citado.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso al considerar que existió un negocio fiduciario al considerar que la ocupación sin título sólo podía explicarse partiendo de la existencia de un negocio fiduciario concluido desde el momento en que se constituyó la sociedad con la única finalidad de figurar como propietaria del bien litigioso. No obstante, considera la Audiencia, a mayor abundamiento, que concurren en este caso los requisitos exigidos por el artículo 1959 CC para la prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio por la posesión no interrumpida durante los años necesarios para ello, sin necesidad de título ni buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, por lo que estaríamos ante la llamada prescripción «contra tabulas», en la que el dominio se gana, pese a la realidad de una inscripción registral contraria al mismo. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo no ha lugar al mismo (*M. C. L. J.*)

2. DERECHO DE LA PERSONA

3. Límites al derecho a la tutela judicial efectiva. Ejercicio abusivo e infracción de otros derechos fundamentales.–En cita de su jurisprudencia anterior, el Tribunal Supremo declara que la interposición de una denuncia o querrela penal y su publicidad, salvo excepciones, no supone per se intromisión ilegítima (SSTS de 23 de marzo de 1993, 8 de febrero y 4 de diciembre de 1997 y 16 de marzo de 2001). Tampoco la desestimación de una demanda

hace nacer inevitablemente el derecho a la indemnización de daños y perjuicios sufridos por el titular de la obra paralizada, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva no se condiciona a la estimación de la petición. La posible exigencia de responsabilidad en relación con la interposición de demandas judiciales deriva de que el derecho de todo ciudadano a la tutela judicial efectiva, que incluye, además del acceso a los tribunales, la elección de la vía judicial más conveniente, no es absoluto, pues la regla de que quien hace uso de su derecho no daña a nadie no significa que no esté sometido a límites institucionales ni, por ello, que se ampare su ejercicio abusivo. Para que haya abuso es necesario que el derecho se ejercite en extralimitación, por causa objetiva o subjetiva, en que se asienta dicho concepto, cosa que no puede afirmarse ocurra sin tener en cuenta las circunstancias de cada caso (SSTS de 29 de diciembre de 2004, 28 de enero y 18 de mayo de 2005 y 29 de septiembre de 2007). **(STS de 26 de mayo de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D. Juan interpuso contra Dña. Ana una querrela por injurias y calumnias por las manifestaciones que ésta había realizado en los escritos civiles en los que había asumido la defensa de la ex esposa de D. Juan. El Juzgado de lo Penal dictó sentencia que absolvía a la querrelada de los citados delitos fundándose en el ejercicio de la libertad de expresión en el seno de un proceso judicial por los letrados de las partes, que en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica posee además una singular calificación al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 CE, sin que la querrelada hubiese sobre pasado los límites normales de la defensa.

Tras ello, Dña. Ana interpone contra D. Juan una demanda de protección civil de su derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la asistencia y defensa profesional y por lesión de su derecho a la integridad moral, su honor e intimidad profesional. Interpuso, además, una acción aquilina por las lesiones morales y quebranto económico, así como una acción de jactancia para que se adoptaran medidas de protección frente a futuras agresiones del demandado —al haber anunciado éste nuevas querrelas contra la demandante frente a cada escrito que ésta presente en defensa de su ex esposa—.

Juzgado y Audiencia Provincial desestiman en su integridad la demanda y el posterior recurso de apelación interpuesto por Dña. Ana. Entienden, en síntesis, que el enfrentamiento no penetra en el mundo de lo antijurídico.

Interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por la demandante sólo ha sido admitido este último, por referirse el procedimiento a derechos fundamentales. La parte recurrente trata de demostrar que la querrela que contra ella interpuso el recurrido constituyó un atentado a su derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de asistencia y defensa y que lesiona su integridad moral, su honor y su intimidad profesional y por ello solicita que se revisen en abstracto los parámetros considerados por la sentencia recurrida para desestimar su recurso de apelación. En aplicación de la doctrina expuesta, el Tribunal Supremo no acoge el razonamiento de la recurrente, pues entiende que su

aplicación al caso examinado conduce a la conclusión de que no puede estimarse que la interposición de la querrela por injurias y calumnias fue abusiva. (G. M. A.)

4. Ausencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. Utilización del nombre de la demandante, previo consentimiento, mientras estaba vigente la relación contractual con la empresa para la que trabajaba.—El artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la imagen considera intromisión ilegítima en los derechos reconocidos por el artículo 2 de la Ley, la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos. No existirá intromisión ilegítima si el titular manifiesta su consentimiento para dicho uso.

Discriminación por razón de sexo: resolución unilateral del contrato de arrendamiento de servicios tras baja maternal.—La prueba evidente de que existe una relación de causalidad entre la resolución del contrato de arrendamiento de servicios y la posterior baja maternal constituye una discriminación por razón de sexo, contraria al artículo 14 CE (STS de 20 de abril de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda, frente al titular de la clínica para la que trabajaba, solicitando una indemnización por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la discriminación por razón de sexo sufrida, al resolverse, de forma unilateral, por parte de la empresa, el contrato de arrendamiento de servicios celebrado entre las partes, y ello como consecuencia de la baja maternal disfrutada por la demandante. La demandante reclama a su vez una indemnización, por daño moral, por intromisión ilegítima en su derecho a la imagen, tras ser utilizado su nombre, sin su consentimiento, a pesar de haber finalizado ya la relación contractual que la unía con la empresa.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda al considerar que existe una clara discriminación por razón de sexo. Primeramente porque se contrató a otra persona en su lugar, aparentemente de forma temporal mientras la demandante no se incorporaba nuevamente a su puesto de trabajo, cuando se trataba realmente de una contratación definitiva, que vislumbraba la intención de dar por finalizada la relación con la demandante, puesto que, tal y como quedó demostrado en el pleito no había trabajo para los dos; en segundo lugar, porque se resuelve el contrato que la clínica celebró con la demandante como consecuencia de la baja maternal.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por el demandado al considerar que no hay base suficiente para entender que se ha producido una discriminación por razón de sexo, además de no existir fundamento para considerar que existe una intromisión ilegítima en su derecho a la imagen por el uso de una placa con su nombre, puesto que ni ha quedado demostrado que la demandante tenga un prestigio profesional superior al demandado que le haga obtener un beneficio económico por ello, ni tampoco que haya transcurrido un tiempo excesivo entre la retirada

de la placa y el requerimiento que hace la demandante en este sentido. Interpuesto recurso de casación por la parte actora en la instancia, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso.

NOTA.—La Sentencia que anotamos plantea dos cuestiones de especial interés desde el punto de vista de los derechos constitucionales que entran en conflicto. El litigio surge a partir de la extinción unilateral de la relación contractual de prestación de servicios que unía a la demandante y al demandado, coincidiendo este hecho en el tiempo con la finalización de la baja maternal disfrutada por la parte actora. La demandante, profesional de la cirugía estética, había celebrado en el año 1999 un contrato de arrendamiento de servicios con la clínica, titularidad del demandado, extendiéndose dicha relación contractual hasta el año 2005, momento en el cual la actora se queda embarazada. Mediante este contrato la demandante se comprometía a prestar sus servicios en la clínica del demandado a cambio de un porcentaje sobre el total facturado al cliente. Aprovechando la baja maternal, el demandado contrata a otra persona en su lugar, ocultándole a la demandante tal circunstancia, a pesar de haberle prometido su continuidad en la empresa. Tras conocer la demandante esta circunstancia, se pone en contacto con el demandado, quien le comunica que se trataba de una medida temporal, y que ello no le impediría tener trabajo, quedando demostrado en el pleito que había contratado al médico de forma indefinida y que además no había suficiente trabajo para ambos. Ante tales circunstancias se plantea el problema de la posible existencia de discriminación por razón de sexo.

El Tribunal Constitucional, en aplicación del artículo 14 CE, ha declarado ilegítimo todo comportamiento que suponga trato diferenciado entre las personas, en el que operen como factores determinantes los motivos que el propio artículo recoge, entre ellos la discriminación por razón de sexo. Este principio de no discriminación por razón de sexo viene a ser identificado con la prohibición de tratar a la mujer de manera inferior, limitando sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor que se encuentra ínsito en su condición de mujer. No será necesario, para que exista tal discriminación, que quede probada la existencia de un tratamiento peyorativo por el simple hecho de ser mujer, sino que bastará el mero hecho de discriminación que tenga relación de conexión directa con alguna circunstancia consustancial al sexo de la persona, como es el caso de perjudicar a una mujer por su embarazo o por solicitar la baja laboral por maternidad, claro caso éste de discriminación por razón de sexo. (Sobre este particular, vid. SSTC de 7 de junio de 1994 [RTC 1994/173], 23 de julio de 1996 [RTC 1996/130], 29 de enero de 2001 [RTC 2001/20], 25 de febrero de 2002 [RTC 2002/41], 30 enero de 2003 [RTC 2003/17], 15 de enero de 2007 [RTC 2007/3]).

Sobre este particular, resulta interesante el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Sevilla al recurso de apelación interpuesto por el demandando. Considera la Audiencia que no existe discriminación por razón de sexo al encontrarse las partes en un plano de igualdad, puesto que el arrendamiento de servicios no se caracteriza precisamente por implicar subordinación o sometimien-

to de una de las partes a la otra. Parece más que evidente que no es necesario, para que exista una discriminación por razón de sexo, que exista una relación de subordinación entre la parte que discrimina y la discriminada. Si evidentemente se demuestra, como es el caso, que no se han reiniciado las relaciones comerciales con una mujer por razón de su sexo o de circunstancias intrínsecas a su identidad sexual, como es la maternidad, es evidente que existe una discriminación contraria al artículo 14 CE.

La segunda cuestión objeto de litigio aparece relacionada con la posible vulneración del derecho fundamental a la imagen. Tras alegar la demandante el uso no consentido de su nombre para fines comerciales, el Tribunal Supremo analiza la veracidad de tal afirmación. Es cierto que el artículo 7 LPDH considera intromisión ilegítima el uso del nombre de otra persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Pero también es cierto que ese uso deberá ser no consentido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2 de la propia Ley. Teniendo en cuenta que la demandante prestó su consentimiento a la utilización de una placa con su nombre en la puerta de la clínica, y que tras cesar en la prestación de sus servicios, se retiró dicha placa del local, no habiendo quedado acreditado el beneficio que tal uso aportó al negocio, ni tampoco que su nombre se utilizara con fines publicitarios, parece razonable el pronunciamiento del Tribunal Supremo, negador de cualquier infracción al respecto. (*L. Z. G.*)

5. Intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad.—«Con la difusión de los pormenores íntimos a los que se refiere la demanda todas aquellas declaraciones que destacan la preferencia del artículo 20 de la Constitución cuando entra en colisión con la materia protegida «del honor», bien porque afecta al interés público, bien porque se escude en el denominado «reportaje neutral» o por el contraste que se haga de la noticia, deben ceder cuando de manera zafia y vulgar, con palmaria intención de menoscabar la reputación ajena, en asuntos en los que su actividad más íntima queda expuesta a la curiosidad de las masas, se atenta a la intimidad y por tanto a la dignidad de alguien sin otra justificación conocida que no sea la del lucro, finalidad normal de la actividad de toda empresa mercantil. Este tipo de información exagerada, interesada y ofensiva debe merecer, como ha merecido, el reproche y sanción de los Tribunales de Justicia cuando cualquier persona perseguida (también un grande de España) impetere la debida tutela (...). La infidelidad de una mujer es materia que le deshonra y también a su familia y objetivamente afecta a su ámbito de intimidad más digno de protección (...).» (**STS de 5 de mayo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La demandante, mujer de notoria proyección pública, interpone demanda sobre infracción ilegítima del derecho al honor y a la intimidad por la emisión en un programa de televisión de las supuestas infidelidades de la actora durante su matrimonio; infidelidades que, según la cadena, culminaron con el nacimiento de un hijo extramatrimonial. La parte actora solicita el abono de

una indemnización, cuya cuantía asciende a 300.000 euros, por los daños morales sufridos.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda interpuesta, condenando a los demandados a abonar a la actora la cuantía de 90.000 euros, así como a publicar a su costa el fallo de la sentencia en tres periódicos de difusión nacional, además de divulgar el contenido de la sentencia en el propio programa televisivo en el que se emitió la noticia. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada en la instancia, la Audiencia Provincial desestima el recurso. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—En la Sentencia que anotamos el Tribunal Supremo se ha manifestado contrario a la prevalencia del derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor y a la intimidad, al considerar que la proyección pública de determinado sujeto no es justificación suficiente para limitar de manera absoluta el derecho al honor y a la intimidad del personaje, en aras a la libertad de información. La ausencia de interés general del reportaje publicado, cuya finalidad no es otra que satisfacer la curiosidad humana, así como la falta de prueba de la veracidad de tales afirmaciones, no siendo tampoco de aplicación la teoría del reportaje neutral al realizarse valoraciones y comentarios de todo tipo, conducen al Tribunal Supremo a considerar, en consonancia con el pronunciamiento de la Audiencia Provincial, que existe una clara intromisión ilegítima del derecho al honor y a la intimidad de la demandante.

Por lo que respecta al segundo motivo del recurso de casación, relativo a la necesidad de atender a los usos sociales como elementos delimitadores de los derechos fundamentales invocados, el Tribunal Supremo, a pesar de admitir la conducta proclive de la demandante a airear su vida privada en los medios de comunicación, considera que el hecho de «abrir la vida privada a ciertos aspectos no supone que se pueda entrar en toda la vida íntima de una persona», teniendo en cuenta además que la demandante nunca ha revelado hechos relativos a su vida sexual o procreativa. (*L.Z.G.*)

6. Protección del derecho al honor y prestigio profesional.—La jurisprudencia constitucional y la ordinaria admiten la procedencia de considerar incluido en la protección del honor el prestigio profesional, tanto respecto de las personas físicas como de las personas jurídicas. Sin embargo, no siempre el ataque al prestigio profesional se traduce en una trasgresión del honor. El prestigio profesional, que es el que tiene toda persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, deportiva, científica o similar y que tiene repercusión en el ámbito social forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor, pero se exige, para que el ataque al mismo integre además una trasgresión del derecho fundamental, que revista un cierto grado de intensidad.

Libertades de expresión e información, derecho al honor y prestigio profesional.—La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información porque no comprende la narración de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante las siguientes técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso:

1. El peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. La ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático; debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige.

2. El peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. La ponderación debe tener en cuenta si la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de expresión es más intenso, como establece el artículo 8.2.A LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. La «proyección pública» se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias. La protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto. No basta la mera crítica de la actividad profesional, sino que es menester la descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, especialmente mediante infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; cosa que dependerá de las circunstancias del caso. (STS de 13 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Dña. Raquel y Dña. Sara interpusieron demanda de protección del derecho al honor y a la intimidad contra Dña. Ana, G. T., S.A., A. E. S.L., y B. TV, por las manifestaciones realizadas por Dña. Ana en diversos programas y solicitaron que la sentencia que se dictara fuera publicada en tres periódicos de difusión nacional y difundida en tres programas de televisión; así, como en los telediarios de la cadena. Solicitaban también que se condenase solidariamente a los codemandados a abonar a Dña. Raquel la cantidad de 300.000 € y a Dña. Sagrario a la cantidad de 3.000 € en concepto de daños morales y que se requiriese a los demandados para que en lo sucesivo se abstengan respectivamente de hacer manifestaciones y producir programas de televisión que vulneren el derecho al honor de las demandantes.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto. El Tribunal Supremo no ha lugar al recurso de casación al considerar, al igual que las instancias previas, que en este caso debía prevalecer el derecho a la libertad de expresión frente el dere-

cho al honor de las recurrentes. Se basó en que la exposición de D.^a Ana no era injuriosa ni insultante y que en el ejercicio del derecho a la réplica debía prevalecer el derecho a la libertad de expresión de la misma. (M. C. L. J.)

7. Confrontación entre libertad de información y derecho al honor.

La doctrina del reportaje neutral.—Los requisitos que ha de reunir un reportaje para que pueda tener la condición de «reportaje neutral» son los siguientes: *a)* El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTS de 15 de febrero de 1994 y 26 de marzo de 1996). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones. *b)* El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. Si se reelabora la noticia, no hay reportaje neutral y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido (STS 21 abril 2010).

Derecho al honor y veracidad de las informaciones.—La exigencia de la veracidad de la información está concebida, pues, como elemento nuclear del derecho en el Artículo 20.1, *d)* CE, que reconoce el derecho a «*comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*». Por ello se debe entender cumplido este requisito cuando el informador realice con carácter previo, una labor de investigación de los hechos sobre los que versa la información, de acuerdo con el nivel de diligencia exigible a un profesional de la información, porque no es canon de veracidad la intención de quien informa, sino su diligencia.

El derecho de rectificación.—La LO 2/1984, de 26 marzo, reguladora del Derecho de Rectificación establece un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales garantizados en el artículo 18.1 CE. El artículo 1 LO 2/1984 dispone que «*toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio*». Sin embargo, no se requiere en ninguna disposición que sea requisito necesario para la reclamación por lesiones a los derechos protegidos en el 18.1 CE el ejercicio previo del derecho de rectificación. Su ejercicio abarca las vulneraciones del derecho al honor, cuando se publican datos inexactos y perjudiciales, pero su objeto es únicamente que quien los ha publicado, publique o difunda una rectificación, no que se indemnice y repare la lesión provocada por la vulneración del derecho al honor. (STS de 1 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La Presidenta de la Junta de personal de la Administración de Justicia y miembro del sindicato CCOO, Dña. Gloria, denunció al Juez de 1.^a Instancia, D. Esteban, debido a unas denuncias en las que se le acusaba de acoso sexual a la médico forense y acoso laboral a una funcionaria del juzgado. Como consecuencia, se abrieron las diligencias informativas de la Comisión Disciplina-

ria del Consejo General del Poder Judicial, quien envió el expediente al órgano competente, el Tribunal Superior de Justicia. La Sala de Gobierno del Tribunal Superior acordó el archivo de las actuaciones, sin imponer sanción disciplinaria alguna. Días anteriores al acuerdo de la Sala de Gobierno la Presidenta de la Junta emitió nota de prensa a los medios de comunicación, lo que motivó que se publicara la noticia en estos medios. La Sala de Gobierno del Tribunal Superior acordó el archivo de las actuaciones, sin imponer sanción disciplinaria alguna al juez.

Posteriormente D. Esteban presentó una demanda contra la Presidenta de la Junta de personal y CCOO, por un lado, así como sendas demandas contra todos y cada uno de los medios de comunicación y personas que difundieron la falsa información. Todas se acumularon a petición del Ministerio Fiscal. La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia estimó en parte la demanda. Desestimó la demanda presentada contra la presidenta de la junta y CCOO y estimó la interpuesta a la prensa y medios de comunicación demandados. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación que interpone D. Esteban en el sentido de que asume los pronunciamientos de la instancia, condena a Radio P., a la presidenta de la junta de personal y CCOO y absuelve a Prensa de T. y D. Carlos.

NOTA.—La sentencia recurrida confirmó la de primera instancia que absolvía a Dña. Gloria y CCOO por entender que la nota que transmitió a la prensa informando de la apertura de las diligencias informativas, quedaba amparada en el marco de la libertad sindical. La recurrida, al conocer los hechos relativos a un posible acoso sexual y un acoso laboral, actuó correctamente en condición de presidenta de la Junta de Personal poniéndolo en conocimiento del Servicio de inspección del Consejo General del Poder judicial, la Dirección provincial de Trabajo, el Ministerio de Justicia y la Presidencia del Tribunal Superior de Castilla la Mancha, porque esta actuación estaba de acuerdo con su cargo sindical. Sin embargo, no entraba dentro de sus funciones la nota de prensa que se envió a los medios de comunicación. En ella se decía que se había comunicado la conducta del juez a los medios de comunicación y el ejercicio de la libertad sindical no puede legitimar una denuncia a estos medios de una conducta que está aun pendiente de ser enjuiciada.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el conflicto entre el derecho al honor, libertad sindical y libertad de información. En las sentencias se han tenido en cuenta diversas situaciones: *a)* en general se ha considerado que las críticas o incluso las palabras injuriosas vertidas en un marco de confrontación sindical no constituyen intromisión ilegítima en el honor de las personas criticadas (SSTS 18 julio 2007; 10 diciembre 2008; 14 enero 2009; 22 diciembre 2010 y 3 marzo 2011); *b)* se ha ponderado la libertad de informar a los trabajadores de la empresa a la que iban dirigidas las informaciones que podían constituir una intromisión ilegítima al honor del afectado, siempre que en este caso se cumpliera el requisito de la veracidad (SSTS de 2 octubre 2009; 21 abril

2010 y 16 noviembre 2010); c) en cambio se ha considerado atentatorio al honor la utilización de expresiones vejatorias e insultos, imputación de conductas que podrían ser constitutivas de ilícitos punibles, etc. (STS de 18 diciembre 2002). (M. C. L. J.)

8. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad.—«El derecho a la intimidad personal, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. La limitación del derecho a la intimidad personal por la libertad de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (...). La técnica de ponderación exige valorar el peso relativo de los derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva, la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales, lo cual es sustancialmente distinto de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, aunque se trate de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (...); la libertad de información para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, por la que se entiende el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales (...)» (STS de 11 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Por la parte actora se interpone demanda sobre infracción del derecho a la intimidad como consecuencia de la publicación de determinados artículos, en los que se relataba el terrible incidente sufrido por una profesora de dibujo mientras se encontraba en el centro escolar en el que trabajaba. La demandante había sido agredida por una alumna, perdiendo uno de los dedos de la mano como consecuencia de tal agresión. La demandante mantuvo una conversación telefónica sobre este hecho con unos periodistas, siendo grabada la conversación sin su consentimiento.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al considerar que no existe intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad al tratarse de una noticia veraz y de evidente interés general. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto al entender que los datos revelados relativos a la identidad de la profesora no resultaban imprescindibles de cara a emitir la noticia ni la hacían adquirir la nota de mayor credibilidad, a lo que se une su intención de guardar el anonimato. Interpuesto recurso de casación por las empresas editoras, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Esta Sentencia es objeto de un voto particular favorable a la defensa del derecho a la información.

NOTA.—Si bien no puede negarse la relevancia y el interés general de la noticia publicada, así como su veracidad, lo cierto es que en aquellos casos en los que los datos revelados de la persona no resulten imprescindibles para la transmisión de la información

pretendida, no puede prevalecer el derecho a la libertad de expresión e información sobre el derecho a la intimidad personal y familiar. (L. Z. G.)

9. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la imagen.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que el derecho a la propia imagen se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. No obstante, cuando se produce un conflicto entre tales derechos, éste debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. Esta ponderación requerirá valorar si la información vertida tiene relevancia pública o el interés general que merece otorgarle la calificación de derecho preponderante, o si simplemente busca satisfacer la curiosidad humana, en cuyo caso no merecerá tal protección. Por otra parte, es necesario que la información vertida resulte veraz para otorgar al derecho a la información un mayor peso. (STS de 6 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—Por la parte actora se interpone demanda sobre infracción del derecho al honor, a la intimidad y a la imagen como consecuencia de la emisión de un reportaje de investigación, cuyo contenido versa sobre el aumento del turismo sexual femenino en distintos países, y en el que aparecen imágenes de la demandante en top-less en una playa de Punta Cana. La demandante y su amiga fueron abordadas por dos chicas, que en ningún momento se identificaron como periodistas, y que comenzaron a charlar con ellas, procediendo a grabar con cámara oculta el contenido de la conversación que estaban manteniendo, y en la que reconocían que el interés de su viaje estaba en tener relaciones sexuales rápidas fuera de su entorno habitual.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda al considerar que existe intromisión ilegítima en el derecho a la imagen por la captación subrepticia de imágenes y palabras de la demandante mediante una cámara oculta, y su posterior emisión en un programa televisivo de gran audiencia. El Juzgado de Primera Instancia condena a la cadena a indemnizar a la demandante con la cuantía de 36.000 euros. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la cadena al considerar que el reportaje emitido contiene información de interés general, además de relatar hechos totalmente veraces. No obstante, considera que, a pesar de las prevenciones tomadas por la cadena, al poder ser la demandante perfectamente identificada, y no ser consciente de que estaba siendo grabada la conversación, existe infracción ilegítima en el derecho a la imagen, rebajando la cuantía de la indemnización a 18.000 euros. Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—La Sentencia que anotamos se pronuncia nuevamente sobre un problema de posible colisión entre el derecho a la información y la libertad de expresión y el derecho a la intimidad y a la imagen. El Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca de la prevalencia del derecho a la imagen sobre el derecho a la información, exigiendo para que prevalezca aquel derecho la necesidad de que la

información vertida tenga relevancia pública o afecte a un personaje público y ejerza funciones oficiales, y que además resulte veraz, en el sentido de que responda a la verdad objetiva de la existencia de tal declaración (Sobre este particular puede consultarse la reciente STS de 29 de junio de 2011 [RJ 2011/5844], que recoge la doctrina jurisprudencial de nuestro más Alto Tribunal en esta materia). En los casos en los que además se produce la captación de conversaciones con cámara oculta, el Tribunal Constitucional ha reiterado la necesidad de entender que si lo transmitido, cuando existe una grabación sin consentimiento, entra en la esfera íntima del interlocutor, el comportamiento podría considerarse infractor del derecho a la intimidad (SSTC de 19 de noviembre de 1984 [RTC 1984/114], 2 de julio de 2001 [RTC 2001/156], entre otras. Más recientemente, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en esta misma línea, en la Sentencia de 16 de enero de 2009 [RJ 2009/419]).

A pesar de que en el caso concreto la información vertida debe considerarse veraz, la intromisión ilegítima concurre desde el momento en que la cadena incluye la imagen y la voz de la demandante en el reportaje, no limitándose, por tanto, a transmitir lo informado por otros, lo que la convierte en una persona conocida por buscar relaciones sexuales en una isla. La cadena hace de un elemento prescindible para el reportaje, el centro de la noticia, sin que su omisión hubiera desvirtuado el mensaje que se quería dar a los telespectadores (*L.Z.G.*)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

10. Contratos con consumidores. Cláusulas no negociadas individualmente en general y en la compraventa de viviendas, en particular.

La normativa de consumo exige (1) claridad y sencillez de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente; (2) facilitar al comprador la documentación completa (arts. 10.1 y 13.2 LGCU); (3) entrega al adquirente de planos de emplazamiento y de vivienda, con descripción de sus elementos, redes, características y materiales (arts. 4 y 9 RD 515/19989, de 21 de abril, sobre promoción inmobiliaria). Así mismo, prohíbe el reenvío a documentos no facilitados previa y simultáneamente a la conclusión del contrato.

Información previa al contrato de compraventa con consumidores. Valor vinculante de la publicada.

—La presente sentencia se remite, a este propósito, a la STS de 5 de marzo de 2010, cuya doctrina puede ser sintetizada como sigue. (1) La defensa del consumidor en la adquisición de una vivienda, se articula a través de un conjunto de normas previas y posteriores al contrato, que tienen que ver con la garantía de una información precisa sobre lo que va a ser objeto de la venta y que va a obligar al vendedor a adecuarse a la normativa publicitaria en vigor, veraz y no engañosa, en el particular relativo a las características físicas y jurídicas de la vivienda; (2) se trata de un contrato que cae por sus características dentro del ámbito de aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente en el momento de la adquisición, que aparece desarrollado en el artículo 3.2 RD 515/1989, de 21 abril, con evidentes reflejos constitucionales, en el que la oferta en un sentido amplio, incluida la publi-

taria y, con mayor razón, el documento contractual, determinan el derecho del comprador a recibir, a costa del vendedor, la copia de diversos documentos sobre el objeto y precio del contrato. (3) Se trata, en definitiva, de que el consumidor tenga una representación cumplida de lo que va a adquirir y de que el vendedor asuma la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta ha alcanzado existencia real y física, cumpliendo de esa forma lo ofertado en la memoria de calidades y en la publicidad, que se integran en el contenido del contrato. **(STS de 30 de mayo de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La sociedad demandada era propietaria de una amplia extensión de terrenos en la zona donde se ubican los edificios de la Comunidad actora. La sociedad urbanizaba, no sólo los inmuebles de la Comunidad demandante, sino también la zona contigua del área donde se encontraban éstos ubicados.

La promoción de la venta de sus viviendas se desarrolló durante todo el 2001 con carteles publicitarios en el solar y anuncios en un diario. En ambos ámbitos publicitarios se representaban con nitidez las características urbanísticas pregonadas del complejo de bloques; en síntesis de la publicidad se desprendía que lindarían por un lado con un centro comercial, con la separación de un vial, y por otro lado con una amplia zona ajardinada, seguida de un vial que, aparentemente en el mismo nivel físico, conducía a una glorietta y separaba de otro conjunto de edificios del área urbanística. Además, en los carteles y anuncios se daba cuenta de las características del entorno que constituían el núcleo del mensaje promocional de la vendedora a los potenciales clientes, refiriéndose a ellos como «conjunto urbanístico de gran calidad, con amplios viales, espacios verdes y una orientación perfecta para aprovechar el máximo cada hora de sol».

En la actualidad este vial, en los lindes sur y oeste de los edificios de la actora, está levantado sobre un talud o escollera, privando o mermando seriamente de luces y vistas a algunos de los pisos, limitando la intimidad y aumentando la contaminación acústica de otros por la prevista circulación de vehículos; en la descrita zona ajardinada, la demandada tiene previsto levantar otro edificio, afectando igualmente la capacidad de luces y vistas y de intimidad que se desprendía de la publicidad inicial y mermando radicalmente el espacio verde común presentado en los anuncios de promoción.

El talud o escombrera del vial no era apreciable en los anuncios, ni en los iniciales de 2001, sin edificio conflictivo, ni en los posteriores de 2002 con el mismo. En el mes de mayo de 2002 se colocó una maqueta sita en las oficinas de la demandada en la que se aprecia la existencia del talud y del nuevo edificio. Esta maqueta se colocó, según la sociedad, en la oficina de ventas, no en su oficina central, donde se firmaron algunos contratos con los compradores.

En los anuncios en prensa del complejo se aprecia un edificio en lo que originalmente era zona verde sólo a partir de enero de 2002.

De los contratos aportados, 18 se formalizaron en 2001, 14 en 2002 y otros 14 a partir de 2003.

La Comunidad de Propietarios demandante solicita la condena a la demandada a realizar determinadas obras de reparación para la subsanación de los vicios constructivos, a exigir el pleno cumplimiento de la obligación de entrega de las viviendas en la forma contratada así como el abono de 521.963,8 euros en concepto de indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en lo sustancial la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso interpuesto por la demandada en el único extremo de reducir la cuantía de la indemnización.

La constructora demandada recurre en casación. (B. G. F.)

11. Doctrina de los actos propios.—Aunque a diferencia de otros ordenamientos —así el artículo 111.8 del Código Civil de Cataluña—, el Código Civil español carece de norma específica que se refiera de forma expresa a la prohibición de actuar contra los propios actos, la doctrina y la jurisprudencia coinciden que la clásica regla *venire contra factum proprium non valet*, de elaboración y desarrollo jurisprudencial, constituye una manifestación del principio de la buena fe, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos impone el artículo 7 CC. Con ello se trata de proteger la confianza creada por la apariencia, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuar cuando se han creado unas expectativas razonables, pues el comportamiento supone en tal caso la expresión inequívoca de una determinada voluntad en referencia a una relación jurídica o situación de hecho que impide la admisión como legítimo de un posterior comportamiento contradictorio, siempre y cuando *i*) exista un comportamiento con conciencia de crear, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica; *ii*) Esta conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; e *iii*) Las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables (SSTS de 21 de abril de 2004 y 22 de julio de 2010).

Interpretación de los contratos.—Según el Tribunal Supremo, la previsión contenida en el artículo 1282 CC debe entenderse en el sentido de que, para investigar la intención de los contratantes en caso de discrepancias sobre lo que se quiso pactar es preciso tener en cuenta el principio de que cuando los términos del contrato son claros e inequívocos, lo razonable es que lo realmente convenido por los contratantes coincida con lo que declararon consentir. Sin embargo, cuando las expresiones utilizadas en los contratos son plurívocas, constituye un valioso elemento para identificar el sentido que quiso darse las prácticas del sector —como ejemplo ilustrativo, el Tribunal Supremo cita (y transcribe) en este punto la coincidencia del artículo 5:192.e) de los principios de Derecho europeo de los contratos, el artículo 4.3.e) de los Principios UNIDROIT y el artículo 1279.4 del anteproyecto de modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009—. Ahora bien, aclara el Tribunal Supremo que a función de interpretación de los contratos corresponde a los tribunales de instancia y debe ser mantenida en casación salvo que su resultado se muestre ilógico, absurdo o manifiestamente contrario a las normas que lo disciplina.

Motivación de las sentencias.—El Tribunal Supremo entiende que es jurisprudencia consolidada que la motivación de las sentencias no sólo resulta una exigencia de la legalidad ordinaria —artículo 248 LPOJ y artículo 218.2

LEC–, sino también un mandato constitucional –artículo 120.3 CE– y se integra en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva –artículo 24 CE–, como derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en Derecho exteriorizando el fundamento de la decisión adoptada con la doble finalidad de garantizar la ausencia de arbitrariedad y la posibilidad de control de la aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso (SSTS de 4 de diciembre de 2007, 9 de junio y 4 de noviembre de 2010). Ahora bien, el Tribunal Supremo hace hincapié en el hecho de que el Tribunal Supremo ha puntualizado que el derecho de los litigantes a una motivación jurídica no les faculta a exigir que la argumentación sea exhaustiva en sentido absoluto y alcance a todos los aspectos y perspectivas que ofrezca la cuestión litigiosa, dado que es bastante con que se les exponga las razones decisivas que permitan, en último término, la impugnación de la decisión. A ello se debe añadir la observación de que la motivación no tiene que ver con la extensión de los fundamentos de derecho, pudiendo quedar perfectamente motivada una decisión que se apoye en argumentaciones concisas. Por ello, no cabe exigir que la motivación supere el ámbito objetivo de la propia decisión y, por tanto, del debate, delimitado por los elementos fácticos y jurídicos introducidos en el proceso en los momentos oportunos, ni cabe servirse de la exigencia de motivación como medio indirecto para cuestionar otros aspectos de la sentencia, como puede ser la valoración de la prueba (STS de 7 de abril de 2010). (**STS de 2 de mayo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.–La compañía M, S.A., dedicada a la adquisición y promoción urbanística de terrenos, interesó frente a CR, S.L., dedicada a la misma actividad, y frente a los dos únicos socios que la integran, que se declarase que los demandados estaban obligados al cumplimiento del consorcio urbanístico suscrito entre las partes, en cuya virtud debían aportar al desarrollo urbanístico de un determinado sector los terrenos destinados a sistemas generales, ello en proporción al porcentaje de propiedad que ostentaban los terrenos incluidos en el mismo.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda por entender que el documento portado por la demandante no podía interpretarse en el sentido de imponer a los demandados la venta de unos sistemas generales adscritos provisionalmente, adquiridos a terceros una vez el Ayuntamiento rechazó los proyectos inicialmente por los promotores del sector.

La demandante originaria interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial desestima nuevamente el recurso en su integridad. Después de analizar el convenio y su desarrollo, razona que habiendo desistido las partes del convenio suscrito en uso de la facultad que en el mismo se le confería a la vista de las subsiguientes obligaciones que de dicho pacto pudieran derivarse.

Contra esta última sentencia, la demandante originaria interpone los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación. Ambos recursos son desestimados. En primer lugar, en aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre motivación de las sentencias expuesta, el Tribunal Supremo entiende que, a pesar de no tratarse de una contestación pormenorizada, punto por punto, de cada una

de las alegaciones de las partes, la motivación es suficiente, pues la respuesta ofrecida por la sentencia recurrida ofrece un enlace lógico con los extremos sometidos a debate y el razonamiento no es ni arbitrario ni absurdo. En segundo lugar, el Tribunal Supremo considera que en el presente caso la interpretación de las expresiones contractuales llevada a cabo por la sentencia recurrida no es absurda ni ilógica, ni manifiestamente contraria a las reglas que disciplinan la interpretación contractual. (*G.M.A.*)

12. Buena fe: actos propios y retraso desleal.—La demandada alega infracción del principio de buena fe de la demandante porque en las temporadas litigiosas, y también en las anteriores, había dado por buena la facturación mensual por los mínimos garantizados, pese a ser conocedora de los consumos reales. El Tribunal lo rechaza, a la luz de la doctrina jurisprudencial sobre el retraso desleal y la doctrina de los actos propios, porque ambas partes han buscado por igual el mayor beneficio, RCTG, S.A. pretendiendo pagar en función de sus ventas porque, hasta entonces los mínimos garantizados eran superiores, mientras que ahora intenta que prevalezcan los mínimos garantizados por resultarle más beneficiosos; y AS, S.L., defendiendo una determinada interpretación de la cláusula sobre mínimos garantizados que por entonces pensaba la favorecería. Por tanto, la regla prevalente es que el contrato debe cumplirse en sus propios términos.

Error invalidante; no se aprecia.—El artículo 4 CC no autoriza la equiparación del error en el consentimiento para la perfección del contrato con la inadvertencia u omisión de una de las partes contratantes durante la ejecución del contrato acerca de la cantidad a pagar por la otra parte contratante según los propios términos del contrato.

Interpretación de los contratos: actos coetáneos y posteriores al contrato y «lógica empresarial»: artículo 1282 CC.; regla subsidiaria de interpretación de los contratos a favor de la menor renuncia de derechos: artículo 1289 CC.; no se aprecia.—No siendo insólito en la vida jurídica que la aplicación progresiva de porcentajes produzca aparentes contradicciones, cual sucede desde el punto de vista de la «lógica fiscal» cuando una mayor retribución del trabajo personal se traduce en una disminución del líquido a percibir por pasarse a un tramo superior. Y en cuanto a la equiparación, en el subapartado tercero, de unos descuentos como los previstos en el contrato litigioso con una renuncia, a los efectos de aplicar el artículo 1289 CC, se trata de un argumento reversible porque, como se ha razonado ya, la política de descuentos no beneficiaba solo al cableoperador sino también, al menos a medio plazo, a AS, S.L., que aseguraba clientela para el futuro sin que a partir de los 107.089 consumos tuviera que aplicar descuentos superiores al 9%, tope que, de seguir la misma lógica de este motivo, tendría que interpretarse como una renuncia de RCTG, S.A. (**STS de 21 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El litigio surgido entre AS, S.L. y RCTG, S.A. se centró en ambas instancias en la interpretación del contrato celebrado entre las dos partes litigantes el 24 de julio de 2000 y en virtud del cual AS, S.L. ponía a disposición de la demandada, a cambio de una retribución, la señal de los partidos de fútbol producidos por la primera, a fin de que la demandada pudiera retransmitirlos a

sus abonados mediante el precio que creyera conveniente en la demarcación territorial que le era propia. Con base en este contrato, AS,S.L. pedía, en el año 2006, la regularización de los pagos respecto a las temporadas 2002/03 a 2005/06, por haber facturado sólo por los mínimos garantizados y no por las ventas reales de la demandada.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Recurrida la sentencia en apelación por ambas partes, el tribunal de segunda instancia declara estimar en parte cada uno de los recursos. Ambas partes plantean recurso de casación. (S.M.S.)

13. Seguro. Interpretación de condiciones generales contra *proferentem*.—La aplicación del canon hermenéutico contra *proferentem*, que recoge el artículo 1288 CC como sanción por falta de claridad para proteger al contratante más débil está relacionado con la especial protección que se confiere a los consumidores. Esta regla de interpretación solo entra en juego cuando exista una cláusula oscura o sea oscuro todo el contrato, pues, ante esa falta de claridad y de transparencia, con la consiguiente imposibilidad de conocer la voluntad común, se ha de proteger al contratante que no causó la confusión. (STS de 7 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D. Narciso tenía suscrito un contrato de seguro de accidentes con A. Seguros. En las condiciones particulares tras la descripción de la profesión, como «albañiles escayolistas y encofradores» se garantiza la «muerte» por un capital de 10 millones de pesetas, la «invalidez permanente absoluta y parcial» por un capital de 25 millones de pesetas, revalorizables anualmente ambas cantidades, y la «incapacidad temporal accidente» con un capital de 5 000 pesetas no revalorizable.

El 27 de julio de 2002, D. Narciso sufrió un infarto de miocardio tras una discusión familiar. El 13 de mayo de 2004, con notificación al interesado de fecha 2 de junio de 2004, el INSS declaró la incapacidad permanente en grado de total para la profesión habitual del afectado.

D. Narciso interpuso demanda por reclamación de cantidad por importe de 175 044,38 euros frente a la compañía aseguradora. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La sentencia estableció: (a) que el origen de la incapacidad era el infarto de miocardio sufrido; (b) este infarto se valoró como accidente a efectos de cobertura; (c) se declaró que estaba asegurada la incapacidad permanente absoluta y la parcial y que la falta de concreción en las condiciones particulares, llevaba a considerar que la incapacidad total sufrida debía ser incluida en el ámbito de cobertura y por el capital asegurado; (d) la cantidad devengaba el interés previsto en el artículo 20 LCS desde la fecha de declaración de la incapacidad.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia dictada en primera instancia. Estimó parcialmente el recurso de apelación de la aseguradora: (a) mantuvo la definición como accidente del infarto sufrido tras una trifulca familiar, siendo esta la situación desencadenante del infarto, desde una situación física del asegurado que era

desconocida hasta el momento del siniestro; (b) en cuanto a la cobertura de la incapacidad total, se señalaba que la cobertura era clara (incapacidad absoluta e incapacidad parcial) y desde su literalidad, se definen los riesgos cubiertos, constituyendo cláusulas delimitadoras. No cumpliéndose las condiciones de la incapacidad absoluta, se incluye el siniestro dentro de las incapacidades parciales, concediendo un 20% del capital asegurado, según baremo; (c) en cuanto a los intereses, «no se constata la existencia de elementos que permitan considerar la existencia de mora que determina su imposición».

