

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. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: 91 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXVI, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2013

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2013

<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): 007-13-013-4
NIPO (M. de Justicia): 051-13-003-7
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

«Perspectivas de la ciencia jurídica en Alemania». A propósito del informe del *Wissenschaftsrat*

CHRISTIAN BALDUS *

Catedrático de Derecho Civil y Derecho Romano (Heidelberg)

RESUMEN

El Consejo de las ciencias (Wissenschaftsrat) alemán acaba de elaborar un informe sobre la ciencia jurídica, que, en este estudio, presentamos a los juristas de habla hispana, acompañando a la traducción de una selección del mismo. En él se subraya la importancia de las materias culturales en el estudio del derecho, así como la necesaria internacionalización e interdisciplinariedad del mismo. Esto merece apoyo. No se menciona, en cambio, de modo explícito, el llamado proceso de Bolonia, en el que, como es sabido, a diferencia de lo que sucede en España, no participan las facultades de derecho alemanas (aunque sí las de otras disciplinas). Sin embargo, el debate sobre este proceso, necesariamente, está presente. Algunas de las medidas concretas propuestas por el Wissenschaftsrat son difíciles de aplicar, en el bien experimentado sistema alemán de exámenes de Estado; porque son muy dispendiosas y se hallan, por tanto, fuera de lo políticamente obtenible. Sí podrían incorporarse dentro de la lógica del sistema de «Bolonia», aunque renunciando a estándares de calidad alcanzados. En esta cuestión crucial que se abre tras el informe del Consejo de la ciencia, creo que resulta provechoso incitar un diálogo hispano-alemán intenso. Diálogo siempre útil y, en este caso, especialmente oportuno, teniendo en cuenta que las facultades de

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Heidelberg (2008-2010); profesor invitado regular (Trento); coeditor, *Revista de Derecho Privado Comunitario* (GPR); redactor del comentario Staudinger (derecho de sucesiones). Los puntos de vista expresados en el presente artículo son personales y no representan a la Universidad. Las referencias a algunas publicaciones del autor tienen por objeto evitar reiteraciones. Unos aspectos específicos del tema serán brevemente tratados también en *GPR* 2013. El autor agradece por la lectura crítica del texto a varios colegas y al Licenciado en Derecho y Abogado Adolfo Wegmann Stockebrand (Heidelberg/Santiago de Chile) por la traducción al español.

derecho españolas están inmersas en el plan Bolonia. Cumpló así el encargo recibido de la Redacción del Anuario de Derecho Civil.

PALABRAS CLAVES

Informe del Consejo de las ciencias (Wissenschaftsrat) alemán sobre la Ciencia del Derecho – materias culturales – internacionalización – interdisciplinariedad – proceso de Bolonia – exámenes de Estado – traducciones – diálogo hispano-alemán.

ABSTRACT

The report on Legal Studies handed down by the German Wissenschaftsrat might be of interest for a Spanish-speaking public, too: it rightly underlines the importance of cultural disciplines, internationality and interdisciplinarity. It avoids an explicit link to the so-called Bologna process (failed in Germany). However, the measures proposed could, to some extent, be realised under the proved and tested State Examination system only with financial and personal resources that seem to be completely unrealistic. In a Bologna logic, they might indeed work but at the price of a breakdown in overall quality. At any rate, a Spanish-German dialogue on the subject seems highly desirable.

KEYWORDS

Report of the German Wissenschaftsrat on Legal Studies – internationalisation – interdisciplinarity – cultural disciplines – Bologna process – State examination – translations – Spanish-German dialogue.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Situación.*–III. *Sinopsis.*–IV. *Materias fundamentales.*–V. *Internacionalización.*–VI. *Interdisciplinariedad.*–VII. *Interdisciplinariedad II: mediante los docentes.*–VIII. *Intradisciplinariedad.*–IX. *Didáctica.*–X. *El Proceso de Bolonia.*–XI. *¿Otras vías?.*–XII. *¡Más tiempo!.*–XIII. *Investigación, docencia, dogmática.*–XIV. *Sobre el diálogo con ordenamientos jurídicos en lengua española.*–XV. *¡Traducciones!*

I. INTRODUCCIÓN

El *Wissenschaftsrat* (Consejo de las Ciencias, en adelante WR) es una comisión de carácter consultivo que goza de una enorme –al mismo tiempo que controvertida– influencia en la política legislativa alemana sobre educación superior. Entre otras funciones, le corresponde elaborar informes sobre las perspectivas de cada disciplina científica, los que son objeto de intensa discusión tanto en la

opinión pública como en la política educativa alemana, a pesar de no ser vinculantes para el legislador. Así ocurrió, por ejemplo, con el informe elaborado en 2010 sobre teología.

El 9 de noviembre de 2012 el WR ha emitido un nuevo informe, referido a la situación actual y las perspectivas de la ciencia jurídica en Alemania¹. Objeto de este artículo es presentar al público interesado de lengua española el contenido esencial de dicho informe, sobre la base de una breve introducción y con énfasis en extractos que corresponden aproximadamente a un tercio del texto original en lengua alemana. La introducción contiene, en primer lugar, una visión general de la situación actual de las instituciones de educación superior y los grandes centros de investigación (II.) y expone las líneas generales del informe, teniendo presente este trasfondo (III.). Luego, se tratan las ideas centrales propuestas por el WR con respecto a las materias fundamentales (IV.), es decir, aquellas materias que, como la historia o la filosofía del derecho, se vinculan estrechamente con la cultura europea, la internacionalización (V.), la interdisciplinariedad (VI., VII.) y la intradisciplinariedad (VIII.). Lo anterior, así como cuestiones de carácter didáctico (IX.) conducen a un problema de fondo, esto es, al así llamado proceso de Bolonia² en sus distintas variantes nacionales (X.). Los intentos de distintos grupos de interés por organizar la formación jurídica en Alemania de acuerdo al modelo de Bolonia han fracasado. Por ello, es preciso preguntarse de qué manera podrían hacerse realidad los deseos del WR dentro del actual sistema (XI.). Para esto es necesario sobre todo terminar con la inapropiada manía de la aceleración en los estudios, motivada principalmente por criterios económicos (XII.). Por último, se consideran las consecuencias del informe del WR para la tradicional fortaleza de la formación jurídica alemana, consistente en la vinculación entre investigación y docencia en una noción tal de dogmática que es más fácil de transmitir que de traducir a otros idiomas (XIII.), como asimismo, las implicancias para el diálogo entre ordenamientos jurídicos en len-

¹ Véase http://www.WR.de/download/archiv/pm_2112.pdf y <http://www.WR.de/index.php?id=1092&L=->. Última visita: 18.11.2012.

² Véase la exposición comparada en *Christian Baldus / Thomas Finkenauer / Thomas Rüdner* (Eds.), *Bologna und das Rechtsstudium* (Tübingen 2011). Para España: *Fernando Gascón Inchausti*, p. 147-169. El volumen contiene además artículos sobre la historia y el presente de la formación jurídica en Alemania, a los cuales nos remitimos. Del actual debate alemán v. *Hans-Jürgen Papier / Meinhard Schröder*, *Plädoyer für die Juristische Staatsprüfung*, NJW 2012, 2860-2863. Sobre la opinión del autor en lengua española: *Christian Baldus*, *Calidad: ¿para qué, para quién?* Una perspectiva alemana y continental sobre el llamado proceso de Bolonia, en: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 2009, 14-18; *Idem*, *Bolonia y los estudios jurídicos*, en: *El Notario del Siglo XXI* 2009, 66-69.

gua española y alemana (XIV.), que debe ser apoyado con toda insistencia, sobre todo a través de traducciones (XV.).

Por motivos de espacio no es posible tratar estos temas íntegramente, por muy sensibles que ellos sean. El texto traducido permite por lo menos reconocer el alcance y trascendencia política, la riqueza en detalles y la profundidad de la reflexión teórico-científica del documento original, todo lo cual puede ser referido en el presente texto sólo de manera muy limitada. Las necesarias abreviaciones del informe del WR se indican a través de [...] y constituyen aproximadamente dos tercios del documento original en alemán. Tales abreviaciones conciernen esencialmente a cuestiones específicamente alemanas, tales como la experiencia con las reformas del sistema de exámenes ya llevadas a cabo³, la formación jurídica sectorial y principalmente orientada a la práctica en las *Fachhochschulen* (las así llamadas *Universities of Applied Sciences*), determinadas modalidades de financiación de proyectos de investigación y cuestiones sobre la contratación de nuevas generaciones de académicos, problemas generales como la igualdad de género, la lucha contra el plagio y contra ciertos dictámenes demasiado orientados hacia el interés del cliente, la influencia de los medios electrónicos y la apuesta de las instituciones de educación superior por la formación continua de los operadores jurídicos. Las tesis centrales se pueden encontrar también en la versión reducida del documento original (extractos transcritos y traducidos íntegramente) (abajo p. 28-30). El informe original contiene además en el anexo una rica serie de datos estadísticos. Tanto las referencias a dicho anexo como casi todas las notas a pie de página han sido eliminadas en la traducción.

II. SITUACIÓN

El intento del WR no obedece a una petición de la ciencia jurídica; sin embargo, no se trata de un problema nuevo. Desde hace mucho tiempo la ciencia jurídica se encuentra bajo presión desde diversos frentes: desde el ámbito político se desea que la investigación sea financiada en la mayor medida posible por recursos procedentes de terceros y que, al mismo tiempo, más estudiantes puedan recibir una educación al menor costo posible. De esta manera, la política aborda permanentemente la cuestión de la calidad de la investigación y la docencia, pero sin apoyarlas de hecho eficaz-

³ En este sentido las contribuciones de UTE MAGER y HEINO SCHÖBEL en BALDUS et al. (nt. anterior), p. 239-250; 253-274.

mente. Más bien el cumplimiento de las tareas propias de la universidad se ve obstaculizado por medio de onerosos y constitucionalmente dudosos sistemas de evaluación⁴. Desde la perspectiva de la práctica jurídica, en primer lugar hay demandas sobre la calidad de los egresados, por otra parte (en especial desde la abogacía) está el deseo por reducir el número de nuevos juristas; en tercer lugar, sobre todo de parte de algunos potenciales empleadores de juristas altamente calificados, se trata de cierto desinterés en la formación del jurista medio. Colegios profesionales y actores de la política educativa son en parte extraordinariamente activos con miras a imponer reformas educativas. Entretanto, esto no se ha podido lograr bajo la marca «Bolonia».

En Alemania los estudios de derecho concluyen con el primer examen estatal, que consiste en un 70% en un examen estatal con participación de profesores universitarios. El 30% restante corresponde a una prueba realizada en la universidad respectiva. Esta última modalidad, introducida hace pocos años, compromete considerables recursos y en general es vista como no demasiado exigente, razón por la cual preferimos dejarla al margen de este análisis. Ambas partes del examen comprometen asimismo una ingente cantidad de tiempo y esfuerzo de parte de los profesores universitarios, ya sea en la formulación y corrección de las pruebas escritas (*Klausuren*) como al tomar las pruebas orales.

En la tradición alemana, la formación práctica de los juristas no corresponde a la universidad, sino a un sistema de práctica jurídica de dos años de duración (antiguamente más de tres) (*juristischer Vorbereitungsdienst, Referendardienst*), organizado por los tribunales supremos de cada estado federal (*Oberlandesgerichte*). Dicho sistema es de competencia exclusiva del ministerio de justicia del estado federal respectivo, sin que tenga injerencia alguna el ministerio de educación. Esta práctica concluye con el segundo examen estatal, administrado, al igual que el 70% del primer examen, exclusivamente por el Estado. Ambos exámenes comprenden grandes áreas del derecho y exigen sobre todo metodología y capacidad sistemática, así como una importante cantidad de conocimientos; además, ambos exámenes son tradicionalmente muy exigentes, constituyendo de esta manera el principal factor de selección del mercado laboral para el ejercicio de una profesión legal. El egresado de derecho es un «jurista completo», es decir, dispone de sólidos conocimientos respecto de las principales áreas del derecho,

⁴ Véase UTE MAGER, Ist die Akkreditierung von Studiengängen in Baden-Württemberg verfassungsgemäß?, en: VBIBW (Verwaltungsblätter Baden-Württemberg) 2009, 9-15.

así como de la capacidad para introducirse con rapidez en las demás. Oposiciones u otras formas de *concours* existen sólo en áreas muy circunscritas.

La universidad enseña la teoría, si bien, ya desde el primer día de clases, concentrada en la solución de casos prácticos y en el método para ello, el así llamado *Gutachtenstil* (literalmente, estilo de dictamen), que se basa en la técnica de redacción de fallos utilizada por el antiguo Tribunal Cameral Imperial alemán (*Reichskammergericht*)⁵. El estudiante debe ser capaz de discutir todas las cuestiones involucradas en un caso concreto de una forma fuertemente reglamentada desde la perspectiva lógica y lingüística, con el objetivo de proponer un resultado plausible. Aprende esta técnica en pequeños grupos (*Arbeitsgemeinschaften*) guiados por asistentes de la cátedra o por egresados que se encuentran realizando la práctica jurídica. Dicha técnica es un reflejo de la forma en que el juez redacta sus sentencias: en el fallo judicial la decisión aparece al principio; en el dictamen, al final. En la docencia universitaria también participan personas vinculadas a la práctica jurídica. Quien tiene éxito durante su etapa de estudiante universitario y encuentra sentido a la praxis y al derecho procesal durante el periodo de práctica, suele aprobar también el segundo examen estatal. La tasa de desocupación entre juristas es comparativamente baja y los salarios de aquellos que obtuvieron buenas calificaciones en los exámenes estatales son elevados.

Los fundamentos históricos y culturales del derecho (expresión técnica alemana: «*Grundlagenfächer*» o materias fundamentales, en contraposición a «*dogmatische Fächer*» o materias dogmáticas) son estudiados en menor medida que en la mayor parte de los demás países de Europa: por lo general son obligatorias de 30 a 60 horas, pudiendo elegir los estudiantes entre distintos cursos. Estas materias no son examinadas (a diferencia de las materias dogmáticas) sobre la base de la solución de casos prácticos, sino en pruebas escritas especiales. La presencia de las materias fundamentales en el primer examen estatal es en el mejor de los casos marginal (y de todas maneras limitada al examen oral). Son muy pocos los docentes y estudiantes que se especializan en estos temas, que de hecho son considerados por algunos operadores jurídicos y patrocinado-

⁵ Véase CHRISTIAN HATTENHAUER, Ein Streifzug durch die Geschichte des rechtswissenschaftlichen Studiums, *Juristische Arbeitsblätter*, Sonderheft für Erstsemester 2011, 20-31; de los escritos de FILIPPO RANIERI véase: Das Reichskammergericht und der gemeinrechtliche Ursprung der deutschen zivilrechtlichen Argumentationstechnik, en: ZEuP 1997, 718-734, así como una síntesis en «Juristenausbildung und Richterbild in der europäischen Union» en: DRiZ 1998, 285-294.

res externos como superfluos o innecesarios⁶. Aquí radica –desde hace mucho tiempo– un sustancial déficit en la formación jurídica alemana.

Las grandes instituciones de investigación, comparables en cierta forma al CNR francés, al CNRS italiano o al CSIC español, desempeñan un importante papel. Dotadas de importantes recursos económicos y con prestigio internacional, están dedicadas exclusivamente a la investigación y se encuentran respecto de las universidades en una relación de cooperación que constantemente requiere una nueva definición. En lo que concierne al mundo del derecho, se trata sobre todo de la Comunidad alemana de Investigación (*Deutsche Forschungsgemeinschaft* o DFG) y de la Sociedad Max-Planck (*Max-Planck-Gesellschaft* o MPG).

A la luz de este breve esbozo se explica cómo el sistema, a pesar de las críticas en aspectos puntuales, funciona y que no haya consenso sobre la necesidad de reformas; se trata, pues, de un equilibrio inestable. En este estado de cosas, el planteamiento del WR pretende estructurar el debate e influir en él.

El WR privilegia el aspecto teórico de los estudios de derecho (con reminiscencias de la teoría de sistemas luhmanniana) y por ello esencialmente la función de las materias fundamentales (aunque algunas de éstas, como la historia del derecho, no sean teóricas). Lo anterior puede ser beneficioso con miras a incrementar la capacidad crítica de los futuros juristas y vincular más adecuadamente la formación teórica y práctica. Sin embargo, amplios sectores vinculados a la práctica no tienen interés alguno en introducir modificaciones en esta línea, lo que el WR no ve así y es de esperar que tenga razón. No en todas las funciones se desea un jurista con amplios conocimientos y espíritu crítico; de hecho, en muchos casos se acude al prestador de servicios menos costoso. En todo caso, una propuesta de reforma que apunte al fortalecimiento de los aspectos teóricos y a incrementar el carácter científico de los estudios de derecho debe responder a la interrogante de si ello no puede implicar un daño para la formación práctica de los futuros juristas.

⁶ Véase CHRISTIAN BALDUS, *Grenzbestimmung und Methodenfindung: Grundlagenfächer in der Juristenausbildung und Aufgaben der juristischen Dogmengeschichte*, en: *Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg (StudZR)* 2 (2005) 179-198. Versión portuguesa: *Delimitação de fronteiras e definição de métodos: disciplinas fundamentais na formação jurídica e funções da História da Dogmática Jurídica*, en: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)* (Porto Alegre), Edição Especial Dezembro 2007: *Commemorativa ao Intercâmbio Giessen-UFRGS: Cooperação Brasil-Alemanha*, 124-140.

III. SINOPSIS

El contenido esencial del informe del WR se puede encontrar en el índice de materias y en la versión resumida del mismo (abajo p. 27, p. 28-30 íntegramente traducido). Es menester poner de relieve algunos aspectos que lamentablemente no son evidentes en el actual estado de la discusión: el WR pone a disposición una gran cantidad de importante información en forma clara, a veces al estilo de un manual, lo que agradecerán especialmente los lectores extranjeros o sin formación jurídica. Éste realiza una serie de propuestas muy razonables, en parte vinculadas a la práctica actual, no obstante fundadas en una determinada concepción de la teoría de la ciencia. El informe parte de la base de las características propias de la ciencia jurídica y no quiere someterla a un esquema general, el que en caso de dudas sería, hoy en día, el de las ciencias naturales. El WR se aferra a ciertas ideas de reforma actuales, pero quiere emplear y seguir desarrollando instrumentos que están arraigados en la cultura de la ciencia jurídica (a saber, monografías, recensiones, seminarios, traducciones). Reconoce que el derecho está estrechamente vinculado al lenguaje y que por tanto su cultivo en Alemania debe llevarse a cabo primariamente en alemán y que en Europa no puede ser reducido a una *lingua franca*. Se acentúa además la función social del derecho, en la que se funda el alegato del WR a favor de un claro fortalecimiento de las materias fundamentales y, para ello, el fomento de una formación razonablemente orientada a la práctica.

¿Qué significa esto en concreto? El WR se reserva expresamente la facultad de tomar posición en el futuro sobre la formación jurídica en su totalidad y propone reducir los contenidos de los estudios de derecho, lo que es prácticamente imposible de realizar, en cuanto todos los intentos que ha habido hasta ahora en esta dirección han fracasado. Asimismo, demanda una mayor vinculación de la docencia con la práctica y un fortalecimiento de la didáctica en pequeños grupos también por parte de profesores (esto es, lo que se percibe en España como elemento esencial del modelo de Bolonia). Además, aboga por una mayor interdisciplinariedad, en concreto, por medio de seminarios conjuntos con otras facultades (para todo esto en detalle véase *infra*).

El WR sabe lo que estas medidas exigen: mayor disponibilidad de tiempo de los docentes y, por lo tanto, más docentes. Para él es ciertamente conocido el hecho de que los profesores y asistentes alemanes suelen trabajar mucho más de lo que corresponde a sus (ya considerables) obligaciones; el personal existente simplemente no puede hacer más. No cabe duda de que sería preferible una

mejor relación numérica alumno-profesor, ya sea en el estado actual de los estudios de derecho como aún más para implementar las reformas propuestas por el WR.

Sin embargo, no hay claridad alguna respecto de cómo esto sería financiado; las reformas emprendidas hasta ahora han sido siempre (desde la perspectiva política) «neutrales» en cuanto a costos, lo que no significa otra cosa que los costos deben ser asumidos por las universidades, y no se concibe cómo ello podría ser distinto en tiempos de crisis económica. El problema fundamental del modelo es, por consiguiente, que éste, en el mejor de los casos, sería realizable en condiciones económicas óptimas. Hay que preguntarse, por tanto, qué elementos podrían ser aislados e implementados «a costo cero», como asimismo, cuáles son los riesgos que han de temerse de una actuación distorsionada. Implementar una reforma disfuncional es peor que no hacerlo. Esto se refiere principalmente a aquellos puntos en los cuales las propuestas del WR deben ser elogiadas en sus líneas básicas: orientación hacia las materias fundamentales, internacionalización, intra e interdisciplinariedad.

IV. MATERIAS FUNDAMENTALES

Para las materias fundamentales se propone un incremento de los recursos, así como una integración con los cursos sobre materias dogmáticas. La cuestión sobre los recursos es, de hecho, central. Que haya tiempo suficiente para estudiar el derecho de obligaciones alemán moderno vinculado con el derecho romano, español, francés, inglés o con teorías filosóficas sobre la justicia contractual, sería un experimento interesante, siempre y cuando hubiera suficientes expertos para todas estas materias (lo que no es el caso en muchas facultades). De acuerdo a la experiencia, de entrada serían precisas más horas que las actualmente disponibles ya para estudiar los elementos básicos del BGB. Se puede entonces imaginar qué conllevaría una «integración» de las materias fundamentales a costo cero: en la práctica serían suprimidas bajo el nombre de una integración en los cursos sobre materias dogmáticas obligatorias. Con seguridad el WR no quiere esto y nadie puede quererlo.

V. INTERNACIONALIZACIÓN

El WR exhorta a incluir en la enseñanza ordenamientos jurídicos distintos del alemán, así como contratar más docentes extranje-

ros. En principio, esto es correcto; sin embargo, las medidas concretas propuestas deberían ser evaluadas en vista de las demandas prácticas: si se contrata a un profesor que no ha aprobado el primer examen estatal, éste no podría examinar a los candidatos de su universidad. El considerable esfuerzo que implica tomar y corregir pruebas escritas y orales se concentraría por ende solo en los demás profesores, lo que en términos sencillos significaría aún más trabajo durante los fines de semana y los períodos de vacaciones, precisamente el tiempo en que se suele investigar. Lo anterior generaría animosidad, por lo que habría que idear formas de compensación. Al final, los profesores que no pueden tomar el examen estatal se podrían convertir en académicos de segunda clase. Con seguridad el WR no quiere esto y nadie puede quererlo.

VI. INTERDISCIPLINARIEDAD

Se puede estar de acuerdo con varios enunciados del WR sobre esta materia. Sin embargo, habría que discutir más en profundidad desde el punto de vista de la teoría de la ciencia la siguiente frase (p. 38): «Cuando la ciencia jurídica analiza su objeto de estudio integrando perspectivas históricas, lingüísticas, filosóficas, sociológicas, politológicas, económicas, psicológicas, criminológicas, etcétera, opera también a partir de la metodología de dichas disciplinas». Igualmente discutible es la afirmación de que la ciencia jurídica comparte su metodología con otras disciplinas de las humanidades y las ciencias sociales (p. 37 del texto original. p. 42 //cfr la traducción del documento//). ¿Es esto coherente en términos luhmannianos? ¿Acaso no se define una ciencia (también) en virtud de su método, el cual a su vez se orienta a los conocimientos que específicamente se quieren obtener?

No se trata de una reflexión abstracta: la mayoría de los estudiantes (y también algunos docentes) carecen tanto de los fundamentos culturales como técnicos necesarios para la cooperación interdisciplinaria. Lamentablemente la experiencia docente contradice el evidente optimismo del WR.

Para emplear un ejemplo del propio WR: un seminario interdisciplinario sobre la historia del concepto de propiedad sería muy beneficioso si los estudiantes de derecho, además de conocer el derecho de propiedad vigente y su historia, fueran capaces de comprender textos históricos, económicos y filosóficos. Lo mismo puede decirse respecto de los estudiantes de otras disciplinas, si

estos fueran capaces de comprender textos jurídicos. Lamentablemente este modelo es una utopía.

Las nuevas generaciones de juristas carecen a menudo de los conocimientos jurídicos suficientes, y estos deben exigirse en primer lugar cuando la formación tiene un sentido práctico. Durante los primeros semestres de estudio las facultades de derecho están totalmente ocupadas con la tarea de cubrir y nivelar las masivas carencias de la educación escolar⁷ en la medida necesaria para que los estudiantes sean capaces de recibir una formación jurídica; de este modo, ellos pueden descubrir si tienen el talento y la capacidad de trabajo suficientes para continuar con los estudios de derecho. Bajo estas circunstancias, es muy difícil pensar en la adquisición de conocimientos propios de otras disciplinas; por lo demás, para ello sería imprescindible, en primer lugar, comprender la jerga de la ciencia correspondiente, sea lo que sea el nexo entre dicha jerga y las diferencias metodológicas objetivamente fundadas⁸.

Una reducción del volumen de la materia a estudiar no cambiaría nada a este respecto; los contenidos no pueden ser reducidos discrecionalmente cuando, al fin y al cabo, los juristas deben ser capaces de comprender el sistema jurídico y su metodología y ser aptos para el ejercicio práctico de una profesión legal. Las propuestas del WR presumiblemente provocarán justificadas protestas, como por ejemplo en el caso de la supresión de ciertos derechos procesales. ¿Acaso ya no es necesario que los juristas conozcan el derecho procesal civil, penal, constitucional y administrativo? Estas materias no son fungibles. ¿Acaso se quiere suprimir el derecho procesal constitucional por tratarse del procedimiento menos utilizado en la práctica? Entonces faltarían los fundamentos para la adecuada comprensión de la jurisdicción constitucional, la cual no puede ser deducida *per analogiam* del derecho procesal civil. La situación no va a cambiar: El estudiante de derecho que pueda dialogar interdisciplinariamente es una ilusión.

Naturalmente el estudiante de historia, economía o filosofía también carece por regla general de los conocimientos necesarios para comprender conceptos jurídicos básicos. Esto lo prueban todas las experiencias de cursos de derecho frecuentados por dichos estudiantes. Esta situación embarazosa se funda, por una

⁷ Lamentablemente acertado a este respecto JOSEF KRAUS, *Bildung geht nur mit Anstrengung – Wie wir wieder eine Bildungsnation werden können* (Hamburg 2011). Histórico y fundamental: MANFRED FUHRMANN, *Bildung. Europas kulturelle Identität* (Stuttgart 2002).

⁸ Sobre la incomunicabilidad entre disciplinas véase CHRISTIAN BALDUS, *Verfassungsvoraussetzungen in Rom? Über Privatrecht, Ruhm und (interdisziplinäre) Erkenntnis*, en: *Michael Aderheiden / Stephan Kirste* (Eds.), *Gedenkschrift für Winfried Brugger* (Tübingen 2012), en curso de publicación.

parte, en la avanzada aceleración y pérdida de profundidad de la educación escolar y, por otra, en el hecho de que cada disciplina está ocupada de sus propios problemas. La implementación del proceso de Bolonia en las facultades de humanidades solo ha empeorado la situación.

Bajo las actuales circunstancias, la interdisciplinariedad en los términos propuestos por el WR sería en gran medida –con excepción de unas pocas personas especialmente dotadas intelectualmente– una pseudo interdisciplinariedad. Con seguridad el WR no quiere esto y nadie puede quererlo.

VII. INTERDISCIPLINARIEDAD II: MEDIANTE LOS DOCENTES

La versión realista de la interdisciplinariedad comienza, por consiguiente, con los docentes, y el WR lo sabe. Cuando el profesor (esto vale para todas las materias) imparte clases a estudiantes de su propia disciplina, sabe cuáles son sus conocimientos previos, su lenguaje y sus intereses; lo que el docente sabe de otras materias debe transmitirlo a sus estudiantes en la forma propia de su disciplina. Todo eso se pone mucho más difícil al dar clases a estudiantes de otras carreras. Por ejemplo: incluso los egresados de buenas escuelas tienen por lo general, en el mejor de los casos, conocimientos rudimentarios sobre la antigüedad romana (la situación de la filosofía, que en el sistema escolar alemán es solo una materia optativa, es todavía peor). Un curso introductorio de derecho romano presenta por tanto, en cierta medida, los elementos de una clase recuperatoria de historia para adecuarse a las necesidades de la formación jurídica. Un profesor de historia antigua no puede (ni quiere) hacer algo así, puesto que para él el primer plano lo ocupan cuestiones de metodología de la ciencia histórica. Sin embargo, el estudiante de derecho medio no tiene acceso a tales cuestiones, razón por la cual debe aprender el derecho romano de un romanista (el que por su parte debe tener sólidos conocimientos de historia antigua) y no de un historiador. Quien se interese por cursos de otras disciplinas naturalmente puede asistir a ellos, pero los seminarios comunes son utópicos o inútiles.

Por todo esto, solo se puede estar de acuerdo con la propuesta de considerar los grados académicos obtenidos fuera del ámbito del derecho alemán para el llamado a ser titular de una cátedra universitaria. Esto ya ocurre con estudios de derecho en el extranjero como el LL.M, que es visto con muy buenos ojos. Sin embargo,

son muy pocos los académicos que cuentan con estudios formales en otras áreas del conocimiento. Muy difícilmente podrían llegar a constituir la regla general los profesores con dos estudios formales o doctorados, menos aún en vista del alto atractivo de las ocupaciones extra académicas. En este sentido, hay que reflexionar sobre si los conocimientos interdisciplinarios especialmente documentados de otra forma debieran tener mayor relevancia en el proceso de acceso a una cátedra universitaria. Se puede pensar en estudios de otras carreras hasta (hoy en día) el B.A. o (antes de la reforma llevada a cabo en las humanidades) la *Zwischenprüfung* (realizada tras cursar la mitad de la carrera). Sin embargo, no es recomendable una formalización burocrática de tales baremos.

No obstante, con el número actual de docentes, sin importar lo preparados que estén, es imposible lograr este objetivo, ya que como correctamente recalca el WR, numéricamente es insuficiente. Sin una mejora en la relación numérica alumno-profesor y en la orientación interdisciplinaria de los docentes, las reformas propuestas por el WR amenazan con transformarse en una mera transmisión de competencias sólo aparentes. Con seguridad el WR no quiere esto y nadie puede quererlo.

VIII. INTRADISCIPLINARIEDAD

Hay también una interdisciplinarietàad al interior de la ciencia jurídica o, como se suele decir en Alemania, intradisciplinarietàad. También a este respecto el WR (y con razón) exige mejoras. Sin embargo, sería más útil si, en vez de crear nuevas instituciones, simplemente los docentes dispusieran de más tiempo para el diálogo con sus colegas. En todo caso, es preciso rechazar la propuesta del WR en el sentido de crear cátedras sin referencia a las materias que constituyen el núcleo de los estudios jurídicos (como el derecho civil), como sería, por ejemplo, el caso del derecho europeo o el derecho bancario. Quien no domina los fundamentos dogmáticos elementales tampoco puede dominar lo agregado. Esta propuesta sorprende todavía más si se considera que el propio WR ha puesto de relieve la importancia del estudio dogmático de dichas materias básicas.

Igualmente problemática es la idea de introducir reglas generales para la evaluación de las publicaciones de los candidatos a la titularidad de una cátedra y, en virtud de ello, no considerar más las materias que para efectos de la investigación ya estarían «agotadas». Tales materias no existen, puesto que cada nuevo caso trae a la

luz nuevos elementos para discutir y cada clase hace que el docente se formule nuevas preguntas. En este sentido, tampoco puede decirse que constituye una actividad científicamente irrelevante (como opina el WR) «simplemente» actualizar un comentario: en primer lugar, se avanzaría mucho si todas las nuevas ediciones de comentarios fueran verdaderamente actualizadas con esmero; en segundo lugar, dicha actualización, hecha por un buen autor, conduce por sí sola a consecuencias sistemáticas y transversales; en tercer lugar, las con razón muy apreciadas advertencias preliminares en los grandes comentarios viven de la constante revisión de la jurisprudencia más reciente. Precisamente la comunicación intradisciplinaria, que quiere valorar cabalmente el WR, estaría en peligro. Con seguridad el WR no quiere esto y nadie puede quererlo.

IX. DIDÁCTICA

Cuando el WR propone, para la realización de los fines señalados, en su informe, sobre todo, el modelo del seminario, es consecuente con algo que por largo tiempo en el mejor de los casos se podrá soñar: la suficiente dotación de personal para todas las disciplinas. Sin embargo, bajo circunstancias reales el efecto sería otro: tratamiento superficial de los problemas, quizá con beneficios para los académicos y probablemente con un generoso otorgamiento de certificados de estudio y buenas notas para todos los estudiantes; todos tendrían un certificado de estudios o una buena nota pero nadie tendría idea de nada. Lo anterior probablemente alegraría a los políticos, no en cambio a la práctica legal, puesto que hay que permanecer firmes en la convicción de que en primer lugar un jurista debe ser capaz de resolver casos prácticos como los ofrece la vida real.

Actualmente esto se enseña, como correctamente reconoce el WR, a través de metodología y de libros, los cuales a veces no tienen el nivel científico que deberían; pero la contraposición entre solución de casos y ciencia es artificial: de hecho, la ciencia jurídica comienza ya en el primer semestre con la técnica de solución de casos, con la lectura precisa tanto de los textos legales como del supuesto de hecho, la clara formulación de las propias ideas y otras destrezas, las que lamentablemente no son obvias. La ley debe ser enfrentada al supuesto de hecho en forma precisa y metódica e interpretada con la misma diligencia.

A dicho fin contribuye la universidad en realidad mucho más de lo que puede deducirse del documento del WR. Una parte importante del respectivo trabajo de los profesores y asistentes es en

vano, puesto que parte de los estudiantes que se sienten sobreexigidos intelectualmente o no suficientemente motivados se refugian en otras ofertas (aparentemente más sencillas), lo que con razón es criticado por el WR.

No hay que omitir una variante: las propuestas del WR podrían implementarse sin aumentar los recursos disponibles si se redujera radicalmente la cantidad de estudiantes, pero desde el punto de vista político esto es aun más utópico que más dinero.