D. Narciso interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo casó la resolución impugnada y desestimó el recurso de apelación de la aseguradora en lo relativo a la cuantía a indemnizar por acaecimiento del siniestro, que ha de ser la solicitada en la demanda, 175 044, 38 euros, como cantidad actualizada del capital pactado, confirmando así en esta cuestión la sentencia de primera instancia. El Alto Tribunal condenó a la citada entidad al abono por la incapacidad en grado parcial el 20% del capital asegurado, intereses legales desde la fecha de la sentencia de la instancia y sobre la cantidad definitivamente reconocida.

NOTA.—El Tribunal Supremo en esta sentencia casa la sentencia recurrida al considerar que la interpretación contra *proferentem* más adecuada es la de entender que la incapacidad permanente total, dadas las circunstancias del contrato, que asegura a un trabajador de una profesión determinada, ante la falta específica de previsión, equivale a una incapacidad permanente absoluta y como tal ha de ser baremada. Para el Tribunal Supremo las condiciones particulares son oscuras: primero, por no hacer mención a la invalidez permanente total y segundo, porque no al hacer mención a este tipo de invalidez, el asegurado desconoce cómo va a ser indemnizada. (M. C. L. J.)

14. Principio de relatividad de los contratos: artículo 1257 CC.—En el presente caso se produjo un conflicto de posible cesión doble de unos mismos derechos, similar al de una doble venta, pero al que las dos demandadas fueron ajenas por igual. De aquí que no les sea imputable la consecuencia litigiosa de dicho conflicto, esto es la eventual lesión de unos derechos de la demandante, porque si bien es cierto que a las demandadas les es directamente atribuible la retransmisión del partido litigioso, causa inmediata del daño según la demanda, también lo es que la causa esencial de ese mismo daño no podía ser otra que el convenio de 21 de diciembre de 2000 entre la Federación y la Liga Profesional, en el que a su vez se fundaba el informe de la Federación respondiéndolo a la consulta previa al partido. Por tanto, de la misma forma que en la doble venta no es generalmente uno de los compradores, sino el vendedor, quien responde frente al otro por los perjuicios sufridos, en el presente caso tampoco deben responder frente a Audiovisual quienes, como las demandadas, actuaron bajo la cobertura de la Federación fundada en el convenio de 2000, convenio al que las demandadas eran tan ajenas como al contrato de 1997 en que AS, S.L. funda sus derechos y al que sin embargo no fue ajeno el equipo visitante, al haberlo celebrado, como una de las dos partes contratantes, la Liga Profesional a la que dicho club de fútbol

bol estaba asociado. Todo lo anterior no significa ignorar la posible responsabilidad de terceros por la lesión de un derecho de crédito, admitida por doctrina y jurisprudencia de esta Sala sobre la eficacia indirecta, refleja o mediata del contrato para los terceros, que se traduce en el deber de respeto a la situación jurídica creada impidiéndoles celebrar con alguna de las partes un contrato incompatible con el ya existente, sino únicamente declarar que, en el presente caso, el eventual perjuicio de los derechos de la demandante no es imputable al contrato entre las demandadas, sino al convenio del año 2000 entre la Federación y la Liga Profesional. (STS de 17 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El presente litigio se origina en 2002, por la retransmisión televisiva de un partido de fútbol de los treintadosavos de final de la Copa del Rey, a partido único, en el campo del equipo más modesto, no perteneciente a la Liga Profesional. La entidad AS, S.L., titular de los derechos audiovisuales del otro club desde el año 1997, demanda tanto a la entidad radiodifusora TAM, S.A. como al equipo local (UDSSR), por haberse infringido sus derechos de grabación y retransmisión. Las demandadas opusieron fundamentalmente un informe de la Real Federación Española de Fútbol, que, en respuesta a una consulta del equipo local, el día antes de la celebración del partido, había comunicado la existencia de un convenio entre la Federación y la Liga Nacional de Fútbol Profesional, firmado en el año 2000, según el cual, la Federación se reservaba la explotación de los derechos audiovisuales correspondientes a las dos primeras eliminatorias y a la final de la Copa, correspondiendo en este caso los derechos en cuestión al club local.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Recurrido el fallo en apelación, el recurso es estimado en parte. Presenta recurso de casación TAM, S.A. (S. M. S.)

15. Nulidad de pleno derecho del contrato celebrado.—«(...) la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de un negocio jurídico, ciertamente reconocida por la jurisprudencia, no supone que siempre haya de ser declarada. (...) la jurisprudencia siempre ha exhortado a la prudencia y moderación de los tribunales a la hora de declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico, pues la sanción de nulidad debe reservarse a los casos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter de acto gravemente contrario a la ley, a la moral y al orden público; y de otro, que en materia de relaciones jurídicas similares a la aquí litigiosa, sobre estaciones de servicios, la nulidad no puede apreciarse de oficio por los tribunales al margen de las pretensiones iniciales de las partes, y menos aún haciendo de la casación un litigio totalmente diferente del planteado en primera instancia (...).».

El recurso de casación no es una tercera instancia.—«Dado que todo juicio sobre el cumplimiento o incumplimiento de un contrato tiene un componente de hecho y otro de derecho, versando el juicio de hecho sobre qué fue lo sucedido entre las partes según el resultado de la prueba practicada, y el de derecho, a partir del anterior sobre si hubo o no incumplimiento de contrato, a qué parte ha de imputarse el incumplimiento y si este tuvo o no la suficiente entidad para justificar la resolución del contrato a instancia de la

otra parte contratante, mediante el recurso de casación únicamente podrá intentarse la revisión del juicio de derecho, pero siempre respetando el juicio de hecho contenido en la sentencia recurrida, ya que de no ser así el motivo incurrirá en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión» (STS de 9 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La sociedad demandante celebra un contrato con una compañía de productos petrolíferos, mediante el cual se constituye a favor de la petrolífera un derecho de superficie sobre unas fincas contiguas propiedad de la sociedad, en las cuales se construye una gasolinera, que a su vez se cede, para su explotación, a la demandante. El derecho de superficie se constituye por un período de veinticinco años, a cambio de un importe de diez millones de pesetas. Por otra parte, las partes celebran un contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento, mediante el cual la empresa petrolífera cede a la sociedad su explotación en régimen de arrendamiento durante veinticinco años. La sociedad demanda a la petrolífera solicitando la nulidad de todos y cada uno de los contratos celebrados al incumplir la normativa comunitaria; en concreto el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. La petrolífera contesta a la demanda solicitando la desestimación íntegra de la misma, y plantea reconvenición con fundamento en el incumplimiento del contrato de arrendamiento de industria y de exclusiva de abastecimiento como consecuencia de determinados impagos y el retraso en el pago de los suministros de carburante y combustibles a que venía obligada. La demandada solicita se declare resuelto el contrato de industria y de exclusiva de suministro, así como la obligación de pagar a la demandada la cantidad adeudada, además de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara nulos los contratos celebrados por contravenir el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual TFUE), la Ley española de Defensa de la Competencia, así como los artículos 6.3 y 1275 CC. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia y desestima la demanda entendiendo incumplido el contrato por parte de la actora, por lo que procede a declarar la resolución del mismo y a decretar el desahucio y la entrega de la posesión a la petrolífera, condenando a su vez a la sociedad a abonar lo adeudado. Interpuesto recurso de casación por la actora en la instancia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—El Tribunal Supremo, en la Sentencia que anotamos, resuelve un conflicto directamente conectado con el Derecho de la Competencia. El litigio se centra en la validez o nulidad de los contratos de suministro y arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento celebrados entre las partes litigantes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en cuyo artículo 81 se prohíben los llamados acuerdos colusorios, es decir, los acuerdos entre empresas cuyo fin primordial resulte ser limitar, falsear o impedir la competencia dentro del mercado común, precepto que ha sido literalmente acogido por

nuestra Ley de Defensa de la Competencia de 1991, en su artículo 1. Concretamente la práctica colusoria que se alega es aquella consistente en «fijar directa o indirectamente los precios de compra u otras condiciones de transacción». Los contratos celebrados bajo esta circunstancia se considerarán nulos de pleno derecho, según lo dispuesto en el artículo 81.2 TCUE.

El Tribunal Supremo se ha manifestado contrario a la declaración de nulidad de dichos contratos con fundamento en que «la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de un negocio jurídico, ciertamente reconocida por la jurisprudencia, no supone que siempre haya de ser declarada», debiendo atender a circunstancias tales como la existencia de un acto gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público. Pero, lo cierto es que el acto jurídico realizado, de ser nulo, deberá considerarse así con independencia de que los tribunales posteriormente declaren dicha nulidad mediante resolución judicial. La sentencia en estos casos no es constitutiva, sino meramente declarativa.

Por otra parte, el que, tal y como considera el Tribunal Supremo, la existencia de un Reglamento Comunitario que desarrolla lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado, como es el alegado en el proceso como principalmente infringido, no impida que los Estados miembros apliquen en sus territorios la legislación nacional, que proteja otros intereses legítimos distintos de la competencia, como es el caso de los artículos del Código Civil relativos a la necesidad de cumplimiento de lo expresamente pactado, no es óbice para afirmar que debe mantenerse la vigencia de un contrato, si éste es nulo, en aplicación de la normativa comunitaria.

Cuestión distinta es, de admitirse la validez de los contratos celebrados, la del posible incumplimiento de contrato por parte de la demandante en la instancia, tras el impago de los suministros recibidos. En ese caso podrán realizarse valoraciones, siempre y cuando se trate de aspectos relativos a la infracción del artículo 1124 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, y no respecto a cuestiones relativas a lo que se consideran hechos probados. (*L. Z. G.*)

16. Donación de bienes muebles. Forma.—Las dos formas que, alternativamente, exige el artículo 632 CC para la donación de bienes muebles tienen un carácter solemne, pues ha de hacerse necesariamente por escrito, aunque sea privado, y constar en la misma forma la aceptación — escrito que cumple idéntica función esencial que la que el artículo 633 atribuye a la escritura pública en la donación de inmuebles— o, si la donación fuera verbal, realizarse con la «*entrega simultánea de la cosa donada*». De no cumplirse alguna de esas dos formas, la escrita o la real, la donación no producirá efectos. La forma escrita ha de ser la de una donación — a cual tiene que ser aceptada también por escrito, sea el mismo u otro—, de donde se sigue que no vale como forma de donación un escrito otorgado para dar apariencia a una compraventa. (**STS de 14 de abril de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—D. Bartolomé y Dña. Amalia constituyeron una sociedad patrimonial, en la que aparecían como únicos socios dos

empleados de confianza –D. Francisco y Dña. Encarna–, con el compromiso asumido por los mismos de transmitirles las participaciones cuando fueran requeridos a ello por los verdaderos titulares. De esta forma, pese a la apariencia de ser otros los titulares, las participaciones en que se dividía el capital de P. 2000, SL. pertenecieron, por mitad, a D. Bartolomé y Dña. Amalia, los cuales habían estado casados y trataban –principalmente, en otro proceso del que el terminado con aquella resolución traía causa– de liquidar su sociedad de gananciales. Sirviéndose de una simulada venta, que había sido formalizada mediante escritura pública, los aparentes socios, supuestos vendedores, donaron las participaciones sociales al hijo común de los verdaderos titulares (D. Andrés), siguiendo las instrucciones de sus ocultos mandantes.

D. Bartolomé interpuso demanda de juicio ordinario contra Dña. Amalia, D. Andrés, Dña. Encarna y D. Francisco en la que solicitaba que se declare la existencia de un negocio jurídico fiduciario; se declare la nulidad de pleno derecho por falta de cause (inexistencia de precio) del contrato de compraventa de participaciones sociales de P. 2000, SL; se ordene la cancelación de la inscripción de esta transmisión en el registro mercantil; se condene a doña Encarna y don Francisco a transmitir a don Bartolomé la mitad de las participaciones sociales de P. 2000, SL. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirma la desestimación de la demanda. El Tribunal Supremo confirma la decisión de la segunda instancia.

NOTA.–Para el Tribunal Supremo en esta sentencia la escritura de venta de las participaciones no vale como forma escrita de donación, ya que el documento no fue la expresión formal de un contrato de tal clase, sino un artificio para ocultarlo bajo la apariencia de otro. Aunque no constan donadas las participaciones por escrito, cabe que la donación de bien mueble se perfeccione de palabra, con entrega simultánea de la cosa. (*M. C. L. J.*)

17 Donación de inmuebles.–Cuando una persona entrega dinero a su hijo para que compre una cosa, no le hace donación de ésta, sino que, en realidad, hace donación del dinero. En consecuencia, su valor actualizado deberá traerse a colación en la partición del patrimonio hereditario de sus padres. Por tanto, no hay negocio fiduciario ni negocio simulado.

Modo de practicarse la colación.–Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, SSTS de 17 de diciembre de 1992, 21 de abril de 1997, 15 de febrero de 2001 y 24 de enero de 2008), la colación es la adición intelectual al activo hereditario que hacen los legitimarios, del valor de los bienes que han recibido del causante a título gratuito. La colación lleva a una menor participación en la herencia, que será equivalente a lo que recibió gratuitamente en vida del causante, aunque no evita las operaciones de computación e imputación que prevén los artículos 818 y 819 CC. De acuerdo con el Tribunal Supremo (SSTS de 8 de julio de 1995, 14 de diciembre de 2005 y 18 de octubre de 2007), el valor de los bienes donados será el del momento de la partición.

Dispensa de colación.–La voluntad de dispensar la colación ha de ser manifestada expresamente, con expresiones claras e indudables y se puede

acordar en cualquier tiempo, tanto en el propio texto del contrato de donación o posteriormente, en otro acto *inter vivos* o en el propio testamento. (STS de 19 de mayo de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Tres compañeros que ejercen como notarios en Almería, deciden trasladarse a Madrid. Por ello, compran por terceras e iguales partes dos pisos contiguos en dicha capital, para montar en ellos la notaría. Cada uno de los referidos notarios compra una parcela de garaje en el mismo edificio y también, entre todos, dos trasteros unidos para dedicarlos a archivo de la notaría. Finalmente dos de ellos deciden no trasladarse a Madrid y venden sus participaciones indivisas en los dos pisos y los dos trasteros y sus respectivas plazas de garaje al compañero que se traslada. Éste escritura los bienes, por motivos fiscales, a nombre de su hijo pequeño. Aunque consta aparentemente el hijo como comprador, quien paga el precio es el notario, que figura únicamente como titular de la tercera parte de los pisos y trasteros y de la plaza de garaje. Posteriormente, el notario y su mujer transmiten mediante una simulación de compraventa la tercera parte indivisa de uno de los pisos al hijo, para que concurra en el mismo la plena propiedad. Fallecidos tanto los padres como el hijo, los hermanos de éste formulan demanda contra su viuda y sus hijos, solicitando que se declare la pertenencia al patrimonio hereditario de uno de los pisos y anexos, la nulidad de los contratos de compraventa simulados y la validez de la donación disimulada, que tiene carácter colacionable.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

18. Accidente laboral: Muerte por rotura de cable de izado: Responsabilidad de la aseguradora: No hay justificación de la demora: Intereses del artículo 20 LCS.—La negativa de la aseguradora a cumplir con su deber de satisfacer la prestación frente a la perjudicada no puede reputarse como justificada por las siguientes razones:

a) Porque no es cierto que haya sido imprescindible el pleito para eliminar una incertidumbre racional sobre la verdadera causa del siniestro, toda vez que forma causa del sustrato fáctico en que se apoya la sentencia recurrida, que lo que provocó el accidente fue la rotura del cable por el estado del mismo, lo cual no lo hacía idóneo para sostener o elevar el peso del puente, así como que la empresa propietaria y suministradora del cable, a la sazón encargada de instalar el puente mediante un camión grúa, ni demostró un adecuado mantenimiento del cable, ni respetó los márgenes de seguridad entre el peso máximo permitido y el peso del puente, datos objetivos que, en lo esencial, la aseguradora de la grúa pudo conocer de forma casi inmediata a la producción del siniestro, gracias al atestado, aportado a las diligencias en las que se personó, donde se expresa el parecer de la fuerza instructora sobre la referida causa del siniestro con exclusión de otras posibles concausas.

b) Porque tampoco el pleito ha sido necesario para eliminar una incertidumbre racional relativa a la cobertura del hecho causante del accidente ya

que, por más que sea posible, en hipótesis, dados los confusos términos en que se encuentra redactada la póliza, sostener, como hace la aseguradora, que únicamente estaba incluido el riesgo del transporte, y no el montaje o izado de los objetos, tampoco puede reputarse ilógica la interpretación que se hace en la instancia, aquí no controvertida, de que tales riesgos sí estaban comprendidos, fundamentalmente, en atención al hecho incuestionable de la que empresa asegurada realizaba sus trabajos mediante camiones y grúa y que en este tipo de camiones, precisamente el izado y desplazamiento de la carga a través de la grúa incorporada al camión es labor propia del transporte para el que está concebido el vehículo, como entiende acertadamente la sentencia recurrida.

c) Porque la mera iliquidez inicial o la diferencia cuantitativa entre la indemnización reclamada y la concedida no se ha considerado por la jurisprudencia como causa que justifique la mora, dado el carácter meramente declarativo del derecho del perjudicado que tiene la sentencia que la concreta, y la posibilidad de que pudiera abonarse por la compañía al menos esta última, o lo que entendiera debida, no obstante discutir luego su procedencia, lo que no hizo.

d) Porque, además de lo dicho sobre que los primeros indicios ya permitirían excluir la incidencia causal del comportamiento de la víctima, la doctrina expuesta no reconoce justificada la negativa fundada en la falta de culpa, ya sea por atribuirse en exclusiva al perjudicado o porque se disiente del grado de responsabilidad que ha de corresponder en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas.

De lo anterior se sigue que procede imponer a la aseguradora los intereses del artículo 20 LCS sobre la suma concedida, desde la fecha del siniestro y hasta el momento de su consignación, al tipo legal del dinero incrementado en un 50% anual durante los dos primeros años, y al mínimo del 20% a partir de dicha fecha (**STS de 11 de abril de 2011**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

19. Culpa extracontractual: Lesiones por caída en puerta de acceso a cuarto de calderas de Comunidad de propietarios: Culpa exclusiva de la víctima: Doctrina general sobre el régimen de la responsabilidad civil en el Código civil.—En estos litigios cabe discutir en casación el juicio del tribunal de instancia sobre el criterio de imputación subjetiva de los daños al causante y sobre los aspectos de la relación de causalidad con base en la doctrina de la imputación causal, pero no la determinación objetiva de los hechos sobre la existencia o inexistencia del daño y sobre las circunstancias de la acción u omisión. La jurisprudencia de esta Sala no ha llegado a erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC, y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. Tampoco ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño. Es un criterio de imputación del daño al que lo padece la asunción de los riesgos generales de la vida, de los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar o de los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida. Así la STS de 22 de febrero de 2007 ha declarado que en los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no

procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados.

Como declaran las SSTs de 31 de octubre y 29 de noviembre de 2006, 22 de febrero y 17 de diciembre de 2007, en relación con caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio, muchas sentencias de esta Sala han declarado la existencia de responsabilidad de la comunidad de propietarios o de los titulares del negocio cuando es posible identificar un criterio de responsabilidad en el titular del mismo, por omisión de medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución que debían considerarse exigibles. Pueden citarse, en esta línea, las SSTs de 21 de noviembre de 1997 (caída por carencia de pasamanos en una escalera), 2 de octubre de 1997 (caída en una discoteca sin personal de seguridad); 12 de febrero de 2002 (caída durante un banquete de bodas por la insuficiente protección de un desnivel considerable); 31 de marzo y 20 de junio de 2003 (caída en zona recién fregada de una cafetería que no se había delimitado debidamente); 26 de mayo de 2004 (caída en unos aseos que no habían sido limpiados de un vómito en el suelo); 10 de diciembre de 2004 (caída en las escaleras de un gimnasio que no se encontraba en condiciones adecuadas); 25 de marzo de 2010 (caída de una señora de 65 años, afectada de graves padecimientos óseos y articulares, al entrar en un restaurante y no advertir un escalón en zona de penumbra y sin señalización).

Por el contrario, no puede apreciarse responsabilidad en los casos en los cuales la caída se debe a la distracción del perjudicado o se explica en el marco de los riesgos generales de la vida por tratarse de un obstáculo que se encuentra dentro de la normalidad o tiene carácter previsible para la víctima. Así SSTs de 28 de abril y 14 de noviembre de 1997, y 30 de marzo de 2006 (caída al suelo en restaurante de un cliente cuando se dirigía a los aseos por escalón que debía ser conocido por la víctima); 7 y 17 de mayo, y 26 de julio de 2001, 13 de marzo y 6 de junio de 2002 (caídas sin la prueba de la culpa o negligencia de los respectivos demandados); 10 de diciembre de 2002, 6, 12 y 16 de febrero de 2003 (caída en la escalera de un centro comercial, de un hotel, en terreno anejo a obra y en una discoteca); 17 de junio de 2003 (daño en la mano por la puerta giratoria de un hotel que no podía calificarse de elemento agravatorio del riesgo); 2 de marzo de 2006 (tropiezo en una manguera de los servicios municipales de limpieza que no suponía riesgo extraordinario y era manejada por empleados con prendas identificables); 31 de octubre de 2006 (caída en exposición de muebles por tropiezo con escalón de separación de nivel perfectamente visible); 29 de noviembre de 2006 (caída en un bar); 22 de febrero de 2007 (caída en un mercado por hallarse el suelo mojado por agua de lluvia); 30 de noviembre de 2007 (caída a la salida de un supermercado); 11 de diciembre de 2009 (caída de un ciclista en el desarrollo de una carrera por causa de la gravilla existente en la bajada de un puerto).

Falta de prueba de la culpa: No hay responsabilidad por riesgo.—La recurrente no combate la valoración probatoria efectuada por el tribunal de instancia por alguna de las vías que excepcionalmente resultan compatibles con la naturaleza de este recurso. La Sala de instancia no cita elemento alguno de orden fáctico que permita identificar la existencia de una negligencia por parte de la comunidad de propietarios, del portero o de la administración demandados. Considera inaplicables los reglamentos de prevención de incendios invocados de contrario; en todo caso, estos últimos no serían aplicables en virtud del principio de imputación objetiva, pues el daño producido no

tiene relación con el objeto de la misma. Afirma que la demandante, que acudía frecuentemente al inmueble y lo conocía perfectamente, por causas desconocidas, se dirigió al cuarto de calderas, abrió la puerta y se precipitó por la misma pese a ser advertida por una vecina de su error, siendo su conducta anómala la que produjo el resultado lesivo.

La parte recurrente intenta que se aplique la teoría del riesgo, a falta de prueba que permita atribuir culpa a negligencia a la parte demandada, pero no puede ser acogido por las siguientes razones: 1.^ª) No se aprecia la concurrencia de riesgos de carácter extraordinario derivados de la ubicación o características de la puerta de acceso al cuarto de calderas, que impliquen o supongan un riesgo anormal en relación a los parámetros medios; 2.^ª) En esas circunstancias no le era exigible a la comunidad demandada un deber de previsión mayor que a la propia accidentada; 3.^ª) No se ha acreditado la incidencia en la producción de la caída de elementos de los que fuera responsable la comunidad responsable, como el defectuoso estado de la puerta de acceso, el incumplimiento o infracción de norma o medida de seguridad aplicable; 4.^ª) No se ha acreditado la causa que provocó la caída de la accidentada una vez que ella misma abrió la puerta de acceso al cuarto de calderas; y 5.^ª) Esto implica la inexistencia del nexo causal que debe concurrir entre la acción u omisión y el evento dañoso. Siendo exclusiva la culpa de la víctima tampoco procede estimar la concurrencia de culpas. (STS de 31 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Sentencia que puede calificarse de «pedagógica», amparada quizá en la sencillez de la resolución del pleito, que venía claramente orientada por las sentencias absolutorias en ambas instancias. Es de agradecer el excelente resumen de la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad por caídas en recintos habitualmente cerrados o, de alguna manera, vigilados o controlados. Muchas de las numerosas sentencias aquí citadas han sido anotadas en el ADC, aunque parece de escasa utilidad su actual mención pormenorizada, sin perjuicio de completarlas con la STS de 17 de diciembre de 2009, que excluye la responsabilidad por caída en el interior de un templo por falta de prueba (cfr. ADC, 2011, p. 442 y s.). En cambio esta sentencia anotada servirá probablemente de punto obligado de referencia en el futuro para casos similares. (G. G. C.)

20. Culpa extracontractual: Accidente de circulación: Recursos extraordinarios: Doctrina general sobre la no revisibilidad en casación de hechos probados.—El régimen de recursos extraordinarios establecidos en los artículos 468 y 469 y DF 16 LEC 2000, establece la separación entre las cuestiones procesales y las sustantivas, y según tiene declarada de manera constante la jurisprudencia, estas últimas, consistentes en la infracción de normas civiles y mercantiles, son las únicas que se pueden plantear en el recurso de casación, cuya función es contrastar la correcta aplicación de dicha norma sustantiva al supuesto fáctico. Dado que la casación no es una tercera instancia. No es posible plantear mediante el recurso de casación temas relativos al juicio de hecho, como son los errores en la valoración de la prueba, siendo también inaceptables todas las apreciaciones de la parte recurrente que directa o indirectamente cuestionen o se aparten de las declaracio-

nes de hecho efectuadas en la resolución recurrida (entre otras, SSTs de 18 de junio de 2009, y 5 de mayo y 4 de noviembre de 2010).

Cuantía del daño: Factor corrector por incapacidad permanente: Régimen aplicable, determinación y límites a su revisión en casación.—Ha declarado constantemente esta Sala, a partir de las SSTs de 17 de abril de 2007, del Pleno de la misma que *los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado*, rechazándose la aplicación retroactiva de las sucesivas reformas de la normativa aplicable a la materia.

Esta Sala ha venido reiterando que la función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales de instancia, atendidos los hechos probados y el principio de indemnidad de la víctima, con la consecuencia de que sólo puede ser revisada en casación si la determinación realizada resulta manifiestamente errónea o ilógica. Según STS de 15 de diciembre de 2010, esta regla tiene dos limitaciones: 1.^a) que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema, sin salirse del mismo para procurar indemnizaciones distintas, puesto que lo contrario haría incongruente la resolución y supondría un evidente desajuste en la determinación y cuantificación del daño en un sistema en el que los valores de días y puntos están directamente calculados en previsión y ponderación de sus inherentes factores de corrección; y 2.^a) que aun siendo posible revisar en casación la aplicación de la regla, en ningún caso puede ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía fijada por la norma para cada concepto que el tribunal haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado; en consecuencia, la fijación de la puntuación, dentro de la horquilla o margen que señala la norma, es cuestión de hecho, no revisable en casación.

Intereses de demora: Recargo del artículo 20 LCS: Pasividad injustificada de la aseguradora.—La aseguradora no puede ampararse en las consignaciones realizadas para impedir el recargo, pues la primera se hizo excediéndose del plazo trimestral legal, y de no existir prueba en contrario, se presume que el asegurador conoció el siniestro gracias a la comunicación del asegurado. Y si debe tenerse por acreditado que conoció el siniestro y pudo averiguar las consecuencias que había provocado, carece de justificación la pasividad con la que actuó, manifestada en el hecho de eludir poner en marcha los medios a su alcance (sus servicios médicos) y esperar a lo que resultara del informe forense de sanidad ya que, para que esta conducta tuviera el resultado que pretendía, habría sido necesario que desde un principio hubiera actuado conforme a la ley, completando la cantidad consignada hasta la suma indicada por el Juzgado a la vista del avance o los avances de sanidad que se emitieran, o a la vista del resultado del informe de sanidad si esta hubiera sido la decisión del juzgado. Tal conducta negativa se basó en la mera discrepancia en torno a la cuantía, y no en la necesidad de eliminar una incertidumbre en torno al nacimiento mismo de la obligación de indemnizar a cargo de la aseguradora. Todo ello sin perjuicio de reconocer valor liberatorio, por su importe, a las sumas consignadas por la compañía a cuenta del precio. (STS

de 19 de mayo de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

21. Culpa extracontractual: Responsabilidad de centro docente: Daños causados por caída de árbol sobre alumna dentro del recinto: Nulidad de dictamen pericial: Parcialidad del perito que también asiste a la paciente: No hay indefensión.—Carecen de consistencia los reproches de falta de motivación a la resolución que acordó la nulidad del dictamen pericial y falta de notificación a las partes, ya que la nulidad se acordó en el acto del juicio, en presencia de las partes y del propio perito y por las razones alegadas por las partes demandadas; la parte actora la recurrió en reposición y se dictó auto razonando sobre la extralimitación del perito al prescribir tratamiento médico a la demandante, comprometiendo así la imparcialidad y objetividad a que está sujeta por las normas de LEC; la sentencia de apelación consideró procedente la nulidad por conculcar el artículo 335 LEC, por haber quebrado el perito todas las garantías de imparcialidad y objetividad que persigue aquel precepto procesal, más aún cuando el artículo 41.3 del Código Deontológico establece una prohibición expresa entre la actuación como peritos y la asistencia médica al mismo paciente, lo que está acreditado por su propio reconocimiento. En trámite casacional cabe decir que la nulidad del dictamen pericial acordada en instancia, no sólo no causó indefensión a la actora sino que remedió por adelantado la que se hubiera podido producir más adelante en el proceso, mediante el nombramiento de otro perito cuya imparcialidad y objetividad no se cuestionan y que para su dictamen tuvo en cuenta el informe del primer perito.

Cuantía indemnizatoria: Utilización del sistema de baremos.—Aunque la motivación de la sentencia recurrida sobre la posibilidad de aplicar en este caso el sistema de valoración anexo a la Ley de Circulación de Vehículos a Motor, adolezca de algún argumento no del todo acertado (así entender que el sistema de baremación acabó con un claro vacío legal), de suerte que su aplicación al presente caso sería *por analogía*, lo cierto es que la lectura completa de su 6.º FD permite comprobar que la verdadera razón para aplicarlo es que, aun considerando que la fijación del quantum indemnizatorio está encomendada al arbitrio, valoración y reglas de la sana crítica del correspondiente juzgador, nada impide su aplicación al supuesto de autos para evitar, en la medida de lo posible, resoluciones totalmente dispares, sin perjuicio de que tal baremo, para el supuesto que nos ocupa, no sea vinculante pudiéndose erigir como criterio orientador; más adelante, en el 8.º FD se afirma que dicho baremo no vincula de modo absoluto a los juzgadores. Al razonar así, la sentencia recurrida se ajustó, en lo esencial, a la jurisprudencia de esta Sala que, ya sin fisuras, admite la aplicación del sistema en cuestiones a casos de responsabilidad ajenos al ámbito de la circulación de vehículos a motor, no ciertamente por analogía, puesto que no hay vacío legal, pero sí con carácter orientativo para reparar el daño conforme a criterios de equidad e igualdad, sin discriminación ni arbitrariedad (SSTS 11 de noviembre de 2005, 10 de febrero de 2006, 2 y 22 de julio de 2008, 9 de marzo y 10 de diciembre de 2010, y 9 de febrero de 2011).

Prueba rigurosa de casos excepcionales.—En ausencia de prueba sobre casos excepcionales que permitan aplicar criterios correctores según sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2010, la sentencia recurrida explica, por un lado, que ha tenido en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la víctima, los padecimientos sufridos y que le

quedan por sufrir, acogiendo la máxima valoración permitida por cada concepto, y asimilando su situación a la invalidez permanente total porque las secuelas limitan enormemente a la víctima, aun no estando impedida para estudiar, y los posibles enfoques profesionales de la misma, y, por otro, que lo solicitado como renta vitalicia no se corresponde en realidad con esta figura, la conclusión no puede ser otra que la desestimación del motivo por no permitir aplicar la doctrina de esta Sala pues lo excepcional de la corrección se corresponde con una rigurosa exigencia de prueba (SSTS de 25 y 29 de marzo, y 5 de mayo de 2010 (**STS de 13 de abril de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Se reclaman los daños causados a una alumna de 15 años de edad, de un Colegio Alemán, dotado de Residencia, sin que en ningún lugar de la sentencia se nos describan las lesiones y secuelas sufridas, aunque se desprende que son graves al equipararse en la sentencia a las causantes de incapacidad permanente total, que sólo permitirá seguir estudiando a la perjudicada y, eventualmente, ocupar algún puesto laboral. En la demanda se solicita una suma —sin duda, exorbitante— total que excede de 3.758.000 euros, otorgándose algo más de la sexta parte de dicha cantidad en primera instancia, reduciéndose todavía en apelación a poco más del tercio de esta última suma (230.419 euros). El Tribunal Supremo mantiene esta cuantía. El supuesto guarda alguna relación con el caso resuelto por STS de 5 noviembre 2009 (ADC, 2011, pp. 446-447) (los hechos también ocurren en el jardín de un centro docente), pero varían las circunstancias (en la sentencia aquí extractada se trata de alumnos-residentes sin caracteres especiales, y allí de un centro de discapacitados uno de los cuales, en cierto momento, elude la vigilancia de la monitora y se accidenta gravemente); por último, la cuantía indemnizatoria también varía considerablemente (excede poco de la cuarta parte respecto del centro de educación especial). (G. G. C.)

22. Culpa médica: Cambio de operación programada, según decisión adoptada en el quirófano, sin consentimiento del paciente: Deber de información: Falta de consentimiento: Cuantía del daño.—Es hecho probado que no hubo consentimiento para realizar la intervención que se la practicó. La intervención que se propuso, para lo que la paciente solicitó y obtuvo autorización de su compañía aseguradora, A., fue para comprobar un menisco dañado mediante artroscopia; pero en ningún caso para seccionar y extraer la plica medial o interna y liberar el alerón o retináculo rotuliano externo, que es la que se llevó finalmente a cabo una vez comprobado que la operación programada era innecesaria por no estar afectado el menisco. Es decir, se produjo un cambio de cirugía en quirófano sin el consentimiento previo de la paciente que lo había dado para una intervención clínica distinta dentro de la cual autorizaba un posible cambio de la técnica quirúrgica empleada, que nada tiene que ver con una intervención diferente de la que había sido programada en razón de la patología que se detectó en el momento de la operación y no es la fase previa de diagnóstico, de la que no derivaba ningún riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo que pudiera justificarla. Se trata de una intervención que en ningún caso debió realizar-

se sin antes comprobar que el paciente había sido previamente informado y que le ha generado un daño por el que debe ser indemnizado. No es el daño que resulta de la intervención programada puesto que no se produjo, sino el daño que resulta de la que sí se llevó a cabo con la que no sólo no logró mejorar sus dolencias en la rodilla, sino que se le privó de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo respecto de una actuación médica que desconocía.

La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a efecto la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía de la paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad.

La estimación del motivo supone asumir la instancia para cuantificar el daño en 30.000 euros teniendo en cuenta la intervención médica realizada, de menor entidad de la que había sido proyectada inicialmente, así como las circunstancias concurrentes pues aun cuando no se derivó ninguna consecuencia respecto de las lesiones que presenta la paciente, lo cierto es que tampoco puso fin a sus dolencias. Esta indemnización se declara actualizada, en su naturaleza de deuda de valor, al presente momento procesal y devengará el interés del dinero incrementado en dos puntos desde la presente resolución hasta su completo pago (**STS de 13 de mayo de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Supuesto poco frecuente el de llevar a cabo una intervención quirúrgica distinta de la programada, sin concurrencia de circunstancias de urgencia o peligro de muerte del paciente. Sin que pueda calificarse de banal el cambio en quirófano, no se duda en calificar de daño moral grave por practicarse sin consentimiento de la paciente, aunque la intervención se realizó correctamente y sin perjuicio (tampoco, beneficio) para aquélla. Es un supuesto de pura violación del derecho a la información, cuya cuantía se cifra moderadamente en una suma que representa la sexta parte de la reclamada. Sentencia de aprobar (*G.G.C.*)

23. Culpa médica: Intervención por hernia discal: Fallecimiento a los 35 días de la operación: Relación de causalidad.—La relación de causalidad, desde el punto de vista fáctico, es competencia de la Sala de instancia, y se caracteriza por la omisión de una conducta que de haber sido observada habría evitado —con certeza, o en un juicio de probabilidad cualificado—, el resultado dañoso (STS de 8 de mayo de 2001). Es evidente que los hechos sobre los cuales la sentencia recurrida fundamenta sus conclusiones impiden establecer esa relación ni poner a cargo del médico, con criterios de imputación objetiva, determinadas circunstancias que justificarían o descartarían la imputación de los daños, como es la falta de medios en la clínica Clideba que obligaron al traslado de la paciente a otro centro hospitalario, cuando se niega como causa del fallecimiento una mala praxis médica y cuando la lesión de la arteria hipogástrica izquierda durante la intervención practicada no era probable, sino meramente descartable por tratarse de una complicación de carácter excepcional. La obligación del médico es de medios y no de resultados y estos medios

que se deben poner a disposición del paciente se deben valorar no sólo en función de la economía del contrato de prestación de los servicios médico-sanitarios fundándose en la evolución posterior de la misma, lo que se conoce como la prohibición de regreso, para responsabilizar al médico de la materialización de un riesgo excepcional del que había sido previamente informada la paciente, que hacía innecesarios más medios de los que se disponían en esos momentos de una previsión lógica y ponderada de la intervención llevada a cabo.

Responsabilidad basada en la Ley de Consumidores.—Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la LGDCU no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*; sino únicamente es aplicable a los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios (SSTS de 5 de febrero de 2001, 26 de marzo y 17 de noviembre de 2004, 5 de enero de 2007, 4 de junio de 2009 y 29 de octubre de 2010); aspectos que, en el caso, tampoco fueron desatendidos por parte de quien venía obligada a prestarlos en virtud del seguro de asistencia sanitaria, puesto que no puede hablarse de imputación objetiva del fallecimiento de la paciente por el pretendido funcionamiento defectuoso del servicio, cuando no existe nexo causal directo entre el daño y los servicios puestos a su disposición en virtud del seguro concertado.

Información personalizada.—Se proporcionó a la paciente una información personalizada de la intervención quirúrgica a desarrollar, incluso de los riesgos más relevantes entre los que se encontraba la lesión del vaso abdominal. Sin duda, el médico debe informar también al paciente de todas aquellas circunstancias que puedan incidir en la decisión que pueda adoptar, entre ellas, la del centro sanitario en el que se va a llevar a cabo la intervención, a fin de que pueda acudir a otro distinto del que le correspondía como beneficiaria de una relación de seguro, cuyo contenido y alcance debe conocer en cuanto a la disposición de medios que debían ponerse a su alcance. Ocurre que aceptó ser intervenida en el mismo y que la denuncia por información deficiente resulta civilmente intranscendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; no existe ningún daño vinculado a la ausencia o deficiencia de medios, por parte de CASER, que hubiera sido de causa determinante, ni siquiera influyente, en el fatal desenlace por el que se reclama indemnización. (STS de 20 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G.G.C.)

24. Culpa médica: Diagnóstico pre-natal erróneo: Niña nacida sin brazo derecho: Privación de la posibilidad de abortar: Daño moral: Cuantificación.—Es cierto que a la paciente se le suministró información sobre el curso del embarazo, pero esta información estuvo basada en un diagnóstico erróneo consistente en no haberse detectado las anomalías que presentaba el feto, que no se justifica por el carácter falible de las pruebas de imagen por ecografía, de lo que sí estaban informados los padres de la niña. El hecho de que se diga en el informe que *en el momento de realizar la exploración, no se observan anomalías morfológicas fetales mayores, si bien no pueden descartarse las que no tienen expresión ecográfica o se presentan de forma tardía*, supone simplemente que no se advierten otras anomalías fetales distintas de las que sí se observaron y de la que derivó la información equivocada que se proporcionó a la paciente.

El derecho a recibir información tiene por objeto no sólo el conocimiento por la gestante de la finalidad y naturaleza de las pruebas que se realizan para seguir la evolución del embarazo, sino la que resulta de las pruebas en cuanto puedan tener incidencia en la *lex artis*. En el caso del diagnóstico prenatal, dice la STS de 21 de diciembre de 2005, se traduce en la información que por parte de los profesionales que practican la prueba, se debe proporcionar a quien presta su consentimiento y se somete a ellas de todas las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, incluso las más remotas, que pudieran acaecer y tomarse en consideración en el plano científico y en el experimental, es decir, toda la información médicamente conocida y constatada, incluida la que resulta de una estadística de resultados, pues esto es su finalidad y lo que va a permitir a los interesados tomar la decisión que consideren más conveniente, tanto de presente como de futuro.

La información errónea e incompleta equivale a falta de información y conforma una actuación médica deficiente que resulta especialmente grave no sólo en aquellos casos en que la mujer se somete voluntariamente a unas pruebas encaminadas al diagnóstico de una eventual patología prenatal, por la especial situación de riesgo de la gestante, como es la amniocentesis o la biopsia coral, sino en aquellos otros que se desarrollan a partir de un control ginecológico normalizado y continuado mediante el cual es posible conocer si el feto padece enfermedades que pueden condicionar desfavorablemente su calidad de vida futura. En ambos casos la finalidad común del diagnóstico prenatal es la de descartar serias afecciones de carácter cromosómico o de otra naturaleza especialmente grave y tranquilizar a los padres, dándoles la posibilidad de poner fin al embarazo a través de lo que se conoce como *aborto terapéutico o eugenésico*, o de continuar con el mismo disponiendo, a partir de la información que se les proporciona, de tiempo suficiente para adaptarse a la idea y tomar las previsiones para el cuidado y atenciones del recién nacido.