Bajo las condiciones actuales, una orientación hacia las materias fundamentales, internacionalización y ampliación disciplinaria puede ser muy beneficiosa para alguien que ha aprendido a trabajar rigurosamente con la ley. Sin embargo, esto no es posible cuando faltan los fundamentos dogmáticos. Con seguridad el WR no quiere esto y nadie puede quererlo.

X. EL PROCESO DE BOLONIA

El lector español puede haber pensado en algunos pasajes en «Bolonia»; el lector alemán quizá no tan rápido. Los grupos pequeños de estudiantes y el seminario son elementos tradicionales de la formación jurídica alemana (si bien solo junto a la clase magistral). En Alemania se relaciona a Bolonia más bien con burocratización y desmembramiento de la carrera en «módulos», también con pérdida de calidad. Estas diferencias no son casuales, puesto que no existe la obligación legal de introducir el proceso de Bolonia ni tampoco una implementación unitaria en los países de Europa que, sin tal obligación, hasta ahora lo han hecho.

Con buenas razones el WR se cuida de no vincular expresamente sus propuestas con el proceso de Bolonia. Sin embargo, hay que preguntarse si algunas de ellas podrían funcionar no solo en el marco de Bolonia: si el examen estatal no existe más, si los profesores y prácticos ya no pueden controlar más en conjunto que los estudiantes cuentan con suficientes conocimientos sistemáticos, entonces ya nadie puede esperar que los egresados estén lo suficientemente preparados para la formación práctica. En el sistema de módulos se pueden hacer muchas cosas bonitas, solo que al precio de que los egresados no sean aptos para la práctica ni, con probabilidad, para la teoría. Eso significaría que la universidad se despediría de las demandas de la sociedad, mientras los políticos reciben espléndidas estadísticas sobre personas que poseen «catálogos de competencias». Nadie necesita tales catálogos; esas personas en realidad no son competentes y no hay nada que pueda

superar en afirmaciones triviales, redundantes o arbitrarias sobre «competencias» a las guías de las materias adaptadas al proceso de Bolonia (*Modulhandbücher*)⁹.

Hasta ahora, la ciencia jurídica alemana no ha tenido nada que ver con todo esto, puesto que la administración de justicia se hace cargo de sus egresados durante el período de práctica jurídica y, por lo general, estos encuentran puestos de trabajo bien remunerados. El mercado o, si se quiere, la vida, funciona así. El precio que hay que pagar por ello es que muchos estudiantes no logran aprobar. Hay algunos defectos en el sistema, sobre todo el hecho de que muchos candidatos fracasan demasiado tarde (por lo demás, un problema que en otras disciplinas Bolonia no ha solucionado, sino más bien agravado), pero no se puede extender la lógica del jardín de infancia a la vida laboral: sus demandas no pueden ser eliminadas por vía de definiciones políticamente queridas.

Es posible lograr algunos objetivos del WR, también siguiendo las vías indicadas por este, si es que hay mucho dinero disponible. Sin embargo, la mayoría de los electores alemanes prefiere ver invertido este dinero en autopistas o servicios sociales, lo que puede ser lamentable, pero por motivos constitucionales se debe respetar. De esta manera, mientras no sea realista esperar el dinero suficiente, es de temer una implementación parcial de Bolonia o pseudobolonización con considerables daños para la ciencia jurídica, la cultura jurídica y el derecho. Con seguridad el WR no quiere esto y nadie puede quererlo.

XI. ¿OTRAS VÍAS?

¿Pero qué es lo que se puede pretender sin cambiar el sistema actual y con un sentido práctico e históricamente escéptico? Habría que renunciar a la, por así decirlo, ganancia estética de una «buena jugada», pero se solucionaría el problema (lo que es tarea del jurista) al menos en parte. Algunas medidas prácticamente no costarían dinero. En materias puntuales y a partir de los justificados deseos del WR:

– Las materias fundamentales obligatorias comprenden, como ya se dijo, entre 30 y 60 horas en el total de los estudios de derecho, esto es, uno o dos cursos de dos horas semanales por semestre

⁹ Véase recientemente STEFAN KÜHL, *Modell Sprachschule. Die Effekte der neuen Mode der Kompetenzorientierung an den Hochschulen*, en: *Forschung & Lehre* 2012, 988ss.

(*Semesterwochenstunden*)¹⁰. Ya se lograría mucho con un aumento a 90 o 120 horas.

– Igualmente sería fácil incorporar preguntas sobre materias fundamentales en el primer examen estatal, también como pruebas escritas. Lo anterior supone, sin embargo, un acuerdo respecto a la fijación de las materias y sus contenidos: en efecto, no se interrogará primariamente sobre «hechos» (como advierte correctamente el WR, aunque no es inútil saber algunas cosas). Pero también preguntando por conexiones y desarrollos, por «cultura jurídica», habrá que indicar a los estudiantes cuáles serán las materias sobre las que se debe reflexionar. Ellos actúan de manera pragmática, sobre todo en carreras exigentes y selectivas como Derecho. Si supieran que en cada «campana»¹¹ de examen las materias fundamentales tendrán un papel sustancial, invertirían precisamente en la reflexión fundamental propugnada por el WR.

Esto significaría, desde el punto de vista de la mayor parte de las facultades, historia del derecho (en su división clásica de romanística y germanística o, por lo menos, una de ellas) y filosofía del derecho. Esto sería factible con el aumento en el número de horas a que se aludió precedentemente, además de que los estudiantes tendrían un incentivo adicional para esforzarse más al estudiar estas materias.

– Internacionalización: naturalmente una «equiparación» al examen estatal de los estudios realizados en el extranjero no es posible. En cambio, existe la tendencia de equiparar en gran medida determinados estudios realizados en el extranjero a la parte del examen correspondiente a la universidad, lo que amplía el horizonte, no daña el examen estatal y ahorra recursos a la universidad.

– Interdisciplinariedad: a menudo se recomienda a los juristas asistir a cursos de otras disciplinas, pero casi nunca está prescrito. En cambio, por ejemplo, los estudiantes de historia pueden elegir entre una serie de materias para cubrir sus cursos complementarios, razón por la cual en algunas ocasiones asisten a cursos de historia del derecho. Nada impide aplicar la misma regla para los estudiantes de derecho. De esta manera, los estudiantes tendrían acceso de manera orgánica y disciplinada a otras áreas del conocimiento y podrían conocer sus particularidades «desde dentro». De esto se trata, no de los objetivos inmediatos de la ciencia jurídica; la filosofía no reemplaza a la filosofía del derecho ni la historia

¹⁰ El concepto alemán «hora semanal por semestre» (*Semesterwochenstunde* o SWS) se refiere a una semana. Tanto el semestre de invierno como el de verano comprenden 15 semanas. 2 SWS corresponden por tanto a 30 horas en el total del semestre.

¹¹ Se llama así a los bloques de pruebas escritas con el consiguiente examen oral que proponen los *Justizprüfungsämter* regionales cada 6 meses (o con mayor frecuencia).

reemplaza a la historia del derecho, menos todavía considerando lo poquísimo que se podría exigir. Pero, en todo caso, se ampliaría la perspectiva. Por este motivo, los certificados de estudios en otras disciplinas no deberían ser equiparados (¿a qué?), sino exigidos adicionalmente, lo que además reforzaría el papel de las materias fundamentales como puente o enlace con otras disciplinas. El WR debería saberlo.

XII. ¡MÁS TIEMPO!

Contra todo esto se podría formular una objeción: la mayor extensión de los estudios. En promedio se requeriría tal vez un semestre más, es decir once semestres en vez de los diez actuales (los estudios en el extranjero normalmente no son contabilizados en Alemania como semestres de la carrera, por lo que de todos modos no «dañan» las estadísticas). Esta crítica provendría tanto de los estudiantes como de sectores del mercado que están interesados más bien en prestadores de servicios jurídicos con una formación más básica. Este tipo de formación se ofrece en las *Fachhochschulen*. Esta formación es buena, pero no capacita para realizar lo que un jurista universal ha de hacer en la práctica. La crítica vendría asimismo de los ministros de educación, puesto que, para efectos estadísticos, el tiempo de permanencia de los estudiantes en la universidad debe ser lo más breve posible.

Sin embargo, todas estas críticas serían injustificadas. Los estudiantes universitarios son de todos modos más jóvenes que antes en virtud de la reducción del período escolar y la supresión del servicio militar o civil obligatorio. De hecho, algunos estudiantes ingresan en la universidad siendo todavía personalmente inmaduros y tienen desde luego dificultades para habituarse a ser responsables de su propio trabajo. La presión en los estudios es también una presión del tiempo; muchos alumnos superan estas dificultades, pero requieren para ello el tiempo de los estudios, porque la formación escolar fue demasiado breve y superficial, otra vez con «competencias» y experimentos pedagógicos en lugar de conocimientos y métodos. El discurso sobre la «desaceleración» es entretanto una moda, aunque lamentablemente todavía no llega a realizarse. Un semestre más, sobre todo de los fundamentos culturales del derecho, mejoraría mucho el estado de las cosas y, como correctamente afirma el WR: los juristas son sobre todo portadores de decisiones. También esto es un argumento a favor de la desaceleración: un juez experimentado y con una amplia formación toma mejores decisio-

nes, y mejor si se trata de un juez joven que de uno demasiado joven.

Se trata, por consiguiente, de la cultura jurídica, algo de lo cual los políticos debieran tomar nota, puesto que estos siguen de momento el (apenas encubierto) paradigma económico¹². La historia, en cambio, enseña que ello conduce a un callejón sin salida. Esto el WR lo sabe y por eso es bueno que contra el paradigma económico plantee el de la ciencia.

XIII. INVESTIGACIÓN, DOCENCIA, DOGMÁTICA

El mismo WR indica el camino hacia el concepto central (en realidad, asaz alemán): «dogmática» en alemán no significa rigidez o lejanía de la realidad; eso sería dogmatismo. Dogmática es el trabajo con la norma jurídica, el vínculo entre el *law in the books* y el *law in action*. No hay que eliminar la abundancia de materia; el estudiante no debe aprender «teorías», sino ser capaz de trabajar metódica y críticamente con las normas, a saber, en el caso concreto. En esto consiste el núcleo de la tarea del jurista y aquí se encuentran todas las disciplinas jurídicas, tanto las dogmáticas como las fundamentales. Todo jusprivatista es capaz de dialogar sobre cuestiones de la parte general del BGB, derecho de cosas o de obligaciones y todo publicista o penalista es capaz de comprenderlas. Esta unidad del derecho se muestra en la praxis de los exámenes. Constituye una característica tradicional del sistema alemán la retroalimentación entre docencia e investigación: de la docencia surgen nuevas interrogantes para la investigación y de esta última emanan nuevos conocimientos para transmitir en la docencia. El que quiera, puede hacerlo; lo que falta es simplemente el tiempo suficiente para la docencia y la investigación, para lo cual los programas y evaluaciones no ayudan en nada. Cada cual debe establecer sus propias prioridades, emplear sus propios recursos e intentar hacer participar a los estudiantes en determinados campos del desarrollo de la dogmática. Lo anterior suena modesto, pero es sin embargo más de lo que se puede lograr con otro modelo. Esto el

¹² Sobre la postura del autor cfr. CHRISTIAN BALDUS, Bezahlte Forscher auch fürs Lesen. Zeittressourcen und Interdisziplinarität, en: *Forschung & Lehre* 13 (2006) 450ss. El problema integral está delineado ahora de manera muy eficaz por WOLFGANG KLEIN, Auf dem Markt der Wissenschaften oder: weniger wäre mehr, en: *Karlheinz Sonntag* (ed.), *Heidelberger Profile. Herausragende Persönlichkeiten berichten über ihre Begegnung mit Heidelberg* (Heidelberg 2012) 61-84. Ahí se explican también las razones por las cuales casi todos los expertos están privadamente en contra de tal política académica, pero nadie protesta abiertamente: El supuesto «mercado» coacciona más de lo que, en modelos clásicos, hizo directamente el Estado.

WR lo sabe y por ello es bueno que tenga en estima el paradigma dogmático, en cuanto científico.

XIV. SOBRE EL DIÁLOGO CON ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EN LENGUA ESPAÑOLA

Tanto algunos juristas españoles como latinoamericanos poseen a veces conocimientos sobre el derecho alemán y sus fundamentos culturales que harían sonrojarse a los juristas alemanes. Aunque la lengua española se expande en Alemania satisfactoriamente, solo unos pocos conocen los ordenamientos jurídicos de España o los países de Hispanoamérica, lo que debería cambiar y probablemente así será: la dinámica demográfica conducirá en tiempos previsibles a que en varias disciplinas científicas el español alcance al inglés. El tiempo corre a favor de Cervantes, Gracián y Ortega.

Sin embargo, el documento del WR, a pesar de su fundamental sensibilidad por las cuestiones lingüísticas, todavía está influido por la idea de que, en caso de dudas, «internacional» significa inglés, aunque en casos puntuales considere experiencias procedentes de países de lenguas romances. Ello no puede seguir así. Algunas de las medidas previstas por el WR pueden contribuir excelentemente a una cooperación más intensa entre España y Alemania. A menudo los derechos español y alemán están dentro del ámbito europeo tan cerca, que se puede esperar mucho de una flexible colaboración entre grupos restringidos de Estados Miembros (*intégration à plusieurs vitesses*, integración diferenciada)¹³.

Tal cooperación es recomendable también con respecto a la formación jurídica: el ejemplo español enseña que las materias fundamentales son importantes y que una «bolonización» sin costo económico en el mejor de los casos trae consigo conflictos; el ejemplo alemán, por su parte, enseña que un sistema de examen estatal puede promover los fundamentos del derecho y la internacionalización, pero no necesariamente debe hacerlo. En este sentido, las demandas del WR son muy bienvenidas.

En Europa necesitamos la dogmática, pero europea en sentido amplio; algo semejante vale para las relaciones con América Latina. España es (junto con Portugal, aunque no de la misma manera)

¹³ Sobre este fenómeno en el derecho privado véase principalmente la colección sobre convergencia de la editorial Sellier (http://www.sellier.de/pages/en/buecher_s_elp/europarecht/887.europaesches_privatrecht_in_vielfalt_geeint_droit Priveacutecuteen_luniteacutecuteen_dans_la_diversiteacutecute.htm) y *Christian Baldus / Peter Jung* (eds.), *Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivaterecht* (München 2007).

un puente natural hacia las grandes culturas y los grandes mercados de América Latina. España es (junto con Portugal, aunque no de la misma manera) un país del cual se puede aprender mucho sobre compatibilización y desarrollo de doctrinas jurídicas francesas y alemanas. Los juristas españoles deberían hacerlo presente a sus colegas alemanes más a menudo, como asimismo deberían cultivar su propio derecho y su propia lengua a consciencia.

El número de aquellos que desde Alemania miran científicamente hacia España aumenta y puede seguir haciéndolo, si es que España se ocupa más intensamente (y por favor en adelante más críticamente) del derecho alemán¹⁴. Tales perspectivas deberían ser tenidas a la vista cuando se piensa históricamente y no nos dejamos confundir por fenómenos como la crisis europea¹⁵, sobre todo cuando factores con la migración promueven la interconexión. Todo lo que sirva para ampliar estas perspectivas es útil.

XV. ¡TRADUCCIONES!

Es un buen signo el hecho de que el WR mencione al final de su informe precisamente este aspecto, a saber, el desatendido problema de las traducciones¹⁶. Las traducciones no generan contenidos idénticos, pero ponen al descubierto contenidos, convergencias y divergencias de los textos, lenguas y culturas; permiten al lector que no domina la lengua original acceder a literatura a la que, de no mediar la traducción, le sería imposible; por otra parte, la traducción enseña al propio traductor (no hay que callar respecto al hecho de que los traductores profesionales por regla general están muy mal pagados).

Con razón, en Alemania se consideran actualmente las traducciones como publicaciones científicas. No sería equivocado exigir traducciones a los habilitantes, en todo caso a los habilitantes en

¹⁴ Para una introducción histórica cfr. FRANCISCO JAVIER ANDRÉS SANTOS, Was erwartet sich die Geschichte des europäischen Privatrechts von der deutschen Rechtswissenschaft?, en: *Christian Baldus / Peter-Christian Müller-Graff* (eds.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive* (München 2006) 93-114 (97-102).

¹⁵ Cfr. CHRISTIAN BALDUS, *Europäischer Süden und Europäisches Privatrecht* (editorial), en: GPR 9 (2012) 105. Hay versiones en italiano (Europei del Sud e diritto privato europeo, en: Banca, Borsa e Titoli di credito 2012, 460ss.) y griego moderno; versión española en preparación: Sur de Europa y Derecho privado europeo, en: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 2013.

¹⁶ «La publicación en lengua extranjera o traducción de los resultados de la ciencia jurídica alemana debe tener por objetivo no solo el ámbito anglosajón, sino el mundo entero. En esto existen determinadas tradiciones jurídicas, como es el caso del sur y este de Europa o Asia oriental, que tienen lazos más estrechos con la ciencia jurídica alemana.»

materias extendidas a nivel europeo e internacional, lo que incluye a todas las materias fundamentales. La publicación de traducciones dice mucho más sobre experiencias en el extranjero que meras referencias en el currículum. El documento del WR no exige esto, sino que más bien considera una centralización y control de las traducciones jurídicas en organismos especiales, lo cual parece ser demasiado político-burocrático. Sin embargo, estaría en la lógica de las acertadas reivindicaciones del WR reflexionar sobre la ampliación del grupo de traductores a las nuevas generaciones académicas.

Sea como sea: Debería traducirse mucho más al hoy en día más extendido idioma occidental, el castellano, así como del castellano al alemán. En este sentido, es alentador el hecho de que la redacción de ADC haya solicitado a un jurista alemán una evaluación del informe del WR y que esta sea traducida. Lo que los lectores españoles y latinoamericanos encuentren en ella puede ser muy valioso para los propios países de lengua alemana. R.S.V.P.

ANEXO

PERSPECTIVAS DE LA CIENCIA JURÍDICA EN ALEMANIA. SITUACIÓN, ANÁLISIS Y RECOMENDACIONES¹⁷

Informe elaborado por el Consejo de las Ciencias¹⁸

(Documento 2558-12 - Colonia, 9.11.2012)

SUMARIO: Resumen. A. La ciencia jurídica en el sistema científico alemán. A.I Datos básicos sobre la ciencia jurídica alemana. A.II Investigación y promoción de las nuevas generaciones en la ciencia jurídica. II.1 Desarrollo e investigación (fondos externos). II.2 Promoción de las nuevas generaciones. II.3 Medios de publicación y formatos para la ciencia jurídica. A.III Los estudios de derecho. III.1 Estudios universitarios. III.2 El estudio en *Fachhochschulen*¹⁹.—B. Análisis y recomendaciones. B.I Ciencia jurídica. Definición. Presupuestos del conocimiento. Funciones. I.1 Definición y objeto. I.2 Referencia al objeto y pretensión de validez de la ciencia jurídica. I.3 La ciencia jurídica como disciplina académica. I.4 Sobre la función social de la ciencia jurídica. B.II Sobre la investigación científica. II.1 Recomendaciones ante los desafíos a que se enfrenta la investigación jurídica. II.2 Recomendaciones sobre la estructura de la investigación jurídica. II.3 Sobre la práctica de reclutamiento en la ciencia jurídica. II.4 Sobre la evaluación y seguridad de la calidad en la investigación jurídica. II.5 Sobre las infraestructuras de investigación en la ciencia jurídica. B.III Sobre los estudios de derecho. III.1 Sobre la diversidad de las ofertas de estudios jurídicos. III.2 Recomendaciones para la promoción de las competencias de reflexión en los estudios de derecho. III.3 Recomendaciones para la formación de los planes de estudio. III.4 Competencias en la creación del derecho y asesoría jurídica como objeto de los estudios de derecho. III.5 Otras exigencias a los estudios de derecho desde la práctica jurídica. B.IV Para la comunicación al interior de la ciencia jurídica. Formatos de publicación y lenguas. IV.1 Práctica de publicación en la ciencia jurídica. IV.2 Lenguas.

¹⁷ Selección de textos y notas: Christian Baldus, Heidelberg. Traducción a cargo de Adolfo Wegmann, Heidelberg/Santiago de Chile. Revisión de la traducción a cargo de Patricio Lazo (Universidad de Antofagasta, Chile). El documento original se encuentra redactado en un lenguaje influido por la terminología propia de la teoría de sistemas, de N. Luhmann. La traducción ha querido conservar esta específica orientación, por lo demás coincidente con los equivalentes en español de dichos términos, toda vez que su uso explica la perspectiva científica desde la cual el documento es concebido.

¹⁸ N. del T.: *Wissenschaftsrat*, en adelante WR.

¹⁹ N. del A.: Las *Fachhochschulen* son instituciones académicas en las cuales la investigación no tiene el mismo peso que en las Universidades. En cambio, se dedican especialmente a la docencia para fines prácticos. Los profesores no necesitan habilitación (aunque en parte son habilitados) pero más experiencia práctica respecto a los profesores universitarios. Las carreras son más breves. Últimamente, las *Fachhochschulen* suelen ser llamadas también *Universities of Applied Sciences*.

RESUMEN

La ciencia jurídica se caracteriza por una estrecha vinculación entre teoría y práctica. Ella es parte del sistema de las ciencias y, al mismo tiempo, se encuentra vinculada de manera especial con el sistema jurídico. Por esta razón, el desarrollo de la ciencia jurídica, tanto en su aspecto técnico-profesional como organizativo, tiene lugar dentro de un determinado marco y bajo especiales condiciones; en las universidades corresponde a las denominadas facultades profesionales²⁰. La ciencia jurídica se remonta a una larga tradición académica y constituye cualitativa y cuantitativamente una disciplina de peso, de la cual tanto la política científica y educativa como los representantes de otras áreas del conocimiento esperan importantes contribuciones. En razón de las modificaciones estructurales del derecho, tanto el objeto de estudio de la ciencia jurídica como su actual estructura hacen frente a los cambios del sistema científico y a la creciente exigencia de autosustentabilidad, planteada a las instituciones académicas. En interés de una activa y eficaz respuesta a estos desafíos es indispensable, en opinión del WR, un fortalecimiento de la enseñanza y la investigación en el ámbito de las ciencias jurídicas, propósito que supone un reforzamiento de las materias fundamentales²¹, el desarrollo intensivo de la interdisciplinariedad y una mayor apertura de la ciencia jurídica tanto dentro de la universidad como en el sistema científico en general. Para lograr este objetivo resulta indispensable una mayor diversidad al interior de la disciplina, tanto en lo que se refiere al personal docente e investigador como a sus aspectos institucionales; del mismo modo, cabe aumentar la variedad de sus perspectivas profesionales.

En vista de la estrecha relación entre ciencia y práctica, la fortaleza de la ciencia jurídica dependerá de cómo ella identifique los cambios estructurales del Derecho de mayor calado y profundice en su conocimiento. La progresiva juridización de procesos sociales, la existencia de modos alternativos de formación del derecho y de las normas que conducen en el ámbito nacional e internacional a novedosas formas de imposición de éste, así como su europeización e internacionalización, constituyen desarrollos que han de ser investigados tanto sistemáticamente, como en sus efectos prácticos y transmitidos en la enseñanza.

²⁰ N. del A.: Se trata de un concepto muy elaborado, sacado del léxico especial de la teoría de las ciencias.

²¹ N. del T.: La expresión alemana *Grundlagenfächer* significa, traducida literalmente, materias fundamentales. Sin embargo, no hay que entenderla referida a aquellas materias que constituyen el núcleo de los estudios jurídicos (derecho civil, público, procesal y penal), sino que corresponde más bien a «materias culturales» en contraposición a materias dogmáticas (*dogmatische Fächer*). Conforme a lo indicado por el propio WR (Informe, pp. 30 ss.), son materias fundamentales aquellas que tienen por objeto el estudio de los fundamentos históricos, filosóficos, sociológicos, políticos, psicológicos, económicos y criminológicos del derecho. En concreto, se trata de la historia del derecho, filosofía y teoría del derecho, sociología y psicología jurídica, criminología y teoría general del Estado.

Para ello es indispensable, en primer lugar, un fortalecimiento de los fundamentos comunes de la ciencia jurídica (materias fundamentales), a fin de generar un conocimiento jurídico y extrajurídico de carácter general y no meramente especializado y sectorial. Las facultades de derecho deberían desarrollar conceptos para una cultura jurídica, entendida en sentido más amplio y completa. Tales conceptos tienen que mirar a una transmisión más intensa y profunda de conocimientos sobre los fundamentos del derecho y su contexto, así como perfeccionar las competencias metodológicas necesarias para la comprensión sistemática del derecho, con la consiguiente disminución en importancia del estudio de detalles. Con ese fin, los estudiantes deberían tener la posibilidad de participar en seminarios y coloquios con un número reducido de miembros, para fomentar en ellos la iniciativa individual, el aprendizaje activo y la capacidad de reflexión.

En segundo lugar, es necesario el fortalecimiento de la interdisciplinariedad o bien la apertura a disciplinas cercanas y la inclusión de perspectivas de las ciencias colindantes con la ciencia jurídica. En este sentido, se debe lograr un mayor dinamismo en la investigación y un aumento del intercambio con otras áreas de conocimiento pertenecientes al campo de las humanidades y las ciencias sociales.

En tercer lugar, es indispensable la apertura de la ciencia jurídica a la dimensión internacional del derecho, tanto en lo que respecta a la investigación misma como al personal docente e investigador. Para lograr este objetivo el WR recomienda a las grandes facultades de derecho que, en una primera etapa, instituyan cátedras por tiempo definido cubiertas por profesores extranjeros invitados (*Forschungsgastprofessuren*). Asimismo, se recomienda a los patrocinadores privados el desarrollo de programas de investigación en ciencias jurídicas con académicos extranjeros invitados.

Un requisito esencial para la calidad de la investigación es la diversidad de perspectivas, a la cual contribuye en especial medida la diversidad del personal investigador. En este sentido, y en cuarto lugar, el WR es de la opinión que se debe incrementar el número de mujeres involucradas en la ciencia jurídica en todos sus niveles. Ello, de conformidad a lo previsto en los estándares de igualdad de la DFG²² y en las recomendaciones del WR de 2007 y 2012. El WR exhorta a las facultades de derecho a aplicar cuotas flexibles basadas en el modelo de cascada²³.

²² N. del T.: *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (Comunidad Alemana de Investigación). La DFG es un organismo autogestionado y el más importante patrocinador público de investigación científica en Alemania. Cfr. http://www.dfg.de/dfg_profil/aufgaben/wer_wir_sind/index.html

²³ N. del A.: el así llamado modelo de cascada (*Kaskadenmodell*) constituye el intento por lograr una progresiva equiparación matemática entre ambos sexos. El modelo no es nuevo pero muy controvertido; cfr. JÜRGEN KAUBE, *Die Politik plant eine große Frauenkas-*

En opinión del WR es preciso mejorar los procesos de evaluación de la calidad de la investigación jurídica. Por esta razón, los juristas deberían lograr un acuerdo respecto de las exigencias y condiciones principales sobre la base de las cuales se pueda desarrollar un procedimiento de evaluación transparente de la producción científica. Junto a ello, el WR considera indispensable aumentar tanto la intensidad de la comunicación intradisciplinar, en cuanto proceso de autoobservación sistemática –también por causa del aseguramiento de la calidad– como la cultura de la recensión pública y no pública (*Peer Review*). Para ello, hay que observar especialmente las publicaciones científicas, es decir, la comunicación mediante publicaciones teóricamente fundadas, analítica y sistemáticamente orientadas, de modo que la ciencia jurídica pueda satisfacer sus propias exigencias de originalidad, relevancia e independencia intelectual en la generación de conocimiento.

La investigación ha de ser la ocasión para debatir y confrontar críticamente distintas ideas, de suerte que los intereses económicos no deberían conducir a una marginación de la genuina comunicación científica. Para garantizar la calidad de los estudios de doctorado rigen los requisitos establecidos en el informe del WR de noviembre de 2011. En sentido análogo a la garantía de *best scientific practice*, las sociedades científicas especializadas²⁴ deberían formular reglas que pongan en claro que la elaboración de informes en derecho o dictámenes, así como el ejercicio de la función de árbitro, no pueden significar un perjuicio para la independencia de la investigación científica.

Para que la ciencia jurídica alemana sea capaz de defender su destacada posición a nivel europeo e internacional, debería tomar parte más intensamente en el debate científico europeo e internacional, así como desempeñar un papel más activo en la legislación y formación del derecho. Para lograr este objetivo es necesario que, en mayor medida que hasta ahora, la ciencia jurídica alemana publique los resultados de sus investigaciones en medios extranjeros, así como incorporar literatura especializada extranjera a la discusión científica dentro del ámbito alemán. Esto no significa que se cambie el foco del alemán al inglés y que, por consiguiente, el inglés se convierta en la única lengua de publicación de la producción científica alemana. La ciencia del derecho es ciencia de un objeto lingüísticamente constituido, lo que implica que sus perspectivas se amplían por el multilingüismo.

kade, en: FAZ, 20 de noviembre, 2012, <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/geisteswissenschaften/frauenquote-die-politik-plant-eine-grosse-frauenkaskade-11966395.html>

²⁴ N. del A: en alemán *Fachgesellschaften*, por ejemplo la *Zivilrechtslehrervereinigung*, la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, la *Vereinigung der Deutschen Strafrechtslehrer*, el *Rechtshistorikertag* (los dos últimos técnicamente no constituidos en forma societaria), la *Deutsche Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie* y la *Gesellschaft für Rechtsvergleichung*. Estas sociedades no tienen funciones estatales, pero organizan grandes debates doctrinales como los consensos profesionales y colaboran con la DFG en la elección de peritos.

El WR observa con mucha atención la diversidad de ofertas de estudio en el ámbito del derecho, la que tiene por causa el surgimiento de nuevos campos laborales en los cuales se requieren competencias de índole jurídica. Más del 13% de los estudiantes de ciencias jurídicas cursan sus estudios en *Fachhochschulen*²⁵ e instituciones de educación superior privadas, mientras que apenas un 16% de los estudiantes matriculados en universidades tienen como objetivo la obtención del grado de *Bachelor* o *Master*. Es muy probable que la oferta de estudios de acuerdo al perfil de la *Fachhochschule* siga aumentando, al mismo tiempo que surgen nuevas áreas en las que se requiere una formación jurídica, sobre todo en el campo de la salud y los servicios sociales. También las cohortes de estudiantes de derecho matriculados en las facultades universitarias se han hecho más heterogéneas a través de la introducción de los estudios de *Bachelor* y *Master*. El WR mira con buenos ojos la variedad en la oferta de estudios jurídicos, dado que conduce a una mayor diversidad de perspectivas y a un enriquecimiento de la disciplina. El WR es de la opinión que las *Fachhochschulen* se enfrentan al desafío de estructurar y limitar el aumento de las nuevas ofertas de estudios con contenido jurídico. La ciencia jurídica en su totalidad se enfrenta, pues, al hecho que, para defender su unidad, no puede seguir orientada exclusivamente a un único modelo profesional. En este sentido, el WR anima a las facultades de derecho a crear nuevos planes de estudio que reaccionen ante la diversidad de profesiones legales, al mismo tiempo que proporcionar a sus egresados calificaciones múltiples con elementos jurídicos.

A. LA CIENCIA JURÍDICA EN EL SISTEMA CIENTÍFICO ALEMÁN

A.I DATOS BÁSICOS SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA ALEMANA

La ciencia jurídica constituye uno de las disciplinas de mayor peso cuantitativo dentro de las instituciones alemanas de educación superior. Para aproximadamente 110.000 estudiantes matriculados en todos los planes de estudio en ciencias jurídicas hay 1.300 profesores²⁶. [...] En este sentido, es digno de destacar el hecho de que el

²⁵ N. del T.: Véase *supra* nt. 3.

²⁶ N. del T.: El término alemán *Professor* debe ser entendido en sentido restringido, es decir, aquel académico que luego del doctorado y, por regla general, de la habilitación, ha obtenido la *venia legendi* en una o más disciplinas por su facultad y que después ha sido llamado por otra facultad. No se refiere, por tanto, a todo el personal docente e investigador, que es más numeroso. En este sentido, y para el ámbito alemán, *Professor* corresponde al Catedrático y al Profesor Titular del sistema universitario español; en cambio, el

número de cátedras universitarias apenas ha aumentado en los últimos 11 años, mientras que la cantidad de cátedras en las *Fachhochschulen* se ha más que duplicado en el mismo periodo de tiempo.

[...] Igualmente hay que mencionar la escasa presencia de profesores extranjeros en comparación con otras disciplinas: en ciencia jurídica alcanza el 2%, mientras que en letras y humanidades llega al 7% y, en general, para todas las disciplinas asciende a un 6%. [...] Sólo en 150 instituciones de educación superior, de las cuales 26 son privadas, existen planes de estudio en ciencias jurídicas; 41 de ellas ofrecen un plan de estudios orientado al primer examen estatal.

Erste Prüfung, antes *Erste juristische Staatsprüfung* o simplemente *Staatsexamen*), entre las cuales se encuentra una institución privada, la Bucerius Law School. [...] Las universidades ofrecen de manera aislada programas autónomos de *Bachelor* y *Master* en ciencias jurídicas, que en general son cursados preferentemente por estudiantes procedentes del extranjero, o bien se trata de una «estación intermedia» en el camino hacia el primer examen estatal.

La demanda por los estudios de derecho se ha mantenido constante en los últimos 11 años. [...].

Existen 10 institutos extra universitarios con una explícita orientación jurídica, todos los cuales pertenecen a la Sociedad Max-Planck (*Max-Planck-Gesellschaft* o MPG)²⁷. En ellos se realiza investigación en los campos del derecho privado, derecho penal y derecho público, así como también en materia de propiedad intelectual, libre competencia, derecho tributario y derecho social. A ellos hay que añadir el Instituto Max-Planck de historia del derecho europeo, el Instituto Max-Planck para la investigación sobre los bienes libres y diversas unidades investigadoras del Instituto Max-Planck de etnología. La MPG ha suscrito un convenio de cooperación con el Gran Ducado de Luxemburgo para constituir, a partir del 1 de enero de 2013, un Instituto Max-Planck que estudiará los fundamentos de los procedimientos judiciales y administrativos en perspectiva comparada, europea e internacional.