Sin duda, la decisión de abortar no está vinculada necesariamente a un complejo debate jurídico más allá de lo que resulta de la privación a la mujer del derecho a tomar una decisión de forma voluntaria y libre en relación a su práctica, que puede o no coincidir con la continuación del embarazo en razón a criterios de los más variados, como señaló la STC 58/1985, derivados del vínculo natural que se establece entre la madre y el *nasciturus* o de ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales (STS de 21 de diciembre de 2005). La alegación y prueba de que la mujer hubiese interrumpido su embarazo de haber conocido un defecto congénito del feto, no sólo afecta a la libertad, autonomía e intimidad de la gestante, sino que pone en evidencia la dificultad de establecer una relación entre la falta de información por el médico y el que la gestante opte por poner fin al embarazo mediante el aborto, en lo que esta Sala ha calificado de *debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria* (sentencia citada), porque carece de una respuesta cierta y ofrece un curso causal inseguro o simplemente especulativo, que esta Sala ha resuelto en ocasiones mediante un juicio de probabilidad objetivo.

El daño es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable –daño moral–, y de la necesidad de hacer frente a

gastos o desembolsos extraordinarios o especiales –daños patrimoniales– teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad (STS 21 de diciembre de 2005).

Asumiendo funciones de instancia, para la valoración del daño, siempre difícil e insegura para su determinación y aseguramiento de la profesión médica, cuando se trata de daños morales; daños que son los únicos que se justifican en la demanda al amparo de una privación del derecho a abortar que se materializa en la información errónea proporcionada después de las veinte semanas de embarazo, impidiéndola decidir en torno a su interrupción, y que se justifica en el trastorno que ambos progenitores primerizos sufrieron tras el nacimiento de su hija por su malformación congénita; trastorno depresivo mixto, con ansiedad, pensamiento catastrófico y anticipación ansiosa de sucesos negativos –la madre–, y trastorno adaptativo mixto, con ansiedad y estado de ánimo depresivo, acontecimientos negativos que afectan al desarrollo y calidad de vida futura de su hija, ideas de culpabilidad y temor a tener más hijos –el padre–; todo lo cual, debidamente valorado, determina una indemnización de 30.000 euros a cada uno de los padres. **(STS de 31 de mayo de 2011;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

4. DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

25. Usucapión ordinaria *secundum tabulas*: bienes poseídos en calidad de condueño.–Reconoce jurisprudencia reiterada (SSTS de 4 de diciembre de 1969 y 15 de diciembre de 1993) que, para que la finca propiedad común pueda ser usucapiada por uno o más condueños frente a otro u otros, es necesario que aquellos ejerciten su posesión precisamente en concepto de dueño, lo que comporta el carácter exclusivo de la posesión a título de dominio. En consecuencia, cuando se ejerce un dominio en concepto de copropiedad, no de propiedad exclusiva, se da una situación de copropiedad incompatible con la usucapión. **(STS de 27 de abril de 2011;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.–Tres hermanos firman un documento en 1970 reconociendo la copropiedad de dos viviendas escrituradas a nombre de uno de los hermanos, un apartamento escriturado a nombre de otro y un establecimiento comercial escriturado a nombre del tercero. En el documento se admite que, con independencia de la titularidad formal, para la adquisición de los inmuebles y establecimiento comercial contribuyeron los tres por terceras partes cada uno. No obstante, tiempo después uno de los hermanos vende el apartamento escriturado a su nombre. Por ello, los herederos de otro de los hermanos demandan a sus tíos solicitando que se declare que una parte de los inmuebles reseñados pertenece a su causante.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia apelada. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (M. C. C. M.)

26. Actio communi dividundo. Concepto.—La llamada *actio communi dividundo* proveniente directamente del Derecho romano, regido por el principio de *nemo invitus compellitur ad communionem*, está recogida en el artículo 400 del CC, que permite a todo copropietario pedir la división de la cosa común, como facultad imprescriptible del derecho de propiedad, *res merae facultatis*. El ejercicio de esta acción es la exigencia coactiva de la división, cuando no se ha conseguido por acuerdo de los interesados o «por árbitros o amigables componedores», como dice el artículo 402 CC. La práctica de la división, cuando queda sometida al ejercicio de la *acción*, queda al buen sentido de la decisión judicial —discrecional, que no arbitraria— a la luz de la prueba practicada, especialmente la pericial, y a la vista de las pretensiones de las partes.

Actio communi dividundo. Práctica de la división.—El artículo 406 CC se remite a las reglas concernientes a la división de la herencia para la división de la cosa común y es el artículo 1061 CC el que proclama el principio de igualdad entre los partícipes de la comunidad en el sentido de que no se trata de una igualdad matemática o absoluta, tal como resume la sentencia de 16 de enero de 2008 en los siguientes términos: «La jurisprudencia ha declarado, en la interpretación de este precepto, que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación (SSTS de 30 de enero de 1951, 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995) y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso (SSTS de 8 de febrero de 1974, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998). Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990), sino de una igualdad cualitativa (STS de 13 de junio de 1992); que la norma tiene un carácter orientativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991); está dotada de un grado de imperatividad sólo relativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 2005); y no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991)». (**STS de 26 de mayo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Tres hermanos y una entidad son copropietarios de una explotación agrícola y uno de ellos (D. Enrique) ejercita la acción de división de finca registral frente a la sociedad, que se allana, y frente a su hermana (Dña. Estefanía) y su hermano (D. Constancio) que se oponen, no a la división, sino al modo de practicarla que pretende aquel demandante.

El Juzgado de Primera Instancia ordena la división, valorando la prueba practicada y atendiendo las pretensiones de las partes y aumenta el valor inicial del conjunto. Lo cual es confirmado por la sentencia de la Audiencia Provincial que la modifica atendiendo al incremento de valor aludido.

El resultado final, es decir, la división acordada judicialmente, no es aceptado por la hermana, Dña. Estefanía, ni por el hermano, don Constancio, del demandante, ya que tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial habían partido de la propuesta por este últi-

mo. Ante tal disconformidad, ambos formulan sendos recursos, de casación la primera y por infracción procesal y de casación el segundo. (*B. G. F.*)

27. Disolución de la comunidad de bienes. Interpretación del artículo 404 CC.—De acuerdo con el artículo 404 CC, que supedita al convenio entre los comuneros la adjudicación de la cosa indivisible a uno de ellos indemnizando a los demás, se considera como fórmula procedente para poner fin a la comunidad, la venta de los bienes con reparto del precio entre los comuneros en proporción a sus cuotas. En este sentido, reconoce la jurisprudencia de manera reiterada (entre otras, SSTS de 1 de abril de 2009, 29 de marzo de 2010 y 11 de mayo de 2011) que el dato determinante para poner fin a la comunidad no puede ser la conveniencia o interés particular de uno o varios de los comuneros. No obstante, ello no impide que la venta en pública subasta pueda quedar descartada por no quererla ninguno de los condueños. (**STS de 3 de mayo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una copropietaria solicitó judicialmente la disolución de la comunidad de bienes en pro indiviso existente sobre distintos bienes mediante la venta en pública subasta de los mismos, con distribución del precio resultante entre los partícipes en proporción a sus respectivos derechos sobre los bienes. Los demandados mostraron su conformidad con la división de los bienes comunes, pero se opusieron a su venta en pública subasta por considerar posible la formación de lotes.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (*M. C. C. M.*)

28. Indivisibilidad material de las fincas titularidad de los comuneros: necesidad de acudir a la venta en pública subasta.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la indivisibilidad jurídica de un objeto en copropiedad se produce cuando con tal división la cosa se convierte en algo inservible para el uso al que se la destina, sufre un anormal desmerecimiento u origina un gasto considerable a los participantes (SSTS de 9 de febrero de 1983, 30 de noviembre de 1979, 13 de julio de 1996, 12 de marzo de 2004, 3 de febrero de 2005, entre otras). En tales casos la solución pasa por aplicar lo dispuesto en el artículo 404 CC, es decir, la adjudicación a uno de los condóminos a cambio de precio o la venta en pública subasta con reparto del precio obtenido entre los comuneros. (**STS de 11 de abril de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Por la parte actora se solicita la disolución de la comunidad de bienes existente sobre un piso y un local titularidad de los demandantes y los demandados mediante su venta en pública subasta. El Juzgado de Primera Instancia acuerda la disolución de la comunidad de bienes procediendo a la venta en pública subasta, al considerar indivisibles los bienes objeto de cotitularidad. La

parte demandada recurre la sentencia al considerar que las fincas objeto de litigio resultaban perfectamente divisibles. La Audiencia Provincial considera inviable la división material de las fincas, no sólo porque se mermaría considerablemente el valor de las mismas, sino también porque el resultado de tal división incumpliría la normativa urbanística. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto, considerando que la enajenación de las fincas era la solución más viable y que menores perjuicios ocasionaba a ambas partes.

NOTA.—El Tribunal Supremo en la Sentencia que anotamos no hace más que aplicar la doctrina jurisprudencial existente hasta el momento en materia de indivisibilidad jurídica de un bien en copropiedad. La indivisibilidad jurídica de la finca es un concepto distinto de la mera indivisibilidad material. Cuando se habla de indivisibilidad jurídica se hace referencia a la imposibilidad de dividir la finca sin infringir, con tal división, la normativa administrativa, hacer la cosa inservible para el uso al que se la destina o minusvalorar la cosa como consecuencia de tal operación. Este concepto es utilizado por el Tribunal Supremo para negar la división, al considerarla inviable por existir problemas de índole funcional y urbanístico, y limitar de forma considerable el acceso a las fincas. (L.Z.G.)

29. Acción de deslinde. Función.—La necesidad del deslinde se produce por la imposibilidad de la parte actora de determinar de modo exacto en su demanda por la indefinición material del lindero—hasta dónde llega físicamente su propiedad y, en consecuencia, poder identificar con precisión cuál es la porción de terreno que posee indebidamente la parte demandada, pues en caso de que pudiera hacerlo procedería el ejercicio de la reivindicatoria con adecuada identificación del terreno reclamado. En el caso del deslinde, la parte actora conoce la extensión que figura en su título y, en su caso, la que aparece en el de su colindante, pero a falta de fijación del lindero exacto sobre el terreno y de acuerdo entre las partes sobre ello, resulta necesario confrontar los títulos con la realidad física y proceder en consecuencia a fijar la línea perimetral común a ambas fincas que resulta indicada por aplicación de las normas del CC.

Ejecución del deslinde. Artículos 385 y 387 CC.—En virtud del artículo 385 CC el deslinde se hará en conformidad con los títulos de cada propietario y, a falta de títulos suficientes, por lo que resultare de la posesión en que estuvieren los colindantes. El artículo 387 CC, por su parte, aporta la solución de atender a los títulos si fueren suficientes y si los mismos indicasen un espacio mayor o menor del que comprende la totalidad del terreno, distribuir proporcionalmente el aumento o la falta. (STS de 18 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Hasta el día 14 de octubre de 1959 existía una finca perteneciente a varios propietarios quienes, mediante manifestación directamente efectuada ante el Registrador de la Propiedad, dividieron esa finca original en tres, que pasaron a ser las números 5.500, 5.502 y 5.503. Son las primeras dos fincas las que interesan a efectos del presente litigio. Y así, la finca 5.502 tenía como límite Sur y Este únicamente a la finca 5.500.

La finca 5.502 fue adquirida mediante adjudicación directa de la Tesorería General de la Seguridad Social por la mercantil demandante el día 8 de noviembre de 1995, sin que hubiera llegado, sin embargo, a ostentar su posesión.

La finca 5.500 fue adquirida mediante contrato de fecha 1 de marzo de 1985 por la demandada.

Las fincas cuyo deslinde se ventila en el presente litigio, sufrieron diversas vicisitudes que nos limitaremos a resumir brevemente.

De la finca 5.502 se segrega, en la parte norte, una finca en el año 1968.

De la finca 5.500 se segrega una finca en el año 1961; y en el año 1997 la demandada cede al Ayuntamiento una parte de la finca 5.500.

Partiendo de tales hechos, y tras diversos cálculos, no siempre claros a juicio de quien realiza el presente extracto, considera la Audiencia que, siendo algo inferior la cabida total real de ambas fincas que la cabida total registral derivada de los títulos, la falta debe distribuirse proporcionalmente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 387 del CC. La Audiencia considera que ha de estarse al concreto deslinde propuesto por el perito de designación judicial. El Tribunal Supremo confirma dicha decisión. (B. G. F.)

30. Propiedad horizontal. Cambio de uso de los trasteros bajo cubierta permitido en los Estatutos. Alteración de elementos comunes, consecuencia ineludible del ejercicio de la facultad concedida al propietario en el título constitutivo. Inexistencia litis consorcio pasivo necesario si varios copropietarios ejecutan obras similares.—El título constitutivo o los estatutos pueden permitir la conversión del uso de cualquier elemento de la propiedad horizontal, distinto del inicialmente configurado, y este cambio puede ser realizado por su propietario sin necesidad de consentimiento de la Comunidad siempre que no se afecte a la seguridad o estabilidad del edificio, aspecto éste que sí puede y debe controlar la comunidad de propietarios para evitar los posibles excesos en su ejecución.

La ejecución de las obras permitidas en el título constitutivo puede afectar a la configuración externa del edificio y a ciertos elementos comunes, al ser esta afectación una consecuencia ineludible del ejercicio de la facultad concedida al propietario en el título constitutivo.

Aunque varios copropietarios hayan realizado obras semejantes, no puede entenderse que exista litis consorcio pasivo necesario. Para que se estime mal constituida la relación jurídico-procesal es preciso que no hayan sido convocadas al litigio cuantas personas concretas puedan resultar afectadas por la decisión judicial. En este supuesto no puede haber una situación litis-consorcial necesaria porque no hay un vínculo legal, ni una relación inescindible que haga necesaria la presencia de los dos comuneros que han llevado a cabo actuaciones independientes en sus respectivas propiedades, sin vinculación alguna entre ellos. El único legitimado pasivamente para soportar la correspondiente acción es el copropietario ejecutor de las obras cuestionadas, sin que haya necesidad de demandar a los otros copropietarios, por más que estos hayan ejecutado obras similares. (STS de 1 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En el título constitutivo de la propiedad de la Comunidad de Propietarios X., consta que cualquier copropietario puede, sin consentimiento de la Comunidad y de ningún propietario singular, efectuar las obras provisionales o definitivas de cerramiento de la terraza, mediante cualquier tipo de elemento arquitectónico, siempre que se cuente, cuando sea necesario, con la preceptiva licencia municipal. También se autoriza al dueño de cualquier elemento de la división horizontal a atribuirle un uso diferente al que inicialmente tiene, especialmente para convertir en vivienda o local comercial cualquier elemento de la propiedad horizontal, sin necesidad de consentimiento de los demás propietarios de elementos del edificio o de la Junta de Propietarios, con tal de que el nuevo uso no contravenga ninguna disposición legal o administrativa, ni se produzca en las plazas de aparcamiento del garaje o en los trasteros del sótano y entreplanta del edificio.

La demandada Dña. C., es propietaria de un apartamento en la Comunidad de Propietarios demandante, además tiene el uso y disfrute exclusivo y excluyente sobre la terraza existente encima del mismo y el mismo derecho sobre noventa metros cuadrados de superficie de la terraza existente en la cubierta. Dña. C. al amparo de las cláusulas estatutarias indicadas procedió a efectuar las obras pertinentes que le permitían el uso de la superficie bajo cubierta de su propiedad como ático, para cuya realización obtuvo la correspondiente licencia municipal

Ante estos hechos, la Comunidad de Propietarios solicita a Dña. C. que restituya el trastero de su propiedad y la terraza del edificio a su estado primitivo, efectuando para ello las obras precisas. La demandada contesta a la demanda oponiéndose a la pretensión de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima, absolviendo a la demandada de todos los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante. (*M. I. M. P.*)

31. Propiedad horizontal. Obras permitidas en los Estatutos para facilitar la explotación de locales. Alteración de elementos comunes: obras que exceden de la facultad otorgada en el título. Inexistente abuso de derecho al pedir la demolición de las obras. Consentimiento tácito de la Comunidad a tales obras.—La autorización contenida en los Estatutos para ejecutar obras en el interior de los locales trata de favorecer su explotación, sin ella se limitaría la posibilidad de su utilización comercial, al exigirse el consentimiento unánime de todos los propietarios para la realización de obras de ese género. Sin embargo dicha autorización estatutaria no debe entenderse exenta de limitaciones, resulta inadmisibles que tales obras afecten a elementos comunes, ello desconocería la esencia del régimen de propiedad horizontal que impone a los dueños de espacios privativos limitaciones para realizar alteraciones en elementos comunes.

Aunque las obras realizadas no causen ningún daño a la seguridad del edificio, no resulta abusivo instar su demolición cuando éstas chocan con

el prevalente respeto a los elementos comunes y con la necesidad de impedir actuaciones indiscriminadas y fuera de control de cada uno de los comuneros.

Respecto del consentimiento tácito como determinante de la renuncia al derecho a impugnar las obras realizadas, reitera el Tribunal Supremo su doctrina jurisprudencial que exige el transcurso pacífico de largo tiempo sin formular reclamación alguna. (**STS de 13 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Dña. L. realiza una serie de obras tendentes a adecuar el local de su propiedad como balneario urbano spa. Estas obras han consistido en la construcción de un refuerzo mediante perfiles de acero y a modo de estructura (vigas y pilares) en la planta destinada a garaje, adosadas a las paredes y techo, así como la colocación de un pilar metálico en el hueco de escalera y la construcción de un altillo utilizando vigas y viguetas con demolición en parte del forjado doble para ganar altura. También se procedió a la colocación de una red de tuberías en los elementos comunes del edificio.

La Comunidad de Propietarios demanda que las obras ejecutadas por Dña. L. sean demolidas y reparados los daños y perjuicios causados. La demandada contesta a la demanda oponiéndose a la pretensión de demolición y allanándose a la pretensión indemnizatoria.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, y condena a la demandada a demoler el refuerzo y los pilares y vigas colocadas y a retirar la instalación de tuberías instalada por el techo de local destinado a garaje y la conexión de agua. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo desestima, confirmando la resolución de Primera Instancia al estimar que no hubo consentimiento tácito de la Comunidad y que los Estatutos de la Comunidad no autorizan a realizar las obras objeto del proceso, al resultar acreditado que éstas afectan directamente a la estructura y configuración de elementos comunes del edificio. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada al estimar que las obras realizadas comportan una alteración estructural y una ocupación de elementos comunes inadmisibles, aunque ello no repercuta en la seguridad del edificio por el detrimento que esta actuación supone para los otros copropietarios o la propia comunidad que no podrá en el futuro tener la libre disposición del espacio indebidamente ocupado. (*M. I. M. P.*)

32. Propiedad horizontal. Realización de obras de alteración en la fachada del edificio por los titulares de locales comerciales. Inaplicación artículos 581 y 541 CC.—Dichos preceptos, reguladores de las servidumbres, se refieren al derecho del dueño de un propietario de una pared no medianera y contigua a finca ajena a abrir huecos o ventanas y definen los signos aparentes de servidumbre. No son aplicables, por tanto, a los derechos de un propietario que tiene su local en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal: en concreto, la apertura de huecos realizada por el propietario de un local, nada tiene que ver con un derecho de servidumbre.

Propiedad horizontal. Realización de obras de alteración en la fachada del edificio por los titulares de locales comerciales. Excepciones a la regla de la unanimidad de la Junta de Propietarios.—Con carácter general el artículo 12 LPH, en relación con la regla primera del artículo 17 LPH, exige la unanimidad de la Junta de propietarios para adoptar acuerdos que impliquen una modificación de los elementos comunes, por constituir una modificación del título constitutivo [SSTS de 22 de octubre de 2008 (RC núm. 245/2003), de 15 de diciembre de 2008 (RC núm. 861/2004) y de 17 de febrero de 2010 (RC núm. 1958/2005)].

Esta doctrina general ha sido matizada por la jurisprudencia de la Sala 1.^a Tribunal Supremo, que ha declarado que las exigencias normativas en materia de mayorías deben interpretarse de modo flexible cuando se trata de locales comerciales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal. Es muy frecuente que, en el momento de construirse los edificios, sus locales se configuren con una pared de ladrillo para que el adquirente adecue la fachada de acuerdo con las necesidades estéticas inherentes al negocio que se va a desarrollar. Los locales comerciales están destinados a albergar diferentes negocios, de modo que para su correcto desarrollo es necesaria la instalación de elementos externos tendentes a la captación de clientela, que necesariamente van a afectar a elementos comunes del edificio, y en especial a la fachada.

La STS de 11 de noviembre de 2009 (RC núm. 625/2005), así como la STS de 30 de septiembre de 2010 (RC núm. 1902/2006), declaran que no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, con fundamento en que los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales. De este modo, los propietarios de los locales comerciales situados en la planta baja pueden ejecutar obras que supongan la alteración de la fachada del edificio, siempre y cuando su realización no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general o perjudique los derechos de otros propietarios, cuando ello sea preciso para el desarrollo de su actividad comercial.