A.II INVESTIGACIÓN Y PROMOCIÓN DE LAS NUEVAS GENERACIONES EN LA CIENCIA JURÍDICA [...]

II.2 Promoción de las nuevas generaciones

El 15,6% de los egresados de una generación en ciencias jurídicas obtiene el doctorado. [...] Entre los años 2000 y 2009 la canti-

profesor contratado doctor y el profesor ayudante españoles más bien a los *Akademische Mitarbeiter* alemanes.

²⁷ N. del A.: Cfr. <http://www.mpg.de/institute>.

dad de doctorados en ciencias jurídicas por profesor ascendió en promedio a 1,9. [...]

Entre los años 2000 y 2010 la cantidad de habilitaciones en ciencias jurídicas disminuyó en más de un 25%, lo que constituye el mayor retroceso en comparación con todas las demás disciplinas científicas. [...]

II.3 Medios de publicación y formatos para la ciencia jurídica

Existe un amplio espectro de medios y formatos a través de los cuales se comunican los resultados de la investigación jurídica. Esta variedad se debe, y no en último término, al hecho de que la ciencia jurídica se caracteriza por ser una disciplina profesional, cuyas publicaciones se dirigen tanto a la comunidad científica como a la práctica. Los objetivos de la comunicación de la literatura científica no deben hacer diferencia entre los destinatarios que se encuentran dentro del sistema científico y aquellos que están dentro del sistema jurídico. Junto a monografías y artículos (en cierto modo los medios «clásicos» de difusión científica) existen otros géneros, como los comentarios, tratados y manuales. Otros medios comunes de difusión de la investigación jurídica son las actas de congresos (*Tagungsbände*), reuniones de estudios de un autor (*Sammelbände*) y libros homenaje (*Festschriften*) (sobre la publicación de informes en derecho, véase B.IV.1).

Los comentarios están orientados principalmente a la práctica y contribuyen a dar, de manera fundamental, estructura y principios a determinadas áreas del derecho. Junto a los monumentales comentarios del derecho público, privado y penal existe una serie de comentarios a leyes especiales. [...]. Los comentarios tratan en forma clara materias que generalmente son difíciles de comprender para el no especialista, explican el contenido de las normas de manera sistemática y en su correspondiente contexto, entregan informaciones sobre su origen y contribuyen –mediante selección y elaboración dogmática– a un mayor entendimiento de las normas en relación con su aplicación práctica. Los comentarios desempeñan una importante función en una cultura jurídica fuertemente legalista como es la alemana. Los tratados y manuales son también un importante género de la literatura jurídica, puesto que tratan la correspondiente materia de manera sistemática, con análisis científicos y orientados a la solución de problemas prácticos.

Igualmente amplia es la oferta de revistas jurídicas, las cuales se pueden clasificar en revistas para la formación jurídica, orientadas a la práctica, revistas sobre áreas concretas del derecho y archivos. Las revistas para la formación jurídica son editadas sin excepción por profesores universitarios. Constituye una particularidad de la ciencia jurídica el hecho de que, junto a jóvenes juristas, también destacados y prominentes profesores publiquen en esta clase

de revistas. En tanto, en toda Alemania pueden encontrarse revistas de estudiantes editadas por las respectivas facultades de derecho. Ambos tipos de revistas didácticas sirven para que jóvenes juristas publiquen trabajos orientados a la docencia, a fin de probar su idoneidad para enseñar una determinada disciplina jurídica.

Las revistas orientadas a la práctica se dirigen a los operadores jurídicos en las áreas concretas del derecho. Normalmente estas revistas son editadas por estos últimos o bien por estos en conjunto con profesores; en ellas publican tanto prácticos como profesores.

Las revistas sobre áreas específicas del derecho se ocupan en forma especializada de cuestiones concretas, por lo que están dirigidas a la discusión entre especialistas.

Los archivos tienen pretensiones científicas especialmente altas. Su objetivo consiste en mantener la unidad de las áreas del derecho y de la ciencia jurídica en general.

A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en las ciencias naturales, el mercado de revistas jurídicas se encuentra lingüísticamente diferenciado (esto es, no se encuentran concentradas en un solo idioma) y la jerarquía entre ellas es menos acentuada. También, en el futuro, el idioma de las revistas jurídicas permanecerá unido a la íntima vinculación entre derecho y lenguaje. Puesto que cada país europeo dicta, interpreta y aplica sus propias normas, las investigaciones de que son objeto se publican principalmente en las revistas del país respectivo y, por consiguiente, en su propio idioma. [...] Por lo demás, existen determinadas áreas del derecho, como el derecho internacional o las materias fundamentales, que tradicionalmente han sido objeto de estudio en distintos idiomas. Asimismo, existen ámbitos respecto de los cuales los artículos de revista son publicados en varias lenguas. Dicha práctica se repite en otros países, dentro y fuera de Europa.

A.III LOS ESTUDIOS DE DERECHO

La gran mayoría de los estudiantes de derecho aspira a obtener un grado académico universitario, con la posibilidad de realizar el primer examen estatal (aproximadamente el 70 %). [...] La relación numérica estudiante-profesor es desfavorable tanto en términos absolutos como en comparación con otras disciplinas. En 2010, la cantidad de estudiantes de derecho por profesor ascendía a 82, mientras que en las demás disciplinas la cantidad de alumnos por profesor era de 52. [...]

III.1 Estudios universitarios

En Alemania hay 43 facultades de derecho, de las cuales 41 ofrecen programas de estudio conducentes al primer examen estatal y 36 cuentan con al menos 15 cátedras.

Los estudios universitarios de derecho concluyen, en la mayoría de los casos, con el primer examen estatal, de acuerdo

al § 5 I DRiG²⁸. Haber aprobado este examen es un requisito para iniciar el período de práctica jurídica (*Referendariat*), que concluye con el segundo examen estatal. Este es, a su vez, un requisito para desempeñar profesiones reguladas por el Estado, como son la abogacía y la judicatura, al mismo tiempo que constituye un mecanismo para asegurar el cumplimiento de estándares de calidad. Corresponde a cada estado federal disponer por ley el contenido del primer examen estatal, lo que significa que este se encuentra fuertemente regulado. La administración del examen es competencia de las Oficinas Regionales de Examinación Jurídica (*Landesjustizprüfungsämter*). Por ende, los cambios estructurales acerca de la docencia e investigación jurídica afectan siempre también al primer examen estatal y deben ser tenidos en consideración. [...]

Los grupos de interés vinculados a la abogacía interceden a favor de la incorporación en los estudios de derecho de elementos orientados a la práctica legal, tales como retórica, negociación, mediación y técnicas de interrogatorio. Para mejorar la preparación orientada al ejercicio de la profesión de abogado se aumentó la fase obligatoria de práctica junto a un abogado durante el *Referendariat*, de cuatro a nueve meses. La Ley de reforma de la formación jurídica de 2003, cuyo objetivo era mejorar la calidad de la preparación para el ejercicio de las profesiones legales, en especial de la abogacía, permite además la creación de áreas de especialización (*Schwerpunktbereiche*) en las aproximadamente 40 facultades de derecho de las universidades estatales alemanas, lo que a su vez tiene relevancia para el primer examen estatal. Por lo tanto, este último no es más un examen exclusivamente estatal basado en la solución de casos, del cual es responsable la administración de justicia del respectivo estado federal, sino que corresponde en un 30% al área de especialización del alumno. Esta parte es examinada exclusivamente por profesores de la universidad respectiva.

Las áreas de especialización permiten a las facultades de derecho poner el acento en determinados temas, por ejemplo, el derecho internacional o el derecho europeo, pero también en áreas más restringidas, como el derecho del mar o el derecho marítimo internacional. Se han creado así numerosas áreas de especialización en materia de derecho económico y de la empresa (en las cuales hay que cursar como mínimo las materias de derecho de sociedades, mercado de capitales, propiedad intelectual o libre competencia). El área de especialización en derecho penal (normalmente con las

²⁸ N. del A.: *Deutsches Richtergesetz* [Ley (federal) alemana de jueces], que regula ciertas estructuras del acceso al Poder Judicial. El segundo examen estatal proporciona la (teórica) *Befähigung zum Richteramt* (capacidad de ser juez), aunque en realidad solo graduados con notas muy altas puedan ingresar en el Poder Judicial. De ahí la vinculación entre la ley federal y la formación jurídica, es decir, una materia educativa que, en cuanto tal, pertenece principalmente a la esfera de competencia de los estados federales.

materias de derecho penal juvenil, criminología o derecho penal internacional) es especialmente demandado por los estudiantes. Sólo en casos aislados se ha establecido un área de especialización en materias fundamentales como historia del derecho. [...]

Sobre los efectos de la reforma existen algunos informes de evaluación, los cuales han de ser considerados con reserva debido a la escasa cantidad de datos. [...] La ley de reforma de la formación jurídica también ha tenido repercusiones de índole administrativa, en cuanto las universidades han debido crear sus propias oficinas de exámenes y dotarlas de personal.

III.2 El estudio en las *Fachhochschulen*

En los últimos diez años se han creado numerosos programas de estudio en ciencias jurídicas en las *Fachhochschulen*²⁹ y en las *Verwaltungshochschulen*³⁰. [...]

B. ANÁLISIS Y RECOMENDACIONES

La ciencia jurídica se remonta a una larga tradición académica y constituye cualitativa y cuantitativamente una disciplina de peso, de la cual tanto la política científica y educativa como los representantes de otras áreas del conocimiento esperan importantes contribuciones. Su opinión ha sido importante en las últimas reformas del sistema científico alemán. Sin embargo, en la actualidad el objeto de estudio de la ciencia jurídica y su organización se enfrentan al desafío que suponen los cambios estructurales del derecho, el desarrollo del sistema económico y la creciente exigencia a las instituciones académicas de ser responsables de su autogestión. El WR desea que la ciencia jurídica pueda desarrollarse enérgicamente de acuerdo al inventario y recomendaciones contenidos en el presente informe.

B.I CIENCIA JURÍDICA. DEFINICIÓN. PRESUPUESTOS DEL CONOCIMIENTO-FUNCIONES

El presente capítulo se ocupa de los rasgos y condiciones que caracterizan a la ciencia jurídica como disciplina académica y como facultad profesional. El WR considera que tanto el diálogo entre la ciencia jurídica y otras disciplinas al interior de las instituciones de educación superior como el entendimiento entre las diversas áreas dentro de la misma ciencia jurídica puede benefi-

²⁹ N. del T.: Véase *supra* nt. 3.

³⁰ N. del A.: Escuelas superiores de administración; véase por ejemplo <http://www.hfv-speyer.de/js-start.htm>

ciarse de que ésta comunique y haga explícitos principios generales y perspectivas de su autocomprensión.

I.1 Definición y objeto

El objeto de la ciencia jurídica es la reflexión metódica, sistemática y crítica del derecho. En este sentido ella presenta una perspectiva inmediatamente práctica, en cuanto proyecta y prepara la toma de decisiones dentro del sistema jurídico. La ciencia jurídica estudia e investiga tanto el contenido del derecho vigente (dogmática[s]) como sus fundamentos históricos, políticos, filosóficos, sociales, etc. La ciencia jurídica alemana se caracteriza, en especial medida, por un abarcador desarrollo conceptual y sistemático. [...]

La función de la ciencia jurídica es, por tanto, investigar los requisitos, condiciones de validez y efectos del derecho, en cuanto mecanismo de control social, en el marco de las condiciones siempre cambiantes de la formación de sociedades modernas. [...]

El derecho positivo, tal y como está hoy en vigencia, se comprende y aplica siguiendo las pautas de la metodología jurídica (véase B.I.2). Esta aplicación del derecho está siempre dirigida por la reflexión teórica. Para determinar si una regla es o no justa, habrá que remitirse a otros campos de reflexión, como la historia, la criminología, la economía, la filosofía, la ciencia política, la psicología o la sociología.

I.2 Referencia al objeto y pretensión de validez de la ciencia jurídica

La ciencia jurídica es una ciencia normativa. Su postura epistemológica y científico-teórica está determinada por las características de su objeto de estudio. Entre estas últimas se cuenta, en primer lugar, la mutabilidad del derecho positivo y con ello del objeto de esta ciencia; de hecho, la propia ciencia jurídica contribuye con su trabajo a esa mutabilidad. Una segunda característica del derecho es su íntima vinculación con el lenguaje, especialmente con la escritura, puesto que en la actualidad las normas jurídicas están escritas. Una tercera característica que debe ser puesta de relieve es su función normativa de la realidad social, enderezada a la toma de decisiones. En este sentido, se caracteriza por su relación con la práctica, que vincula el derecho directamente con la sociedad y el ejercicio del poder político.

Como ciencia hermenéutica, la ciencia jurídica emplea diversos procedimientos. [...] La metodología jurídica se ocupa de la interpretación de normas jurídicas, así como de su aplicación al caso concreto. En otras palabras, consiste en el arte de la aplicación de

normas jurídicas (*lege artis*), es decir, en el proceso de subsunción de la norma a un supuesto de hecho concreto, con la consiguiente subordinación de este proceso a los requisitos de la norma, los cánones de interpretación o el precedente. Los conocimientos obtenidos son estructuradamente sintetizados y desarrollados por la dogmática jurídica. La argumentación está ligada a la consistencia interna y coherencia con otros conocimientos científicos. En tal procedimiento, la ciencia jurídica apuesta por la diferenciación, la estratificación y la falsificabilidad de su argumentación. Los resultados comparten con cada proposición científica una fundamental provisionalidad y revocabilidad.

Cuando la ciencia jurídica analiza su objeto de estudio integrando perspectivas históricas, lingüísticas, filosóficas, sociológicas, politológicas, económicas, psicológicas, criminológicas y otras, opera también a partir de la metodología de dichas disciplinas. También así dirige a su propio objeto varias perspectivas de conocimiento y desarrolla, de esta manera, la diversidad de dimensiones del derecho. [...] Por esta razón, la ciencia jurídica no puede prescindir de la interdisciplinariedad. La internacionalización y europeización del derecho, especialmente en virtud de la crisis de los sistemas jurídicos cerrados en la perspectiva del Estado nacional [...], obliga a emplear una metodología que integre críticamente perspectivas internacionales. [...]

1.3 La ciencia jurídica como disciplina académica

En cuanto disciplina académica, la ciencia jurídica se encuentra bajo la influencia de diversos factores fuera del sistema científico. [...]

Una particularidad radica en el hecho de que los contenidos de la formación jurídica están reglamentados en detalle por el Estado, con la contribución de las Oficinas Regionales de Examinación Jurídica. En este sentido, tanto el contenido de los planes de estudio como las materias a ser examinadas están fuertemente reguladas, de modo que los cambios estructurales en la disciplina deben tener consecuencias en la reglamentación del examen estatal y sus contenidos.

Otro rasgo característico de la ciencia jurídica es que las profesiones legales gozan de un alto prestigio social y el desarrollo de una carrera en estas áreas prácticas es muy atractivo. Por esta razón es especialmente importante lograr atraer al mundo académico a elementos de excelencia de las nuevas generaciones de juristas.

La ciencia jurídica distingue entre materias fundamentales y materias dogmáticas. En las así llamadas materias fundamentales se investigan los fundamentos históricos, filosóficos, sociológicos, politológicos, psicológicos, económicos y criminológicos del derecho. [...]

La dogmática jurídica, esto es, el estudio del contenido del derecho vigente, se ocupa de la penetración, comprensión, interpretación y aplicación del mismo. [...] Habida consideración especialmente de su vocación a la aplicación, la metodología de la interpretación jurídica no es idéntica a la de interpretación de textos en otras disciplinas, como por ejemplo la filología. Dada la naturaleza sistemático-conceptual de la dogmática jurídica, esta crea un área común de comunicación entre ciencia y práctica.

La necesidad de considerar al ordenamiento jurídico como un todo para poder aplicarlo o para prestar asesoramiento en el ámbito jurídico asegura en gran medida su unidad científica. Esto conlleva una menor importancia de la especialización y una disminución de sus efectos. En este sentido es común, a diferencia de lo que ocurre en otras disciplinas, que los juristas puedan comprender y juzgar sin grandes dificultades el contenido de postulados correspondientes a distintas áreas del derecho.

Las materias fundamentales son de gran valor para la ciencia jurídica³¹. Su función con respecto a las materias dogmáticas es doble: Por una parte, aplicadas al objeto de cierta área del derecho, permiten una mejor comprensión del derecho vigente. Por otra parte, constituyen puntos de referencia o pautas, a partir de los cuales el derecho positivo puede ser sometido permanentemente a reflexión crítica sobre la base de criterios supralegales como la justicia y analizado bajo el perfil de su coherencia interior. Una especial fortaleza de la ciencia jurídica alemana es su productividad en el ámbito de las materias fundamentales, la que debe ser mantenida e incrementada.

El estudio y cultivo del derecho en la universidad no obedece simplemente a la tradición europea. Es más, la ciencia jurídica debe más bien desempeñar un papel activo dentro del panorama de las ciencias por los siguientes motivos actuales:

– La comprensión del derecho como un fenómeno característico de la civilización humana contribuye al esclarecimiento de las características de los sujetos humanos, tanto de su autocomprensión, como de su comprensión del mundo.

³¹ Nota 24 del texto original: Esta evaluación se apoya en las opiniones de representantes de las profesiones legales, académicos y expertos internacionales, en el marco del grupo de trabajo «Perspectivas de la ciencia jurídica en Alemania».

– La ciencia jurídica puede reflexionar con su propio método y de manera independiente sobre el derecho y el sistema jurídico.

A diferencia de los jueces, la ciencia jurídica puede desentenderse de las particularidades del caso concreto y llevar a cabo sus investigaciones con independencia respecto de mandantes, premisas políticas o grupos de interés.

– La ciencia jurídica contribuye a la reflexión interdisciplinaria, puesto que ayuda a que otras ciencias cuyo objeto está conectado con el derecho puedan reflexionar sobre este de manera eficaz a la altura del estado de conocimiento de la ciencia jurídica. Lo anterior es especialmente relevante en aquellas situaciones en que es preciso tomar decisiones. En vista de su vinculación con la práctica, la ciencia jurídica puede «poner a tierra» las demás ciencias. Ella puede plantear cuestiones que impliquen un desafío para las otras ciencias, confrontándolas con nuevas interrogantes.

– La ciencia jurídica contribuye con su precisión dogmática al rigor conceptual y categorial en el discurso científico. En cuanto ciencia normativa y de decisiones, la ciencia jurídica complementa a las demás disciplinas científicas.

– La ciencia jurídica repercute también en un sentido normativo sobre las demás ciencias; ella constituye el lugar o instancia en la cual se establecen los límites del desarrollo de la ciencia moderna, dado que concretiza los parámetros normativos y el marco jurídico de la misma. Ejemplos tomados del ámbito de las nuevas tecnologías y las ciencias biológicas ponen de relieve la importante función que le corresponde desempeñar a la ciencia jurídica en la ciencia y en la sociedad.

– La integración de la ciencia jurídica en el sistema científico la mantiene en contacto con otras áreas de conocimiento dentro de las humanidades y ciencias sociales, así como con disciplinas de cuyos resultados puede beneficiarse. De hecho, en la política jurídica, la que mira hacia una evolución ulterior del derecho, se emplean a menudo conceptos desarrollados en otras disciplinas como la filosofía política, la economía o las ciencias sociales. [...]

I.4 Sobre la función social de la ciencia jurídica

La ciencia jurídica tiene la tarea de reflexionar sobre las específicas particularidades del derecho en cuanto mecanismo central de control social, donde comparece junto a otros (el mercado, la política, la moral o la religión). [...]

La diferenciación del derecho como sistema social funcional produce cierta demanda de órganos funcionales que puedan desempeñar papeles específicos en el sistema. Con ello, la ciencia jurídica tiene la tarea de formar profesionales. Ella presenta permanentemente perspectivas más allá de una mera recapitulación de contenidos positivos: filosofía, historia y sociología del derecho, comparación cultural, psicología jurídica, criminología, etc. La ciencia jurídica posibilita así una formación profesional en la cual se reflexiona críticamente sobre el derecho positivo en su historicidad, sus diversas facetas sociales y culturales y su propia dinámica. [...]

B.II SOBRE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

La ciencia jurídica alemana se remonta a una larga tradición académica y ha desarrollado una forma propia de afrontar intelectualmente el derecho. Un rasgo esencial de la ciencia jurídica alemana es el análisis sistemático del derecho positivo con una refinada precisión terminológica. Con su enfoque claramente dogmático y sistemático goza de un gran reconocimiento en el ámbito continental europeo y desempeña un importante papel a nivel internacional. [...] Su específico método de trabajo ha logrado ser exportado a otras realidades y así, por ejemplo, ha sido recepcionado intensamente en países del Extremo Oriente, Sudamérica y Europa oriental. Lo anterior es también una razón por la cual el alemán, al lado del inglés, es un importante idioma científico en una materia estrictamente vinculada al lenguaje, como es el derecho. La ciencia jurídica alemana se caracteriza por una estrecha relación con la práctica. Tal se constata en que los jueces recurren a la literatura jurídica, al mismo tiempo que profesores de derecho publican trabajos orientados a la práctica, y en el hecho de que desde siempre los conceptos dogmáticos clave de la ciencia jurídica han procedido de la práctica, del ejercicio de la abogacía, de la administración pública o de la jurisprudencia. [...]

II.1 Recomendaciones ante los desafíos a que se enfrenta la investigación jurídica

[...] La progresiva juridización de procesos sociales, la existencia de modos alternativos de formación del derecho y de las normas que conducen en el ámbito nacional e internacional a

novedosas formas de imposición del derecho, así como la europeización e internacionalización de este, representan cambios cuyos efectos prácticos deben ser investigados de manera sistemática y con vista a sus efectos prácticos. Para ello es necesario que la ciencia jurídica alemana adapte su estructura, en primer lugar mediante la creación de un conocimiento jurídico y extra jurídico más amplio y general en vez de uno estrictamente especializado y sectorial ordenado a la aplicación práctica, lo que se puede lograr con el fortalecimiento de los fundamentos comunes de la ciencia jurídica. En segundo lugar, se requiere un incremento de la interdisciplinariedad o bien la apertura de la ciencia jurídica a nuevas perspectivas procedentes de otras disciplinas. En tercer lugar, es preciso incorporar a la investigación científica a personal de origen extranjero. [...].

En este contexto, el WR recomienda por lo menos asegurar la existencia de las cátedras de materias fundamentales y, en el caso de un aumento del número de cátedras, darles preferencia. Las facultades de derecho debieran además preocuparse de no desnaturalizar las materias fundamentales convirtiéndolas en cátedras de materias dogmáticas en favor de una mayor especialización. Con independencia del tamaño de las facultades de derecho, todas ellas deben ofrecer un núcleo de materias fundamentales, de modo de permitir una comprensión amplia y completa de contextos tanto jurídicos como extra jurídicos. [...] Los profesores de materias fundamentales son también responsables de la formación de las nuevas generaciones de estudiosos, de modo de asegurar la continua adquisición y transmisión de competencias en la respectiva disciplina. El cumplimiento de tales objetivos exige la puesta a disposición de los recursos humanos y materiales correspondientes.

Una mayor dedicación a las materias fundamentales incrementa las posibilidades de intercambio científico con otras disciplinas pertenecientes al campo de las ciencias sociales y las humanidades, con las cuales la ciencia jurídica comparte su metodología. Ello conduce a un mayor dinamismo en la investigación jurídica, así como a una mejor recepción de sus resultados por las demás ciencias. [...]

Es frecuente que profesores de derecho presten asesorías o elaboren dictámenes o se desempeñen como jueces árbitros. En parte se trata de actividades *pro bono*, pero por regla general son remuneradas. La extensión de las actividades de asesoría prestadas por profesores de derecho se encuentra regulada por los superiores jerárquicos en el marco de las normas sobre actividades profesio-

nales secundarias. Sin embargo, esta práctica implica el riesgo de poner en duda la independencia de la investigación científica, puesto que el peritaje jurídico tiene impacto inmediato en actuaciones reales. En interés de la reputación de la ciencia jurídica como disciplina académica y a fin de eliminar o atenuar esta sospecha, deben dictarse normas y procedimientos claros al respecto. [...]

II.2 Recomendaciones sobre la estructura de la investigación jurídica

La forma típica de organización de la ciencia jurídica es hasta ahora la cátedra (*Lehrstuhl*). En comparación con otras disciplinas, como la ingeniería o la medicina, se trata de cátedras pequeñas, consistentes en un solo profesor y un pequeño número (la mayoría de las veces uno a tres) de asistentes (*Mitarbeiter*). Esta forma de organización da lugar a una clase particular de producción científica que se expresa en la autoría individual. En este sentido, la ciencia jurídica está caracterizada por la investigación individual, que necesita financiación básica (*Grundmittelausstattung*)³² suficiente. Por lo demás, el trabajo al interior de una cátedra puede ser organizado de tal manera que permita la producción de tratados, comentarios o proyectos editoriales. [...]

Una suficiente dotación básica de recursos es también requisito para que la investigación jurídica no se ocupe exclusivamente de cuestiones orientadas a la práctica. Lo anterior sucede cuando la elaboración de informes en derecho da lugar a posteriores trabajos de naturaleza científica. Esta clase de estímulo está presente sobre todo en las áreas del derecho estrechamente vinculadas a la actividad económica. [...]

Junto a las universidades y las *Fachhochschulen*, también los institutos Max-Planck llevan a cabo investigación jurídica, gozando de gran prestigio e influencia a nivel internacional. Entre otras cosas, en estos institutos se elaboran importantes y completísimos tratados y enciclopedias consistentes en varios volúmenes. Asimismo, los institutos Max-Planck son activos en la asesoría y elaboración de informes en derecho y dictámenes para tribunales sobre cuestiones concretas. Estos institutos desempeñan además una

³² N. del A.: *Grundmittelausstattung* se refiere en el lenguaje académico alemán a lo necesario para el funcionamiento esencial de la cátedra, a diferencia de los recursos destinados a actividades y proyectos específicos (eventualmente obtenidos de patrocinadores externos). Normalmente no es posible obtener la *Grundmittelausstattung* de parte de tales patrocinadores. El porcentaje de recursos propios de las universidades respecto a sus ingresos globales está disminuyendo continuamente.

importante función de servicio para la ciencia jurídica en general tanto en Alemania como en el exterior, poniendo a disposición de la comunidad científica bibliotecas especializadas y bases de datos. Por otra parte, constituyen lugares centrales para la investigación en derecho comparado. Gracias a sus programas de becas pueden construir y mantener importantes redes de contactos en el extranjero, también para jóvenes estudiosos. El WR destaca la importancia de los vínculos de cooperación e intercambio entre las instituciones de educación superior y los institutos Max-Planck, que son de gran relevancia para la investigación y la transmisión de conocimiento a los estudiantes.

No es raro encontrar en las universidades una tendencia al aislamiento de las cátedras. En opinión del WR, el intercambio de ideas al interior de las facultades de derecho conduciría a una mayor sinergia, también en vista de la disfuncional contraposición entre materias fundamentales y dogmáticas, por una parte, y entre investigación teórica y práctica, por la otra. En algunas facultades existe la práctica probada de sostener regularmente coloquios, seminarios y otras modalidades de intercambio de ideas, con el objeto de estimular el diálogo al interior de las mismas. Adicionalmente, las facultades deberían ser más activas en la invitación regular de académicos extranjeros, incluso por largos períodos de tiempo, y hacerlos participar de sus varias actividades internas (*Fellowships, Summer Schools*). Para ello las universidades deberían poner a disposición de las facultades los recursos necesarios. [...]

Por otra parte, el WR estima que las facultades de derecho deben presentar una mayor diversidad y amplitud de perspectivas en lo que respecta al personal docente e investigador en interés de una mayor calidad de la investigación. Hasta ahora la ciencia jurídica alemana ha sido, desde el punto de vista de las personas que la componen, comparativamente homogénea. Las mujeres están, sobre todo en las posiciones de liderazgo, considerablemente infra-representadas. [...]

La cantidad de profesores extranjeros en la ciencia jurídica se encuentra por debajo del promedio. Una posible causa de esta escasa internacionalización y diversidad puede encontrarse en el carácter profesional de las facultades de derecho. Lo anterior, por el hecho de que se permite tomar el primer examen estatal solo a aquellas personas que lo han realizado y aprobado, requisito que los académicos extranjeros por regla general no cumplen. A ello hay que agregar que, habida consideración de sus particulares campos de investigación, normalmente los académicos extranjeros no

son nombrados para enseñar materias de derecho positivo alemán, que constituyen la mayor parte del plan de estudios. De esta manera, se puede constatar cómo el sistema alemán permanece más bien cerrado para los académicos extranjeros, mientras que numerosos académicos alemanes hacen carrera en otros países. Por regla general no es posible para un investigador extranjero seguir una carrera académica en Alemania a pesar del éxito obtenido en su etapa como becario. [...]

Si hasta ahora el otorgamiento de becas a estudiosos extranjeros ha desempeñado una importante función para exportar la metodología y las ideas de la ciencia jurídica alemana, la integración de dichos estudiosos podría implicar en el futuro un nuevo impulso para la ciencia alemana desde el exterior.

El WR considera que, en el futuro, la integración de académicos extranjeros a la ciencia jurídica alemana, sobre todo en instituciones de educación superior, debe llevarse a cabo de manera aún más sistemática y por largos períodos de tiempo. Es por ello que las facultades de derecho alemanas deberían establecer y luego fortalecer relaciones de cooperación estratégica con facultades extranjeras. [...] Junto con ello, el WR aconseja, al menos a las grandes facultades, eliminar respecto de una de sus cátedras el requisito de haber aprobado el primer examen estatal para ser titular de la misma. Tal cátedra podría ser ocupada por un académico extranjero, el que desempeñaría tanto funciones docentes como de investigación. Áreas especialmente aptas para la institución de dichas cátedras especiales serían, por ejemplo, el derecho europeo, el derecho bancario o las materias fundamentales. [...]

II.3 Sobre la práctica de reclutamiento en la ciencia jurídica

II.3.a) *Las nuevas generaciones*

La cátedra, en cuanto estructura organizativa central de la ciencia jurídica, es también el marco en el cual se recluta a las nuevas generaciones de académicos. La ciencia jurídica alemana es reconocida internacionalmente como dotada de un muy buen cuerpo docente e investigador. [...]

La evaluación y calificación de los investigadores para acceder al profesorado (habilitación) no debiera depender de que los candidatos tengan suficientes publicaciones en temas que constituyen el objeto de cursos obligatorios de la carrera de derecho. Lo anterior permitiría liberar para la investigación fuerzas que normalmente

serían empleadas en áreas relevantes para la formación jurídica pero agotadas para la investigación.

II.3.b) *Recomendaciones y práctica del llamamiento para ser titular de una cátedra*

[...] – Los postulantes a una cátedra universitaria no deberían estar obligados a probar que posiblemente cuentan con publicaciones que cubren áreas del derecho completas o todas las materias de una determinada cátedra. Más bien convendría otorgar un alto valor a investigaciones originales, inclusive artículos sobresalientes, más que a publicaciones de carácter meramente descriptivo de la situación de una determinada área del derecho o sobre el estado actual de la jurisprudencia en un determinado tema, comentarios de sentencia o nuevas ediciones de publicaciones más antiguas.

– En los procesos de evaluación se debería considerar el hecho de que el postulante posea un grado académico en una disciplina distinta de la ciencia jurídica, o un grado obtenido luego de un largo período de permanencia en el extranjero (por ejemplo, LL.M. o SJD), o bien que sea autor de publicaciones en una lengua distinta de la alemana y referidas a un ordenamiento jurídico extranjero.

– Igualmente debería constituir una ventaja en el proceso de evaluación el hecho de que el candidato cuente con experiencia en el ejercicio de una profesión legal.

– Debería evaluarse positivamente que el candidato participe del debate académico a nivel internacional y tenga estrechos contactos con un ordenamiento jurídico extranjero, así como experiencias de cooperación con colegas de otros países.

- Debería evaluarse positivamente la experiencia en actividades académicas que van más allá de la propia institución de educación superior, a saber, vínculos de cooperación científica con otras universidades, participación en proyectos interdisciplinarios, a lo mejor interuniversitarios, haber sido *Fellow* en algún *Centre for Advanced Study*, etc.

II.4 **Sobre la evaluación y garantía de calidad en la investigación jurídica**

[...] Un peligro especialmente grande para la ciencia jurídica consiste en seguir la opinión mayoritaria, con el consiguiente

empobrecimiento del debate y pensamiento alternativo. Esto se debe a que muchas veces existe la tendencia de seguir la así llamada «doctrina mayoritaria», dada la función estabilizadora que cumple la ciencia jurídica respecto de la práctica. Lo dicho constituye un argumento de peso en favor de discursos abiertos de calidad que miren a fomentar una cultura de la discusión intelectual, que encuentran sus figuras paradigmáticas en las conferencias y recensiones. El estado actual de la práctica de la recensión requiere, sin embargo, importantes mejoras. [...] En el último tiempo se nota una tendencia a convertir las recensiones en meras reseñas de libros, en las cuales predomina la exposición de contenidos más que el análisis crítico. [...]

Los procedimientos bibliométricos son capaces de medir la producción científica en el ámbito del derecho solo en términos reducidos. Esto se relaciona con el hecho de que la importancia u originalidad de una publicación no va necesariamente de la mano del hecho que ella es citada. En efecto, las citas sirven en muchos casos para dar al lector referencias secundarias a un determinado problema o para indicarle literatura que él mismo puede consultar. Por lo demás, forma parte de la práctica de citaciones en la ciencia jurídica el referirse a opiniones erradas o al menos distintas de la defendida por el autor. Asimismo, los comentarios y, especialmente, los comentarios prácticos, constituyen el género literario más ampliamente citado. Por lo dicho no sería adecuado privilegiar determinados tipos de publicación sobre la base de un análisis bibliométrico. Es por ello que el WR recomienda que las nuevas ediciones de comentarios, manuales o tratados solo sean tenidas en consideración para efectos de los procesos de evaluación en la medida que no consistan en una mera actualización de la bibliografía citada y de la jurisprudencia.

II.5 Sobre las infraestructuras de investigación en la ciencia jurídica [...]

B.III SOBRE LOS ESTUDIOS DE DERECHO

[...] La forma más importante de concluir los estudios de derecho es el primer examen estatal, el cual consiste en su mayor parte en un proceso anónimo por el que los egresados pueden ser comparados para una selección en gran medida neutral y objetiva, en los distintos sectores de la práctica jurídica. [...]

En la presente sección se incorporan recomendaciones referidas a la formación jurídica en relación con el carácter científico de los estudios de derecho. El WR ve en estos estudios la etapa decisiva de dicha formación. Otras etapas de la formación jurídica, como es el *Referendariat*, son dejadas al margen del presente informe, sin perjuicio de que el WR se reserva la facultad de tratar estas cuestiones en otra ocasión. [...]

En opinión del WR, el objetivo de los estudios de derecho tiene que ser entregar a los estudiantes una formación que les permita adquirir competencias en los siguientes tres campos: aplicación del derecho, creación del derecho y asesoría jurídica. [...]

III.1 Sobre la diferenciación de las ofertas de estudios jurídicos

La enseñanza del derecho se distribuye entre las universidades y las *Fachhochschulen* principalmente de acuerdo a un criterio funcional. El estudio universitario es adecuado especialmente para el ejercicio de profesiones legales en el ámbito público (administración de justicia y ministerio público), respecto de las cuales se requiere un conocimiento general y amplio del derecho, incluyendo su historicidad y fundamentos teóricos. Por el contrario, los planes de estudio en las *Fachhochschulen* se ordenan a la entrega de conocimientos jurídicos específicos para el ejercicio de profesiones de contenido más acotado. [...]

Si bien la relación numérica profesor-alumno ha mejorado levemente entre 2000 y 2010 [...], en términos absolutos y en comparación con otras disciplinas sigue requiriendo mejoras. En una carrera como la de Derecho, que es objeto de una gran demanda por los estudiantes y que de hecho cuenta con un elevado número de ellos, cursos con varios cientos de alumnos, sobre todo al comienzo de los estudios, por lo dicho no son una excepción, sino que más bien constituyen la regla general. En estas circunstancias es muy difícil desarrollar un sistema de seminarios y coloquios de pequeños grupos guiados por un profesor. [...] Para [...] lograr un avance en la relación numérica profesor-alumno sería necesario reducir la importancia de las clases magistrales y, en cambio, otorgar más relevancia a los seminarios.

El WR considera que existe la posibilidad de mejorar las condiciones de estudio también dentro del marco del *status quo*; a ello corresponde la reestructuración de las formas y contenidos de la enseñanza. En este sentido, las clases magistrales y las respectivas tutorías o clases prácticas podrían ser reestructuradas de manera tal

que los casos prácticos, que son esenciales para la formación jurídica, se integren a la materia del curso. El WR considera además factible liberar capacidades para la organización de seminarios y otras modalidades de cursos pequeños mediante la reducción de las materias obligatorias a estudiar para el primer examen estatal (véase B.III.3). Los seminarios deberían ser dirigidos por los profesores. [...]

III.2 Recomendaciones para la promoción de las competencias de reflexión en los estudios de derecho

Los representantes de las profesiones legales evalúan en general como buena la calidad de los estudios de derecho³³. Sin embargo, el WR considera que puesto que la práctica jurídica se hace cada vez más compleja y las profesiones legales más distintas la una de la otra, es necesario intensificar la capacidad crítica de los futuros juristas con respecto a los textos legales, a fin de desarrollar una distancia intelectual y una personalidad reflexiva y crítica respecto del fenómeno jurídico. También desde la perspectiva de la práctica se hace necesario el conocimiento de los fundamentos y la metodología del derecho, los que no se logran a través de una transmisión de conocimientos orientada meramente al ejercicio de una profesión u oficio o bien a la aplicación de normas jurídicas positivas en sentido restringido.

Con respecto a tales expectativas, los estudios de derecho están demasiado concentrados en la adquisición de conocimiento sobre la aplicación de normas positivas y en la didáctica de la solución de casos. Esto se debe en parte a la necesidad de profundizar en la dogmática y en la preparación para el ejercicio de las profesiones legales, lo que al mismo tiempo caracteriza los estudios de derecho en Alemania: el trato con una gran cantidad de información ejercita la capacidad para estructurar contenidos de manera sistemática y poder evaluarlos con rapidez. Si bien el aprendizaje de estas capacidades es una condición necesaria para el ejercicio de una profesión legal, los estudios de derecho no deberían limitarse a la mera adquisición de competencias para la aplicación de normas positivas. Las facultades se ven enfrentadas a la necesidad de ofrecer preferentemente los cursos obligatorios, prescritos por las reglas estatales sobre formación de juristas, que

³³ Nota 42 del texto original: Esta evaluación se apoya en las opiniones de representantes de las profesiones legales, académicos y expertos internacionales, en el marco del grupo de trabajo «Perspectivas de la ciencia jurídica en Alemania».

tratan los contenidos prescritos por las Oficinas de Examinación. Al mismo tiempo, la cantidad de materia para aprender ha aumentado y la duración media de las normas jurídicas se ha reducido, de modo que parece haberse alcanzado el límite de lo que puede estudiarse en la carrera. La cantidad de materia y la orientación a la solución de casos son además un motivo por el cual los *Repetitorien*³⁴ son fuertemente demandados por los estudiantes. Por lo anterior, el WR recomienda a las facultades de derecho la creación –dentro de los planes de estudio existentes– de una didáctica orientada a la práctica y, al mismo tiempo, a la formación de un espíritu crítico y de reflexión en los estudiantes. Las facultades de derecho deberían desarrollar así conceptos ordenados a una «cultura jurídica» más amplia con los cuales se fortalezca la enseñanza sistemática de los fundamentos del derecho y la competencia metodológica para llevar a cabo conexiones estructurales y sistemáticas; en cambio, habría que aligerar el estudio de detalles.

La orientación a la práctica y el carácter científico de los estudios de derecho deberían estar unidos, a fin de permitir a los estudiantes adquirir competencias en materia de aplicación del derecho, creación del derecho y asesoría jurídica. No vale la pena una especialización demasiado temprana, ni desde el punto de vista del desarrollo en los futuros juristas de un espíritu crítico y capacidad de reflexión, ni desde la perspectiva de la práctica. Una modalidad probada de enseñanza para ensayar las capacidades críticas y de reflexión es, precisamente, el seminario.

III.3 Recomendaciones para la formación de los planes de estudio

Las siguientes recomendaciones deben contribuir a la creación de nuevas áreas de especialización en los estudios de derecho y a dar un nuevo impulso a las facultades para reestructurar sus planes de estudio. En este sentido, el WR es en general de la idea de que las materias fundamentales y dogmáticas debieran ser enseñadas en el futuro de manera cada vez más integrada y no aditiva, a fin de

³⁴ N. del A.: Se trata de clases privadas de «repetición»; sin embargo, muchos estudiantes, sin utilizar plenamente la oferta de las facultades, intentan aprobar los exámenes universitarios con un mínimo esfuerzo para luego cursar sistemáticamente la oferta de los *Repetitorien*. El fenómeno se nota también en facultades que han introducido programas muy sofisticados de repetición (cfr. por ejemplo el programa *HeidelPräp!* de la Universidad de Heidelberg: <http://www.jura.uni-heidelberg.de/examensvorbereitung/>): los estudiantes más flojos y menos disciplinados aprecian el esquematismo y la presión económica ejercida por los privados.

fortalecer la capacidad de reflexión durante los estudios y una mayor comprensión de su objeto. Igualmente, las materias fundamentales no deberían ser estudiadas exclusivamente en cursos independientes durante los primeros semestres de la carrera, puesto que en este caso son vistas después como «terminadas», sino que deberían también estar presentes en las siguientes etapas de los estudios, si bien los cursos introductorios permanecen como insustituibles para la adquisición de los necesarios conocimientos fundamentales. La reflexión sobre las normas jurídicas positivas y su aplicación y sobre su sistematización dogmática por medio de las materias fundamentales, ha de estar presente a lo largo de todos los estudios de derecho. Así, puede referirse a los conocimientos de los estudiantes que avanzan en la carrera. En todas las facultades de derecho deberían renovarse las bases imprescindibles de las materias fundamentales y transmitirse los relativos conocimientos orientadores.³⁵

Para el fortalecimiento del carácter científico de los estudios de derecho es imprescindible una reestructuración de las áreas de especialización introducidas en 2002 y que sirven para profundizar en un área del derecho libremente escogida por los estudiantes, con la pretensión de lograr una mejor preparación para el posterior ejercicio de una profesión legal. Las áreas de especialización concluyen con una evaluación dada por la propia universidad, la que corresponde al 30% de la nota del primer examen estatal. [...]

Adicionalmente se pueden señalar otros planteamientos para la reforma de los planes de estudio, los que no se excluyen entre sí, ni deben ser entendidos como aditivos:

1. *Profundización de las materias fundamentales a través de la cooperación con otras facultades*

La reflexión científica sobre el derecho y la práctica jurídica depende también del conocimiento de otras disciplinas. En las disciplinas cercanas, tales como la filosofía, la historia, la ciencia política, la psicología o la criminología se plantean preguntas distintas a las de la ciencia jurídica. Estas disciplinas «fronterizas» pueden otorgar al estudiante de derecho la posibilidad de familiarizarse con

³⁵ Nota 44 del texto original: Con esto se está pensando, respecto de la historia del derecho, en una visión general de sus épocas fundamentales desde la Antigüedad; para la filosofía y teoría del derecho, el conocimiento de las etapas centrales de la historia del pensamiento jurídico y de la reflexión sobre conceptos fundamentales como norma, validez o justicia, o bien la cuestión de la relación entre derecho y moral. Respecto de la sociología jurídica, se trata de las líneas generales de su historia como disciplina y temas como metodología, concepto de derecho, efectividad del derecho, administración de justicia, derecho y sociedad o estudios de género.

modos ajenos de razonar, metodologías y resultados, de modo de considerar el propio objeto de estudio bajo un nuevo punto de vista. De esta manera, se profundiza la reflexión con respecto a la propia disciplina y la comprensión del derecho vigente, como asimismo de la complejidad y diversidad de la práctica jurídica. En este sentido, los estudiantes de derecho deberían ser animados a tomar cursos en otras facultades, lo que supone que los certificados otorgados por las facultades de disciplinas cercanas sean reconocidos para los estudios de derecho. Por otra parte, la profundización en las materias fundamentales podría ser apoyada a través de la pertenencia a dos facultades o por medio de *co-teaching*. Así, por ejemplo, podrían dictarse cursos en común por profesores de distintas facultades sobre temas como los fundamentos del moderno Estado de derecho, la historia del concepto de propiedad o el desarrollo de los derechos de la mujer. Dichas formas de cooperación amplían y enriquecen la oferta universitaria.

2. *Integración de materias fundamentales y dogmáticas en la formación de los cursos*

En algunos lugares debería intentarse un engranaje más estrecho entre materias fundamentales y dogmáticas bajo la forma de la integración de las materias fundamentales en las materias dogmáticas. De esta manera, las materias fundamentales serían fortalecidas a la luz del derecho vigente. El objetivo de este engranaje es permitir un esclarecimiento y reflexión crítica sobre las condiciones y consecuencias del derecho positivo, no simplemente en cursos independientes sobre fundamentos del derecho, sino que de manera integrada con las materias dogmáticas y referida al derecho positivo. Esta integración se vería favorecida con la introducción del sistema de unidades docentes modulares. Así se podría, por ejemplo, tratar un tema al mismo tiempo desde la perspectiva penal o de la filosofía del derecho y la historia de las ideas o de los derechos constitucionales. El WR aconseja que esta integración entre materias fundamentales y dogmáticas, que abarque todo el plan de estudios hasta el primer examen estatal, sea puesta a prueba como modelo en un primer momento en determinados lugares en Alemania.

3. *Fortalecimiento de las referencias comparatísticas en los estudios*

La transmisión de conocimientos y metodología, con los cuales los estudiantes puedan sintonizar con la tradición del pensamiento jurídico de distintos países, sobre todo considerando la existencia

de una práctica especialmente influida por el derecho europeo, les permite tomar cierta distancia respecto del propio ordenamiento jurídico y fortalece una actitud científica hacia el derecho. Por ello, el WR es de la opinión que los estudios de derecho deberían tener una mayor perspectiva comparada. La aplicación e interpretación del derecho y la jurisprudencia cautelar requieren una intensiva confrontación con conceptos y normas de ordenamientos jurídicos foráneos y con diferentes culturas profesionales. Una posibilidad para acentuar el encuentro de los estudiantes con ordenamientos y pensamiento jurídico extranjeros consiste en aumentar la presencia de académicos de otros países invitados que tomen parte en la docencia, por ejemplo, dictando seminarios en bloque y cursos enteros. Conferencias sobre derecho europeo o derecho internacional deberían ser ofrecidas con más intensidad en lengua extranjera.

Requisitos para llevar a la práctica estas recomendaciones en los planes de estudio

Un requisito para que se puedan poner en práctica estas recomendaciones con posibilidades reales de éxito es la reducción de las materias obligatorias. [...] El WR recomienda eliminar completamente de las materias objeto del primer examen estatal algunos procedimientos, algunos tipos contractuales, grupos de tipos penales y un área del derecho administrativo especial. [...]

El WR considera posible aprovechar ciertos espacios para establecer libremente el contenido del primer examen estatal. En este sentido, los profesores deberían ser más enérgicos en el ejercicio de su derecho a intervenir en la determinación del contenido del examen y, por ejemplo, indicar temas que apunten a fortalecer la cultura jurídica. Según la opinión de expertos, las materias fundamentales desempeñan un papel marginal en el contenido del primer examen estatal³⁶. El WR recomienda en cambio integrar las materias fundamentales –como, por lo demás, está establecido en la ley– al primer examen estatal mediante preguntas de carácter sustancial.

Otras recomendaciones para la formación de los planes de estudio

En vista de la creciente europeización e internacionalización del derecho y de la ciencia jurídica, los estudiantes de derecho deben ser capaces de leer y comprender textos legales y literatura

³⁶ Nota 45 del texto original: Esta evaluación se apoya en las opiniones de representantes de las profesiones legales, académicos y expertos internacionales, en el marco del grupo de trabajo «Perspectivas de la ciencia jurídica en Alemania».

jurídica por lo menos en inglés e, idealmente, también en otras lenguas europeas. [...] En numerosas facultades de derecho ya se ofrecen cursos de lenguas extranjeras especiales para sus estudiantes. Sin embargo, dicha oferta de idiomas se encuentra organizada de manera muy heterogénea y en muchos casos faltan mecanismos adecuados para probar el verdadero nivel de conocimiento alcanzado por los alumnos.

B.IV PARA LA COMUNICACIÓN AL INTERIOR DE LA CIENCIA JURÍDICA. FORMATOS DE PUBLICACIÓN Y LENGUAS

IV.1 Práctica de publicación en la ciencia jurídica

[...] Desde hace ya algunos decenios se puede constatar que el artículo científico ha ganado importancia como medio de difusión de la investigación. Esto se debe en parte a que las posibilidades de difusión y recepción de los artículos son claramente mayores que las de otros formatos más extensos. Publicaciones más extensas encuentran aceptación principalmente en el mundo académico, pero poca en la práctica jurídica, puesto que esta última se relaciona principalmente con formatos más pequeños, en los cuales se tratan problemas y cuestiones más acotadas. [...]

Para que surja más literatura sistemática y fundamental sobre temas innovadores y originales, el WR recomienda poner la atención investigadora y la capacidad de escribir también al servicio de monografías, utilizando los posibles espacios libres de investigación (cfr. para esto las recomendaciones en B.II.2).

Los comentarios, elaborados por regla general por académicos para la práctica jurídica, tienen diversa calidad. [...] Normalmente en las así llamadas observaciones preliminares a secciones concretas o títulos de la ley comentada, se crean estructuras y principios fundamentales, a menudo de un alto nivel. Esta clase de literatura jurídica constituyó por mucho tiempo un rasgo distintivo de la ciencia jurídica alemana, sin tener correspondencia sobre todo en el mundo anglosajón³⁷. Se trata de un género propio de la cultura jurídica europea continental, que ha logrado imponerse en el últi-

³⁷ Nota 47 del texto original: El comentario como género de la literatura jurídica se encuentra igualmente consolidado desde hace mucho tiempo en Francia, Italia y España. Sin embargo, por regla general en dichos países el comentario no desempeña una función de sistematización, sino que más bien trata la jurisprudencia existente sobre las normas singulares según el orden de la ley. En este sentido, dichos comentarios tienen el carácter de repertorio de jurisprudencia y a menudo no contienen las posiciones particulares de sus autores en materias controvertidas.

mo tiempo también en editoriales científicas líderes a nivel mundial, como *OUP* (*Oxford University Press*) y *CUP* (*Cambridge University Press*). [...]

El comentario es irremplazable para el ejercicio de una profesión legal, o bien para la transferencia de conocimiento jurídico de la academia a la práctica, al punto que en algunas áreas del derecho constituye el género de literatura jurídica más importante. Lo anterior repercute en el discurso científico, en cuanto compromete recursos para la investigación. En vista de la pretensión de tratar la jurisprudencia en su estado actual de manera científica y sistemática, resulta imprescindible una constante actualización de los comentarios, por lo que no es raro que en muchos casos aparezcan ediciones consecutivas dentro de un breve periodo de tiempo. Ello exige una gran disciplina a los autores, al mismo tiempo que compromete en gran medida su capacidad de investigación y de escribir. Para la redacción de nuevas ediciones de los comentarios se debería tener presente la necesidad de mantener su función de medio de confrontación de ideas junto con la exposición sistemática y estructural de las materias. [...]

Al lado de algunos extensos manuales y tratados (en algunos casos con varios autores) de carácter eminentemente sistemático, existen también manuales de naturaleza más bien didáctica, lo que no impide que puedan tener un valor científico añadido. [...] Es preciso distinguir esta clase de obras de la mera literatura docente (*Ausbildungsliteratur*), la que no rara vez consiste en apuntes de clase (*Skripte*)³⁸. Se puede observar, al lado de tales libros de docencia y aprendizaje (*Lehr-und Lernbücher*), un aumento en la publicación de libros de casos o preparación para exámenes, cuyo objeto consiste únicamente en preparar a los estudiantes para realizar el primer examen estatal y que, por regla general, proceden de la experiencia docente de sus autores. La publicación de esta clase de obras obedece en gran medida al interés de las editoriales por sacar al mercado libros breves para la preparación de exámenes y, por ende, de fácil venta. [...]

También el mercado de revistas jurídicas presenta un variado espectro de publicaciones, el cual refleja la diversidad de actores y destinatarios de la producción científica en sus relativos contextos funcionales. A este respecto, se nota actualmente una tendencia a

³⁸ N. del A.: El *Skript* es típico de la literatura de *Repetitoren* (véase, nt. 18): no pretende originalidad científica o discusión crítica de argumentos, sino sólo facilitar el aprendizaje. Por esta razón, está prohibido citar esta clase de textos en exámenes jurídicos.

fundar revistas demasiado especializadas orientadas exclusivamente a la práctica, cuyos fundadores son un limitado grupo de personas dedicadas a un tema muy acotado y en las cuales difícilmente puede encontrarse alguna pretensión científica. Esta tendencia constituye un obstáculo para el desarrollo de un discurso científico de carácter amplio que integre diversas áreas del derecho. Además, muchas revistas tienen previstos límites cuantitativos demasiado bajos para la extensión de los artículos. Lo anterior ocurre especialmente en el caso de revistas de gran tirada. [...]

IV.2 **Lenguas**

El objeto de la ciencia jurídica está lingüísticamente constituido y, por ello, se encuentra bajo el influjo del contexto cultural del respectivo idioma. Esta unión entre derecho y cultura, entre derecho y lenguaje, si bien está presente en todos los idiomas jurídicos, es especialmente manifiesta en el ámbito de la dogmática alemana, que se articula sobre la base de conceptos técnicos muy precisos referidos al ordenamiento jurídico alemán y que, por ende, difícilmente pueden ser traducidos de modo exacto a otros idiomas. Los procesos de europeización e internacionalización del derecho suponen, por tanto, un gran desafío para la ciencia jurídica alemana y su lenguaje técnico bajo dos aspectos.

Por una parte, la vinculación entre derecho y lenguaje representa un objeto de investigación en sí mismo. Para hacer accesible el lenguaje jurídico alemán en el mundo científico europeo e internacional más allá del ámbito germanoparlante, resulta preciso un rendimiento muy costoso –en cuanto requiere de contextualización– en traducción y comunicación. La creciente internacionalización y europeización de la investigación afecta no sólo a disciplinas que son, de todas maneras, de carácter supranacional, como el derecho internacional o el derecho europeo, sino que también áreas que hasta ahora tradicionalmente se habían mantenido como estrictamente nacionales. En el futuro, tendrán que referirse cada vez más a discursos de investigación europeos e internacionales.

Por ende, crecen en importancia las investigaciones de derecho comparado, al mismo tiempo que urge considerar los sistemas jurídicos extranjeros y formas alternativas de derecho. En relación con lo anterior, se advierte que las bases de datos y servicios de información en línea, conducentes a una concentración de la comunicación científica a nivel europeo e internacional, exigen la preparación de

buenas traducciones o la redacción de textos en lengua extranjera. Por esta razón, es también necesario que los juristas cuenten con profundos conocimientos de ordenamientos jurídicos extranjeros y que sean capaces de difundir los resultados de sus investigaciones en lenguas distintas de la propia.

Se estimula a la ciencia jurídica alemana, también desde el exterior, a publicar los resultados de sus investigaciones de manera creciente en medios extranjeros, de modo que pueda defender su importancia tanto en el ámbito europeo como internacional. Lo anterior se relaciona con el hecho de que el alemán ha perdido importancia como lengua de la ciencia jurídica: los juristas extranjeros que pueden leer y comprender la lengua alemana son menos que hace veinte años. También en el campo de la ciencia jurídica el inglés constituye una lengua especialmente importante, si bien no la única. Para poder tomar parte en la discusión científica europea e internacional, así como para desempeñar un papel más activo en la legislación y formación del derecho, la ciencia jurídica alemana debería ocuparse en mayor medida de la literatura jurídica en lengua extranjera e ir en sus investigaciones más allá del debate científico estrictamente alemán. Esto no significa que se cambie el foco del alemán al inglés y que, por consiguiente, el inglés se convierta en la única lengua de publicación de la producción científica alemana, pero estando el objeto de la ciencia jurídica lingüísticamente constituido, el multilingüismo aumenta las perspectivas de la ciencia.

Para este fin es imprescindible aumentar las competencias lingüísticas dentro de la ciencia jurídica alemana a través del aprendizaje de idiomas, lectorados en lengua extranjera y una calibrada política de traducciones. Para que los juristas alemanes puedan publicar, además de en alemán, en lenguas extranjeras y elegir temas de investigación más orientados al estado del debate internacional y europeo, también cuando trabajen en temas nacionales, es necesario incrementar sus capacidades de recepción y sus conocimientos de lenguas extranjeras. [...]

Una importante necesidad del intercambio académico entre juristas alemanes y extranjeros es la de disponer de conceptos extranjeros uniformemente aplicables a la terminología jurídica alemana, así como hacer asequibles planteamientos alemanes a un público no alemán. En este sentido, la traducción supone no solamente un profundo dominio de las lenguas correspondientes, sino también una adecuada comprensión tanto de los sistemas jurídicos respectivos como de su correspondiente terminología técnica. Es

por ello que el WR recomienda el incentivo de las actividades de traducción y lectorados en lengua extranjera bajo determinados requisitos. [...] La publicación en lengua extranjera o traducción de los resultados de la ciencia jurídica alemana debe tener por objetivo no sólo el ámbito anglosajón, sino el mundo entero. En esto existen determinadas tradiciones jurídicas, como es el caso del sur y este de Europa o Asia oriental, que tienen lazos más estrechos con la ciencia jurídica alemana.

El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España

ANTONIO GARCÍA PONS

Doctor en Derecho

Notario

RESUMEN

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 supone una auténtica revolución en todos los órdenes, pero en particular lo es en lo referente a la adaptación a ella de las legislaciones internas de la mayoría de los Estados que han procedido a su ratificación. En España, que también ratificó la Convención, ha tenido lugar esa adaptación legislativa en diversas materias, pero todavía no en el Derecho civil, probablemente la materia más trascendente por la importancia capital que reviste el hecho de que la regulación básica o nuclear en este tema (capacidad de las personas, actuación en la realidad jurídica, medios de apoyo, etc.) se encuentra en el Derecho civil, y en particular en el Código Civil, cuerpo legal que es, por otra parte, supletorio de otras leyes. Pero a las dificultades propias de reformar un código de la complejidad e importancia del Código Civil, se unen las más que aparentes dificultades de comunicación entre el estamento jurídico-civil (doctrina civilista, operadores jurídicos, Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, etc.) y el mundo de la discapacidad (movimiento asociativo, asociaciones de personas con discapacidad y sus familiares, etc.). Al denominado «Diálogo civil» (participación del mundo de la discapacidad en las reformas) debe unirse el «diálogo en el Derecho civil» que haga posible una reforma dialogada, y a ser posible consensuada, y sin tensiones innecesarias. A ese objetivo pretende contribuir el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reforma del Código Civil, movimiento asociativo, estamento jurídico-civil, Dialogo civil y dialogo en el Derecho civil.

ABSTRACT

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities is a real revolution in all spheres, particularly in the adaptation of domestic legislations. In Spain that adaptation has taken place in various areas, but not yet in civil law, which is probably the most important area, being that it is the body of regulation that treats the issue, including capacity of individuals, acting in the legal relationships and support means. Moreover, Spain's Civil Code is a legal body supplementary to other laws. To the difficulties in reforming such a complex and important code we must add the big obstacle of communication between the civil legal establishment, including civil law authors, legal practitioners, the Law Coding Commission, and others, and the disability associations movement. To this so called civil dialogue we have to add the «Dialogue on Civil Law», which could possibly become a dialogued negotiated and consensual legal reform, without unnecessary conflicts. The purpose of this paper is to contribute to that aim.

KEYWORDS

Disability, Convention on the Rights of Persons with disabilities, Civil Code reform, association movement, civil legal establishment, civil dialogue, Dialogue on Civil Law.

SUMARIO: 1. Introducción.—2. El valor jurídico de las convenciones internacionales.—3. El artículo 12 de la Convención de 13 de diciembre de 2006. 3.1. El contenido del artículo 12. 3.2 La trascendencia de dicho precepto y su proceso de elaboración. 3.3 Las reservas y declaraciones interpretativas de los Estados partes.—4. La teoría clásica de la capacidad de la persona.—5. La pretendida unificación de la capacidad jurídica en la Convención de Nueva York de 2006 y sus consecuencias. La STS de 29 de abril 2009. 5.1 Planteamiento de la cuestión. 5.2 El tema en la Doctrina Científica. 5.3 El tema en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: La Sentencia de 29 de abril de 2009.—6. La aplicación de la Convención por el Tribunal Supremo en otras resoluciones distintas de la Sentencia de 29 de abril de 2009. El Ministerio Fiscal. Los Jueces y la Convención. 6.1 Las resoluciones del TS en forma de Auto que resuelven cuestiones de competencia territorial de Jueces y Tribunales en materia de tutela, incapacitación e internamiento involuntario. 6.2 La Sentencia del TS de 21 de septiembre de 2011. 6.3 La Sentencia del TS de 17 de julio de 2012. 6.4 La Sentencia del TS de 11 de octubre de 2012. 6.5 La intervención del Ministerio Fiscal. 6.6 Los Jueces y la Convención.—7. La aplicación directa de la Convención en el Derecho interno de España. Algunos casos resueltos por los Tribunales de Justicia. 7.1 La cuestión de la aplicación directa de la Convención

en la Doctrina. 7.2 La aplicación directa de la Convención por los Tribunales. Algunos casos prácticos.—8. La adaptación de la Legislación Española a la Convención de Nueva York de 2006. 8.1 El informe del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010. 8.2 La adaptación legislativa en ámbitos diferentes al Derecho Civil: La Ley 26/2011, de 1 de agosto y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre. Su coordinación con dicha disciplina. El R.D. 1/2013, de 11 de enero. 8.3 Las declaraciones oficiales y propuestas de política legislativa. 8.4 El informe de 2012 del Comité de Naciones Unidas sobre España. 8.4.1 El significado del protocolo facultativo de la Convención. 8.4.2 El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad y su informe de 2012 sobre España.—9. Los problemas de la adaptación legislativa a la Convención precisamente en el ámbito del Derecho Civil. 9.1 El tradicional carácter constitutivo de la sentencia de Incapacitación: De la teoría formalista de la capacidad a la teoría realista de la misma. La capacidad legal suficiente. 9.1.1 La cuestión en la Doctrina Científica. 9.1.2 La cuestión en la Jurisprudencia. 9.1.3 La evolución legislativa en esta materia: La capacidad legal suficiente. 9.2 Las aparentes dificultades de comunicación entre la Doctrina Civilista y el Mundo de la Discapacidad. El Diálogo Civil y el Diálogo en el Derecho Civil. 9.2.1 El Diálogo Civil. 9.2.2 El Diálogo en el Derecho Civil.—10. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Tras sucesivas sesiones de trabajo, el Comité Especial establecido por la Organización de las Naciones Unidas en el año 2001 elaboró un proyecto de *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*», que finalmente fue adoptado por consenso en la 76.^a sesión plenaria de la Asamblea General, el día 13 de diciembre de 2006, y que constituye el primer convenio internacional del Sistema de Naciones Unidas que trata de forma específica sobre las personas con discapacidad. La Convención va acompañada de un Protocolo de carácter facultativo, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de la misma fecha, complementario pero independiente de aquella, mediante el cual todo Estado Parte en el Protocolo reconoce la competencias del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para controlar el correcto cumplimiento de lo dispuesto en la Convención.

El Reino de España ratificó ambos instrumentos internacionales, la Convención y el Protocolo Facultativo, sin formular ninguna reserva, mediante Instrumentos de Ratificación, ambos de fecha 23 de noviembre de 2007, que fueron depositados en Naciones Unidas el 3 de diciembre de 2007, y publicados en los Boletines Oficiales del Estado de 21 y 22 de abril de 2008, respectivamente, entrando en vigor de forma simultánea el día 3 de mayo de 2008.

Por su parte, *la Unión Europea, que como «organización regional de integración» participó en la gestación y negociación de esta Convención internacional (art. 44 de la misma), aprobó la Convención por decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009. Junto al Instrumento de confirmación de la Convención, se aprobó también la Declaración sobre la competencia de la Unión Europea en lo que se refiere a las cuestiones regidas por la Convención, así como una reserva a la misma sobre el artículo 27.1¹.*

La Convención Internacional de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 (en lo sucesivo CNY, o Convención de Nueva York de 2006) recoge las inquietudes y anhelos del mundo de la discapacidad en forma de convenio internacional amplio e integral sobre los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso. La CNY opta por el modelo integrador o social, promueve y protege los derechos de las personas con discapacidad en todos los órdenes, fomentando su participación e integración social en igualdad de condiciones con los demás, plena accesibilidad y no discriminación, reconociendo paralelamente la importancia que para dichas personas reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

Sin ánimo exhaustivo, sino más bien de forma sucinta, pasamos a señalar algunas de las características más notables de dicha Convención:

1) *Propósito de la Convención.* De acuerdo con el párrafo primero del artículo 1: «El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente».

2) *Personas con discapacidad.* Según el párrafo segundo del mismo precepto: «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.»

3) *Principios generales.* Revisten enorme importancia y están contenidos en el artículo 3: a) El respeto de la dignidad inherente,

¹ La reserva en realidad se limita a declarar que en virtud de lo establecido en el Derecho comunitario los Estados miembros podrán formular sus propias reservas al artículo 27.1 de la Convención, en la medida en que la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, les confiere el derecho de excluir del ámbito de aplicación de esa misma Directiva la no discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito de las fuerzas armadas.

la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; *b*) la no discriminación; *c*) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; *d*) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; *e*) la igualdad de oportunidades; *f*) la accesibilidad; *g*) la igualdad entre el hombre y la mujer; y, finalmente, *h*) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

En el terreno más concreto, consagra la Convención una serie de derechos de las personas con discapacidad, entre los que destacan los que pueden clasificarse como *Derechos de Igualdad*; tales son los de igualdad y no discriminación (art. 5), accesibilidad (art. 9), igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12), e igualdad en el acceso a la justicia (art. 13). El presente trabajo intenta analizar estos dos últimos derechos o principios, especialmente el contenido en el artículo 12, en relación con el Derecho Civil de España, tarea nada fácil, como demuestra la todavía pendiente adaptación de esta disciplina a lo dispuesto en la Convención.

2. EL VALOR JURÍDICO DE LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES

Mucho se ha discutido sobre el valor normativo de los Tratados o Convenciones internacionales, dentro del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico interno de los Estados, con arreglo al principio de legalidad o jerarquía normativa. Como es sabido, según este principio, establecido en el artículo 9 de la Constitución Española (en lo sucesivo CE), toda norma emanada de los poderes públicos ha de ser conforme a las normas de rango superior, no pudiendo contradecirlas, suspenderlas ni derogarlas.

Aunqu se trata de una cuestión debatida, en algún momento ha llegado a defenderse que los Tratados o Convenciones internacionales tienen un valor normativo superior incluso a la Constitución de los Estados signatarios. Hay que tener en cuenta que, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 96.1 CE, sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en la propia Convención o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional; y que la celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional (art. 95.1 CE).

Sin llegar a este extremo, como decimos muy discutido, cierto es que *los Tratados o Convenciones internacionales, una vez culminado el proceso de ratificación y publicación de los mismos por el Estado español, ocupan un valor jerárquico superior a la ley, no sólo a la ley ordinaria sino también a las leyes orgánicas*. El indiscutible carácter de pacto internacional entre Estados soberanos que reviste un Tratado obliga a su cumplimiento, y su denuncia deberá revestir el mismo procedimiento previsto para su aprobación (art. 96.2 CE).

Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE). Por eso dispone el artículo 1.5 del Código Civil (en lo sucesivo denominado en abreviatura CC) que las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado. En consecuencia, las Convenciones y Tratados internacionales, una vez ratificados y publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno, y las normas jurídicas en ellos contenidas son de aplicación directa. Bien claro establece el artículo 10.2 CE que: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Una aplicación práctica de este último mandato constitucional, fue llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio; esta Ley, a la vez que autorizó la ratificación del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, estableció en su artículo 2 que, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución Española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la *Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro reproduce a continuación la propia Ley Orgánica 1/2008, incorporándolo así al Derecho interno español, y siendo ya por tanto de aplicación directa en España*.