En definitiva, el fundamento esencial que permite prescindir de la regla general de la unanimidad para la realización de obras en la fachada se sustenta en la actividad económica a desarrollar en los locales comerciales, que precisarán escaparates o colocación de rótulos o cualquier otra actuación similar sobre la fachada para dar a conocer su negocio y permitir el desarrollo de su actividad. (**STS de 18 de mayo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal presentó demanda de juicio ordinario contra los propietarios de un local situado en los bajos del edificio, que habían realizado una serie de obras consistentes en la apertura de diferentes huecos en la fachada interior del edificio sin haber obtenido el consentimiento de la comunidad de propietarios.

Los demandados alegaron que no era preciso el consentimiento de la comunidad de propietarios e indicaron, entre otros extremos, que no estaban dando uso comercial al local, sino privado. En defi-

nitiva, se opusieron a la demanda y a su vez formularon demanda reconvenional

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la demanda reconvenional. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formalizado por los demandados.

Los demandados interponen recurso de casación alegando, en síntesis: (a) su derecho a abrir huecos y ventanas en su local al amparo de los artículos 581 y 541 CC, reguladores de las servidumbres; (b) la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto a si es necesario el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios para proceder a la válida modificación de la fachada del edificio, mediante la apertura de huecos o ventanas en la pared, cuando quien lleva a cabo resulta ser el propietario de un local comercial.

El Tribunal Supremo desestima el recurso al considerar que los motivos invocados no son aplicables al caso concreto, pues, como se recordará, los propios recurrentes admiten que el local está destinado a un uso privado, no comercial. (B. G. F.)

33. Realización de obras de alteración en la fachada del edificio por los titulares de locales comerciales.—Con carácter general, para la realización de obras que afectan a elementos comunes de los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal es necesario el consentimiento unánime de todos los copropietarios (SSTS de 15 de diciembre de 2008 o de 17 de febrero de 2010). Sin embargo en situaciones en las que los propietarios de locales comerciales precisan la apertura de huecos en la fachada del edificio, el Tribunal Supremo considera que las exigencias normativas en materia de mayorías deben ser interpretadas de modo flexible. Los locales comerciales están destinados a albergar diferentes negocios, de modo que para su correcto desarrollo es necesaria la instalación de elementos externos tendentes a la captación de clientela, que necesariamente van a afectar a elementos comunes del edificio, y en especial a la fachada. Aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, en atención a la naturaleza de la actividad que se vaya a llevar a cabo en los locales. Estos argumentos permiten que los propietarios de los locales comerciales situados en la planta baja puedan llegar a ejecutar válidamente obras adecuadas a las necesidades de la actividad comercial a desarrollar, que supongan la alteración de la fachada del edificio, siempre y cuando su realización no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general o perjudique los derechos de otros propietarios, sin el requisito del consentimiento unánime de los copropietarios. (STS de 1 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una Comunidad de vecinos viene manteniendo múltiples litigios con la entidad mercantil propietaria de los locales 5, 6, 7 y 8, lo que motivó que, a través de su Presidente entablara negociaciones al objeto de zanjar tan desagradable y antieconómica situación. Fruto de dicha negociación, se celebró Junta General Extraordinaria el día 18 de marzo de 2005, a la que asistieron los

propietarios actores. En ella se acordó por unanimidad facultar al Presidente para consensuar un acuerdo con la mercantil que respetase la cesión de un local y una terraza, y autorización de comunicación interna de locales. Avanzando en el proceso transaccional, se celebró Junta General Extraordinaria el día 3 de diciembre de 2005, donde por mayoría –y con expreso voto en contra de uno de los actores– se ratificó nuevamente lo antes aprobado por unanimidad, con la añadidura, en uno de los puntos, de que la cesionaria podría, en referencia al uso de terraza y unión de locales, aperturar luces de la forma más amplia posible en la fachada del local 7, así como colocar rejas de seguridad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda en la que se solicitaba que se declarara la nulidad de todos los acuerdos adoptados en la segunda Junta extraordinaria, por no haberse obtenido la unanimidad necesaria para su válida aprobación. Tras analizar el acuerdo impugnado, consideró que casi todos los acuerdos ya se habían aprobado unánimemente por la comunidad en la Junta anterior. Por ello, únicamente declaró la nulidad de uno de los acuerdos que entendió que no era reflejo de los aprobados previamente por unanimidad: el que autorizaba al cesionario a abrir luces de la forma más amplia posible en la fachada del local 7 en función de sus intereses.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso formalizado por la parte actora y estimó en parte el formalizado por la comunidad demandada. Llegó a la misma conclusión que el Juzgado de Primera Instancia, pero en relación con el acuerdo conflictivo, señaló que la apertura de huecos en la fachada del edificio realizada por el propietario de un local comercial no exigía el consentimiento unánime del resto de los copropietarios para su válida ejecución. No obstante, la Audiencia subrayó la necesidad de condicionar la facultad del propietario del local de abrir huecos en la fachada, a que las obras que se realizaran preservaran en todo caso la seguridad estructural del edificio.

La parte actora formalizó recurso de casación, alegando la infracción del artículo 17 LH, en relación con el artículo 12 de la misma ley, así como de la jurisprudencia que lo interpreta y desarrolla. El motivo es desestimado por el Alto Tribunal, que se pronuncia en el mismo sentido que la Audiencia Provincial. (*S. L. M.*)

34. Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdos. Las cláusulas estatutarias de exoneración de gastos basadas en el no uso del servicio por los locales, comprenden tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios.—El Tribunal Supremo reitera su interpretación de las cláusulas contenidas en los Estatutos de la Comunidad de Propietarios que exoneran a los propietarios de los locales comerciales de contribuir a los gastos por los servicios que no utilicen. Tal exoneración no debe ser interpretada restrictivamente, comprende no sólo los puros y simples gastos de conservación y mantenimiento, sino que debe interpretarse extensivamente. El no uso del ascensor; origina que dichos propietarios deban quedar exonerados de contribuir a los gastos derivados de dicho servicio, incluidos los originados por su reforma o sustitución, al resultar evidente que la intención de los Estatutos comunita-

rios fue la de exonerar a los locales de todo gasto ordinario o extraordinario derivado de los servicios que no se utilicen con el fin de respetar el principio de equidad. (STS de 7 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D. A. demanda a la Comunidad de Propietarios X., solicitando la nulidad del acuerdo que le obliga, como propietario de locales, a contribuir al gasto de la sustitución del ascensor y a que le sea devuelto el depósito de 900 euros efectuado para el supuesto de tener que contribuir a dichos gastos. La Comunidad demandada contesta a la demanda oponiéndose a la pretensión de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por apreciar procedente que el actor contribuya a los gastos de sustitución del ascensor por considerar que esta obligación se encuentra implícita en su condición de copropietario de los elementos comunes del inmueble, y que la cláusula estatutaria sólo le exonera de la contribución a los gastos periódicos y ordinarios de los servicios que no utilice, entre los que no se incluye la sustitución del ascensor para su adecuación a la normativa vigente. Interpuesto recurso de apelación por el actor, la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia dictada en primera instancia. El Tribunal Supremo casa la Sentencia recurrida así como la dictada por el Juzgado de Primera Instancia y, en su lugar, estima la demanda formulada contra la Comunidad de Propietarios, y declara que el demandante no tiene obligación de abonar cantidad alguna correspondiente a los gastos para la sustitución del ascensor, debiendo devolverse el depósito efectuado al considerar que las exenciones genéricas de gastos que afectan a los locales contenidas en las cláusulas estatutarias con apoyo en el no uso del servicio, comprenden tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios. (M. I. M. P.)

35. Propiedad intelectual. Protección de los derechos exclusivos. Indemnización: art. 140 LPI. Reproducción de obras en porcentajes superiores al 10% de la licencia tipo.—Esta cuestión fue resuelta en la STS de 17 de mayo de 2010, que fijó como doctrina jurisprudencial que «la indemnización que debe fijarse al amparo del artículo 140 LPI por reproducción sin autorización por medio de fotocopias en establecimientos abiertos al público con arreglo a las tarifas generales de la sociedad demandante CEDRO, cuando esta se acoge a la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, debe fijarse en el importe de la tarifa general fijada para la autorización de reproducciones del 10% de las obras, multiplicado por cinco. Si se prueba de manera suficiente que el porcentaje de promedio de reproducción de todas las obras fotocopiadas es inferior o superior al 50% de las obras la tarifa podrá multiplicarse por un coeficiente superior o inferior, y no podrá exceder de diez veces su importe». (STS de 6 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La entidad de gestión CEDRO interpone demanda contra el titular de un establecimiento comercial en que se realizaba reprografía no autorizada de obras. Se interesaba la condena del

demandado a indemnizar, en concepto de daños y perjuicios, en la cantidad que resultara de multiplicar por diez el importe resultante de aplicar las tarifas generales de CEDRO al número, modelo y características de las máquinas fotocopiadoras existentes en el establecimiento del demandado durante el ejercicio en el que constaba que había realizado dicha actividad ilícita, optando por reclamar la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación.

El Juzgado de lo Mercantil estimó parcialmente la demanda, sin aplicar ningún tipo de coeficiente multiplicador. La Audiencia Provincial revocó en parte la sentencia recurrida, en el sentido de aplicar el propuesto por la demandante. (S. M. S.)

36. Propiedad intelectual. Protección de los derechos exclusivos. Indemnización: artículo 140 LPI. Reproducción de obras en porcentajes superiores al 10% de la licencia tipo.—La contradicción jurisprudencial existente ha sido resuelta ya por la STS de 17 de mayo de 2010, en la que se sienta la siguiente doctrina unificadora: La indemnización que debe fijarse al amparo del artículo 140 LPI por reproducción sin autorización por medio de fotocopias en establecimientos abiertos al público con arreglo a las tarifas generales de la sociedad demandante CEDRO, cuando ésta se acoge a la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, debe fijarse en el importe de la tarifa general aprobada para la autorización de reproducciones de 10% de las obras, multiplicado por cinco. Si se prueba de manera suficiente que el porcentaje de promedio de reproducción de todas las obras fotocopias es inferior o superior al 50% de las obras la tarifa podrá multiplicarse por un coeficiente superior o inferior, y no podrá exceder de diez veces su importe. (STS de 8 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El objeto del proceso versa sobre la infracción de los derechos de autor mediante la actividad de fotocopiado en establecimiento abierto al público de obras impresas, y concretamente sobre la fijación de la indemnización a percibir por la entidad de gestión CEDRO cuando opta por la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación. En primera instancia se estimó en parte la demanda deducida por CEDRO y, apelado el fallo por ambas partes, se estimó el recurso presentado por la entidad de gestión. Presenta recurso de casación la parte demandada. (S.M.S.)

37. Acción declarativa de la prescripción de la acción hipotecaria. Legitimación actica y diferencias con las acción de rectificación.—Ante una dificultad para identificar cuál es la acción ejercitada, el Tribunal Supremo aclara que ha de estarse siempre al suplico de la demanda, pues es éste el que marca cuál es la efectiva acción que se ejerce. Con ello, el Tribunal Supremo elimina la necesidad de la *editio actionis* romana, que exigía la identificación formal de la acción. Cuando la acción ejercitada es la declaración de prescripción, la petición requiere del ejercicio de la acción contradictoria del derecho real de hipoteca inscrito, cumpliendo con ello con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 38 LH. Entiende el Tribunal Supremo

que la referencia del artículo 38 LH a la demanda de nulidad o cancelación del asiento registral no limita la legitimación activa, sino que se entiende cumplida en quien ejercita la acción principal relativa al derecho real. Por tanto, la legitimación activa es distinta a la exigida por el artículo 40 LH para la acción de rectificación, que sólo da legitimación al titular registral.

Prueba documental mediante escritura pública de hipoteca.—El derecho al empleo de medios de prueba pertinentes e idóneos para acreditar los hechos base fáctica de la pretensión es un derecho constitucional que no puede obviarse. En un supuesto de hecho consistente en la prescripción de la acción hipotecaria, el título de hipoteca cuya prescripción se mantiene es un medio pertinente, por esencial para la apreciación o no de un acto interruptivo de la hipoteca. De no admitirse éste se estarían infringiendo los artículos 281 y 283 LEC, así como el artículo 24 CE. **(STJ de 27 de mayo de 2011;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El proceso viene referido a un préstamo con garantía hipotecaria concedido por resolución de 1973 por el Fondo Nacional de Protección al Trabajo —dependiente actualmente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que es la parte demandada— formalizado en escritura pública otorgada el 29 de octubre de 1973. El préstamo vencía a los diez años, amortizable en diez anualidades. éste se concedió a la entidad Cooperativa LT, sobre cuya fábrica se constituyó la hipoteca. La entidad COR, S.L. compró la finca hipotecada a la cooperativa, en escritura de 10 de abril de 2002 y, en septiembre de ese mismo año, la vendió a TGI, S.L. En septiembre de 2001 se expide certificación de cargas y por resolución del Ministerio se da por vencido el préstamo.

La entidad COR, S.L. interpuso demanda, cuyo suplico tenía el siguiente tenor; «1.º Declarar extinguida por prescripción de la acción hipotecaria la hipoteca. 2.º Ordenar la cancelación de la citada hipoteca, librando mandamiento del Registro de la Propiedad».

Las sentencias de primera y segunda instancia han desestimado dicha demanda por falta de legitimación activa, aplicando el artículo 40 LH, que dispone que la rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no está inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial se formularon por la parte demandante sendos recursos por infracción procesal y de casación. El Tribunal Supremo estima ambos recursos. Respecto del recurso por infracción procesal, entiende que la aportación de la escritura pública cuya extinción se pretende es un medio de prueba pertinente y útil. Respecto del recurso de casación, entiende que, a la vista del suplico de la demanda anteriormente reproducido, la acción ejercitada no es la de rectificación que el artículo 40 LH contempla, sino la acción declarativa de la prescripción de la acción hipotecaria, contemplada en el artículo 1964 CC, cuya legitimación activa es diferente. Por ello, el Tribunal Supremo ordena que se dicte nueva sentencia sobre el fondo (prescripción de la hipoteca y subsiguiente cancelación de su inscripción registral) partiendo de la legitimación activa de la entidad demandante. (G. M. A.)

38. Doble inmatriculación. Necesaria prueba de la identidad de las fincas.—El Tribunal Supremo vuelve a reiterar que la doble inmatriculación es una situación patológica que se produce en el Registro de la Propiedad, consistente en que una misma finca conste inmatriculada dos veces en folios diferentes y con distinto número. Esta situación genera una situación irregular que, como contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asientos. El artículo 313 RH contempla tal situación, regula los trámites para conseguir la concordancia del Registro con la realidad y, a falta de acuerdo, reserva a los interesados, titulares registrales contradictorios, las acciones de que se consideren asistidos sobre declaración del mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente.

Para ejercitar con éxito esta acción declarativa que prevé el artículo 313 RH derivada de una doble inmatriculación es presupuesto necesario la prueba del dominio y la coincidencia de las fincas en cuestión. Si resulta probado que las dos fincas no coinciden, no hay una doble inmatriculación. (**STS de 2 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los demandados adquirieron la finca objeto de la controversia a través de una escritura de herencia. A juicio de los demandantes existe una doble inmatriculación registral y solicitan que se declare su existencia y se proceda a anular la hoja registral abierta a favor de los demandados.

Los demandados contestan a la demanda oponiéndose a la pretensión de los actores.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda por no resultar acreditado que la finca registral de la demandada fuera físicamente la misma que la de los demandados. Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Audiencia Provincial lo desestima y ratifica lo declarado por el Juzgado de que ambas fincas son distintas, que no coinciden ni en la superficie, ni en los linderos, ni en los datos que constan en las escrituras públicas que a ellas se refieren. El Tribunal Supremo, tras estimar probado la falta de coincidencia de las fincas, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante. (*M. I. M. P.*)

39. La doble inmatriculación.—Según el Tribunal Supremo, se trata de una situación patológica que se produce en el Registro de la Propiedad, consistente en que una misma finca consta inmatriculada dos veces en folios diferentes y con distinto número. Se genera una situación irregular que, como contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asistentes. En el campo del Derecho Civil, son dos los criterios sentados por la doctrina de esta Sala (ej.: SSTS de 30 de noviembre de 1989 y de 30 de diciembre de 1993): *a)* el de la prevalencia de la hoja registral de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al Derecho Civil, pero con abstracción de las normas inmobiliarias registrales; *b)* el de la prevalencia de la hoja registral de finca cuya inmatriculación sea

más antigua por ser la primera que acudió al Registro en orden al tiempo. La regla general la constituye el primero de los criterios jurisprudenciales, y solo para ciertos casos en los que concurran circunstancias cuyos particulares será en los que se puede aplicar el segundo criterio. Conforme al primer criterio, la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular, porque la protección a uno de los titulares supondría para el otro el desconocimiento de los mismos principios básicos de la publicidad, legitimación y prioridad. De atenernos a este segundo criterio hubiese bastado que el legislador así lo hubiere sancionado y de no hacerlo lo que no cabe pensar es que lo remitiera a un juicio ordinario declarativo. (STS de 3 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Por la parte demandante se ejercitó la acción reivindicatoria y la prevalencia en la doble inmatriculación respecto a una determina finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Almería, frente a don X, titular de la misma finca en el mismo Registro, el cual formuló demanda reconvenzional ejercitando acción declarativa de dominio respecto a su finca e interesando la declaración de prevalencia sobre la finca del actor. Ambas accedieron al Registro de la Propiedad al amparo del artículo 205 LH.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que el demandado era poseedor de la finca antes que el demandante. Entiende que aquél ha demostrado su mejor condición en el título de dominio sobre su finca, frente a la finca registral del actor, debiendo procederse, como impone el artículo 38 LH, a la cancelación del asiento correspondiente a esta finca. Igualmente, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación planteado por el actor.

El actor formula recurso de casación, basado en dos motivos: 1) la presunción de exactitud registral y la normativa sobre la doble inmatriculación; 2) la usucapión. Respecto al primero de ellos, alega como vulnerados los artículos 34, 35 y 36 LH, en relación con los supuestos de doble inmatriculación del artículo 313 del RH. Según el Tribunal Supremo, la cuestión de la prevalencia del mejor derecho en caso de doble inmatriculación no se resuelve por normas hipotecarias, sino por la normativa de Derecho civil. Aquéllas se neutralizan y conforme a ésta, se llega a la conclusión del mejor derecho de dominio de la parte demandada. Por otro lado, apunta el Alto Tribunal que no cabe la alegación del artículo 34 LH, ya que el principio de la fe pública registral, aspecto de la general presunción de exactitud registral, se puede aplicar a ambos litigantes y, en consecuencia, queda neutralizado. De ahí que acabe desestimando el recurso de casación del actor. (S. L. M.)

40. La doble inmatriculación.—La doble inmatriculación se produce cuando una misma finca consta inmatriculada en el Registro de la Propiedad dos veces en folios diferentes y con distinto número. Se genera, entonces, una situación irregular que, al ser contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asientos. A esta

cuestión se refiere el artículo 313 del RH: los titulares registrales contradictorios disponen de las acciones sobre declaración del mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente.

En el campo del Derecho Civil, son dos los criterios sentados por la doctrina del Tribunal Supremo: *a)* el de la prevalencia de la hoja registral de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al Derecho Civil, abstractándose de las normas inmobiliarias registrales; *b)* el de la prevalencia de la hoja registral de finca cuya inmatriculación sea más antigua por ser la primera que acudió al Registro en orden de tiempo. El criterio prioritario es el primero, pues de haber querido aplicar el segundo, el legislador lo habría establecido. Conforme a este primer criterio, la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular, pues la protección a uno de los titulares supondría para el otro el desconocimiento de los mismos principios básicos de la publicidad, legitimación y prioridad. Las SSTS de 30 de diciembre de 1993 y de 29 de mayo de 1997 utilizan como criterio accesorio el de la inmatriculación anterior del título.

La presunción de exactitud registral.—Esta presunción es esencial para la eficacia del Registro de la Propiedad. Se traduce en el principio de legitimación registral (eficacia defensiva de la inscripción) recogido en los artículos 38, 97 y 1.3 LH, y el principio de fe pública registral (eficacia ofensiva de la inscripción), que proclaman los artículos 32 y 34 LH. Al ser esenciales, se exigen unos presupuestos de hecho que son inamovibles. El artículo 34 LH establece como presupuestos: la adquisición de quien aparece como titular registral con poder de disposición, a título oneroso, inscrito su derecho y todo ello con la concurrencia de la buena fe. Ésta no es un estado de conducta, sino de conocimiento e implica el desconocimiento de la inexactitud del Registro basado en el error o, en sentido positivo, creencia o confianza en la exactitud del Registro, y no sólo se refiere al desconocimiento total, sino también a la posibilidad de conocer la inexactitud del Registro. (STS de 13 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Se plantea un caso de doble inmatriculación. El demandante interpone demanda para defender su titularidad. Una de las codemandadas ejercita en demanda reconventional la acción declarativa de dominio de la misma finca alegando esencialmente que la adquirió por compraventa, es decir, a título oneroso, de titular registral, el otro codemandado, de buena fe e inscribió su derecho, por lo que tiene la protección del Registro de la Propiedad que el artículo 34 LH le confiere. Las sentencias del Juzgado Primera Instancia y de la Audiencia Provincial declaran probado que no hubo buena fe por parte del demandado-actor reconventional.