Por cierto, es importante retener también que la mencionada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea pasa a tener para los Estados miembros el *valor jurídico de un Tratado*

internacional, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea modificado precisamente por el Tratado de Lisboa²: la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 (y publicada el 14) de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Si destacamos esto, es porque en el Título III de dicha Carta de los Derechos Fundamentales se alude a la «Igualdad», y, dentro del mismo Título, el artículo 20 establece que *«todas las personas son iguales ante la ley»*; el artículo 21.1 que *«se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual»*; y el artículo 26 que *«la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad»*.

Lo que conecta directamente con el artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad, al establecer la Carta de Derechos Fundamentales, lo mismo que el mencionado artículo 12, *el principio general de igualdad de todas las personas ante la ley*, si bien este último desarrolla con más detalle el expresado principio respecto de su aplicación a las personas con discapacidad, como vemos a continuación.

3. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006

3.1 El contenido del artículo 12

El artículo 12 de la CNY establece el principio de igual reconocimiento como persona ante la ley. En su párrafo primero se reafir-

² El Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, y ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 2008 (publicado dicho Instrumento de Ratificación en el *BOE* de 27-11-2009, y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009), en realidad se limita a modificar el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, pasando a denominarse este último Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, mientras que el Tratado de la Unión Europea (TUE) mantiene su denominación. En lo que a nosotros nos interesa ahora, el Tratado de Lisboa no sólo conserva los derechos ya existentes sino que introduce otros nuevos, y en particular garantiza las libertades y los principios enunciados en la mencionada Carta de los Derechos Fundamentales, cuyas disposiciones pasan a ser jurídicamente vinculantes, con valor normativo de tratado internacional para los Estados signatarios.

ma que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica; obsérvese que los Estados partes «reafirman» ese derecho de las personas con discapacidad, no es que nazca con la Convención: ya existía antes de ella, y ahora se reafirma.

Los dos párrafos siguientes del artículo 12 son trascendentales y en realidad compendian todo su significado: «2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». De este modo, a continuación de la categórica afirmación de igualdad de condiciones con los demás en lo que se refiere a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida, *el precepto establece en su párrafo tercero el paradigma de los apoyos, piedra angular de todo el sistema, pues éstos pasan a representar el motivo central del cambio legislativo que se avecina: el tradicional modelo de la discapacidad, basado en la sustitución y en la menor capacidad, deberá ser reemplazado por otro cuyo centro neurálgico resida en los apoyos a la capacidad de la persona y a sus potencialidades.*

Distinto es el significado del párrafo 4 del artículo 12 de la Convención, ya que supone un cierto contrapeso a lo que disponen los párrafos anteriores, pero contrapeso necesario al establecer las *salvaguardias o garantías que deberán respetarse en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad*, con el fin de impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos³. Esas salvaguardias o garantías asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una

³ Literalmente transcrito, dicho párrafo 4 del artículo 12 CNY dice lo siguiente: «4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Finalmente, el último apartado del repetido artículo 12, el párrafo 5, da idea de cómo están las cosas en determinados países respecto a los derechos de las personas con discapacidad, pues los redactores de la Convención se vieron obligados a consignar algo que parece obvio, pero que no lo es tanto a la vista de que hay que remarcarlo en un convenio internacional sobre derechos humanos de ámbito mundial: el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero. A este respecto, y sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores del propio artículo, se dispone que los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar esos derechos, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

3.2 La trascendencia de dicho precepto y su proceso de elaboración

Por lo expuesto, *no es difícil entender que el artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 constituya el punto clave de dicha Convención*, el tema central de la misma, y el que está produciendo mayores quebraderos de cabeza a los legisladores de los países signatarios para adaptar sus legislaciones internas a lo dispuesto en los diversos apartados del mencionado precepto. No en vano la discusión en torno a este artículo puso en peligro la adopción misma del texto final de la Convención.

En efecto, la discusión se centró en la distinción, ya clásica por otra parte, y en la que entraremos enseguida, entre capacidad jurídica y capacidad de obrar: mientras algunos países defendían el pleno reconocimiento y garantía tanto de una como de otra para las personas con discapacidad, otro grupo de países abogaban por una referencia exclusivamente a la capacidad jurídica sin ninguna mención a la capacidad de obrar. En el primer grupo se encontraban los países occidentales tanto de Europa como de América; en el segundo grupo estaban los países islámicos, China y Rusia.

En un principio, la solución de compromiso en la redacción del texto propuesto por el Comité Especial de Naciones Unidas tuvo que incluir una novedosa «nota a pie de página» del artículo 12 con la siguiente redacción: «En árabe, chino y ruso, la expresión capa-

cidad jurídica se refiere a la capacidad jurídica de ostentar derechos, no a la capacidad de obrar».

Con este peculiar sistema quedaba reflejada en el convenio la enorme distancia que separa ambas mentalidades, una abierta a los derechos en su más amplio sentido en favor de las personas con discapacidad, tanto en su titularidad jurídica como en su ejercicio práctico, y otra atribuyéndoles en teoría la titularidad formal de los derechos pero reservándose para su legislación interna la regulación en la práctica del ejercicio de tales derechos por estas personas.

3.3 Las reservas y declaraciones interpretativas de los Estados Partes

Al final, se suprimió dicha nota en el texto definitivo que fue aprobado por la Asamblea General, y el artículo en cuestión quedó redactado como vimos anteriormente. Pero ello no impidió que, una vez adoptada la Convención, en el proceso de firma y ratificación de la misma se produjeran multitud de reservas y declaraciones interpretativas sobre el referido precepto, lo que demuestra los problemas que acarrea su puesta en práctica.

A título de ejemplo, he aquí algunas de esas *reservas y declaraciones interpretativas sobre el artículo 12*, efectuadas por determinados Estados signatarios: «Australia entiende que la Convención autoriza medidas que prevean la asistencia total o la sustitución en la toma de decisiones, bien entendido que una decisión debe ser tomada en nombre de una persona solo en el caso de que tal medida resulte necesaria, como último recurso y bajo determinadas garantías» (Declaración); «En la medida en que el artículo 12 pueda ser interpretado como imponiendo la eliminación de todas las medidas de representación relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, Canadá se reserva el derecho de continuar utilizando dichas medidas en circunstancias que sean apropiadas y acompañadas de las debidas garantías» (Declaración y Reserva); «Conforme al derecho de Egipto, el concepto de capacidad jurídica establecido en el párrafo 2 del artículo 12 debe entenderse, para el supuesto de personas con discapacidad mental, referido a la capacidad de goce o disfrute pero no a la capacidad de ejercicio o de obrar» (Declaración Interpretativa); «Las disposiciones legales del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en virtud de las cuales el Secretario de Estado puede designar una persona para que pueda realizar los cobros y pagos de la Seguridad Social en nombre y representación de una persona en ese momento incapaz de obrar, no son objeto en la actualidad de un examen periódico de garantía,

tal como exige el artículo 12.4 de la Convención, y el Reino Unido se reserva el derecho de aplicar dichas disposiciones. En consecuencia, Reino Unido se compromete a establecer un sistema de control adecuado» (Reserva).

La cuestión esencial que plantea el artículo 12 de la Convención se presenta, pues, con meridiana claridad: ¿continúa siendo válida después de la Convención la clásica distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de la persona?; ¿acaso la Convención ha unificado ambas en el concepto de «capacidad jurídica», sin que sea ya posible la separación entre aquellos conceptos clásicos, en gran parte basada en motivos discriminatorios referentes a la discapacidad? Merece la pena detenerse en este tema.

4. LA TEORÍA CLÁSICA DE LA CAPACIDAD DE LA PERSONA

En principio, el artículo 12 de la Convención parece distinguir los dos conceptos clásicos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, referidos preferentemente a las personas con discapacidad intelectual o psíquica, ya que las personas con discapacidad física, incluso sensorial en sus manifestaciones menos severas, no tienen problema en cuanto a su capacidad legal, otro tema será la posibilidad práctica y real de llevarla a cabo por dificultades de movilidad, accesibilidad, etc., pero ésta es otra cuestión. El tema se plantea con referencia a las personas con discapacidad intelectual o psíquica, y a su vez distinguiendo dentro de este grupo según el grado de la discapacidad.

Conviene recordar que fue el profesor Federico de Castro el que, en Derecho español, estableció y definió los conceptos de persona, personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar⁴. Ahora bien, para refrescar conceptos, y aunque la distinción entre capacidad jurídica y de obrar está muy arraigada en nuestra tradición jurídica y es de sobra conocida, nada mejor que reproducir las palabras del profesor Gullón Ballesteros a este respecto:

«Sabemos que la capacidad jurídica es la aptitud que posee toda persona para ser sujeto de derechos y deberes mientras que la capacidad de obrar es la aptitud de la persona para obrar eficazmente en el ámbito jurídico.

La capacidad jurídica no es más que expresión de la igualdad y dignidad de la persona que resalta la Constitución Española. Es por tanto la misma durante toda la vida, uniforme, inmune a graduacio-

⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*, Tomo II (Derecho de la Persona), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pp. 20 y ss.

nes o modificaciones. Es la que hace al hombre sujeto de Derecho, reflejo de su personalidad y a ella necesaria e inmediatamente conectada. En nada se ve afectada por las circunstancias personales del individuo. La capacidad jurídica no se concede, es una necesidad derivada de la misma personalidad humana. Es verdad que el ordenamiento jurídico ha negado la capacidad jurídica a determinada clase de personas, como los esclavos. Pero es una fase superada en la historia de Occidente.

Si la capacidad jurídica (es) el reflejo directo de la personalidad, la capacidad de obrar la presupone, pero exige un mínimo de madurez en el sujeto para cuidar de su persona y bienes. Ha dicho Falza que la capacidad de obrar va ligada principalmente al interés del sujeto que actúa.

De ahí que la capacidad de obrar frente a la capacidad jurídica admite graduaciones, porque no son iguales las condiciones de madurez en todas las personas, o si se quiere, su capacidad de entender y querer»⁵.

En consecuencia, podría interpretarse que cuando el artículo 12 de la Convención habla en sus dos primeros párrafos de la «personalidad jurídica» y de la «capacidad jurídica», se está refiriendo a la aptitud de toda persona de ser titular de derechos y obligaciones jurídicas (concepto clásico de capacidad jurídica); mientras que, cuando en los párrafos tercero y cuarto habla del «ejercicio de su capacidad jurídica» o del «ejercicio de la capacidad jurídica» se está refiriendo a la capacidad de ejercicio efectivo, o con eficacia en derecho, de aquella capacidad jurídica, es decir, al concepto clásico de capacidad de obrar⁶.

Pero surge la duda acerca de si la CNY quiso suprimir tal diferenciación, dados los problemas que la misma plantea en la práctica y que se pusieron de manifiesto en los trabajos de elaboración y

⁵ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio., «Capacidad jurídica y capacidad de obrar», en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Edición Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 13-14.

⁶ Así opina el profesor SERRANO GARCÍA, Ignacio, en *Autotutela. El artículo 223-II del Código Civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 24. Aunque soy poco partidario de las autocitas, así lo apunté yo también en GARCÍA PONS, Antonio, *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, pp. 45 a 47, donde concluía: «Desde luego, parece claro que todo esto está destinado a producir cambios sustanciales de los ordenamientos jurídico-privados en materia de capacidad» (p. 47). En general, la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar está presente en la doctrina civilista española, basada en gran parte en la teoría de los estados civiles. Por todos, puede verse últimamente GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, «Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad», en la obra colectiva (varios autores) *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad* (M.^a del Carmen García Garnica, Directora), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 41 y ss., en particular pp. 42 a 45.

redacción de la Convención. Basta recordar aquí, por una parte, algunas de las reservas o declaraciones interpretativas a la misma antes reseñadas para darse cuenta de la trascendencia de la distinción; y, por otra parte, no hay que olvidar la problemática que de ella puede derivarse en un instrumento internacional, como por ejemplo su posible «utilidad práctica» para limitar o suprimir derechos de las personas con discapacidad en determinados ámbitos o países por lo que se refiere a la «capacidad de obrar», no obstante el teórico reconocimiento de su «capacidad jurídica», pues conviene recordar las dificultades por las que atravesó la redacción del artículo 12 de la Convención a que hicimos referencia en el epígrafe 3.2 y que pusieron en peligro la adopción de la misma.

Existe el *riesgo*, puesto de relieve en la discusión del artículo 12 de la Convención, *de que la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar sea utilizada con fines discriminatorios* en determinados Estados signatarios, para, no obstante reconocer la capacidad jurídica en todos los seres humanos, incluidas naturalmente las personas con discapacidad, a continuación limitar o incluso llegar al extremo de suprimir su capacidad de obrar o de ejercicio en la práctica. Esto supondría una flagrante infracción de lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 2006, uno de cuyos principios básicos es la no discriminación de dichas personas por razón de su discapacidad, así como la igualdad de oportunidades que deben gozar las personas con discapacidad en las mismas condiciones que los demás (art. 3, art. 5, art. 12, etc.).

Por otra parte, el problema de mantener la teoría clásica reside en que la denominada *capacidad jurídica*, como equivalente a la titularidad de derechos y obligaciones en general de la persona, es decir, su posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones en la esfera jurídica, en definitiva *la personalidad jurídica*, es una cuestión de derechos humanos que va implícita en la misma cualidad de ser persona, sin que por tanto sea necesario considerarla como una categoría o tipo de capacidad que la distinga de la capacidad de obrar o de ejercicio. Lo que, por otra parte, ponen de manifiesto no sólo los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, de los que la Convención de Nueva York de 2006 es un claro y magnífico exponente, sino también las Constituciones nacionales de los Estados.

Por lo que se refiere al *ámbito internacional*, el instrumento por excelencia sobre derechos humanos lo constituye la *Declaración Universal de Derechos Humanos* aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, así como los *Pactos Internacionales sobre esta materia* (apartados letras b, c y d del Preámbulo de la CNY). Dichos instru-

mentos internacionales ya eran aplicables a las personas con discapacidad, como no podía ser de otro modo, puesto que son aplicables a todos los seres humanos sin excepción. Entonces surge la pregunta ¿por qué un instrumento internacional de derechos humanos específico para las personas con discapacidad?; y la respuesta es sencilla: porque en el caso específico de las personas con discapacidad aquellos instrumentos comunes no se aplicaban, por regla general no se cumplían, los derechos en ellos recogidos no se respetaban en lo que conciernen a las personas con discapacidad; no había una conciencia social concedora del mundo de la discapacidad, de sus características, necesidades y derechos; al contrario, había más bien una ignorancia o desconocimiento general, cuando no ocultación, sobre esta materia cuyas consecuencias padecían, y todavía padecen (falta mucho por hacer) las personas con discapacidad.

En el *ámbito interno*, la *Constitución Española de 1978* establece en su artículo 10 que: «1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Y el artículo 14 CE dispone, en la misma línea, que: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»⁷.

5. LA PRETENDIDA UNIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006 Y SUS CONSECUENCIAS. LA STS DE 29 DE ABRIL DE 2009

5.1 Planteamiento de la cuestión

Pero lo cierto es que los cimientos sobre los que se asienta la distinción aludida han sufrido una seria sacudida a raíz de la Con-

⁷ En el ámbito específico de las personas con discapacidad, el artículo 49 de la Constitución Española de 1978, dentro del Título I («De los derechos y deberes fundamentales»), Capítulo III («De los principios rectores de la política social y económica»), contiene la siguiente declaración, con una terminología propia de la época: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

vencción de Nueva York de 2006. Un análisis más reposado del artículo 12 de la Convención ha propiciado otra interpretación, distinta de la clásica que acaba de exponerse, acerca de la capacidad a la que se refiere este precepto: el término «capacidad jurídica» se refiere sin más a la capacidad de actuar en derecho de la persona con discapacidad, pues su cualidad de ser titular de derechos y obligaciones jurídicas está contemplada en el propio artículo cuando habla de la «personalidad jurídica», es inherente a la persona y, en general, forma parte de sus derechos humanos inalienables.

De este modo, incluso podría mantenerse que la «capacidad jurídica» que menciona el artículo 12 de la Convención abarcaría no solo la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones jurídicas ínsita en toda persona sino también la de ejercitar en la práctica tales derechos y obligaciones; en definitiva, dicho termino englobaría tanto la capacidad de goce como la de ejercicio.

5.2 El tema en la doctrina científica

Así, en la doctrina científica, en particular por lo que se refiere al campo de la Filosofía del Derecho, aunque también en la doctrina civilista pero en menor medida⁸, comienzan a verse opiniones en el sentido que acaba de indicarse. Sirvan como botón de muestra algunos ejemplos que citamos a continuación.

Con anterioridad a la adopción por Naciones Unidas de la Convención de Nueva York de 2006, ya Sánchez de la Torre, después de definir la capacidad jurídica como «la credencial de que un sujeto jurídico asuma los derechos subjetivos y las responsabilidades jurídicas consecuentes a sus actos», mantuvo la desaparición de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar: «El primero de esos conceptos es simplemente personalidad jurídica en cuanto aptitud subjetiva de ser mero titular de relaciones jurídicas,

⁸ Desde luego la cuestión también está planteada en la doctrina civilista, y así lo pone de manifiesto, por ejemplo, ANTONIO LEGERÉN MOLINA en *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 239.3 del Código Civil*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 28, n. 10, donde alude a que el tema de la tradicional distinción entre capacidad jurídica y de obrar podría replantearse a la vista de la Convención de 2006, si bien el autor señala que: «Con todo y a la espera de, en su caso, las eventuales modificaciones que disminuyan la inseguridad jurídica que se produciría de eliminar tal distinción en el contexto normativo actual, mantenemos la tradicional diferencia entre ambas». En sentido favorable a que la Convención engloba ambos conceptos en uno solo que es la capacidad jurídica, puede verse FERNANDO SANTOS URBANEJA, «Crónica de Prevostonia. A propósito de los efectos en el Código civil de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad» (Comunicación), en *Jornadas de Fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas*, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2009, pp. 25 y 26, aunque el autor pone de relieve que «ello supondría una «revolución» de tal dimensión que, en este momento, podría conducir a cotas de inseguridad jurídica muy notables». Puede verse en internet www.fiscal.es.

y la capacidad jurídica es formal y estrictamente el conjunto de todas las facultades operativas, tanto lícitas como ilícitas, de un sujeto jurídico al que se le imputaran las consecuencias de sus actos jurídicamente relevantes»⁹. Consecuente con su teoría realista de la capacidad de la persona, que no es resultado arbitrario de normas jurídicas sino de la realidad biológicamente sustantiva que le es propia, afirma que «discapacidad» es una forma de «capacidad» en que cada existencia se manifiesta; no es mera negación global, lo cual sería «incapacidad», sino un modo de estar modulado para cada uno el alcance de la propia capacidad¹⁰, y denota «una manera especial de ser capaz»¹¹.

Con posterioridad a la CNY, podemos leer: «Se trata, sin duda, del mayor desafío que presenta la Convención. El artículo 12 integra dentro del concepto de capacidad jurídica a la capacidad de obrar, esto es, a la facultad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, e incluso podríamos decir que prohíbe, el instrumento de la incapacitación (en el caso de que éste sea entendido como mecanismo de anulación de la capacidad de obrar y, por tanto, ahora también de la capacidad jurídica)». Esta declaración introductoria sirve a los autores De Asís Roig, Barranco Avilés, Cuenca Gómez, y Palacios Rizzo¹², para adentrarse en el análisis de dichas instituciones en el Derecho positivo y concluir que la actual regulación de las mismas, en particular por lo que se refiere a la incapacitación, entran en frontal colisión con lo señalado en la Convención internacional.

La discapacidad por sí misma, continúan diciendo estos autores, no puede ser un motivo para limitar o restringir la capacidad para ejercer libremente los derechos fundamentales. La persona con discapacidad puede necesitar apoyos para el ejercicio de sus

⁹ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, en «Capacidad, personalidad jurídica, derecho subjetivo, responsabilidad», dentro de la obra colectiva, en el ámbito de la Filosofía del Derecho, *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p. 23.

¹⁰ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, en «Discapacidad, condición humana y dignidad humana», también dentro de la citada, en la nota anterior, obra colectiva *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p. 376.

¹¹ *Op. últimamente cit.*, p. 383.

¹² DE ASÍS ROIG, Rafael; BARRANCO AVILÉS, María del Carmen; CUENCA GÓMEZ, Patricia, y PALACIOS RIZZO, Agustina, en su trabajo bajo el título «Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español», incluido en la obra colectiva, en el ámbito de la Filosofía del Derecho y del Derecho Internacional público, *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Patricia Cuenca Gómez (Editora), Dykinson, Madrid, 2010, p. 28. La citada obra colectiva recoge algunos de los estudios elaborados en el marco de un proyecto general de investigación «vivo», realizado en el ámbito del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, apoyado por la Fundación ONCE y por el Ministerio correspondiente.

derechos, siempre respetando su voluntad y preferencias, evitando los conflictos de intereses y la influencia indebida, ser proporcionales y adaptados a las circunstancias de la persona, etc., como exige el artículo 12.4 CNY; incluso en las situaciones en que no resulte posible conocer la voluntad de la persona y haya que tomar una decisión en su nombre, debe tomarse ésta «teniendo como base los principios de la Convención, lo que implica, entre otras cuestiones, que lo que justifique tomar la decisión en nombre de la persona sea una situación determinada y nunca su discapacidad»¹³.

«La expresión capacidad jurídica empleada por la Convención ha de entenderse también en el sentido de la capacidad de obrar; es decir, tanto la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones como la capacidad para realizar eficazmente actos jurídicos. El objetivo de la Convención es afirmar indubitadamente que la persona con discapacidad tiene derechos, es capaz y debe ser capaz de actuar por sí misma en la medida de lo posible. Cuando el ejercicio de la capacidad necesite apoyos éstos habrán de ser respetuosos con los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, proporcionados y adaptados a sus circunstancias». Son palabras de Seoane Rodríguez, que le hacen concluir la necesidad de revisar los procesos de modificación de la capacidad de obrar y los modelos de representación y guarda de las personas con discapacidad, dirigiéndose hacia modelos más flexibles que permitan apoyos puntuales e individualizados, y no necesariamente permanentes, refuercen instituciones ya existentes, como la guarda de hecho, e incorporen nuevas figuras como la asistencia¹⁴.

No faltan desde luego opiniones más matizadas, procedentes de la doctrina civilista, como la de Pereña Vicente, con un planteamiento más prudente y moderado, remarcando los límites entre el principio de autonomía y el de protección, así como la vocación universal de la Convención de Nueva York de 2006 que, al pretender convertirse en un instrumento ratificado por prácticamente todos los países del mundo, debe utilizar formulaciones lo suficientemente genéricas como para que estén englobados sistemas de protección muy diferentes: «Es decir, que la Convención no pretende imponer a todos los Estados que sustituyan sus propias instituciones por otras, sino que lo que pretende es que cada Estado

¹³ Los autores citados, en la obra a que se hace referencia en la nota anterior, pp. 30 y 31.

¹⁴ SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, en su trabajo «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica», en *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual-FEAPS, Vol. 42 (1), núm. 237, 2011, pp. 28 y 29.

respete sus postulados y principios pero sin imponer determinadas instituciones»¹⁵.

Mención aparte merece el trabajo de Rams Albesa, titulado «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)»¹⁶, en el cual el profesor nos ilustra, entre otras cuestiones, acerca de la CNY, su significado y consecuencias: aunque la Convención no distingue entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*, a su juicio ello no nos obliga a prescindir de tan útil y eficaz distinción, aunque sí debe ser interpretada y aplicada conforme a los nuevos parámetros que se desprenden de la CNY¹⁷; debe prevalecer el sistema de apoyo basado en la asistencia o curatela sobre el de sustitución o tutela, sistema de asistencia que en realidad es lo que contempla la Convención, más acorde con la libertad y dignidad de la persona, debiendo acudir a la sustitución para los casos extremos de ausencia de autogobierno, y prevaleciendo siempre el interés de la persona con discapacidad¹⁸.

5.3 El tema en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: La Sentencia de 29 de abril de 2009

La cuestión se planteó en España ante los Tribunales de Justicia con ocasión de un caso de incapacitación de una persona (utilizaremos este término ya superado, pero que se hace necesario emplear ahora para exponer tal y como fue el supuesto de hecho), que llegó hasta la suprema instancia civil. El caso fue resuelto por el *Tribunal Supremo en su sentencia plenaria*¹⁹ de 29 de abril de 2009, no sólo en lo que atañe al supuesto de hecho a que se refería, y en el

¹⁵ PEREÑA VICENTE, Montserrat, en su trabajo «La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica», en la obra colectiva *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director, y Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 195 y ss. en particular pp. 203 a 205; obra colectiva llevada a cabo en la órbita de la Universidad Rey Juan Carlos, en el ámbito del Derecho Civil.

¹⁶ RAMS ALBESA, Joaquín, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 2011, núm. 723, pp. 211 y ss., de instructiva lectura; sus consideraciones sobre la vejez contenidas en las pp. 256 a 265 son de lectura especialmente recomendable.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 253, donde insiste en una opinión que ya dejaba apuntada en la p. 218 de su trabajo, a saber, la no necesidad, incluso la inconveniencia, de ratificar por parte de España la Convención, un texto propio de la costumbre anglosajona que, fuera de su tratamiento «buenista» e inane de la cuestión que aborda, nada aporta a nuestro sistema jurídico de apoyo y suplencia de la capacidad de obrar (vid. además, la nota 36 de esa misma p. 253, y las pp. 289 y 290).

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 254 a 256, p. 283 y pp. 287-288.

¹⁹ En cuanto a las sentencias plenarios del TS, y su significado en la jurisprudencia, hacemos un breve comentario *infra* al comentar otra sentencia plenaria (la STS de 21 de septiembre de 2011).

que en aras de la brevedad no entramos, sino también, y principalmente por lo que en este lugar nos interesa, en lo que concierne a la legalidad o constitucionalidad del procedimiento hasta hace poco denominado de incapacitación (de «modificación de la capacidad de obrar» por virtud de la Ley 1/2009, y de «determinación de apoyos» por obra de la Ley 26/2011)), regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000; y en particular la adecuación del mismo a lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 2006, de aplicación directa en nuestro Derecho interno al haber sido dicha Convención ratificada por España y entrado en vigor²⁰.

En efecto, el *Ministerio Fiscal*, en ejercicio de sus funciones en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por ley, de acuerdo con lo establecido en su Estatuto orgánico, y puesto que albergaba serias dudas acerca de la adecuación del proceso de incapacitación español a lo dispuesto en la Convención, presenta el escrito correspondiente, con los argumentos y conclusiones que seguidamente se exponen de forma sucinta y que son sumamente ilustrativos de la cuestión.

El carácter «dinámico» de la discapacidad que desarrolla la Convención, según expone el Fiscal en su escrito, resultará trascendental en la interpretación de las disposiciones relativas a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y a la determinación de los apoyos que requiera para ejercer en plenitud su capacidad de actuar (art. 12).

En el escrito del Ministerio Fiscal se dice que «[...] La Convención adopta el modelo «social de discapacidad» que sustituye al «modelo médico o rehabilitador», actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se le confiere únicamente carácter residual. La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones. *La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta*

²⁰ Como quedó dicho anteriormente, el Reino de España ratificó sin ningún tipo de reservas ni declaraciones interpretativas tanto la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 como el Protocolo Facultativo a la misma, mediante Instrumentos de Ratificación, ambos de fecha 23 de noviembre de 2007, que fueron depositados en Naciones Unidas el 3 de diciembre de 2007, y publicados en el *Boletín Oficial del Estado* de 21 y 22 de abril de 2008, respectivamente, entrando en vigor de forma simultánea el día 3 de mayo de 2008. Por tanto las normas de la Convención constituyen Derecho interno de España y son directamente aplicables (arts. 96.1 CE y 1.5 CC).

el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a «adoptar» una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar».

A partir de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención ya citada, sigue señalando el escrito que «[...] La Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero [...]. La Convención *unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable*, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria «igualdad», proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, y restringe el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar». Concluyendo que «[...] La Convención propugna el cambio del modelo de «sustitución en la toma de decisiones» por el nuevo modelo de «apoyo o asistencia en la toma de decisiones», aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno. Y concluye el escrito del Fiscal proponiendo una solución intermedia de carácter transitorio, con base a la institución más respetuosa de la curatela, a la espera de medidas legislativas que se adapten a la Convención.

El Tribunal Supremo, sin embargo, no acogió estos argumentos del Fiscal, declarando ajustado a la Constitución Española y a la Convención internacional el proceso español de incapacitación, basándose fundamentalmente, además de en una sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2002, en que se trata de una medida de protección a favor de la persona que no la discrimina, debido a las específicas características que en ésta se presentan y que hacen necesaria aquella medida.

Así, alude en primer lugar el Tribunal Supremo a la referida *sentencia del Tribunal Constitucional*, en la cual éste declaró: «En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la

personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LECiv) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación [...]. La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable».

Acto seguido, el Tribunal Supremo expone sus razones: «De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:

1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC.

2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

Se han efectuado algunas críticas a esta sentencia del Tribunal Supremo, que en general han sido leves por parte de la doctrina civilista²¹, pero acaso la principal que pudiera formularse es que

²¹ Fundamentalmente puede verse: RAMS ALBESA, Joaquín, «Hombre y persona...», cit., que en general muestra su criterio favorable a la sentencia (pp. 289-290), aunque a su modo de ver en el caso examinado por el TS procedía la constitución de una curatela que asistiera a la persona discapacitada y no la tutela como hizo la sentencia (p. 286); PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, «Comentario a la sentencia de 29 de abril de 2009», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 82, enero-abril 2010, fundamentalmente pp. 341 y 342, donde al final la autora se inclina por el criterio de que el Derecho español cumple con la Convención de 2006 (p. 343); DE PABLO CONTRERAS, Pedro,

permanece anclada en el modelo médico o rehabilitador, apoyado fundamentalmente en el principio de protección, y no parece haber entendido bien el modelo social o integrador en que nos encontramos, que es el contemplado por la Convención de Nueva York de 2006 y que da paso al principio de autonomía de la persona, su integración social en todos los órdenes y en todos los niveles, en pie de igualdad, y al libre desarrollo de su personalidad; precisamente en este sentido, hay que destacar el análisis que hacen Álvarez Lata y Seoane Rodríguez²² de la sentencia, análisis que constituye, en mi opinión, la crítica más certera a la misma.

Detenernos más en este punto sería sin duda interesante, pero excedería con mucho del espacio disponible en el presente trabajo. La crítica fundamental ha quedado hecha, por lo que resulta más interesante profundizar en la doctrina jurisprudencial a través de otras resoluciones del Tribunal Supremo, así como en la disposición y actitud de Jueces y Tribunales, y del Ministerio Fiscal, ante la Convención, sin dejar de hacer referencia al inicio de la adaptación legislativa que ha tenido lugar recientemente en otros campos del Derecho.

«Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 3.º (2009), Mariano Yzquierdo Tolsada, Director, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, pp. 555 y ss., que, tras un minucioso comentario de la sentencia, se muestra favorable a la misma concluyendo que nuestro sistema legal vigente, interpretado conforme a la Constitución y a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no vulnera la Convención de Nueva York de 2006 (p. 579); RODRÍGUEZ ESCUDERO, Victoria, «La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad. Comunicaciones* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director, y Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), contenido en DVD junto con el libro publicado, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 373 y ss., donde se muestra claramente partidaria de la doctrina jurisprudencial contenida en la STS 29 abril 2009 (pp. 374-375); y también se muestra partidaria de dicha doctrina ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2012, p. 43, donde sin ambages afirma que «compartimos totalmente la argumentación de la sentencia y no consideramos que dicho proceso atente contra la Convención de las Naciones Unidas».

²² ÁLVAREZ LATA, Natalia, y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en *Derecho Privado y Constitución* núm. 24, enero-diciembre 2010, pp. 46 y 47. Además de la crítica que hacen estos autores a la sentencia, en el sentido indicado en el texto, señalan que la referencia que en ella hace el TS al Derecho comparado para apoyar su argumentación, no es acertada, y demuestran que los ordenamientos jurídicos de Italia, Alemania y Reino Unido no establecen «sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle», como afirma el TS, sino que: «Un repaso más profundo pone de manifiesto que, frente a las clásicas medidas de incapacitación de la persona, las no tan recientes reformas de los países de nuestro entorno han elegido un sistema de apoyos concretos y variables que se ajuste a las necesidades de cada persona con discapacidad, donde ésta recupera su protagonismo y participa en el proceso de toma de decisiones, sin cercenar con declaraciones abstractas y generales su capacidad de obrar» (p. 48, y con detalle, pp. 49 a 59).

6. LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN OTRAS RESOLUCIONES DISTINTAS DE LA SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 2009. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. LOS JUECES Y LA CONVENCIÓN

6.1 **Las Resoluciones del TS en forma de Auto que resuelven cuestiones de competencia territorial de Jueces y Tribunales en materia de tutela, incapacitación e internamiento involuntario**

El Tribunal Supremo de España tuvo ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la Convención de Nueva York de 2006, con ocasión de la resolución de cuestiones de competencia territorial en asuntos relativos a personas respecto de las que había recaído una sentencia de incapacitación (según la denominación antigua), bien porque se había trasladado su domicilio a lugar distinto al que tenían, tanto durante el litigio como una vez recaída la sentencia, y ello repercutía no solo en la persona designada para ejercer la guarda (tutor, curador) sino también en el órgano judicial que debía controlar la misma, bien por cambiar de centro de internamiento involuntario de un lugar a otro, con las mismas repercusiones señaladas, especialmente en el órgano judicial de control.

La regla general que debe regir en estos casos viene recogida en el artículo 411 LEC, y es la denominada perpetuación de la jurisdicción o *perpetuatio jurisdictionis*: «Las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia». De este modo, los cambios de domicilio producidos durante la tramitación o con posterioridad a la sentencia de incapacitación, incluso cuando se trate del cambio o traslado de un centro de internamiento a otro, no deben afectar a la jurisdicción y competencia del Tribunal que declaró la incapacidad (repetimos, todo esto conforme a la terminología antigua, ya superada a partir de la CNY). Y así lo dictaminó en una primera época el TS en las cuestiones de competencia territorial que en esta materia se le sometían: AATS 27 febrero 2002, 19 diciembre 2002, 12 mayo 2003 y 31 mayo 2006.

La doctrina jurisprudencial cambia, sin embargo, a raíz de la ratificación por el Reino de España en noviembre de 2007 (publicada en abril de 2008 y en vigor desde principios de mayo de ese

año) de la Convención de Nueva York de 2006, resolviendo a partir de entonces el TS que el fuero aplicable es el de la nueva residencia de la persona discapacitada, y designando nuevo tutor o curador en caso necesario. En efecto, con alguna excepción (como por ejemplo la del ATS 3 julio 2008), por regla general el TS aplica el criterio del superior interés de la persona con discapacidad antes que el criterio rígido basado en la regla de la *perpetuatio jurisdictionis*: AATS 11 diciembre 2008, 21 enero 2009, 26 febrero 2009, 19 mayo 2009, 8 septiembre 2009, 11 mayo 2010, 22 junio 2010, 11 enero 2011, etc.; bien es cierto que coincidiendo en ocasiones uno y otro criterio, interés de la persona con discapacidad y perpetuación de la jurisdicción, como en el ATS 19 febrero 2009, pero ya siempre basándose en el principio general del interés de la persona con discapacidad, trasunto del principio de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal contemplado en la Convención de Nueva York de 2006, cuya aplicación puede determinar un fuero distinto.

A este respecto son emblemáticos los AATS, donde el TS ha hecho gala de la mejor doctrina jurisprudencial acerca de la CNY, ciertamente aplicada al tema de la competencia territorial de jueces y tribunales por medio de resoluciones judiciales en forma de auto, pero de gran importancia por la percepción que en ellas hace el TS del recto sentido y finalidad de ese instrumento internacional, lo que sin embargo no aparece con tanta nitidez en las resoluciones del TS en forma de sentencias, al menos en las analizadas en este trabajo (SSTS 29 abril 2009, 21 septiembre 2011, 17 julio 2012 y 11 octubre 2012). Para comprobarlo, no hay más que reproducir algunos párrafos que se repiten en los autos anteriormente citados, en concreto en los AATS 11 diciembre 2008, 19 mayo 2009 y 11 mayo 2010, en los cuales el núcleo de la cuestión planteada es el control del internamiento involuntario de una persona, cuando ésta es trasladada a un partido judicial distinto de aquel en que se adoptó la medida de internamiento y posteriormente se la vuelve a trasladar:

A la vista de la regulación contenida en el artículo 763 LEC, declara el TS que «la resolución en la que se acuerda el internamiento no termina o finaliza el procedimiento sino que continúa sus trámites hasta que se produzca el alta de la persona internada. Por tanto dicha resolución no produce los efectos de la cosa Juzgada, sino que el procedimiento continua vivo por disposición legal, pues los facultativos donde esté ingresada la persona deberán informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener dicha medida y, sin perjuicio de los informes que el

Tribunal pueda pedir, que deberán emitirse, como mínimo, cada seis meses». Por tanto, «será el Juez del lugar al que se ha trasladado el enfermo el competente para realizar de forma efectiva el directo control del internamiento, pues otra interpretación conduciría a la obligación de acudir a las vías del auxilio judicial o de la prórroga de jurisdicción para llevar a cabo la comprobación de cualquier dato relativo a la situación del enfermo, en lo referente a cuestiones jurídicas ordinarias y fundamentalmente a incidencias de carácter urgente, relativas a su permanencia en el centro o a su tratamiento médico». Para después expresar lo siguiente:

«Por otro lado *tal interpretación es mas adecuada, con el concepto de discapacidad, que contiene la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006*, al establecer que la discapacidad es un concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás, y el artículo 1 establece: “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales o intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.»

«De lo anterior se desprende, por un lado *la asunción del modelo social de discapacidad*, al considerar que la discapacidad resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno, y por otro lado, que la definición no es cerrada, sino que incluye a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados.»

«Por tanto a partir de la Convención, aparece una concepción diferente del discapaz, reconociendo su capacidad de asumir responsabilidades tomando las decisiones que les afectan, con el apoyo que sea necesario en cada momento, como protagonistas activos en el desarrollo de su proyecto vital y *mientras en el sistema tradicional se opta por el sistema de sustitución, la convención acoge en el artículo 12, el sistema de apoyo*, al establecer en el apartado 3.º: “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”, estableciendo una serie de salvaguardas en el ejercicio de apoyo en la toma de decisiones en el artículo 12.4 que dice lo siguiente: “Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la

voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionadas y adaptadas a la circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo mas corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardas serán proporcionadas al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.»

«Será necesario para el control del internamiento no solo que el Juez valore periódicamente la evolución de su enfermedad, en función de los informes facultativos remitidos, sino también *la audiencia de la persona afectada, que podría devenir obligatoria a partir de la Convención, al formar parte de nuestro ordenamiento interno, en virtud del artículo 96.1 de la Constitución Española*, que establece: “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formaran parte del ordenamiento interno”, por lo que tal control en la forma descrita solo será efectivo si se realiza por el Juez del lugar donde esta la persona internada.»

En todos los párrafos anteriores la cursiva es mía. Dichos párrafos, literalmente reproducidos del ATS 11 diciembre 2008, se repiten en los AATS 19 mayo 2009 y 11 mayo 2010, que aplicaron *el criterio establecido mediante Acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala primera del Tribunal Supremo, celebrado el 16 de diciembre de 2008, referente a las «Acciones derivadas de la solicitud de internamiento no voluntario de una persona»*, y en virtud del cual la Sala interpreta que el Juzgado competente será el del lugar en el que radique el centro donde se ha producido el internamiento y ha sido trasladado el enfermo, siendo tal criterio competencial el más acorde al principio de protección del discapacitado.

Igualmente, debe señalarse que en la misma fecha, 16 de diciembre de 2008, el Pleno de la Sala primera del Tribunal Supremo adoptó un Acuerdo referente a las «Acciones derivadas de la declaración de incapacitación», en el sentido de establecer el criterio de que en materia de gestión de tutela resultará aplicable el fuero de la nueva localidad en que resida la persona con discapacidad, lo que se justifica no solo por el principio de protección, en relación con razones de inmediatez y eficacia, sino también por la efectividad de la tutela judicial exigida por la Constitución Española en su artículo 24.1.

En ambos casos, se da cumplimiento por el TS al artículo 13 de la CNY sobre acceso a la Justicia de las personas con discapacidad, aunque sea remachando una vez más el principio de protección en lugar del principio de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en definitiva, el principio de mayor

interés de la persona con discapacidad. Pero se trata sin duda de pasos positivos en el sentido de la Convención de Nueva York de 2006.

6.2 La sentencia del TS de 21 de septiembre de 2011

Llegamos así a otra importante sentencia, la STS 21 septiembre 2011²³, dictada, al igual que la ya anteriormente analizada STS 29 abril 2009, por el *Pleno de la Sala segunda*, al que se sometió el contenido del recurso de casación por la misma magistrado ponente que lo fue en esta última sentencia, «vista la materia sobre la que debe resolverse» según nos dice la propia sentencia que ahora analizamos en su Antecedente de Hecho quinto. La intención de estas *sentencias plenarias* es, al parecer, sentar doctrina jurisprudencial (¿precedente?) sobre materias en que son dispares los criterios de diversas Audiencias Provinciales (cfr. art. 477.3 LEC), o de la propia doctrina jurisprudencial del TS, o incluso sobre determinadas cuestiones que son objeto de discusión doctrinal, o de debate al amparo de cambios o novedades legislativas (como supuso la CNY respecto al proceso de incapacitación, por ejemplo, en la STS 29 abril 2009). El tema de estas *sentencias plenarias*, arduo y delicado donde los haya, no exento de riesgos por su novedad y abundancia de sentencias, pero que es muy interesante y de enorme mérito por parte de la Sala Civil de nuestro Tribunal Supremo, al que hay que agradecer el esfuerzo que supone esta labor, merecería ser objeto de un análisis que, a todas luces, excede de las presentes líneas²⁴.

²³ Esta sentencia fue comentada por ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, «Legitimación del tutor para interponer una acción de divorcio en representación del incapacitado. Sentencia de 21 de septiembre de 2011», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)* núm. 89, mayo-agosto 2012, pp. 413 y ss.

²⁴ Pero que puede verse en DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles, «Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 2008», *CCJC* núm. 82, enero-abril 2010, especialmente pp. 56 a 60; y desde luego en la colección que dirige el profesor Mariano Yzquierdo Tolsada, y editada por Dykinson, titulada *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*, y que viene recogiendo, prácticamente ya con periodicidad anual, interesantes comentarios doctrinales a las sentencias plenarias de la Sala Primera del TS. En cuanto al fundamento o filosofía de esta forma de hacer jurisprudencia, es muy interesante la obra de FERRERES COMELLA, Víctor, y XIOL RÍOS, Juan Antonio, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, edición a cargo de M.^a Isabel de la Iglesia Monje, Madrid, 2010, en particular, por lo que se refiere al tema a que aludimos en el texto, el trabajo de este último «Notas sobre la jurisprudencia», pp. 98 a 108, de especial relevancia por ser su autor (Xiol Ríos), en su etapa como Presidente de la Sala Primera del TS, impulsor decidido de esta jurisprudencia. También puede verse en relación con este interesante tema: OROZCO MUÑOZ, Martín, *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*, editorial Aranzadi (Thomson Reuters), Navarra, 2011, pp. 185 ss., donde además trata la cuestión como un límite a la creación judicial del Derecho.

La sentencia a que ahora nos referimos, de 21 de septiembre de 2011, trata sobre la legitimación del tutor para ejercitar una acción de divorcio en nombre y representación de una persona incapacitada que en absoluto podía valerse ni gobernarse por sí misma, puesto que había quedado tetrapléjica y en estado de coma vigil a consecuencia de un accidente de circulación.

Después de analizar la *sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000*, de 18 de diciembre, que, con base al interés de la persona con discapacidad y a su derecho a la tutela judicial efectiva, declaró no ajustadas a la Constitución las sentencias de instancia que habían negado legitimación para ejercer la acción de separación matrimonial a la madre y tutora de una persona incapacitada, el TS entra de lleno en la cuestión de fondo planteada, que no es otra que el ejercicio de los derechos fundamentales cuyo titular está incapacitado, o, en terminología de la CNY, es persona con discapacidad grave, que no puede valerse ni mucho menos gobernarse por sí misma.

En su Fundamento de Derecho sexto, dice la sentencia que en el caso están presentes dos derechos fundamentales, el derecho a la libertad de continuar o no casado y el derecho a la tutela judicial efectiva. Este último permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el artículo 271.6.º CC, que atribuye a los tutores la legitimación «para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela», siempre con autorización judicial, que no se requerirá «en los asuntos urgentes o de escasa cuantía»; norma del Código civil en la que están también incluidas las acciones para pedir el divorcio y la separación²⁵. «La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse»²⁶, dice la sentencia al final de su FD sexto (la cursiva es mía).

En efecto, la doctrina viene tratando como problemático el tema relativo a si es posible el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, y más en particular de los denominados dere-

²⁵ Crítica sin embargo ARNAU RAVENTÓS la referencia al artículo 271.6 CC con el trasfondo del artículo 24 CE (tutela judicial efectiva), como si en general pudiese amparar cualquier tipo de acción judicial, cuando en su opinión el precepto se limita a reconocer la legitimación procesal del tutor pero sin indicar las materias sobre las que cabe entablar demanda que, por lo demás, no pueden ser otras que las comprendidas en el ámbito de la representación legal: «Legitimación del tutor...», cit., p. 427.

²⁶ También crítica ARNAU RAVENTÓS esta última referencia del ponente a «la tradicional teoría académica», pues en su opinión no trasciende al texto de la sentencia (o al menos no lo hace explícitamente) si aquella no aplicación obedece a que la de divorcio no es una acción personalísima o a que, aun siéndolo, tal carácter no puede impedir su interposición mediante representante en un caso, como el enjuiciado, en que el cónyuge no tiene otro modo de entablarla (*op. y loc. últimamente cit.*).

chos de la personalidad, aquellos que afectan a la esfera más inherente de ella (los que atañen a su integridad tanto física como moral, sus libertades, etc.), por medio de representación legal, en este caso de un tutor; defendiendo por regla general la tesis de que los referidos derechos solo pueden ejercitarse personalmente por su titular, pero llegando a la conclusión, ciertamente no sin discusiones, de que, a falta de regulación legal concreta, tal representación será posible si la persona discapacitada no puede en absoluto actuar por sí misma debido a su situación psicofísica²⁷.

Al final del FD séptimo, y después de aludir al Derecho comparado, el TS entra de lleno en la cuestión: «La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 2008, establece en el artículo 12.3, que «3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica», y a continuación, en el artículo 13, se dice que «1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, [...]». Estos principios deben ser tenidos en cuenta en la resolución que se demanda, porque la ratificación del Convenio de Nueva York y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo».

Concluye el TS en el FD octavo: «Las anteriores razones llevan a concluir que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma. Esta solución no es extravagante en el ordenamiento español, ya que el Código civil legitima al Ministerio Fiscal y «a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo» en la acción para pedir la declaración de

²⁷ Puede verse GETE-ALONSO Y CALERA, «Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad...», cit., p. 63. También SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, Blanca, *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 50 y ss., en particular pp. 60 y 67, donde defiende esta teoría tanto para la patria potestad (art. 162.1.º CC) como para la tutela (art. 267 CC), en línea con lo que después declaró al respecto la STS 29 abril 2009, en su FD quinto (bajo el título general de «Reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacitación»), apartado 4.º

nulidad de un determinado matrimonio (art. 74 CC), así como a padres, tutores, guardadores y Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art. 75 CC)». Y ello con base a la concurrencia del interés de la persona incapacitada, que es fundamental, y su derecho a la tutela judicial efectiva.

La sentencia, en lo que se refiere a la aplicación de la Convención Internacional de 2006, está, en mi opinión, bien fundamentada, aunque en determinados momentos incurre en el mismo defecto que achacábamos a la STS 29 abril 2009: acude al criterio proteccionista (confróntese el párrafo segundo del FD octavo), y no al criterio o principio de los derechos, sin centrarse en la persona. Así, aunque se refiere al principio general de mayor interés de la persona con discapacidad, no lo menciona con los términos y en el sentido que utiliza la Convención de Nueva York de 2006: derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, que aquí se traduce en el acceso a la justicia en igualdad de condiciones que los demás. Aunque en apariencia parezca que se trata de una cuestión puramente terminológica, pues el principio así denominado en la Convención es trasunto del principio general del Derecho de mayor interés de la persona con discapacidad, lo cierto es que esa nueva denominación tiene su importancia en orden a la dignidad y autonomía de la persona con discapacidad (arts. 10 CE y 1 CNY), ayudando poderosamente a lo que el artículo 8 de la CNY denomina «toma de conciencia» por la sociedad de la situación y derechos de tales personas.

6.3 La sentencia del TS de 17 de julio de 2012

En el supuesto de hecho de esta sentencia, y como consecuencia del proceso iniciado por el Ministerio Fiscal, el recurrente en casación había sido incapacitado por el Juzgado de Primera Instancia, sometiéndole a una *tutela parcial* que debía afectar exclusivamente al cuidado y administración de sus bienes, pese a ser capaz de manejar pequeñas cantidades de dinero; pero no así de su persona, pues en el aspecto personal entendió el Juzgado que la persona declarada incapaz podía valerse por sí misma. Por las razones expuestas, la incapacitación afectaba exclusivamente a la administración y disposición de sus bienes; aclarando la sentencia de instancia que el demandado estaba afectado por un trastorno bipolar a tratamiento, y que «dicha alteración es crónica y persistente y precisa supervisión para el cuidado de sus bienes, de modo que solo es capaz de manejar el dinero de bolsillo, al tener afectada el área de cálculo».

Paralelamente, se nombró tutor a la Comunidad Autónoma de su residencia, no procediendo nombrar tutora a la señora nombrada por el propio incapacitado, dado el importante patrimonio de éste, las actitudes de la citada Sra. en las visitas en que acompañó al demandado a la entidad bancaria, retirando importantes sumas de dinero, que se ingresó en una cuenta conjunta con la citada cuidadora, a quien se había otorgado un poder general y se la contrató como empleada del hogar, de lo que se deduce que «[...] existe en D.^a P. un interés distinto del mero cuidado y atención personal del demandado, debido al trastorno que padece D. O., y la cuantía de su patrimonio, procede para proteger su interés, designar a la administración pública tutora del mismo».

Apelada por el demandado, la Audiencia Provincial de Asturias confirmó la sentencia del Juzgado en todos sus términos. El demandado presentó recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que fueron admitidos a trámite. Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó su preceptivo informe, apoyando ambos recursos.

Centrándonos en el recurso de casación, pues el extraordinario por infracción procesal (aduciendo falta de motivación de la sentencia recurrida) fue desestimado por el TS, alegaba el recurrente dos motivos para la casación: 1) Citando los artículos 215.2 y 287 CC, así como la doctrina de la Sala en la STS de 29 abril 2009, y manteniendo que queda acreditado por el informe del forense que el recurrente es capaz de manejar dinero de bolsillo y algo más, pero sería recomendable que le supervisasen en este último aspecto, lo procedente en su opinión sería *establecer una curatela en lugar de una tutela*. Citaba asimismo el artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 y consideraba que a la luz de esta disposición, la curatela es el mecanismo más idóneo para determinar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. 2) En segundo lugar, denunciaba la infracción, por no aplicación e interpretación, de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 223 CC y el artículo 234.1 CC, en relación con los artículos 10, 14, y 20.1.a) y los artículos 1, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La tesis de la sentencia recurrida, que no acepta el nombramiento de la persona designada como tutora por el sometido a tutela, se opone a la debida aplicación de los artículos que se denuncian como infringidos, pues debe desterrarse la regla de acuerdo con la cual la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, ya que a la vista de la Convención, dicha declaración vulnera la dignidad de la persona. Según la Convención, debería haberse sometido

a curatela y en cualquier caso, debe ser respetada su voluntad y preferencia puestas de manifiesto en la escritura pública otorgada en la que designaba su tutor.

Ambos motivos se desestiman por el TS: 1) Respecto del primer motivo alegado, y después de reproducir los dos primeros párrafos del artículo 12 de la Convención, dice la STS que «manteniéndose la personalidad, pueden someterse estas personas a un *sistema de protección o de apoyo, en palabras de la propia Convención, precisamente para proteger su personalidad*» (la cursiva es mía). La curatela coexiste con la incapacitación parcial, y la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela a que haya de quedar *sometido el incapacitado* (art. 760 LEC), señalando a continuación la sentencia estudiada que la jurisprudencia, desde la STS 5 marzo 1947, ha venido graduando los sistemas de incapacitación conforme a la graduación y circunstancias que presenta la capacidad de la persona, doctrina que recoge igualmente la STS 29 marzo 2009, y que a su vez quedó confirmada desde la óptica constitucional por la STC 9 octubre 2002. 2) Con referencia al segundo motivo de casación, y después de subrayar que la STS 29 abril 2009 ya declaró que *la incapacitación es solo una forma de protección* de los discapaces, y que por ello mismo no es una medida discriminatoria sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona, afirma la sentencia que la previsión de nombrar tutor por la propia persona que en un futuro pueda estar sometida a un procedimiento sobre su capacidad, a que se refiere el segundo párrafo del artículo 223 CC, la denominada «autotutela», no aparece establecida en la Convención de Nueva York de 2006²⁸; y que, en todo caso, tal previsión está sometida al criterio del Juez que podrá nombrar a otra persona más idónea si el beneficio del incapacitado así lo exigiere (art. 234 CC), «teniendo en cuenta *la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección*» (la cursiva es mía), circunstancia que concurre en este caso dice la sentencia.

Puede observarse pues, también en esta sentencia, el *afán protector* que caracteriza la jurisprudencia relativa a esta materia, y que ya

²⁸ Afirmación ciertamente un tanto excesiva, por no decir inexacta o errónea: de la lectura del párrafo 4 del artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 se desprende que, para evitar los abusos, una de las principales salvaguardias que deben proporcionar los Estados partes a las personas con discapacidad cuando adopten medidas relativas al ejercicio de su capacidad jurídica, es precisamente que tales medidas «respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona»; y no puede estar más claramente expresada esa voluntad y esas preferencias de la persona cuando, teniendo capacidad suficiente para ello, comparece ante un fedatario público y designa tutor en previsión de que pueda ser incapacitada en un futuro. Un instrumento como la CNY, cuyo destinatario es la comunidad internacional, no puede ser más explícito y expresivo.

quedó subrayado en la importante STS 29 abril 2009. En principio nada habría que oponer a la protección de la persona que lo necesita, sino todo lo contrario; esto puede ocurrir en los casos extremos y más graves de discapacidad, perdurable en el tiempo, en que la persona de ningún modo puede actuar o valerse por sí misma, y en ocasiones ni manifestar su voluntad. Desde luego incluso en tales casos debe procurarse una atención y apoyo personalizados, pero en ellos estaría más justificada la tendencia proteccionista.

Ahora bien, la duda surge si realmente esa necesidad de protección existe también en otros casos no tan extremos, como el caso examinado en la sentencia, por ejemplo. Pero, incluso en el supuesto de que la respuesta a este interrogante fuere positiva, cabría preguntarse si existen otras alternativas que, respetando la libertad y autonomía de la persona, en definitiva el libre desarrollo de su personalidad, puede llegarse mediante ese otro camino a evitar los problemas o los peligros que puedan ser previsibles; y por aquí es donde parece que el sistema actual de la incapacitación quiebra de algún modo, al no satisfacer el aspecto personal de la cuestión.

En efecto, en este supuesto de la sentencia que estamos examinando da la impresión de que la curatela, con todas sus limitaciones actuales y con todas las adaptaciones al caso concreto que hubieran sido necesarias, cumpliría mejor que otros sistemas tutelares con lo dispuesto en la Convención internacional de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, se adaptaría mejor a sus principios rectores, a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, a su autonomía y al libre desarrollo de su personalidad. Lógicamente adoptando las precauciones oportunas, mediante una vigilancia periódica de las cuentas bancarias y la actividad económica de la persona sujeta a curatela, a través no solo de su control por el Juez sino también por parte del Ministerio Fiscal. Por cierto, esta parece que era la opinión del Ministerio público, pues bien claro se nos dice en la sentencia que el Ministerio Fiscal presentó su preceptivo informe «apoyando ambos recursos» (extraordinario por infracción procesal y de casación).

6.4 La sentencia del TS de 11 de octubre de 2012

De un punto de vista bastante distinto a las anteriores parte la sentencia que ahora analizamos, la STS 11 octubre 2012, muy interesante para el tema que nos ocupa.

El Ministerio Fiscal interpuso demanda promoviendo la declaración de incapacidad parcial de D. M. a instancias de los familiares de este último.

La Sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, y en consecuencia declaró la incapacidad parcial de D. M. para las cuestiones relativas al control terapéutico de su enfermedad y el sometimiento al tratamiento, así como para la administración y disposición de sus bienes, a excepción de dinero de bolsillo, tal como había solicitado el Fiscal, siendo declarado incapaz para conducir y usar armas. Como curador designó al Instituto Tutelar de Bizkaia, que debía «informar anualmente sobre la situación del incapacitado y rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 de diciembre de cada anualidad. Dicha rendición consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en el patrimonio del curatelado, relación que habrá de ir acompañada de documentos originales justificativos de los mismos y se hará entrega en el Juzgado Decano de los de Primera Instancia de esta capital...», «en la primera quincena del mes de enero». La sentencia detallaba los actos para los cuales el demandado necesitaba asistencia del curador sin necesidad de autorización judicial, tratándose en realidad de los contemplados en los artículos 271 y 272 CC para los cuales el tutor necesita autorización judicial (cfr. art. 290 CC)²⁹.

D. M. interpuso recurso de apelación que fue estimado en el único sentido de declarar que es capaz para administrar su pensión y para ejercitar el derecho de sufragio activo. En lo demás confirmó la sentencia de primera instancia. Argumentaba la sentencia de apelación que si bien es cierto que los parientes en su día instantes de la incapacidad manifestaron en la correspondiente audiencia que el recurrente vive de forma independiente de sus padres; que dispone de un domicilio propio; que se han estabilizado sus relaciones con la familia y que se advierte una conducta mucho más ordenada y coherente que la que venía observando con anterioridad, también lo es que del informe forense y del análisis de un cabello del propio recurrente se desprende que «D. M. sufre trastorno de la personalidad no especificado, trastorno por dependencia al alcohol y trastorno depresivo reactivo, patologías que limitan las capacidades de querer, entender y libre determinación del recurrente. Estima que su capacidad esta limitada para el gobierno de su persona, toma de decisiones trascendentales, área de salud y bienes. Del informe se concluye que la incapacidad parcial debe ser mantenida...».

D. M. recurre en casación contra la expresada sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (Bizkaia), por afectar la misma a la tutela judicial civil de los derechos fundamentales recogidos en los artículo 10, derecho al libre desarrollo de la personalidad, 14, dere-

²⁹ Además prohíbe expresamente al curador: *a*) recibir liberalidades del pupilo o causahabientes mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión; *b*) representar al pupilo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses, y *c*) adquirir por título oneroso bienes del sujeto a curatela o transmitirle por su parte bienes por igual título.

cho a la igualdad, y 19, derecho a la libertad de residencia, de la Constitución Española, infringiendo el artículo 200 del Código Civil. Mantenía el recurrente la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fin cita dos Sentencias, a saber, las sentencias de 14 de julio de 2004 y 28 de julio de 1998, la cuales establecen que en materia de incapacidad debe existir siempre un criterio restrictivo, y que tal doctrina ha sido vulnerada por la resolución recurrida por cuanto el consumo excesivo de alcohol no puede considerarse como elemento incapacitante, ni siquiera de forma parcial, para impedir al recurrente gobernarse por sí mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Ministerio Fiscal presentó escrito en el que tras afirmar que el recurrente necesita un *apoyo*, entiende que quizás fuese bueno que esta Sala razonase sobre la *institución jurídica del apoyo* y aún en el presente caso, sustituya la curatela, que tiene una regulación en el Código Civil que no debe ser deformada (para no distorsionar la seguridad del tráfico jurídico), por la figura jurídica del apoyo³⁰.

El TS desestima el motivo alegado por D. M., único del recurso, argumentando que las causas de incapacidad, de acuerdo con la STS 29 abril 2009, están concebidas en nuestro Derecho a partir de la reforma de 1983 como abiertas, y así se desprende del propio artículo 200 CC, debiendo probarse la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media, destruyendo de este modo la presunción general de capacidad de toda persona mayor de edad contemplada en el artículo 322 CC.

Pues bien, continúa diciendo la sentencia, «no se discute que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. Lo que se cuestiona realmente es si ha quedado o no acreditado que exista una enfermedad psíquica incapacitante que impida a quien recurre gobernarse por sí mismo, y ello es algo que resulta de la prueba que ha sido practicada, con la garantía del examen del ahora incapaz y audiencia de los parientes más próximos, de la que infiere que padece trastorno

³⁰ Muy interesante e instructivo el escrito del Fiscal al que se alude en la sentencia, es una lástima que el ponente no decidiera transcribirlo todo, o gran parte del mismo, como se hizo por ejemplo con el escrito del Fiscal en la STS 29 abril 2009. Después aludimos en el texto a la impagable labor de los fiscales en toda esta materia relativa a la discapacidad. También es una lástima, y en esto coincido con VARELA AUTRÁN, Benigno, que el TS no se adentrara en este tema «analizando la necesidad de adecuar los instrumentos legales todavía vigentes en la legislación española –concretamente en este caso la curatela– a la exacta y real situación de déficit de capacidad jurídica sometida en esta ocasión a su superior y último enjuiciamiento judicial...»: *Diario La Ley* núm. 8006, Sección Tribuna, de 22 de enero de 2013, «Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Comentario a la STS (Sala 1.ª) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012», p. 2.

depresivo secundario, trastorno por abuso y dependencia al alcohol y trastorno de la personalidad que limitan las capacidades de querer, entender y libre determinación, de tal forma que su capacidad esta limitada para el gobierno de su persona, toma de decisiones transcendentales, área de salud y bienes. Ninguna contradicción se advierte en la valoración que la sentencia hizo de los hechos. Una cosa es la opinión de los familiares que refieren una conducta más ordenada y coherente de la que venía observando, y otra distinta que esta aparente mejoría deje sin contenido el trastorno de la personalidad que resulta de la prueba».

Seguidamente, la sentencia cita textualmente determinados párrafos de la STS 29 abril 2009, que aluden a la lectura que debe presidir el sistema de protección establecido en el Código Civil para que la regulación que hace este cuerpo legal de la incapacitación sea acorde con lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 2006, a lo que ya se hizo referencia al estudiar dicha sentencia.

Para terminar, la sentencia que estamos estudiando expresa lo siguiente: «Todo ello se cumple en este caso a partir unos hechos que se mantienen inalterables en casación y que resultan determinantes para que *se aplique la curatela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención*» (la cursiva es mía).

Este último párrafo plasmado en la sentencia constituye en realidad una apretada síntesis o compendio de los conceptos que se manejan en el mundo de la discapacidad como consecuencia de la Convención de Nueva York de 2006 y con referencia al Derecho civil, ciertamente haciendo en dicho párrafo un *totum revolutum* de la asistencia, el apoyo, la protección, la personalidad y el principio general del superior interés de la persona con discapacidad. Pero hay que reconocer el esfuerzo y el mérito de la sentencia en incorporar a la jurisprudencia del TS los nuevos paradigmas de la discapacidad que se derivan de la citada Convención internacional, cosa que, aunque sea parcialmente, consigue esta resolución, a diferencia de otras anteriores. En realidad, podemos destacar en este sentido las siguientes aportaciones de la sentencia comentada:

a) *Las causas de discapacidad (la sentencia dice de incapacidad) están concebidas como abiertas*, y habrá que estar a la prueba practicada en el proceso para la oportuna provisión de los apoyos que sean necesarios a las personas que los necesiten para el

ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar en igualdad de condiciones que los demás.

b) Dicha provisión deberá hacerse siguiendo siempre un *criterio restrictivo en favor de la persona con discapacidad*, por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta.

c) En todo momento habrá que tener en cuenta el *principio general del Derecho del superior interés de la persona con discapacidad*. Este principio debe ser concebido e interpretado a la luz de la Convención de 2006 como *trasunto del principio general de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad que inspira la Convención*.

6.5 La intervención del Ministerio Fiscal

Este necesariamente breve comentario acerca de lo que la CNY denomina, en sus artículos 12 y 13, «Igual reconocimiento como persona ante la ley» y «Acceso a la justicia», respectivamente, no podía dejar de hacer referencia, aunque también aquí tenga que ser breve, a la *inestimable y meritoria labor del Ministerio Fiscal en toda esta materia*. Gran parte de los avances que se están produciendo en nuestro sistema judicial se deben, además del esfuerzo de Jueces y Tribunales a que hacemos referencia en el epígrafe siguiente, al trabajo constante de los fiscales en el quehacer diario de los problemas que presentan las cuestiones relacionadas con el mundo de la discapacidad.

Es claro que no vamos a descubrir aquí, por ser de sobra conocido y reconocido, el trabajo de la Fiscalía en España en favor de las personas que más necesitan atención y apoyo, función por otra parte que le atribuye su propio Estatuto Orgánico (Ley 50/1981, de 30 de diciembre). Lo que sí quiero ahora poner de relieve es el esfuerzo de la Fiscalía española en la aplicación práctica, en el día a día que es lo más peliagudo, de los principios y normas de la Convención de Nueva York de 2006.

Para comprobarlo, no hay más que leer el *Manual de Buenas Prácticas, La intervención del Ministerio Fiscal en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006*, según las conclusiones de las Jornadas de fiscales especialistas en la protección de personas con discapacidad, celebradas en Alcalá de Henares los días 20 y 21 de septiembre de 2010³¹. Aunque todo es interesante, puestos a destacar algo cabría señalar, a mi juicio, lo siguiente:

³¹ Autores: GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; SANTOS URBANEJA, Fernando; LÓPEZ EBRI, Gonzalo; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal; LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, Nuria; ALCÁNTARA

a) La organización en la Fiscalía de las *Secciones de lo Civil* y el régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y apoyos (Instrucción 4/2009, FGE).

b) La actividad que despliega la Fiscalía en las denominadas *diligencias preprocesales*, fundamentalmente en orden a determinación y valoración de los hechos, circunstancias y situaciones que sirven de base para el posible procedimiento de provisión de apoyos, incluido el informe médico previo a la presentación de la demanda por el Ministerio Fiscal.

c) En la *fase procesal*, la mayoría de las demandas se inician por la Fiscalía, con un diseño específico de apoyos adecuado a la persona con discapacidad a que se refieren, incluido el nombramiento de la persona que deba proporcionarlos, cuidando del contenido mínimo de la sentencia.

d) No menos importante es la *fase de vigilancia y control del apoyo determinado*, con arreglo a la Instrucción núm. 4/2008, de 30 de julio, pues deberá estudiarse la conveniencia de implantar un *Plan de protección individualizado*, adaptado a las necesidades y características del caso.

e) La *vigilancia y control del internamiento (mejor «ingreso»)* no voluntario por razón de trastorno psíquico, y su adecuación a la Convención de Nueva York.

6.6 Los Jueces y la Convención

En gran parte gracias al trabajo de la Fiscalía, y en gran medida debido al esfuerzo de los Jueces y Tribunales de Justicia, las sentencias sobre capacidad de las personas son cada vez más completas y detalladas, tienen más en cuenta a la persona y su circunstancias específicas para proveerla del apoyo que en cada caso sea mas conveniente para ella, y en fin las resoluciones judiciales sobre incapacitación (como todavía continúan llamándose) son mas «humanas» y van aplicando la Convención.