Se interpone recurso de casación por el comprador y por el vendedor mismo. El primero alega, principalmente, la infracción del artículo 34 LH. El Tribunal Supremo acoge la solución de la sentencia recurrida. A juicio del Alto Tribunal, el comprador principal no puede estar amparado en su titularidad por el artículo 34 LH, pues no procedió de buena fe, en el sentido de desconocimiento de la inexactitud registral, al omitirse las más elementales diligencias de aseguración y constatación de la titularidad del transferente, máxime en una operación con asesoramientos de profesionales

tanto jurídicos como técnicos del sector inmobiliario. Por tanto, no se puede otorgar a la recurrente la protección registral del precepto citado. En cuanto al recurso planteado por el vendedor, alega, entre otras cosas, la infracción del artículo 38 LH. Apunta el Tribunal Supremo que este precepto es expresión de la presunción de exactitud registral y se conoce como «principio de legitimación registral». Conforme a este principio, se presume que los derechos inscritos existen y pertenecen al titular registral, aunque se trata de una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario. Las sentencias de instancia han declarado que la inscripción de la finca de este recurrente está vacía de contenido. La prueba ha destruido la presunción del artículo 38 LH, por lo que el Tribunal Supremo desestima ambos recursos de casación. (S. L. M.)

41. Doble inmatriculación. Acción declarativa de dominio. La presunción de exactitud registral del artículo 38 LH.—El Tribunal Supremo vuelve a reiterar que la doble inmatriculación es una situación patológica que se produce en el Registro de la Propiedad cuando una misma finca consta inmatriculada dos veces en folios diferentes y con distinto número. Esta situación genera una situación irregular que, como contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asientos. El artículo 313 RH contempla tal situación, regula los trámites para conseguir la concordancia del Registro con la realidad y, a falta de acuerdo, reserva a los interesados, titulares registrales contradictorios, las acciones de que se consideren asistidos sobre declaración del mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente.

El artículo 38 LH no resulta de aplicación en los supuestos de doble inmatriculación, porque la normativa hipotecaria se neutraliza. Esta norma, expresiva de la presunción de exactitud registral y del principio de legitimación registral o eficacia defensiva de la inscripción, constituye una presunción *iuris tantum*, lo que determina que la protección que brinda el Registro de la Propiedad al titular inscrito cede ante la prueba en contrario.

La acción declarativa de dominio ejercitada ante la existencia de una doble inmatriculación, se debe resolver según reiterada doctrina jurisprudencial teniendo en cuenta dos criterios ordenados jerárquicamente. El primer criterio es estimar la prevalencia de la inscripción de la finca cuyo dominio sea de mejor condición conforme al Derecho civil puro, con omisión de las normas de índole hipotecaria, ya que la existencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular, porque la protección a uno de los titulares supondría para el otro el desconocimiento de los mismos principios básicos de la publicidad, legitimación y prioridad. Si el criterio anterior no bastara para la resolución del supuesto, subsidiariamente debe estimarse la prevalencia de la hoja registral de la finca cuya inmatriculación sea más antigua por ser la primera que acudió al Registro. (STS de 9 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La demandada adquirió unas fincas y declaró un exceso de cabida que hizo constar en el Registro, provocando una

doble inmatriculación de ese exceso de cabida en perjuicio de la demandante, la entidad M. D., S.L., que se ve obligada a ejercita una acción declarativa de dominio para que sea estimado su mejor derecho sobre ese exceso de cabida. La actora solicita que se declare, si procediera, la existencia de una doble inmatriculación parcial de la finca y que, en consecuencia, se declare nulo el exceso de cabida inscrito en el Registro de la Propiedad. También solicita la rectificación del antiguo asiento registral de la finca de los demandados, reduciendo la extensión objeto de la doble inmatriculación.

La demandada contesta a la demanda oponiéndose a la pretensión de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia que estima íntegramente la demanda, declara el dominio de la actora, la nulidad de la escritura pública donde surge la doble inmatriculación, ordena la rectificación del asiento reduciendo la cabida, e impone a los demandados las costas causadas. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia dictada en primera instancia. El Tribunal Supremo al estimar como hecho probado que la entidad actora ha demostrado la titularidad sobre la finca registral afectada por la doble inmatriculación y que sus límites están perfectamente identificados con la descripción que de la misma consta en la inscripción de la finca que es su antecedente, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (*M. I. M. P.*)

42. Normativa aplicable a la falta de resolución por la DGRN.

Según el TS, la aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral no puede aceptarse con carácter general. La función de calificación presenta particularidades de notoria importancia respecto del régimen de las actividades de las Administraciones Públicas. Estas particularidades justifican su tratamiento específico desde el punto de vista normativo y jurisdiccional. Desde este último punto de vista, la revisión de la actividad registral inmobiliaria no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino que es una de las expresamente atribuidas al orden jurisdiccional civil por razón de la naturaleza privada y patrimonial de los derechos que constituyen su objeto (art. 3.a LJCA). En consecuencia, entiende el Alto Tribunal que la naturaleza de acto administrativo que tienen las resoluciones de la DGRN por las que se resuelven recursos contra las calificaciones negativas de los registradores de la propiedad no permite, sin más, proyectar el régimen administrativo general sobre su regulación, pues esto podría determinar efectos incompatibles con los principios del sistema registral en el que se desenvuelve la función de calificación de los registradores y el examen de su legalidad por la jurisdicción civil.

Si no puede partirse de una aplicación automática del régimen administrativo, parece razonable esperar del legislador una remisión específica a los aspectos de dicho régimen que considere aplicables a la función registral. El artículo 327 LH contiene remisiones concretas al régimen administrativo, pero no se advierte una remisión de esta naturaleza con respecto al silencio administrativo, sino que los efectos del silencio se regulan de manera específica estableciendo que el recurso se entenderá desestimado por el transcurso de un determinado plazo. El legislador trata de destacar el carácter espe-

cífico del procedimiento de resolución de recursos por la DGRN, especialmente en materia de silencio administrativo, respecto del régimen administrativo general.

El Tribunal Supremo expone las siguientes razones: 1) se establece un régimen de caducidad automática del asiento de presentación en función de la extinción del plazo de interposición de la demanda civil contra la resolución de la DGRN (art. 327.11.º LH, según la redacción introducida por la Ley 62/2003), el cual tendría poco sentido en el caso de que la DGRN pudiera, y estuviera obligada, a dictar una resolución posterior en sentido contrario; 2) se establece el carácter potestativo del recurso ante la DGRN, como alternativa a la interposición de la demanda civil (art. 324.1 LH, según la redacción introducida por la Ley 24/2005) –la vía jurisdiccional como cauce específico para la revisión de la legalidad de la función de calificación por parte de los registradores de la Propiedad está expedida, a elección del legitimado, desde el primer momento–; 3) la posibilidad de que la DGRN pudiera modificar la decisión una vez transcurrido el plazo para resolver crearía una situación de inseguridad jurídica; 4) el sistema registral está encaminado a la protección de derechos de carácter privado, que no son los propios del interés general a cuya consecución va dirigida la actividad administrativa –mientras en la regulación general del silencio administrativo opera de manera prevalente la voluntad de favorecer al administrado frente al ejercicio de las potestades exorbitantes por parte de las Administraciones Públicas en su actividad encaminada a la protección del interés general, en el ámbito registral predomina la protección de los derechos de los terceros que, habiendo obtenido la inscripción de su derecho, pueden resultar afectados por el acceso al Registro de un derecho reconocido por la DGRN con carácter extemporáneo y, en algunos casos, con varios años de retraso respecto del momento en que debió decidirse el expediente–. **(STS de 18 de mayo de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–El 28 de mayo de 2002 fue otorgada escritura de préstamo hipotecario. La referida escritura pública fue presentada para inscripción en el Registro de la Propiedad. La inscripción interesada resultó denegada mediante nota de calificación negativa de fecha 9 de julio de 2002, por considerar el registrador insuficiente el mero juicio del notario autorizante en materia de representación según lo contenido en los artículos 18 LH y 98 Ley 24/2001, de 27 de diciembre. El notario autorizante interpuso recurso gubernativo ante la DGRN el día 16 de julio de 2002. Por medio de resolución de fecha 28 de marzo de 2005, la DGRN estimó el recurso y revocó la calificación del registrador al entender que el juicio de suficiencia contenido en la escritura es congruente y coherente con el negocio jurídico documentado en el título. Cuando recayó la resolución de la DGRN, los otorgantes de la escritura pública de préstamo hipotecario habían subsanado por su cuenta las deficiencias opuestas por el registrador y la escritura había sido inscrita al margen del recurso gubernativo interpuesto por el notario. El registrador de la propiedad formuló demanda de juicio verbal frente al notario y a la DGRN, en la cual interesaba que se confirmase la nota de calificación negativa y se dejase sin efecto la resolución expresa dictada por la DGRN, en fecha 28 de marzo de 2005, ya que dicha resolución se había dictado cuando ya había una resolución firme sobre la

materia, emanada de la DGRN, en vía de silencio, así como al hecho de que lo decidido contravenía lo dispuesto, en materia de representación, en la Resolución de 12 de abril de 2002.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Entendió acreditada la falta de objeto del pleito, ya que la escritura sobre la que se emitió la nota negativa de calificación fue subsanada con posterioridad y accedió finalmente al Registro de la Propiedad, por lo que, no existía controversia que resolver.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el registrador y desestimó el interpuesto por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Revocó la sentencia recurrida en el sentido de estimar la demanda formulada por el registrador contra la DGRN y contra el notario, y acordó dejar sin efecto la resolución de fecha 28 de marzo de 2005. En síntesis, mantiene la Audiencia Provincial que resulta de aplicación el artículo 327.9 LH, el cual fija un plazo de caducidad de tres meses para resolver sobre los recursos gubernativos interpuestos, por lo que, la resolución extemporánea y estimatoria del recurso planteado por el notario autorizante, dictada por la DGRN, en fecha 28 de marzo de 2005, carece de efectos.

La DGRN interpone recurso de casación por infracción del artículo 327.10.º LH. Según la DGRN, la LH no establece especialidad alguna en el régimen general del silencio administrativo. Defiende una interpretación del silencio negativo de conformidad con los preceptos administrativos vigentes. Sin embargo, el Alto Tribunal entiende que el transcurso del plazo impuesto a la DGRN en el artículo 327.9 LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador, determina que se entienda desestimado el recurso y comporta la nulidad de una resolución del recurso recaída con posterioridad al transcurso de este plazo. En este caso, interpuesto por el notario recurso gubernativo ante la DGRN el día 16 de julio de 2002 frente a la calificación negativa del registrador, la DGRN no resolvió expresamente en el plazo de tres meses establecido en el artículo 327.9.º LH, sino que lo hizo en fecha de 28 de marzo de 2005, esto es, casi tres años después de la interposición del recurso gubernativo. Por tanto, no constando resolución expresa en el plazo de los tres meses indicados, se ha de entender desestimado el recurso gubernativo por vía de silencio, quedando sin efecto la resolución dictada en 2005. De ahí que al Alto Tribunal concluya desestimando el recurso. (S. L. M.)

43. Aplicación supletoria de las normas del procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral: régimen general del silencio administrativo.—El transcurso del plazo impuesto en el artículo 327, párr. 9.º LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador, determina que se entienda estimado el recurso y comporta la nulidad de una resolución del recurso recaída con posterioridad al transcurso de este plazo.

La revisión de la actividad registral inmobiliaria no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino que es una de las expresa-

mente atribuidas al orden jurisdiccional civil por razón de la naturaleza privada y patrimonial de los derechos que constituyen su objeto (art. 3.a LJCA).

La naturaleza de acto administrativo de las resoluciones de la DGRN por las que se resuelven recursos contra las calificaciones negativas de los registradores no permite proyectar el régimen administrativo general sobre su regulación, pues esto podría determinar efectos incompatibles con los principios del sistema registral en el que se desenvuelve la función de calificación de los registradores y el examen de su legalidad por la jurisdicción civil.

Si no puede partirse de una aplicación automática del régimen administrativo, parece razonable esperar del legislador una remisión específica a los aspectos de dicho régimen que considere aplicables a la función registral. Concretamente, los efectos del silencio se regulan de manera específica estableciendo que el recurso se entenderá desestimado por el transcurso de un determinado plazo. En definitiva, pues, en el ámbito registral predomina la protección de los derechos de los terceros que, habiendo obtenido la inscripción de su derecho, pueden resultar afectados por el acceso al Registro de un derecho reconocido por la DGRN con carácter extemporáneo. (**STS de 31 de mayo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En 2003 se otorgó escritura pública en la que se documentaba el cambio de uso de un apartamento de local a vivienda. No obstante, la inscripción resultó denegada mediante nota de calificación negativa de fecha 22 de julio de 2003 por considerarse que no se contaba con la licencia que requería el cambio de destino. La interesada interpuso recurso gubernativo ante la DGRN el 29 de julio de 2003. Por medio de la resolución de fecha de 9 de mayo de 2005, la DGRN estimó el recurso y revocó la calificación del registrador. El registrador formuló demanda contra la DGRN, solicitando que se confirmase la nota de calificación negativa y se dejase sin efecto la resolución expresa de la DGRN.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda por entender que la calificación del registrador era ya firme. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia dictada en Primera Instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la DGRN. (*M. C. C. M.*)

5. DERECHO DE FAMILIA

44. Divorcio: Efectos respecto de los hijos: Padre procesado por exhibicionismo, luego absuelto: Derecho de visita: Interés del menor.—La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público; se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio e impone a los jueces y tribunales, según establecen los artículos 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección. Por esta razón, en este punto no rige el principio de justicia rogada. En este caso, el interés de la menor ya está protegido puesto

que en el momento de interponerse el recurso de casación, estaba suspendido el régimen de visitas establecido en la Sentencia de la Audiencia Provincial.

Absolución penal del padre.—El padre recurrido ha aportado la sentencia en la que se le absolvía del delito de exhibicionismo —no de abusos sexuales, como afirma la recurrente—; la absolución determina que el planteamiento del propio recurso haya perdido interés, ya que lo que se pide a este Tribunal carece de utilidad al haber sido absuelto el padre de la menor del delito que se le había imputado.

Procedimientos sobre guarda y custodia: Cambio de circunstancias.—Las resoluciones dictadas en los procedimientos sobre guarda y custodia de menores siempre pueden ser modificadas cuando se produzca un cambio de circunstancias, por lo que estos procedimientos están siempre abiertos al cambio de las resoluciones adoptadas y en ellos no rige el principio de justicia rogada, teniendo el juez a su disposición una absoluta libertad de medios probatorios (art. 752 Lec y STS 28 septiembre 2009). Por ello las decisiones tomadas hasta el momento para la guarda y custodia de la menor pueden ser modificadas cuando se demuestre que resulte conveniente al interés de la niña un régimen u otro de visitas y guarda y custodia, puesto que en este punto la única utilidad a tener en cuenta es la del menor y no la de los padres, como ha sido repetidamente puesto de relieve por esta Sala en sentencias recientes (SSTS de 31 de julio y de 28 de septiembre 2009, de 11 de marzo y de 1 de octubre 2010 y de 11 febrero de 2011, entre otras) (**STS de 25 de abril de 2011**; No ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (*G.G.C.*)

45. Divorcio: Atribución de la vivienda: El artículo 96 no admite limitaciones temporales.—El artículo 96 CC establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden; se trata de una regla taxativa que no permite interpretaciones temporales limitadoras; incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación, y por ello los ordenamientos españoles que han regulado la materia han adoptado esta regla (así el artículo 233-20-1 CCcat). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio, o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

La Sentencia recurrida impone un uso restringido en el tiempo de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de guarda y custodia, se mantiene «al objeto de que al tiempo de la deseable liquidación de la sociedad conyugal se reparta el patrimonio acumulado eliminando la carga que siempre supone el mantenimiento de la vivienda familiar», momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la s. recurrida. Y aunque ésta pudiera llegar a ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos a la ley (art. 117.1 CE). Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa se opone al artículo 96.1 CC. En efecto,

esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá, a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (art.s 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del Menor. Esta doctrina se había proclamado ya, entre otras, en SSTs de 9 de mayo de 2007, de 22 de octubre y de 3 de diciembre de 2008, en las que se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios; y se ha formulado en STS de 1 de abril de 2011 que, aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a los casos de separación o divorcio de parejas casadas. (STS de 14 de abril de 2011; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Esta interpretación jurisprudencial se aprueba por la doctrina más reciente: Se dice así que «es plausible esta actitud de nuestro moderno legislador de dar la preeminencia en el aprovechamiento del hogar familiar a los hijos de la pareja afectada por la causa matrimonial, pues son sin duda sus intereses los más necesitados de protección» (Rams Albesa, en Lacruz, Elementos, IV [ed. Madrid 2005] p. 101). Y también que «esta atribución es independiente de la titularidad sobre la vivienda, o sobre el derecho que permite su utilización, que bien podría corresponder al cónyuge no beneficiado», con cita incluso de la Sentencia aquí extractada (Martínez de Aguirre, Curso, IV, 3.ª ed. 2011, p. 183). (G. G. C.)

46. Sociedad de gananciales: Liquidación: Denegación de pruebas en segunda instancia: Recurso por infracción procesal.—Debería haberse aceptado la proposición de prueba consistente en la petición a Hacienda pública de los certificados de renta de los años 1989 hasta 2000. La razón denegatoria relativa a la protección del derecho a la intimidad de la persona cuyo certificado de renta se pide deja de tener razón de ser cuando quien lo solicita es uno de los cónyuges y más en este caso en que el régimen de su matrimonio son los gananciales. El artículo 1383 CC impone a los cónyuges el deber de *informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya*. Dado que estas actividades tienen su reflejo en la declaración de la renta, no es una petición contraria a la ley la efectuada por la recurrente, porque se trata de una información a una de las partes de la sociedad de gananciales y no a terceras personas, en cuyo caso quizá podría alegarse la protección del derecho a la intimidad, pero que no tiene ninguna razón de ser en este caso dada la obligación impuesta en el artículo 1383.

Las mismas razones avalan la petición de los certificados a las entidades financieras C. y CM; es más, no se sabe cuales son las razones que les han llevado a no responder a la petición de prueba efectuada por el Juzgado de Primera Instancia, porque se han limitado a no decir nada al respecto. (STS

de 6 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Los cónyuges otorgan en 1996 capitulaciones matrimoniales pactando la separación de bienes, sin que se liquidara el régimen de gananciales hasta entonces vigente; en 1999 se decreta la separación y el divorcio. Ambos cónyuges, por separado, solicitan, respectivamente, la liquidación y la nulidad de las capitulaciones, siendo acumulados los procesos. Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal, reponiendo las actuaciones a la fase de prueba de la segunda instancia para que se practiquen dos pruebas solicitadas en primera instancia por la mujer. Interesante aplicación del —en su día— novedoso deber establecido en el artículo 1383 CC en la reforma de 1981.

NOTA.—Sobre este deber recíproco de información económica llegó a decirse inicialmente que no era posible tratar a los cónyuges como si fueran socios de una sociedad mercantil (lo que es indiscutible pero no justifica su total rechazo); siendo más seria la objeción de que en las actividades profesionales y económicas hay un límite de deber de secreto que no debe traspasarse. Por ello Pretel Serrano, *Com. al art. 1383*, «Comentarios del Ministerio de Justicia», II, p. 736) lo sitúa razonablemente en una zona intermedia entre el deber de respeto a la actuación individual y la necesaria colaboración entre cónyuges. Siendo oportuna su invocación en la s. extractada para rebatir las excusas de la Agencia Tributaria para no certificar sobre la declaración de renta del marido (*G.G.C.*)

47. Unión de hecho: Ruptura: Guarda del hijo común encomendada a la madre: Fecha del momento del devengo de alimentos.—Los alimentos debidos a los hijos menores de edad en casos de separación de sus progenitores participan de los que deben prestarse como consecuencia de la patria potestad y de los alimentos entre parientes en general, aunque tienen características propias como consecuencia de las circunstancias en que se declara la obligación de prestarlos. La regla general en los temas de disolución del matrimonio por divorcio es que la sentencia produce efectos desde la firmeza, porque se trata de constituir una situación nueva y por ello el artículo 89 CC establece que la sentencia en que se declare el divorcio «producirá efectos a partir de su firmeza», lo que se confirma en el artículo 95 CC, en relación al momento en que tiene lugar la liquidación del régimen económico matrimonial. Sin embargo, en materia de alimentos, el artículo 148 CC contiene una norma distinta, que si bien evita los efectos retroactivos de la obligación de prestar alimentos al momento en que se produce la necesidad, establece que los alimentos «no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda».