A modo de ejemplo, transcribimos a continuación algunos párrafos del Fundamento Jurídico segundo de la sentencia de fecha 15 de marzo de 2012 recaída en los autos de Juicio Verbal sobre Incapacidad, registrados con el número 1438/11, del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Móstoles (Madrid):

«La anterior regulación sustantiva y procesal, debe interpretarse en la actualidad a la luz de la Convención sobre los derechos de

BARBANY, Felisa; MAYOR FERNÁNDEZ, David; y DE LA BLANCA GARCÍA, Ángeles. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

las personas con discapacidad, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 6 (*sic*) de diciembre de 2006, ratificado por Instrumento de ratificación de la Jefatura del Estado española y publicado en el *BOE* de 21 de abril de 2008. El texto está integrado por 50 artículos que vienen a establecer los principios, valores y mandatos que deben prevalecer en el respeto por los derechos humanos de las personas con discapacidad, y que deben observar los países que ratifiquen el tratado, resultando definido su objetivo en el artículo 1 como el de "... promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. El artículo 3 señala como principios de la Convención, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas entre otras. Finalmente y por la especial trascendencia que en relación al proceso que nos ocupa presenta, debe mencionarse el artículo 12 que bajo la rubrica 'Igual reconocimiento como persona ante la ley', establece..." (reproduce los cuatro primeros párrafos de este precepto).

Se infiere así del citado artículo 12, que se establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Este cambio puede ser denominado como el paso del modelo de «sustitución en la toma de decisiones» al modelo de «apoyo o asistencia en la toma de decisiones», de modo que la incapacidad absoluta debe dejar de ser la regla general y pasar a ser excepcional. Por consiguiente, en los procesos en que se solicite modificar o privar de la capacidad de obrar a una persona, es preciso promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales, adoptando para ello las medidas de apoyo o protección que sean necesarias.

Por otra parte, para determinar si procede o no modificar la capacidad de una persona, y en su caso qué alcance debe tener esa modificación y qué medida de protección o de apoyo es preciso adoptar, se debe tomar en consideración una serie de circunstancias básicas, a saber, conocer cuales son las condiciones de vida y actividades que puede hacer la persona afectada por el procedimiento; qué necesita realmente esa persona para poder ejercer con la máxima plenitud posible, su capacidad jurídica; en qué va a beneficiar realmente la sentencia que se dicte a sus condiciones de vida, debiendo tenerse en cuenta finalmente, que todas las personas tenemos diversas habilidades funcionales, que afectan a diversas esferas de la vida: a) habilidades fun-

cionales de la vida cotidiana, es decir actividades que puede hacer una persona a diario: vestirse, asearse, usar medios de comunicación, cocinar, limpiar, etc.; *b*) habilidades de índole patrimonial, es decir todas aquellas actividades relacionadas con su patrimonio; control de cuentas bancarias, manejo del dinero de bolsillo, realización de contratos, prestamos, etc., *c*) habilidades de índole sanitario, es decir posibilidad de tomar decisiones en relación a tratamiento médicos quirúrgicos, farmacológicos, rehabilitadores, etc., y *d*) habilidades de índole social, es decir si puede deambular sola por la calle, usar medios de transporte público, decidir sobre su lugar de residencia, etc.

Es por ello que valorando todas las circunstancias, la sentencia que se dicte a modo de traje a medida o un vestido único para esa persona, tendrá que ajustarse a sus necesidades, de tal forma que la incapacidad que se pida y la que se conceda, se acomode perfectamente solo y exclusivamente a ella, en cuanto que cada discapaz necesita su especial medida de protección.»

Realmente, pocas cosas más pueden decirse a este respecto en una sentencia sobre incapacitación, que estén tan claramente expresadas y con tanto acierto como las que acaban de transcribirse.

Por otra parte, y paralelamente a lo que en el epígrafe anterior se ha señalado con referencia al «Manual de Buenas Prácticas» en la aplicación de la Convención de Nueva York en el ámbito de la Fiscalía española, también en el mundo judicial se ha producido un esfuerzo en este sentido, al publicar el Consejo General del Poder Judicial una *Guía de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela de los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia* (Directores, Pío Aguirre Zamorano y Manuel Torres Vela; Coordinación, Rocío Pérez-Puig González). Esta Guía tiene además la virtud de incorporar las denominadas «Reglas de Brasilia» sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, elaboradas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008. El documento es fácilmente accesible a través de internet.

7. LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONVENCION EN EL DERECHO INTERNO DE ESPAÑA. ALGUNOS CASOS RESUELTOS POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Al principio de este trabajo decíamos que los Tratados o Convenciones internacionales, una vez culminado el proceso de ratificación y publicación de los mismos por el Estado español, ocupan un valor jerárquico superior a la ley, no sólo a la ley ordinaria sino

también a las leyes orgánicas; y que el indiscutible carácter de pacto internacional entre Estados soberanos que reviste un Tratado obliga a su cumplimiento, debiendo revestir su denuncia el mismo procedimiento previsto para su aprobación (art. 96.2 CE).

En efecto, conviene ahora insistir en lo allí expuesto respecto a que los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE); y que por eso dispone el artículo 1.5 CC que las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

En consecuencia, las Convenciones y Tratados internacionales, una vez ratificados y publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno, y las normas jurídicas en ellos contenidas son de aplicación directa por Jueces, Tribunales, Fiscales y demás operadores jurídicos; además, servirán como módulo de interpretación de las leyes internas en materia de derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce (art. 10.2 CE).

Esta es la razón por la que, incluso sin haberse llevado a cabo en España la adaptación de la legislación civil a la Convención Internacional de Nueva York de 2006, la doctrina insiste en las posibilidades que presenta su aplicación directa, aun sin dicha adaptación legislativa. Y los Tribunales de Justicia han empezado a aplicar la Convención directamente como Derecho interno vinculante, en sus resoluciones³². Los ejemplos siguientes pueden servir de botón de muestra.

7.1 La cuestión de la aplicación directa de la Convención en la Doctrina

Así, por ejemplo, por lo que a la doctrina se refiere, en la *Revista Escritura Pública* núm. 75, mayo-junio de 2012, bajo el título «La legislación española a la vista de la Convención de la ONU», se da noticia de las Jornadas que se celebraron sobre este tema en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia en el mes de abril de 2012, mencionando la opinión del notario Ramón Corral en la mesa redonda sobre *Privacidad, hogar y familia*: «el Código

³² Lo mismo que algunos Tribunales de ámbito internacional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que aplicó directamente la Convención de Nueva York de 2006 en su sentencia de fecha 30 de abril de 2009 (TEDH, Sección 1.ª), caso Glor contra Suiza, concediendo el amparo a un ciudadano sueco que había sufrido discriminación por causa de discapacidad en relación con su no aptitud para el servicio militar y la prestación social sustitutoria del mismo.

Civil está ya derogado por la Convención. Los operadores jurídicos debemos aplicar los contenidos de este tratado, que ya es Derecho positivo. La Convención hace desaparecer el proceso de incapacidad y señala que todos somos iguales en tomar las propias decisiones que tengan eficacia jurídica. Soy totalmente partidario de la aplicación directa ¡y ya! de su texto». Y en la misma página 69 de dicha Revista, expresa el también notario Ignacio Solís su opinión al respecto: «La Convención no es una meta sino un punto de partida, no hay que dejarse llevar por el optimismo; es un camino dificultoso que exige un trabajo ímprobo para actualizar toda la normativa a la luz de los principios de la ONU. No es necesario esperar al cambio legislativo, los operadores jurídicos ya podemos realizar “trajes a medida” para cada situación. Asimismo, se debe realizar una sensibilización de la sociedad en este sentido».

Ya antes, en esta misma publicación, *Revista Escritura Pública*, pero en el núm. 60, noviembre-diciembre 2009, bajo el título «La tutela ante la Convención», pp. 68 y 69, Benigno Varela había adelantado algunas ideas después plasmadas con más detalle en su publicación ya citada en el *Diario La Ley* comentando la STS 11 octubre 2012, donde puede leerse: «Pese a todo ello, la Convención sobre Derechos de las Personas Discapacitadas está ahí con todo el vigor que le otorgan los arts. 96 CE de 1978 y 1.5 CC y parece que no debiera obviarse ya en el enjuiciamiento de actuales situaciones de discapacidad» (núm. 8006 del *Diario La Ley* de 22 de enero de 2013, p. 3).

De la misma opinión se muestra Rosa Estarás: «La Convención es de aplicación inmediata y recoge derechos inmediatamente ejercidos por los ciudadanos ante los Tribunales de justicia, esto es, no necesitan desarrollo legislativo interno del país signatario y, por lo tanto, directamente invocables ante los órganos de la jurisdicción de cada país como derechos a reclamar, sin necesidad de su desarrollo interno»³³.

7.2 La aplicación directa de la Convención por los Tribunales. Algunos casos prácticos

Con referencia a los Tribunales de Justicia, baste citar dos importantes ejemplos de aplicación directa de la Convención. El primero, la *STC 7/2011 (Sala Primera), de 14 de febrero*, que decidió otorgar el amparo solicitado por una persona internada en un centro penitenciario que había sido incapacitada judicialmen-

³³ ESTARÁS FERRAGUT, ROSA: «El Derecho de la Persona. El Notario y la ratificación por la Unión Europea de la Convención de la ONU», en *Noticias de la Unión Europea* núm. 328, mayo 2012, p. 60.

te, sin haber sido emplazada ni oída en el proceso a pesar de los insistentes escritos del demandado oponiéndose al mismo. Este alegaba vulneración de su derecho a la defensa, asistencia letrada y proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haberse seguido dicho procedimiento sin hacer posible su comparecencia personal al no haberse facilitado la designación de profesionales del turno de oficio, o, subsidiariamente, alegaba también vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y ello desde la perspectiva del derecho de acceso a los recursos, ya que le fue denegado el tener por preparado el recurso de apelación contra la Sentencia de incapacitación.

Por lo que aquí nos interesa, seguidamente se reproduce el último párrafo del Fundamento jurídico 4:

«Si bien el derecho a la asistencia letrada y a la defensa (art. 24.2. CE) se ha vinculado especialmente al proceso penal y sólo en menor medida al resto de procesos, es indudable que también despliega todo el potencial de su contenido en relación con procedimientos como el de incapacitación no sólo por lo esencial de los derechos e intereses que en el mismo se ventilan sino por la situación de presunta incapacidad del sometido a este procedimiento. *Esta conclusión también cabe extraerla del artículo 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 («Boletín Oficial del Estado» 21 de abril de 2008), en cuyo apartado primero, a los efectos de garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones, se prevé la posibilidad de ajustes de procedimiento para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de estas personas como participantes directos e indirectos en todos los procedimientos judiciales. En su apartado segundo se incluye, además, una apelación a la necesidad de que los Estados parte promuevan la formación adecuada de los que trabajan en la Administración de Justicia a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia» (la cursiva es mía).*

Con anterioridad a esta sentencia, el TC ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre *el delicado tema del internamiento involuntario* en centros de personas con discapacidad intelectual o con problemas de deterioro cognitivo que hacían inviable la prestación de un consentimiento válido por parte de la persona ingresada. Cabe citar en este sentido las SSTC 131/2010 y 132/2010, ambas de fecha 2 de diciembre, que declararon inconstitucionales determinados párrafos de los artículos 211 CC (finalmente derogado por la LEC), y 763 LEC, respectivamente, tema sobre el insistimos en el epígrafe 8.4.2 al hablar del Comité de Naciones Unidas y su informe sobre España. La inconstitucionalidad deriva de que, al

tratarse de materia reservada a una Ley Orgánica (y no ordinaria), según el artículo 81 CE, su regulación mediante ley ordinaria infringe el mencionado precepto constitucional, además del artículo 17 CE. En efecto, si el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales y libertades públicas debe revestir la forma de ley orgánica, conforme al artículo 81.1 CE, y el internamiento involuntario afecta a la libertad y seguridad de la persona ingresada (art. 17.1 CE, y arts. 14, 18 y 19 CNY), es evidente que el carácter de ley ordinaria tanto del Código Civil como de la Ley de Enjuiciamiento Civil infringe en esta materia la norma constitucional, y resulta necesaria su regulación mediante una Ley Orgánica que sea aprobada por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, con una votación final sobre el conjunto del proyecto (art. 81.2 CE).

Un segundo ejemplo de aplicación directa de la CNY en cuanto a los Tribunales de Justicia se refiere, lo constituye la *Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 2 de noviembre de 2009*. Lo que se planteaba en el recurso era la posibilidad de no aplicar al recurrente determinados requisitos para la obtención de una beca, en atención a su condición de persona con discapacidad.

Dicha persona había solicitado una beca para estudiar cuarto de Derecho durante el curso académico 2005/2006, y uno de los requisitos para su concesión, aparte los relativos a la situación económica del solicitante, era haber obtenido en el curso anterior 5 puntos de nota media y no contar con más de una asignatura no superada; el recurrente sin embargo obtuvo en el curso anterior al que solicitó la beca una nota media de 3,33, aprobando solo una asignatura de las seis (con lo que le habían quedado cinco), y por tanto no cumplía los requisitos exigidos. La beca le fue denegada, y recurre contra esta decisión, alegando en síntesis que tiene una minusvalía física y psíquica del 76 %, y que a las personas con discapacidad no deben exigírseles resultados en las calificaciones, ni matricularse en un número determinado de asignaturas, ya que bastante esfuerzo hacen con estar matriculados en la universidad, cuando a duras penas pueden seguir el curso y presentarse a los exámenes.

La Audiencia Nacional estima el recurso contencioso-administrativo, reconociendo el derecho del recurrente a la obtención de la beca solicitada, así como a la restitución de las cantidades que, en su caso, hubiera abonado por gastos de matrícula u otros correspondientes a la referida beca. Utiliza la Audiencia el argumento de que, conforme al artículo 96 CE y al artículo 1.5 CC, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad forma parte de nuestro ordenamiento interno, y además sirve de módulo interpretativo de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad (art. 10.2 CE). En el Fundamento de Derecho segun-

do dice textualmente: «La entrada en vigor de la Convención debe llevar consigo, obviamente, la adaptación de la normativa española al instrumento internacional en todo aquello que lo contravenga, pero también *permite a los órganos judiciales, inmediatamente, interpretar la normativa vigente de conformidad con la Convención, completando las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico con el propio texto de la Convención, garantizando así la efectiva aplicación de los derechos reconocidos en la norma internacional a las personas con discapacidad*» (la cursiva es mía).

Pues bien, continúa diciendo la sentencia, «desde esta perspectiva, *la exoneración a determinadas personas con discapacidad de las exigencias previstas en los artículos 30 y 31.1 B) de la Orden de 17 de junio de 2005, en cuanto establece como requisitos para la obtención de la beca haber obtenido en el anterior curso 5 puntos de nota media y no contar con más de una asignatura no superada, puede considerarse un ajuste razonable de la referida norma, que garantice la no discriminación de las personas con discapacidad en el ejercicio de su derecho a acceder a la educación superior*» (la cursiva es mía).

La Convención define la discriminación por motivos de discapacidad en su artículo 2, como cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo, incluidas todas las formas de discriminación, y entre ellas, la denegación de *ajustes razonables*. En el mismo precepto, la Convención considera ajustes razonables «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

Y el referido ajuste es especialmente pertinente en el supuesto enjuiciado, según la Audiencia, por cuanto de la documentación unida al expediente administrativo y a las actuaciones judiciales, se desprende que el recurrente padece una grave discapacidad neurológica (minusvalía del 76 %), que le genera fuertes dolores de cabeza casi diarios, a veces acompañados de sueño prolongado, discapacidad que le inhabilita para seguir el régimen académico ordinario, y consecuentemente, para cumplir los requisitos académicos exigidos al resto de los alumnos con carácter general para la obtención de la beca.

8 LA ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006

8.1 El Informe del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010

El Consejo de Ministros del Gobierno de España aprobó el 10 de julio de 2009, a propuesta del Ministerio de Sanidad y Política Social, la creación de un Grupo de trabajo interministerial para realizar un estudio integral de la normativa española con el objetivo de adaptarla a las previsiones de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. Este grupo de trabajo, bajo la presidencia del referido Ministerio, estuvo compuesto por miembros de todos los departamentos ministeriales.

El día 30 de marzo de 2010 el Consejo de Ministros aprobó el *«Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad»*. En la Exposición de Motivos del Informe finalmente emitido y aprobado, se insiste en la idea de que la Convención no establece nuevos derechos pero prevé medidas de no discriminación y de acción positiva, que los Estados deberán implantar para garantizar a las personas con discapacidad sus derechos en igualdad de condiciones.

También se dice en el lugar citado que la Convención supone un cambio radical en el concepto y aplicación de los derechos de las personas con discapacidad, ya que presenta una elaboración detallada de esos derechos y un código de aplicación. Ciertamente sus principios generales ya estaban recogidos en los enunciados de la Ley española 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Sin embargo, la Convención supone un cambio en el concepto de discapacidad, ya que pasa a considerarla como una cuestión de derechos humanos y no como una preocupación en materia de bienestar social.

De acuerdo con el artículo 10 de la Constitución Española de 1978, es obligación de los poderes públicos contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.

Los necesarios ajustes debían hacerse desde un enfoque de globalidad para que la Convención alcance a todos los sectores del Derecho positivo español (civil, penal, procesal, mercantil, laboral, administrativo, etc.). De ahí, la necesidad de la creación de dicho grupo de trabajo con un marcado carácter transversal.

A continuación se expone en el Informe el resultado del estudio realizado en materia de Derecho civil y procesal, en particular por lo que se refiere a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, que concluye con la necesidad de elaborar diversas modificaciones normativas en las materias que se indican y en el sentido apuntado, con el objetivo de adaptar la normativa vigente en España a las previsiones de la Convención, tanto la del Código Civil como la de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

A) *En el Código Civil*

Comienza el Informe del Consejo de Ministros diciendo que el artículo 12 de la Convención, bajo el rótulo «Igual reconocimiento como persona ante la ley», engloba en la capacidad jurídica la capacidad de obrar, a la vez que exige a los Estados Partes reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Para la efectividad de este reconocimiento deberá proporcionarse a la persona con discapacidad los apoyos necesarios en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este planteamiento hace necesario reemplazar el tradicional modelo de sustitución por un modelo de apoyo en la toma de decisiones.

Según el Informe, en la necesaria evaluación del grado de correspondencia entre la Convención y la legislación nacional preexistente se ha de constatar que el conjunto de derechos humanos proclamados en los numerosos instrumentos de Naciones Unidas ya forman parte del ordenamiento jurídico español.

Después de aludir a las sentencias del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2002 y del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, estima el Informe, no obstante, que es necesario adaptar al espíritu, y también a la terminología de este texto internacional, la legislación sustantiva y procesal interpretada por la jurisprudencia, a fin de garantizar que la modificación de la capacidad de obrar de las personas que no están en condiciones de gestionar por sí solas sus intereses sea la estrictamente necesaria para su adecuada protección y cumpla los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido. Igualmente, ha de insistirse en garantizar el respeto a los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad y, en particular, que las medidas de apoyo en la toma de decisiones y protección establecidas en su beneficio se articulen tomando en consideración sus deseos y preferencias.

Con carácter previo, y en relación con la modificación de la capacidad de obrar, cuando consista en anular el ejercicio de la capacidad jurídica y otorgarla a un tercero, que actuará en *repre-*

sentación de la persona con discapacidad, debe quedar limitada a las situaciones excepcionales que lo justifiquen.

También se pronuncia el Informe sobre la conveniencia de destacar el criterio legal y doctrinal consistente en señalar que las *facultades y acciones de carácter personal y los derechos de la personalidad* no se pueden ejercitar por representante, lo que lleva a concluir que la modificación de la capacidad de obrar declarada no debe afectar al ejercicio de los derechos de la personalidad, en tanto la persona con discapacidad cuente con una capacidad natural para su normal ejercicio.

Las modificaciones a introducir en los Títulos IX y X del Libro Primero de Código Civil, además de profundizar en el *sistema de graduación de la capacidad* iniciado con la Ley 13/1983, han de incidir en la exigencia de *proporcionalidad y adecuación* de las medidas de apoyo a las circunstancias individuales de la persona con capacidad modificada para proteger sus intereses concretos. Proporcionalidad y adaptación que deberán reflejarse en la *extensión e intensidad del contenido de la medida y en su duración*. La referencia concreta a estos elementos tiene implicaciones prácticas en la ley procesal en cuanto *obliga al juez a pronunciarse sobre los mismos en la sentencia judicial* que modifique la capacidad de obrar.

Con la finalidad de mejor garantizar el respeto de la dignidad inherente y la autonomía individual, también deberán modificarse aquellos preceptos que contienen los principios rectores del desempeño de las funciones de apoyo en la toma de decisiones y de protección de las personas con capacidad de obrar modificada para explicitar el respeto de sus derechos, su voluntad y preferencias y, también, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida.

La regulación de las figuras del tutor y curador debe efectuarse en el *marco global de «apoyo» previsto en la Convención* para asegurar que existan medidas flexibles y adaptables a las necesidades concretas de quien las precisa, con la menor intervención posible en los derechos y la autonomía de aquellas personas que en determinadas circunstancias no pueden valerse por sí mismas. Conviene introducir referencias explícitas a la «persona de apoyo, o de apoyo en la toma de decisiones» para mejor resaltar en todas las figuras de protección y guarda su dimensión potenciadora de las capacidades de quien no puede adoptar determinadas decisiones por sí mismo.

B) *En la Ley de Enjuiciamiento Civil*

Los preceptos de la Convención que en este apartado pondera el repetido Informe del Consejo de Ministros son también artículo 12,

relativo al igual reconocimiento como persona ante la ley, artículo 13, sobre el acceso a la justicia, y artículos 8 (toma de conciencia) y 9 (accesibilidad). Insistiremos naturalmente en el artículo 12.

Las reformas del Código Civil mencionadas en el epígrafe anterior han de quedar reflejadas en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuyas disposiciones también deben ser adaptadas a la Convención.

Particular atención requiere, continúa diciendo el Informe, la regulación del proceso de modificación de la capacidad de obrar, según la denominación de este proceso introducida por la Ley 1/2009, y que antiguamente se denominaba de incapacitación, en cuanto ha de encauzar la actuación procesal de los operadores jurídicos para llegar a una sentencia que, en primer lugar, gradúe las áreas de la esfera personal y patrimonial de la persona con capacidad modificada sobre las que ésta no puede adoptar decisiones y determinar los actos o categoría de actos que no puede realizar por sí sola, sobre la base de que ésta sólo verá restringido el ejercicio de los derechos que expresamente conste en la sentencia; y, en segundo lugar, deberá establecer la figura o medidas de apoyo en la toma de decisiones en las áreas o actos en que lo necesite la persona cuya capacidad de obrar se modifica.

También, deberá estudiarse la oportunidad de introducir previsiones para, cuando el juez considere temporal la causa que impide a la persona gobernarse por sí misma, pueda precisar en la sentencia la duración de la medida de apoyo acordada y someter a revisión periódica la necesidad de prorrogar, variar o dejar sin efecto la modificación de la capacidad, todo ello de conformidad con el artículo 12.4 de la Convención.

8.2 La adaptación legislativa en ámbitos diferentes al Derecho Civil: La Ley 26/2011, de 1 de agosto y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre. Su coordinación con dicha disciplina. El R.D. 1/2013, de 11 de enero

Como quedó señalado en el epígrafe anterior, el aludido Informe del Consejo de Ministros hacía referencia a que «los necesarios ajustes debían hacerse desde un enfoque de globalidad para que la Convención alcance a todos los sectores del Derecho positivo español (civil, penal, procesal, mercantil, laboral, administrativo, etc.)», y de ahí concluía la necesidad de la creación del grupo de trabajo con *un marcado carácter transversal*. El primer resultado de este enfoque han sido las dos disposiciones que brevemente estudiamos a continuación: la Ley 26/2011, de 1 de agosto, y el RD 1276/2011, de 16 de septiembre.

Según nos confiesa en su Preámbulo la primera de las disposiciones citadas, la modificación normativa encuentra su fundamento en el artículo 4 de la Convención de Nueva York de 2006, en virtud del cual los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. Por otro lado, dicha Convención forma parte del ordenamiento interno español, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge.

La modificación de diversas leyes por parte de la Ley 26/2011 abarca las más distintas materias, desde la sanidad, el empleo o la accesibilidad hasta la protección civil, la cooperación internacional, o el mismo concepto de discapacidad que contenía la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal (en lo sucesivo LIONDAU) de las personas con discapacidad, al incorporar literalmente al apartado 2 del artículo 1 de esta Ley la definición de persona con discapacidad contenida en el artículo 1.º de la Convención.

Algunas modificaciones revisten un alcance verdaderamente importante, *incluso con trascendencia procesal, como por ejemplo la inversión de la carga de la prueba* contenida en el nuevo artículo 20.1 LIONDAU, en virtud del cual: «1. En aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Cuando en el proceso jurisdiccional se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de discapacidad, el Juez o Tribunal, a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes».

A destacar igualmente en la referida Ley 26/2011 dos disposiciones contenidas en su parte última, una adicional y otra final:

A) *La Disposición adicional séptima*, bajo el título de «Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones», anuncia que: «El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo

relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen». Parece que de nuevo cambia la denominación del antiguo proceso de incapacitación, que primero pasó a llamarse «proceso de modificación de la capacidad de obrar» por virtud de la Ley 1/2009, y ahora pasa a denominarse, verdaderamente con más acierto, «proceso judicial de determinación de apoyos» para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen.

B) *La Disposición final segunda*, bajo el título de «Autorización al Gobierno para la refundición de textos legales», anuncia igualmente que: «El Gobierno elaborará y aprobará, antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un *texto refundido* en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad».

La transcripción de la disposición final segunda de la Ley 26/2011 que acaba de consignarse, relativa a la refundición de textos legales, es la resultante de la redacción dada a la misma por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, en su disposición final quinta (BOE núm. 311, de 27 de diciembre de 2012), que varió la redacción originaria que la Ley 26/2011 dio a la citada disposición final, pero únicamente en un punto: donde antes ponía «en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley» ahora pone «antes del 31 de diciembre de 2013».

Sin embargo, no se hace lo mismo con respecto a lo dispuesto en la igualmente transcrita disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, referente a la adaptación normativa sobre el ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, la cual no se modifica y por tanto se mantiene en su redacción originaria que le dio la Ley 26/2011, con lo que esta disposición adicional continúa diciendo que el Gobierno, «en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley», remitirá a las Cortes Generales el proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico sobre la citada materia para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención.

Aunque la modificación llevada a cabo por la Ley 12/2012 en la delegación legislativa efectuada al Gobierno para la refundición de los mencionados textos legales sobre discapacidad, fijando un

nuevo plazo para efectuarla (antes del 31 de diciembre de 2013), pueda tener su fundamento en que, una vez incumplido el plazo inicial (de un año desde la entrada en vigor de la Ley 26/2011), tal delegación no pueda entenderse vigente por tiempo indeterminado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 82.3 CE, y fuera necesario fijar un nuevo plazo, lo cierto es que *llama la atención que no se aprovechara la oportunidad para hacer idéntica modificación en la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011 fijando también el límite temporal del 31 de diciembre de 2013 para que el Gobierno remitiera a las Cortes Generales el proyecto de ley de adaptación normativa al artículo 12 de la Convención.*

Por eso, siendo cierto que continúa vigente esa «obligación» del Gobierno de remitir a las Cortes dicho proyecto de ley de adaptación legislativa al artículo 12 CNY, no obstante haber incumplido su plazo inicial (que igualmente era de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/2011), ya que tal obligación no ha sido suprimida ni modificada por ninguna ley posterior, no es menos cierto que la *diferencia de trato entre ambas cuestiones* por el legislador, esto es, la autoexigencia de plazo concreto en un caso y no en el otro, no augura buenas noticias en lo referente a la adaptación de la legislación civil (y procesal) a la Convención, y en concreto a su artículo 12, ya que se deja, si no *ad calendas graecas*, sí para un futuro indeterminado o *sine die*.

La cuestión es importante, porque *el orden cronológico en que se produzcan ambas iniciativas legislativas puede tener trascendencia a efectos de su coordinación*, ya que es muy conveniente compatibilizar y coordinar las legislaciones administrativa, laboral y de Seguridad Social, civil y procesal sobre personas con discapacidad, para no incurrir en contradicciones o disfunciones difícilmente salvables con posterioridad. Obsérvese que el ámbito normativo de la autorización al Gobierno para la refundición no se circunscribe simplemente a la mera formulación de un texto único sino que incluye la de *regularizar, aclarar y armonizar* los textos legales que han de ser refundidos (art. 82.5 CE); y conviene tener presente que la legislación estatal de carácter civil, en particular la contenida en el Código Civil, constituye el Derecho común y se aplicará como supletoria en las materias regidas por otras leyes (arts. 4.3 CC y 149.3 CE), por lo que la referida coordinación se hace imprescindible.

Pero no todo van a ser malas noticias en este tema de la adaptación de la legislación civil y procesal de España a la Convención de Nueva York de 2006; por el contrario, determinadas modificaciones legislativas efectuadas en época reciente contribuyen a infundir un moderado optimismo y a que puedan albergarse algunas expec-

tativas favorables en esta cuestión. Es el caso del *Real Decreto 1/2013, de 11 de enero, por el que se modifica el Estatuto del Real Patronato sobre Discapacidad aprobado por el Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto*. La exposición de motivos de este Real Decreto 1/2013 expresa claramente que su promulgación tiene el mismo fundamento que la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional, a saber, el compromiso por los Estados Partes de la Convención, contenido en su artículo 4, de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la misma.

En efecto, una de las novedades que introduce el Real Decreto 1/2013 es la ampliación de las funciones atribuidas al Patronato en el artículo 3 de su Estatuto, entre las cuales destaca la contenida en su nuevo número 5, que, sin perjuicio de analizarlas más adelante, hacen referencia a un concepto fundamental en el mundo de la discapacidad cual es el denominado *diálogo civil*, concepto que alude a la participación de las personas con discapacidad y sus familias, principalmente a través de sus organizaciones representativas, en las políticas y decisiones que les afectan, siendo obligación de las Administraciones Públicas promover las condiciones que aseguren que dicha participación sea real y efectiva. Como decimos, más adelante insistiremos en esta importante cuestión, en particular al tratar sobre el tema del diálogo civil en los epígrafes 9.2.1 y 9.2.2.

Por lo que se refiere al Real Decreto 1276/2011, su objetivo, según confiesa en el Preámbulo, es adecuar la regulación reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención, en la línea marcada por la ley 26/2011, de 1 de agosto; abarcando también las más diversas materias, desde el transporte o el acceso a las nuevas tecnologías, hasta la función testifical de las personas con discapacidad en el ámbito de la actividad notarial. A destacar la disposición adicional primera, que lleva por título «Designación de mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar en España la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», y cuyo texto dice lo siguiente:

«Sin perjuicio de las funciones del Defensor del Pueblo como Alto Comisionado para la defensa de los derechos humanos, y a los efectos del número 2 del artículo 33 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se designa al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), en tanto que asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad,

como mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España del citado Tratado internacional»³⁴.

Esta disposición reviste especial importancia, en tanto viene a reconocer a este organismo, el CERMI, como representante por antonomasia del mundo de la discapacidad, lo que tiene trascendencia no solo a efectos de la vigilancia acerca del cumplimiento de la Convención por parte del Estado español, sino también en orden a la mismísima participación en las políticas oficiales que se desarrollen en la esfera de las personas con discapacidad, según el principio denominado del «diálogo civil», recogido en el artículo 2.e de la LIONDAU, de acuerdo con la modificación introducida en dicho precepto por la Ley 26/2011, y sobre el que volveremos después.

8.3 Las declaraciones oficiales y propuestas de política legislativa

Verdaderamente, en el tema de la discapacidad constituyen lugar común las declaraciones grandilocuentes y las afirmaciones, cuando no promesas, de buena voluntad pero incierto cumplimiento. Podríamos acudir aquí, una vez más, a esa fuente de sabiduría que es el refranero español, y recordar aquello de que «obras son amores, que no buenas razones». Pero las buenas razones existen y continúan esgrimiéndose cuando se considera conveniente u oportuno; por ejemplo, en la referencia del Consejo de Ministros del día 30 de noviembre de 2012 puede leerse una Declaración por el Día Internacional de las Personas con Discapacidad, que se celebraba el 3 de diciembre siguiente y que se enmarca en el contexto de celebración del Año Internacional de las Personas con Discapacidad. En virtud de esa Declaración: «El Gobierno refuerza su compromiso con los derechos de las personas con discapacidad y

³⁴ El artículo 33 de la CNY se refiere a la «Aplicación y seguimiento nacionales» de la Convención, con el siguiente texto:

«1. Los Estados Partes, de conformidad con su sistema organizativo, designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención y considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles.

2. Los Estados Partes, de conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención. Cuando designen o establezcan esos mecanismos, los Estados Partes tendrán en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos.

3. La sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento.»

reafirma el especial compromiso de España por los derechos de las personas con discapacidad y por su inclusión social y laboral».

En este orden de cosas hay que incluir la *Proposición no de Ley* presentada curiosamente por el partido en el Gobierno (Partido Popular), relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, para su debate en Pleno, y admitida a trámite el día 29 de junio de 2012. Su texto es el siguiente: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a remitir a las Cortes Generales un proyecto de ley para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen.»

Esta Proposición no de Ley fue debatida en la Sesión plenaria del Congreso de los Diputados celebrada el día 11 de diciembre de 2012 (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 79, pp. 26 y ss.), y como idea central de la misma su defensor, el Sr. Vañó Ferré, expresaba lo siguiente (p. 27):

«Como decía anteriormente, la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 12, dice que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y por tanto tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida. Para ello se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar el acceso a los apoyos que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Es decir, cambiábamos el sentido de la tutela, evitábamos hablar de sustituir y pretendíamos entrar a hablar de complementar. Es el cambio más importante que el artículo 12 pretende. Tiene su complejidad, pero con la colaboración de todos podemos empezar a cambiar un poco el criterio. Como dice la directora de la Fundación Æquitas, Fundación del Notariado, hay que permitir diferentes instrumentos jurídicos que posibiliten a cada persona con discapacidad elaborarse su propio traje a medida. No es posible que el único instrumento sea la incapacitación judicial que, en palabras de las propias personas con discapacidad, equivaldría a la muerte civil. Es decir, *a cada persona hay que buscarle su traje a medida*, que quiere decir los apoyos necesarios para que pueda desarrollar sus capacidades residuales, que todo el mundo tiene. En cuestión de la capacidad jurídica, el

artículo 12 cambia el modelo de representación o sustitución en la toma de decisiones por el modelo de apoyo, siendo precisa la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a esos postulados de la convención.» (la cursiva es mía).