La cuestión que se plantea en este recurso es si existe una diferencia total y absoluta entre los alimentos debidos en casos de procedimientos por causa de la crisis familiar y los debidos de acuerdo con los artículos 142 y ss. del CC. La STS de 5 octubre 1995 dijo ya que *no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Tit. VI del Libro I del Cc, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores*

como un deber comprendido en la patria potestad. Doctrina repetida en STS de 3 de octubre de 2008.

Por ello debe declararse la siguiente doctrina: *Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el artículo 148.1 Cc, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda (STS de 14 de junio de 2011; ha lugar.)* [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

48. Concepto de familia y vida familiar y relaciones entre progenitores e hijos.—El Tribunal Supremo toma como base de su resolución el carácter plural del sistema familiar actual. Desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales. Además, la protección de la familia es objeto de un importante reconocimiento en los textos europeos de derechos humanos (art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Sin embargo, son muy distintos los efectos que tienen lugar entre los miembros de una pareja que convive sin estar casada y los que se producen entre los convivientes y sus hijos. Así, cuando la pareja no está casada, se debe aplicar el principio de libertad de los pactos entre sus miembros (STS de 12 de septiembre de 2005), si bien las relaciones entre padres e hijos, con independencia del matrimonio o la falta de éste, han de seguir reguladas por el principio constitucional de la protección del menor, consagrado en el artículo 39.3 CE.

Interés del menor y bases para establecer el derecho a relacionarse con el menor.—Siguiendo con el razonamiento anterior, el TS entiende que las discusiones sobre guardia y custodia de los menores mantenidas entre los convivientes de una unidad familiar deben contemplar siempre el prevalente del interés de los niños. Por ello, en lo que corresponde al derecho a tener relaciones entre parientes y allegados, hay que tener en cuenta que el menor no puede ver recortada la relación y comunicación con personas que le son próximas humana y afectivamente, por causa de las diferencias entre dichas personas. Si bien se debe buscar el entorno de la familia natural, ello no será así cuando exista otro más favorable al interés del menor (SSTS de 31 de julio de 2009 y de 11 de febrero de 2011). El Tribunal Supremo hace un pequeño paréntesis en su reflexión para exponer que la expresión «derecho de visitas» solamente se debe aplicar en las relaciones entre los progenitores y sus hijos, pero no así en los supuestos en los que solamente uno de los convivientes de la unidad familiar es progenitor biológico del menor, en cuyo caso es mejor hablar de relaciones personales, que es la terminología empleada en el artículo 160.2 CC. Tras ello, el Tribunal Supremo sigue exponiendo que, si bien es cierto que el artículo 160 CC no determina la extensión ni la intensidad de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus allegados, sino que se trata de una cuestión a decidir por el juez, éste ha de tener siempre presentes los siguientes factores: *i)* la situación personal del menor y de la persona con la que desea relacionarse; *ii)* las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan

pedido; *iii*) la intensidad de las relaciones anteriores; *iv*) la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guardia y custodia; y *v*) en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor. (STS de 12 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Dos mujeres mantuvieron una relación de pareja de forma pública y notoria, durante una década, sin contraer matrimonio. En el curso de dicha relación, una de ellas da a luz un niño, tras haberse sometido a la técnica de fecundación asistida. Tres años más tarde se rompe la relación, a consecuencia de los malos tratos producidos.

La denuncia recíproca presentada por las convivientes dio lugar a que el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Talavera impusiera a ambas la obligación de no aproximarse a una distancia de 150 m ni comunicarse durante seis meses y atribuyó la guardia y custodia a la madre biológica, con derecho de visitas a la conviviente.

Tras ello, la otra conviviente demanda a la primera, pidiendo que se elevaran a definitivas las medidas cautelares citadas, especialmente en lo relativo al régimen de visitas, que alegaba que la demandada estaba incumpliendo. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Talavera estimó esta demanda. Consideró que el derecho de visitas debía resolverse teniendo en cuenta la protección del menor y que estaba cubierto por el artículo 158 CC. En dicha sentencia se argumentaba que desde que nació el menor había tenido dos madres y que la demandante ejercía efectivamente dicho papel, luego se acordó un derecho de visitas amplio para ésta.

Contra dicha sentencia, la madre biológica interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Toledo confirma la sentencia recurrida.

Tras ello, la citada madre biológica interpone recurso de casación. La argumentación de la recurrente parte de la inexistencia de regulación sobre la materia. Expone que cuando nació el niño, fue registrado únicamente como hijo de la recurrente y que la recurrida nunca ha instado judicialmente su declaración del derecho de filiación. En su recurso, pide que se determine la extensión de la aplicación del artículo 160 CC, regulador de las relaciones entre los allegados y el menor.

El Tribunal Supremo desestima el recurso, al entender que la recurrida se puede englobar en el concepto de allegado a los efectos del artículo 160 CC y que los informes presentados coinciden en la conveniencia de que el menor se relacione con la recurrida, manteniendo el régimen actual de las relaciones personales entre ambos. (G. M. A.)

49. Acogimiento preadoptivo: Determinación del mayor beneficio del menor: Intereses de la familia biológica en sentido amplio.—Teniendo en cuenta que, como dice la STS de 23 de mayo de 2005, *la determinación del mayor beneficio del menor («favor filii»), independiente de que los hechos que lleven a este extremo deban mantenerse, al tratarse de una valoración, como «concepto jurídico indeterminado que es», de una calificación*

jurídica, puede ser objeto, partiendo de ellos, de una revisión conceptual en casación, por lo cual deben examinarse los hechos en relación a la protección de dicho interés:

1.º La niña Antonieta ha carecido de relaciones con su familia biológica casi desde su nacimiento, puesto que se han tomado decisiones por la Administración competente para evitar el desamparo del menor;

2.º El corto periodo de tiempo durante el que Antonieta estuvo conviviendo con su familia biológica, demostró la imposibilidad de estas relaciones, puesto que los abuelos paternos y la tía, hermana del padre, que era la persona acogedora, no fueron capaces por sus circunstancias personales, de hacerse cargo de la menor en condiciones que evitaran un nuevo desamparo;

3.º La acción de paternidad no matrimonial interpuesta por el padre biológico no fue iniciativa suya, sino a sugerencia de la Administración protectora para facilitar el acogimiento en familia extensa, que luego se demostró ineficaz;

4.º El padre recurrido no mostró a lo largo de una serie de años interés por relacionarse con su hija: la visitó sólo en dos ocasiones y ni tan sólo se personó en el expediente relativo al acogimiento de la niña en familia externa, a pesar de haberle sido comunicado debidamente;

5.º El informe del equipo psico-social que obra en segunda instancia, concluye que es perjudicial sacar a la niña del entorno en que ahora vive, con la familia de acogida, puesto que su hermano materno vive en la misma población y debería seguirse un complejo procedimiento, de dudoso éxito, para integrar a la niña en la familia biológica, lo que demuestra que ello no es lo que resulta más conveniente para proteger el superior interés del menor (**STS de 13 de junio de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Antonieta nació el 17 octubre 2002; tiene un hermano por línea materna nacido en 1999, que desde 2002 se encuentra declarada en situación de desamparo (que no se discute en este proceso). La niña fue inscrita como hija de Dña. Maite y de D. Balbino. Su padre biológico en realidad era D. Norberto, quien interpuso demanda de reclamación de filiación no matrimonial que fue estimada por sentencia de 10 de mayo de 2005. El padre legal, había fallecido antes de la demanda. La Junta de Andalucía comprobó que Antonieta se encontraba en situación de abandono en 2003, pues su madre Maite fue declarada no apta para su cuidado. En aquel momento la madre de D. Norberto (abuela biológica de Antonieta) se interesó por la niña y se inició un acogimiento en familia extensa, porque la abuela y la tía (madre y hermana, respectivamente, de D. Norberto) se hicieron cargo de la niña. Para poder proceder a este acogimiento la Administración aconsejó a la familia extensa que se procediera a la acción de reconocimiento de paternidad, cosa que D. Norberto hizo. Este se encontraba en prisión, y aprovechó algunos permisos penitenciarios para visitar a su hija, y según los informes del expediente, la relación era buena. El 24 de noviembre de 2005 se otorgó por la Junta de Andalucía acogimiento familiar a favor de la tía de Antonieta, pero el 13 de marzo de 2006, comparecieron los abuelos paternos ante el servicio de Protección y pusieron en su conocimiento que su hija M.ª Luisa, acogedora de su sobrina Antonieta, sufría depresión post-parto y que

estando ellos imposibilitados por edad y diversas dolencias, solicitaban del Servicio que acogiera temporalmente a la niña. A continuación se declaró la no idoneidad de la tía M.^a Luisa y se suspendió cautelarmente el régimen de visitas de la familia biológica. El 25 de agosto de 2006 se dictó acogimiento provisional preadoptivo con terceras personas, que fue recurrido y confirmado el 3 de noviembre de 2006. El padre biológico manifestó al Servicio que había salido de prisión y que pensaba hacerse cargo de la niña, pese a lo cual el 3 de noviembre de 2003 confirmó el acogimiento externo. El padre ha sido toxicómano, ha estado en prisión hasta mayo de 2006, se encuentra en tratamiento de deshabitación, tiene pareja estable, se dedica a la venta ambulante en mercadillos percibiendo una remuneración suficiente. Se ha opuesto judicialmente a la resolución administrativa del acogimiento preadoptivo. El Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de desestimó la oposición por Sentencia de 23 de mayo de 2006, pero la Audiencia Provincial, sec. 2.ª de Almería por Sentencia de 23 de febrero de 2009 estimó el recurso del padre, Sentencia ahora revocada por la de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

NOTA.—He insertado aquí la compleja historia vivida por la menor Antonieta, que habrá cumplido ya nueve años cuando el Tribunal Supremo dicta la sentencia extractada, para hacer constar como anotador que, pese a las reservas anteriormente hechas a la citada STS de 31 de julio de 2009 (cfr. García Cantero, *El enigmático artículo 172 Cc español y sus secretos familiares*, RJNot, octubre-diciembre 2010, p. 55 y ss), y después de comprobar la destacada atención efectiva, aunque con poco éxito, prestada en el caso a la familia biológica sensu lato por parte de la Junta de Andalucía, me inclino a aprobar la Sentencia extractada del Tribunal Supremo. La reacción del padre biológico ha sido notoriamente tardía, causada sin duda por su situación penitenciaria, pero que no puede en modo alguno incidir desfavorablemente en el favor *filii*. Además de ser poco razonable dilatar tanto en el tiempo el resolver la situación definitiva de la menor acogida (G.G.C.)

6. DERECHO DE SUCESIONES

50. Validez del testamento ológrafo. Firma no habitual de la testadora.—Los requisitos que exige el artículo 688 CC para el testamento ológrafo (autografía, firma, fecha y sin enmiendas) no incluye la habitualidad de la firma. Aunque la jurisprudencia y la doctrina siempre se han referido a la firma «habitual» o «usual», no significa que la misma deba ser idéntica a las anteriores sino que no sea una distinta, sin nada que ver con la que utiliza normalmente. Como habitual debe entenderse la que se usa en el momento actual, en función de la persona y sus circunstancias, sin poder obviar que la firma evoluciona a través del tiempo y no siempre es idéntica en circunstancias distintas. Por último, el Tribunal Supremo ha empleado siempre un concepto amplio de firma, sin especiales requisitos formales que irían contra la realidad social e incluso irían más allá de lo que exige el Código civil.

Valoración del dictamen pericial médico. Falta de juicio de la testadora al otorgar testamento.—Constituye una clara cuestión de hecho la constatación de que la testadora tenía capacidad natural, «cabal juicio» para testar. En consecuencia, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 15 de junio y 30 de septiembre de 2009 y 25 de junio de 2010), el Tribunal Supremo no puede revisar la prueba practicada, sino que ha de limitarse a ejercer un control de la aplicación correcta de la ley, sin entrar en la cuestión fáctica, que corresponde al tribunal *a quo*. Sólo si hay una equivocación patente o una arbitrariedad grosera, se puede entender que falta la tutela judicial efectiva. (STS de 5 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Doña M. otorgó en vida hasta diecisiete testamentos abiertos ante distintos notarios. En septiembre de 2003, a la edad de noventa y seis años, otorgó un último testamento ológrafo por el que legó dos casas de su propiedad a D. J. tras su fallecimiento en 2004, el Juez de Primera Instancia declaró justificada la identidad del testamento y acordó que se protocolizara. Tras todo ello, el legatario formuló demanda contra los albaceas del último testamento abierto y contra la fundación heredera conforme al mismo, en la que solicitó la entrega del legado. Quedó acreditado que la citada fundación, en virtud del testamento abierto, se adjudicó las fincas y las inscribió en el Registro de la Propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

51. Falta de intervención del defensor judicial en interés de los menores para la práctica del inventario: anulabilidad.—Resulta patente la posible oposición de intereses entre los menores y su madre en la formación del inventario, cuando se utiliza la partición para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre la misma y el causante. No obstante, la falta de intervención judicial en interés de los menores que exige el artículo 1057 CC, provocará anulabilidad, en cuanto pudiera ser subsanada por la conformidad posterior de los herederos y de dicho representante. (STS de 8 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Doña Elisa ejercitó acción sobre nulidad de partición hereditaria efectuada por contador-partidor respecto del causante —del que era hija extramatrimonial— que dirigió contra la viuda y sus dos hijos menores. Entre otros extremos, alegaba la falta de intervención del defensor judicial en interés de los menores, así como la realización de la conmutación del usufructo viudal por bienes inmuebles sin su consentimiento.

El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad de pleno derecho de la partición hereditaria. Sin embargo, la Audiencia Provincial revocó esta sentencia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante. (M. C. C. M.)

II. DERECHO MERCANTIL

52. Derecho de la competencia. Interpretación de la regulación europea sobre la materia.—En esta sentencia, el Tribunal Supremo hace un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) referida a los Reglamentos núm. 1984/83 y núm. 2790/99, que regulan la aplicación del apartado 3 del antiguo artículo 85 del Tratado de la Comunidad Europea a determinados acuerdos de compra exclusiva y acuerdos verticales. En su apartado primero el citado precepto establece que serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior, consistiendo la sanción prevista en el apartado segundo en la nulidad de pleno derecho de los mencionados acuerdos. En el apartado tercero se establece que, no obstante, el apartado primero no será aplicable en aquellos supuestos en los que los acuerdos o prácticas contribuyan a mejorar la producción o la distribución de productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y preserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante y sin que impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos ni ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Los dos Reglamentos citados regulan las condiciones en las que una determinada cláusula contractual o práctica puede quedar eximida de la prohibición contemplada en el apartado primero del artículo 85 del Tratado, por aplicación de la exención prevista en el citado apartado tercero de este artículo. En su sentencia de 11 de septiembre de 2008, C-279/06, el TJUE declaró que *«la fijación del precio de venta al público de los productos petrolíferos constituiría una restricción de la competencia que no estaría cubierta por la exención»* (párrafo 65). Sin embargo, a continuación, esta sentencia precisaba que *«procede comprobar si la fijación del precio de venta máximo no es, en realidad, un precio de venta fijo o mínimo, teniendo en cuenta el conjunto de las obligaciones contractuales, así como el comportamiento de las partes en el asunto principal»* (párrafo 71). La posterior STJUE de 2 de abril de 2009, C-260/07, es más clarificadora, al argumentar que *«las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público (...) pueden acogerse a la exención por categorías en virtud del Reglamento n.º 1984/83, en su versión modificada en el Reglamento n.º 1582/97 y del Reglamento n.º 279/99, si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por tanto, el revendedor tiene la posibilidad real de determinar el precio de venta al público»* y que *«en cambio, dichas cláusulas no pueden acogerse a las referidas exenciones si conduce, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio de venta al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si se imponen estas restricciones al revendedor, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal»*. El Tribunal se hizo eco de la modificación llevada a cabo por el citado Reglamento 2790/1999, en el sentido de negar la aplicación de la exención a cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competen-

cia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años, especificando a continuación que resulta necesario que *«el proveedor sea propietario tanto de la estación de servicio que arrienda al revendedor como del terreno sobre el que aquella está construida o que, en el caso de no ser propietario, los arrienda a terceros no vinculados con el revendedor»*. Acogida esta interpretación, el Tribunal Supremo resuelve conforme a ella el litigio planteado. (STS de 5 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—El litigio se origina con la demanda interpuesta por Inversiones A, S.A., dedicada a la venta de carburantes en una estación de servicio de la que es arrendataria, por la que se pretendía la declaración de nulidad de los contratos firmados con B España, S.A., que desde el inicio de la relación es quien le suministra en exclusiva aquellos productos. En su pretensión declarativa de la nulidad, la demandante se basó en la afirmación de la infracción del artículo 81.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, por entender que la demandada había impuesto los precios de reventa al público.

La demanda fue desestimada, íntegramente. También la Audiencia Provincial desestimó en su totalidad el recurso de apelación.

Contra esta sentencia, la demandante originaria plantea recurso de casación, que es desestimado por los motivos ya indicados, al entender este tribunal que el acuerdo litigioso no cumplía las condiciones de exención que, en relación con su duración, establecía el Reglamento 2790/1999.

NOTA.—Téngase en cuenta los cambios en la numeración del precepto que se comenta —que no de su contenido— en las sucesivas modificaciones el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Así, el antiguo artículo 85 pasó a convertirse en el artículo 81 del citado Tratado constitutivo, manteniendo intacto el orden de sus apartados. A día de hoy, esta norma se ubica en el artículo 101 del actual Trato de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo contenido sigue siendo el mismo. Debido a la falta de modificación de la regulación contenida en estos preceptos, los Reglamentos citados a lo largo de la STS que se comenta, dictados en desarrollo de alguno de los anteriores artículos, siguen plenamente vigentes. (G. M. A.)

53. Reconocimiento y calificación de créditos concursales.—La Ley Concursal señala un plazo para que los acreedores comuniquen sus créditos a la administración concursal, a fin de que sean incluidos en la lista que ésta tiene el deber de formar. Así, la regla quinta del artículo 21.1. exige que el auto de declaración de concurso contenga un llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente a la publicación de dicha resolución en el BOE, debiendo los titulares de créditos contra el concursado comunicar dichos créditos a la administración concursal, dentro del plazo señalado en este artículo 21. A su vez, el artículo 74.1 impone a la administración concursal el plazo de dos meses, a contar desde la fecha que señala, para la presentación de su informe al Juzgado del concurso.

Según entiende el Tribunal Supremo, la oportunidad de comunicar un crédito desaparece para el acreedor con el vencimiento del plazo establecido para presentar el informe por la administración concursal. Asimismo, aclara el Tribunal Supremo que la propia existencia de esos dos plazos –el de un mes para la comunicación del crédito y el de dos meses para la presentación del informe con la lista– permite deducir que cuando la Ley concursal vincula consecuencias jurídicas a la comunicación tardía del crédito –la sanción de subordinación del crédito comunicado con retraso– se refiere a la efectuada en el segundo plazo citado. Sin embargo, el Tribunal Supremo continúa afirmando que el artículo 92 de la Ley concursal, además de referirse a los créditos «comunicados tardíamente (...) incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores», se refiere a los que «no habiendo sido comunicados oportunamente» pueden incorporarse a dicha lista al resolver el Juez sobre su impugnación. Por tanto, el Tribunal Supremo entiende que con ello se abre al intérprete una segunda posibilidad: la de entender que los créditos pueden ser incluidos en la lista por el Juez al decidir sobre su impugnación, aunque no hubieran sido comunicados antes y no resulten de los libros o documentos del deudor ni constaren en el concurso de otro modo. Respecto de estos últimos también debe tener en cuenta la necesaria aplicación de la sanción de subordinación vinculada al incumplimiento de la carga de comunicación. (**STS de 13 de mayo de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.–En la demanda, que abrió el trámite incidental a que se refiere el artículo 96 LC la Agencia Estatal de la Administración Tributaria impugnó la lista de acreedores de MyT, S.A., ya presentada por la administración concursal de ésta, con la pretensión de que se incluyeran en ella otros dos créditos contra la concursada en favor de la demandante.

El Juzgado de lo Mercantil desestimó íntegramente la pretensión de rectificación, al considerar que el incremento del crédito había sido comunicado extemporáneamente, después de que la administración concursal hubiere hecho entrega de su informe y lista, siendo la consecuencia de ello que el derecho quedase fuera del concurso.

La Agencia Estatal de la Administración Tributaria recurrió en apelación. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de ésta por la misma argumentación que sostenía la sentencia apelada.

Contra dicha sentencia, la demandante originaria interpone recurso de casación. Alega en él la infracción de los apartados 1 de los artículos 86 y 92 LC, que, según argumenta el Abogado del Estado, justifican cumplidamente la pretensión de que los créditos de que era titular la recurrente contra la recurrida quedaran incorporados a la lista de acreedores y calificados conforme a su naturaleza, y no como subordinados, pese a su tardía comunicación.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Supremo entiende que los créditos objeto de la certificación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria han de quedar incluidos en la lista de créditos concursales, pero que lo han de ser con la condición de subordinados. (*G. M. A.*)