La Proposición quedó aprobada por una gran mayoría de votos a favor (307, de los 319 emitidos) y 12 abstenciones. Ahora solo falta ponerse manos a la obra.

Y manos a la obra se han puesto algunas instituciones cercanas al tema de la discapacidad, trabajando en propuestas o proyectos sobre modificaciones legislativas de esta materia en el ámbito civil. Así, por ejemplo, la denominada «*Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*», elaborada por una Subcomisión de Expertos del Real Patronato sobre Discapacidad, con fecha 13 de junio de 2012, y publicada conjuntamente por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Real Patronato sobre Discapacidad, la Fundación ONCE, la Fundación Aequitas y el Consejo General del Notariado, en el que de forma muy modesta y limitada ha participado quien suscribe estas líneas. La propuesta va precedida de una presentación a cargo de Miguel Ángel Caba de Luna (Portavoz de la Comisión de Legislación del Real Patronato sobre Discapacidad), y de un Preámbulo o Exposición de Motivos.

8.4 El Informe de 2012 del Comité de Naciones Unidas sobre España

Al principio de este trabajo, cuando hablábamos de la ratificación por el Reino de España de la Convención de Nueva York de 2006, decíamos que dicha Convención va acompañada de un Protocolo de carácter facultativo, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de la misma fecha (13 de diciembre de 2006), complementario pero independiente de aquella (en lo sucesivo denominado «el Protocolo»), mediante el cual todo Estado Parte en el Protocolo reconoce la competencias del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en lo sucesivo denominado «el Comité») para controlar el correcto cumplimiento de lo dispuesto en la Convención³⁵.

³⁵ De acuerdo con el artículo primero del Protocolo Facultativo: «Todo Estado Parte en el presente Protocolo («Estado Parte») reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad («el Comité») para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción

También en ese lugar dijimos que el Reino de España ratificó ambos instrumentos internacionales, la Convención y el Protocolo Facultativo, sin formular reserva alguna, mediante Instrumentos de Ratificación, ambos de fecha 23 de noviembre de 2007, que fueron depositados en Naciones Unidas el 3 de diciembre de 2007, y publicados en los Boletines Oficiales del Estado de 21 y 22 de abril de 2008, respectivamente, entrando en vigor de forma simultánea el día 3 de mayo de 2008.

Conviene sin embargo hacer ahora alguna aclaración sobre este tema de la coexistencia entre esos dos instrumentos internacionales, la Convención y el Protocolo Facultativo, pues ambos tienen el carácter de tratado o convenio internacional, con independencia uno de otro, pero naturalmente están íntimamente relacionados³⁶. El tema es importante a efectos de la adaptación legislativa del Reino de España a la Convención de Nueva York de 2006.

8.4.1 EL SIGNIFICADO DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCIÓN

El Protocolo Facultativo estuvo y está abierto a la firma de todos los Estados y las Organizaciones Regionales de Integración que sean signatarios de la Convención de Nueva York de 2006. Para ratificar el Protocolo por un Estado signatario del mismo, o por una Organización Regional de Integración signataria de dicho Protocolo, es necesario haber ratificado, o haber confirmado oficialmente, o haberse adherido previamente, a la Convención. Paralelamente, el Protocolo está abierto a la adhesión de cualquier Estado u Organización Regional de Integración que haya ratificado la Convención, la haya confirmado oficialmente o se haya adherido a ella y que no haya firmado el Protocolo. Lo que no resulta posible es ratificar el Protocolo Facultativo sin haber hecho lo propio previamente con la Convención, aunque sí se puede ratificar la Convención sin hacer posteriormente lo propio con el Protocolo, que como indica su denominación es facultativo.

Por otra parte, también conviene poner de relieve que hay *dos tipos de actuaciones por parte del Comité*, según la intensidad o gravedad de la denuncia que se le presente: A) Por una parte, las

que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas. El Comité no recibirá comunicación alguna que concierna a un Estado Parte en la Convención que no sea parte en el presente Protocolo.»

³⁶ Me limitaré a reproducir, lo más sucintamente posible, lo dicho en GARCÍA PONS, *Las personas con discapacidad...*, cit., pp. 37 a 39, con la consiguiente nueva autocita, sistema poco de mi agrado como ya dije anteriormente, pero inevitable para que el lector interesado pueda profundizar en estas cuestiones acudiendo al lugar citado si lo desea.

«comunicaciones» que reciba, y a que se refieren los artículos 3, 4 y 5 del Protocolo; se abre un plazo de seis meses para que el Estado Parte presente por escrito las explicaciones o aclaraciones oportunas y, en su caso, se indiquen las medidas correctivas que hubiere adoptado; el Comité hará llegar sus sugerencias y recomendaciones, si las hubiere, al Estado Parte interesado y al comunicante; es lo que podría denominarse un *control blando* de las obligaciones de los Estados Partes en la Convención. B) Por otra parte, los artículos 6 y 7 contemplan el supuesto más grave de que el Comité reciba «información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos recogidos en la Convención»; en tal caso puede el Comité abrir una «investigación» confidencial, con visita incluida a su territorio, solicitando la colaboración e informe del Estado Parte afectado, al cual el Comité podrá efectuar las observaciones y recomendaciones que estime oportunas e invitar a que le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación; podría decirse que en este caso el Comité de Naciones Unidas ejerce un *control duro* acerca de las obligaciones del Estado Parte.

A estos efectos, sin embargo, recoge dicho Protocolo en su artículo 8 la denominada *cláusula opt-out*, por virtud de la cual: «Todo Estado Parte podrá, al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de la adhesión a él, declarar que no reconoce la competencia del Comité establecida en los artículos 6 y 7», es decir, la que se deriva del supuesto más grave, de control más fuerte o control duro por parte del Comité, a que hemos hecho referencia. El Estado Parte que no quiera reconocer esta competencia del Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad tendrá que declararlo así de forma expresa en el momento en que firme, ratifique o se adhiera al Protocolo, de lo contrario se entiende que acepta la expresada competencia y las consecuencias que de ella puedan derivarse³⁷.

De este modo, los Estados Partes pueden: a) ratificar solamente la Convención y no ratificar el Protocolo, en cuyo caso el

³⁷ Se diferencia así este Protocolo de aquellos otros instrumentos internacionales en que se requiere una sumisión expresa del Estado signatario a la competencia de los órganos o comités de control que se crean, es decir, que el Estado Parte tiene que aceptar expresamente dicha competencia, de modo que si no dice nada en el momento de la firma, adhesión o confirmación oficial, se entiende que no la acepta, pues para aceptarla hace falta una declaración u opción expresa de aceptación (*cláusula opt-in*). Aquí es al contrario, si el Estado Parte no dice nada se entiende que acepta la expresada competencia, pues para rechazarla hace falta una declaración u opción expresa de rechazo (*cláusula opt-out*). Desde el punto de vista de Derecho Internacional, la diferencia es importante, pues es mucho mayor el «desgaste» que para el Estado Parte lleva consigo la utilización la cláusula *opt-out* que la *opt-in*, ya que en el primer caso el rechazo al control por Naciones Unidas es expreso y llamativo.

Comité de Naciones Unidas no tendrá competencia para recibir comunicaciones individuales –control blando– ni para iniciar investigaciones acerca de violaciones de los derechos recogidos en la Convención –control fuerte– con respecto a ese Estado Parte; b) ratificar la Convención y ratificar el Protocolo, pero utilizando en éste la cláusula *opt-out* del artículo 8 del Protocolo, en cuyo caso el Comité sí podrá recibir comunicaciones individuales de personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación de sus derechos –control blando–, pero no podrá iniciar una investigación con base a informaciones fidedignas que revelen violaciones graves o sistemáticas por el Estado Parte de los derechos recogidos en la Convención –control duro–; c) ratificar la Convención y el Protocolo Facultativo sin más, es decir, sin formular ninguna reserva, en cuyo caso el Estado Parte se somete a ambos tipos de control por parte del Comité de Naciones Unidas.

Esta última opción es la que eligió el Reino de España, ratificando sin ningún tipo de reservas tanto la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 como el Protocolo Facultativo de la misma, aceptando por consiguiente todo tipo de controles por parte del Comité para verificar el cumplimiento de la Convención.

8.4.2 EL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU INFORME DE 2012 SOBRE ESPAÑA

Pero, con carácter general, el Comité tiene por misión vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en la Convención por los Estados partes, y por las Organizaciones Regionales de Integración, que la hayan ratificado. A tal efecto, éstos presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la Convención y sobre los progresos realizados al respecto, al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite. El Comité decidirá las directrices aplicables al contenido de los informes (art. 35 de la Convención).

Es misión especial del Comité recibir y examinar los informes periódicos, hacer las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas respecto a ellos y remitirlas al Estado Parte de que se trate, el cual podrá responder enviando al Comité cualquier información que desee. El Comité igualmente podrá solicitar a los Estados Partes más información con respecto a la aplicación de la Convención (art. 36).

El Comité informará cada dos años a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Partes en la Convención. Esas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité, junto con los comentarios, si los hubiera, de los Estados Partes (art. 39).

El Reino de España presentó al Comité su primer Informe, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 35 de la Convención, siendo además el primer Estado que presentó su informe inicial al Comité. En el ámbito de sus competencias, y después de proceder al examen y evaluación de dicho primer informe, *el Comité elaboró sus «Observaciones finales» al mismo*³⁸, en las que, después de destacar los «Aspectos Positivos» (Apartado II), entre los que destaca la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto³⁹, pasa a describir lo que denomina «Principales motivos de preocupación y recomendaciones» (Apartado III), dentro de los cuales nos centraremos en los relativos al artículo 12 (Igual reconocimiento como persona ante la ley), puntos 33 y 34 del Apartado III, que por su importancia transcribimos a continuación:

«33. El Comité observa que la Ley núm. 26/2011 establece un plazo de un año desde su entrada en vigor para la presentación de un proyecto de ley que regule el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención. Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica.

34. El Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes».

En lo referente al tema del *internamiento involuntario*, en el punto 36 del Informe (dentro del artículo 14 de la Convención relativo a la libertad y seguridad de la persona), expresa el Comité lo siguiente: «El Comité recomienda al Estado parte que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por

³⁸ Las cuales pueden verse en internet, en la dirección siguiente: CRPD/C/ESP/CO/1.

³⁹ Según expresa «sobre la adaptación de las normas a la Convención, la modificación de reglamentos y de varias leyes en respuesta a la Convención, y la adopción de importantes medidas positivas en los sectores de la salud, la vivienda y el empleo y en otras esferas».

motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado». Previamente, en el punto 35 el Comité había expresado su preocupación de que se tienda a recurrir a medidas urgentes de internamiento que contienen solo salvaguardias *ex post facto* para las personas afectadas.

Aquí conviene recordar las declaraciones de inconstitucionalidad efectuadas por el Tribunal Constitucional de España en las ya citadas (en el epígrafe 7.2) SSTC 131/2010 y 132/2010. En esta última sentencia (la STC 132/2010) el TC declaraba la inconstitucionalidad de determinados párrafos del art. 763 LEC, por afectar a derechos fundamentales y libertades públicas de la persona internada, concretamente a su libertad personal y a su propia seguridad (art. 17.1 CE, y arts. 14, 18 y 19 CNY), materia cuyo desarrollo requiere una ley con rango de orgánica (art. 81.1 CE), y no simplemente una ley ordinaria como es la LEC; en cambio, no declaraba el TC la nulidad del precepto, «pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento Jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material»; por lo que el TC concluía en el FJ 3, *in fine*, que: «Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que *sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante Ley Orgánica*» (la cursiva es mía)⁴⁰.

Estas importantes observaciones del Comité son altamente expresivas por sí solas, sin necesidad de mayor comentario. Bien es cierto que se trata de observaciones que no tienen fuerza normativa, son recomendaciones y líneas orientativas, sin fuerza legal u

⁴⁰ El TC ha extendido la cobertura del art. 17 CE a otras reglas procedimentales contempladas en el art. 763 LEC, en su *STC 141/2012, de 2 de julio*, que no resuelve cuestiones de inconstitucionalidad (como en las SSTC 131/2010 y 132/2010) sino un recurso de amparo. Acerca de la mencionada sentencia puede verse un interesante comentario de la misma por CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: «Internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico y tutela del derecho fundamental a la libertad personal», en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, tomo LXV, fascículo IV, octubre-diciembre 2012, pp. 1883 y ss; e igualmente interesante el trabajo de ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, «Las garantías judiciales de los internamientos involuntarios. Inconstitucionalidad del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa* (Matilde Cuena Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva y Jorge Ortega Doménech, Coordinadores), Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 29 y ss. Y más en general, GERMÁN URDIOLA, M.^a Jesús, *Tratamientos Involuntarios y Enfermedad Mental*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, especialmente pp. 159 a 206.

obligatoria, pero con un indiscutible carácter diplomático y moral a la vez⁴¹, que bien nos sirven como introducción al estudio sobre el estado de esta delicada cuestión, y las perspectivas que presenta, en el ordenamiento jurídico español, en particular por lo que se refiere al ámbito jurídico-civil.

9. LOS PROBLEMAS DE LA ADAPTACIÓN LEGISLATIVA A LA CONVENCIÓN PRECISAMENTE EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL

Fácilmente puede observarse que en España la adaptación legislativa a la Convención de Nueva York de 2006 se ha realizado, al menos hasta principios del año 2013, en el terreno legislativo distinto del Derecho civil, salvo contadas y puntuales excepciones, como por ejemplo en la materia ya aludida de los testigos en los instrumentos públicos autorizados por Notario, que afecta a la actividad profesional de estos funcionarios, especialmente en el ámbito del Derecho privado, y en particular del Derecho civil. Lo mismo ocurre en materia de Derecho procesal, donde las reformas son también necesarias pero todavía no se han producido.

Bien pensado, no puede extrañar demasiado esta circunstancia, debido a una serie de factores, cuyo denominador común seguramente reside en la dificultad de llevar a cabo una reforma importante en cuerpos legales de tanta complejidad como el Código Civil o la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ellos resulta en extremo delicado acometer reformas legislativas que, en nuestro caso, abarcarían como mínimo los Títulos IX y X del Libro Primero del Código Civil, y el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, amén de la necesidad de contar ya con una moderna regulación de la jurisdicción voluntaria. Ahora bien, no es menos cierto que la excusa basada en la dificultad de la reforma, por abordar materias y cuerpos legislativos de reconocida complejidad, puede ser una causa del retraso en la adaptación a la CNY, pero en absoluto suponer una coartada para la inacción de los organismos que deberían efectuarla.

Algunas causas, sin embargo, afectan en exclusiva al ámbito del Derecho civil, y a ellas vamos a dedicar las líneas que siguen, con toda la modestia y precaución de la que podamos ser capaces, pero tratando de poner los problemas encima de la mesa y exponiendo con la mayor claridad los puntos de vista sobre ellos.

⁴¹ En el último punto de su Informe, el número 56 («Próximo informe»), el Comité pide al Estado parte (Reino de España) que presente su segundo informe periódico a más tardar el 3 de diciembre de 2015 y que incluya en él información sobre la «aplicación de las presentes observaciones finales».

Dos causas o razones parecen observarse, en este ámbito, que contribuyen al retraso en la adaptación legislativa a la Convención en el campo del Derecho civil, y que llevan aparejado un aparente incremento de las dificultades para conseguirla: a) por una parte, el tradicional carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación (en la antigua terminología), que continúa pesando en la doctrina como una especie de losa que permanece en el tiempo; y b) por otra, las aparentes dificultades de comunicación entre la doctrina civilista y el mundo de la discapacidad, representado fundamentalmente por las asociaciones de personas y de familiares de personas con discapacidad. Sobre ambas cuestiones trataré de explicarme lo mejor y lo más brevemente posible, no sin antes hacer la aclaración de que en las líneas que siguen habrá que utilizar inevitablemente la terminología antigua cuando se trate de analizar determinadas situaciones anteriores a la Convención, como antecedentes históricos que contribuyen a explicar y comprender mejor la situación actual.

9.1 El tradicional carácter constitutivo de la Sentencia de Incapacitación: De la teoría formalista de la capacidad a la teoría realista de la misma. La capacidad legal suficiente

9.1.1 LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA

Fundamentalmente desde la obra del maestro Federico de Castro⁴², ha venido manteniéndose por gran parte, podría decirse que por la mayor parte, de la doctrina civilista, y también por la doctrina procesal⁴³, un axioma casi inmutable: el *carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación*, de forma que la sentencia estimatoria de la incapacidad constituye a la persona en un nuevo esta-

⁴² DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Tomo II (Derecho de la Persona)... cit., pp. 289 y ss., que en todo caso basaba su tesis en el beneficio y protección del incapaz.

⁴³ Puede verse en tal sentido, con profusa cita de doctrina tanto civil como procesal, CABRERA MERCADO, Rafael, en *El proceso de incapacitación*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 324 a 327; igualmente, HUERTAS MARTÍN, Isabel, en *El proceso de incapacitación en la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (aspectos procesales y sustantivos)*, Granada, 2002, pp. 220 a 223; y en el mismo sentido, BERROCAL LANZAROT, Ana I., «De nuevo sobre el proceso de incapacitación», en *Revista de Derecho Procesal*, Año 2005, pp. 87-88. En cuanto a la doctrina civilista, Vid. por todos O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «La declaración de incapacidad» en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (Director, Rafael Martínez Díe), Civitas, Madrid, 2000, pp. 45 y 51: «Es sentencia constitutiva; no declara una situación, sino que, habiéndose probado ésta, constituye un estado civil nuevo, el de incapacitado» (p. 51); opinión esta última que es compartida por ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, en *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 56.

do civil, el estado civil de incapacitado. Así como también se presenta como axioma la *irretroactividad* de la sentencia a los actos realizados por la persona incapaz con anterioridad a la misma, de modo que ésta no alcanza a los actos anteriores realizados por el incapaz, que no obstante podrán ser atacados demostrando su incapacidad o imposibilidad para prestar consentimiento válido, lo que hace nulos tales actos por falta de un requisito esencial como es el consentimiento, y no anulables como los del incapacitado judicialmente que realiza actos jurídicos no permitidos por la sentencia⁴⁴. Además, y puesto que según esta teoría la incapacidad como tal sólo adquiere relevancia jurídica a partir de la sentencia firme de incapacitación, resultará que la seguridad del tráfico jurídico queda a salvo mediante la inscripción de la sentencia en los Registros correspondientes (Civil y de la Propiedad), haciendo posible su conocimiento por los terceros.

La tesis aludida fue contestada, sin embargo, por una parte, en principio minoritaria, de la doctrina civilista, encabezada por el profesor Gordillo Cañas⁴⁵, que mantiene el *carácter declarativo de la incapacidad por parte de la sentencia, aunque constitutivo de la institución de guarda (tutela o curatela)*. En terminología de este profesor, que hacemos nuestra, frente a la tesis jurídico formalista que acaba de exponerse, se impone una orientación jurídico realista de la capacidad, basada en la situación real y en las cualidades biopsicológicas de la persona, siendo el régimen de invalidez o ineficacia de los actos del incapaz el mismo antes que después de la sentencia, e incluso si ésta no llega a producirse: la anulabilidad. La incapacidad deriva de su causa natural, la anomalía o enfermedad incapacitante, atendiendo al dato real de la persona, a sus cua-

⁴⁴ En este sentido, por ejemplo, JORDANO FRAGA, Francisco, en *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Bolonia, 1988, pp. 317, 319 y 333 y ss.; teoría fuertemente criticada por el profesor DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, en su magistral «Comentario a la sentencia de 4 de abril de 1984», en *CCJC* núm. 5, abril-agosto 1984, pp. 1569 y ss. Aunque el tema ha sido profusamente estudiado por la doctrina, una sucinta y clara exposición sobre las teorías acerca del tipo de invalidez o ineficacia de los actos realizados por las personas discapacitadas puede verse en: ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, «La anulabilidad de los actos de las personas discapacitadas», *Actualidad Civil* núm. 19, Tomo 2, año 2007, Editorial La Ley, pp. 231 y ss., obra ya citada anteriormente.

⁴⁵ GORDILLO CAÑAS, Antonio, en *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 67 a 81 (donde formula sus objeciones a la teoría jurídico formalista), y pp. 82 y ss. (donde desarrolla su orientación jurídico realista). Igualmente, RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 299 y ss., en particular pp. 304 a 321. En el ámbito de la Filosofía del Derecho, puede verse en el mismo sentido, en la ya citada obra colectiva *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, el trabajo de MATEOS GARCÍA, Ángeles, «Aproximación antropológica a la estructura de la capacidad jurídica», pp. 71 y ss., en busca de un fundamento antropológico-psicológico a este término; y el mismo SÁNCHEZ DE LA TORRE en «Capacidad, personalidad jurídica...», cit., p. 23.

lidades físicas y psíquicas, a su interés y protección personal, más que al aspecto formalista jurídico procesal o a la protección del tráfico; teniendo en cuenta que, respecto al tema de la seguridad del tráfico jurídico, el régimen de la anulabilidad quedará atemperado con el juego complementario del principio de protección del tercero de buena fe.

9.1.2 LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo mantuvo en determinado momento el carácter constitutivo de la sentencia de incapacitación, teoría que tuvo su reflejo en alguna de sus resoluciones, como por ejemplo las SSTS 9 junio 1997 y 27 enero 1998. En esta última puede leerse en su Fundamento de Derecho tercero lo siguiente: «La sentencia de incapacitación, dictada en proceso declarativo de menor cuantía (tal como estableció la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, que recoge actualmente el número 2.º del artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), es sentencia constitutiva que, cuando en el demandado concurre una de las causas que prevé el artículo 200 del Código Civil, le constituye en el estado civil de incapacitado y debe marcar el alcance de la incapacitación, tal como ordena el artículo 210: determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado».

A primera vista, pues, parece inclinarse el TS por la teoría jurídico-formalista de la capacidad a que antes nos referíamos; pero un examen más detenido de la jurisprudencia indica, a mi juicio, que tal conclusión sería un tanto precipitada y no del todo exacta.

En efecto, *y aunque se trata de una cuestión fundamentalmente de naturaleza procesal, el TS viene repitiendo con insistencia, como doctrina jurisprudencial constante y sin fisuras, que la capacidad de las personas es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación de los Tribunales de instancia, inamovible en casación, a menos que se demuestre ilógica o absurda, incurra en error patente o infrinja algún precepto legal, en cuyos supuestos deberá utilizarse el cauce procesal oportuno para combatirla.* En realidad, se trata de la aplicación de la regla general a que se refiere la doctrina jurisprudencial sobre la valoración de la prueba en el recurso de casación, contenida, por ejemplo y entre otras, en la STS 16 febrero 2011, FD cuarto, según la que: «La valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción pro-

cesal, salvo cuando se conculque el artículo 24.1 CE por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad, que puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada. En tal caso debe plantearse al amparo del artículo 469.1.4.º LEC (SSTS de 18 de junio de 2006, RC núm. 2506/2004, 8 de julio de 2009, RC núm. 693/2005)»; e idéntica doctrina jurisprudencial se contiene en las dos SSTS de la misma fecha, 1 diciembre 2010, cuyos Recursos de Casación (RC) eran los números 932/2007 y 1282/2007, así como en la STS 30 diciembre 2011, RC núm. 1916/2008.

En esta línea hay que situar la doctrina del TS sobre la presunción de capacidad de las personas, contenida con carácter general en el artículo 322 CC. La *STS 14 febrero 2006* afirma que: «Lo que ha venido a establecer al respecto la jurisprudencia de esta Sala es que, *tratándose de persona no declarada incapaz por virtud de sentencia dictada en el proceso especial previsto para ello, se presume su capacidad y quien la niega ha de acreditar cumplidamente su ausencia en el momento de prestar el consentimiento que, por ello, habría sido una simple apariencia*. Así, además de las que se citan en el recurso⁴⁶, la sentencia de 24 de septiembre de 1997 afirma que “en cuestiones de capacidad de una persona, todas las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad”, y las de 18 de mayo de 1998 y 29 de marzo de 2004, estas referidas a la validez de disposiciones testamentarias, sientan la *presunción iuris tantum de capacidad del otorgante cuya incapacidad no haya sido previamente declarada* –presunción que queda reforzada además por la *intervención notarial*– pero admiten la posibilidad de que se pueda efectuar prueba en contrario que demuestre la situación de incapacidad real del otorgante, si bien dicha prueba ha de exigirse con especial rigurosidad» (la cursiva es mía). La presunción es a favor de la capacidad⁴⁷, pero se trata de una presunción *iuris tantum*, reforzada en caso de que haya existido intervención notarial, pero que en todo caso admite prueba en contrario, la cual ha de ser cumplida y completa (SSTS 26 abril y 24 julio 1995, 27 enero, 12 mayo

⁴⁶ El recurrente alegaba infracción referida a la *presunción de capacidad* del otorgante en cualquier negocio jurídico mientras no se acredite su falta, con cita de las sentencias de la Sala primera del TS de 10 de abril de 1987, 26 de septiembre de 1988, 13 de octubre de 1990 y 4 de mayo de 1998.

⁴⁷ Como ya estableciera con especial relevancia el Tribunal Constitucional en su *STC 174/2002, de 9 de octubre*, anteriormente mencionada con ocasión del estudio de la STS 29 abril 2009, en la cual el TC destacaba que «el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)».

y 19 septiembre 1998, 15 febrero 2001, 14 julio 2004, 21 noviembre 2007, 19 mayo y 17 octubre 2008, 5 noviembre 2009, 16 marzo 2012).

Idéntica exigencia probatoria, es decir, probar cumplidamente la incapacidad de la persona –o como se diría ahora la discapacidad intelectual y del desarrollo, y, en determinados casos de especial gravedad, la discapacidad física⁴⁸– se requiere para declarar judicialmente la incapacidad en el proceso hasta hace poco denominado de «incapacitación», después llamado «proceso de modificación de la capacidad de obrar» (por virtud de la Ley 1/2009), y posteriormente, y por ahora, «proceso judicial de determinación de apoyos» (por mor de la Ley 1/2011). Como uno de los requisitos esenciales del proceso de incapacitación tiene señalado la jurisprudencia que es necesaria «una cumplida demostración de la deficiencia y su alcance (SS. 28 de junio de 1990; 19 de mayo de 1998 –pruebas concluyentes y rotundas, dado que se priva a la persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial–; 16 de septiembre de 1999 –la situación de inidoneidad debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada–)»: STS 30 junio 2004, FD cuarto⁴⁹.

Es importante resaltar que la presunción de capacidad opera incluso a favor de la persona que posteriormente a la realización del acto o contrato es incapacitada judicialmente: es el caso de

⁴⁸ Así, p. ej., en el caso especial de la *STS 14 julio 2004*, en que, a pesar de tener la persona plenas facultades intelectuales, su inmovilidad física le impedía el autogobierno. Vid. comentario a la misma en GARCÍA PONS, *Las personas con discapacidad...*, cit., pp. 67 a 71, donde destacaba (p. 71, n. 49) que los avances científicos pueden paliar estos casos del denominado síndrome del cautiverio y citaba una noticia al respecto del diario *El Mundo*, edición de Madrid, de fecha 21 de diciembre de 2007 (p. 42) sobre los avances científicos en esta materia; la investigación ha seguido progresando, y el diario *El País*, edición de Madrid, de fecha 17 de mayo de 2012, p. 39, destaca la noticia de que «Dos paráliticos mueven un brazo artificial con la mente. Un implante en el cerebro capta la energía eléctrica de sus pensamientos», señalando que la investigación científica continua desarrollando la idea. Puede verse también un comentario a esta sentencia, referido al tema de los poderes preventivos, en SERRANO GARCÍA, Ignacio: «Constancia registral de la voluntad. Modificación de la Ley del Registro Civil (Ley 1/2009, de 25 de marzo)», *RJN* núm. 77, enero-marzo 2011, pp. 507 a 510; y con más detalle, la obra de este mismo autor *Autotutela. El artículo 223-II del Código civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, ya citada anteriormente, pp. 84 a 93, donde, después de citar una noticia periodística de un diario de La Coruña publicada el 7 de diciembre de 2010, parecida a las arriba señaladas, apunta, en mi opinión con acierto, que estos adelantos técnicos pueden hacer que los criterios que determinaron en su día la incapacitación hayan sido eliminados, pero no porque la persona haya recuperado la capacidad que siempre ha tenido, sino porque han aparecido nuevos medios técnicos que le permiten comunicarse sin necesidad de tercera persona, y en consecuencia sea oportuno iniciar un proceso de recuperación de la capacidad «tan poco utilizado en España» (p. 93).

⁴⁹ Esta sentencia casa y anula la sentencia recurrida, revocando a la vez la dictada por el Juzgado de primera instancia, y declara la incapacidad parcial o relativa de la persona acordando la institución de guarda de la curatela, a la que fija su extensión y límites.

la STS 19 febrero 1996, en que la vendedora fue incapacitada diez años después, y también de la STS 10 noviembre 2005, en que el vendedor fue incapacitado siete años después; en ninguno de los dos casos se admitió la nulidad de la venta hecha anteriormente, pues ni en uno ni en otro se demostró la incapacidad del vendedor cuando realizó la venta, no obstante ser posteriormente incapacitado. Todo lo contrario, sin embargo, de lo ocurrido en la ya citada STS 14 febrero 2006, que confirma la nulidad declarada en la instancia de una donación efectuada por persona que «carecía de capacidad suficiente para la formación de su voluntad de modo jurídicamente relevante», siendo judicialmente incapacitada la donante al cabo de dos años.

En un supuesto, hartó frecuente en la práctica judicial, de nulidad de testamento, claramente expresa la STS 23 marzo 2010 que: «Lo que debe demostrarse en una acción de nulidad por falta de capacidad es que el testador no estaba capacitado para otorgar el testamento en el momento en que lo hizo y ello no puede deducirse de una posterior incapacitación». En definitiva, se trata de una cuestión de prueba a valorar en cada caso concreto, aunque las dudas han de solucionarse en favor de la capacidad (STS 24 septiembre 1997).

Aunque, repetimos, se trata de una cuestión de naturaleza eminentemente procesal la que acabamos de analizar, no cabe duda que tiene su importancia también en el orden sustantivo. Por eso, de todo lo que, de manera un tanto sucinta, acaba de exponerse en cuanto a la jurisprudencia, no puede inferirse sin más que el TS sea en exceso formalista en lo que concierne a la capacidad de las personas, en los procesos judiciales que se le presentan; ni tampoco de sus sentencias puede deducirse que no tenga en cuenta la situación real de la persona en cada caso⁵⁰. Por el contrario, el TS hace permanentemente un esfuerzo de estudio y adaptación al caso concreto, en materia tan delicada y que afecta a los derechos fundamentales de la persona como es la capacidad jurídica.

Sí cabría hacer, sin embargo, una observación relativa al *tono excesivamente protector que emana de las resoluciones del TS*, y que limita el posible alcance de las mismas en orden a la autonomía o autodeterminación de la persona con discapacidad, al desa-

⁵⁰ Y eso que, como apunta certeramente el profesor SERRANO GARCÍA (*Autotutela...*, cit., p. 30) para la autotutela, pero también lo considera trasladable a los sistemas de guarda de personas discapacitadas establecidos en nuestro Código civil, resulta difícil conjugar la libertad y autonomía de la persona con el control y vigilancia por parte del Juez y del Ministerio fiscal previstos en esos mismos sistemas legales. La atención a las circunstancias concretas de cada persona en cada caso es, por otra parte, no solo una exigencia de los nuevos paradigmas de la discapacidad sino también una clara tendencia que se observa en los Tribunales de justicia, según hemos venido señalando.

rollo de sus potencialidades o capacidades especiales, a su recuperación en lo posible y a su integración en la sociedad⁵¹. Es el reproche que viene haciéndose por parte de la doctrina y al que nos hemos referido antes con motivo del análisis de la STS 29 abril 2009, pero cuya solución puede residir en la necesaria reforma del proceso sobre la capacidad de las personas, que es ineludible acometer con arreglo a lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 2006, para, en palabras de Miguel Ángel Cabra de Luna plasmadas en la Presentación de la Propuesta articulada a que nos referimos en el epígrafe 8.3, transformar un procedimiento basado en la identificación de la incapacidad y en la sustitución de la voluntad de la persona por un nuevo sistema que, partiendo de la previa e incuestionada existencia de la capacidad, la potencie y la apoye de una forma dinámica.

9.1.3 LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN ESTA MATERIA: LA CAPACIDAD LEGAL SUFICIENTE

Lo cierto es que, no sin un trabajoso camino, la teoría realista de la capacidad ha ido ganando terreno, no solo en el campo doctrinal y jurisprudencial, sino también en el legislativo, lo que probablemente resulte más importante desde el punto de vista práctico. Y desde luego es el que contempla la Convención de Nueva York de 2006, que adopta el modelo social, y de los derechos, de la discapacidad en su artículo 1, transcrito literalmente en el artículo 1 LIONDAU, por ser el que mejor cumple los propósitos de la Convención, aludiendo a las deficiencias de la persona en su interacción social como concepto de la discapacidad que nada tiene que ver con el modelo protector-judicial imperante hasta bien entrado el siglo XXI y que la Convención ha venido a superar definitivamente.

En efecto, alude la CNY a las personas con discapacidad como aquellas que incluyen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en

⁵¹ Se trata, por así decirlo, de la otra faceta del principio de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de que habla constantemente la Convención de 2006 (arts. 3,5, 12, etc.), que, como manifestación del principio general del Derecho de mayor interés de la persona con discapacidad, debe procurarse en lo posible por lo menos en el mismo plano o más que el puro principio de protección de la persona con discapacidad, principio de protección que, en todo caso, habrá de perseguir aquellos objetivos. En efecto, el principio de protección alcanzará su plena justificación cuando se trate de los supuestos más graves de discapacidad extrema, como destaca la doctrina y analizamos más adelante, pero aun en ellos deberá procurarse el desarrollo de la personalidad, capacidad y autonomía de la persona, en lo posible, y en orden a su mejor calidad de vida.

la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. De acuerdo con ello, la CNY contempla y desarrolla el principio de autonomía de las personas con discapacidad, para que puedan alcanzar el pleno desarrollo de su dignidad, personalidad y libertad (Preámbulo, punto n, y art. 19), en cuya línea debe incluirse el artículo 12 (Igual reconocimiento como persona ante la Ley), objeto principal de nuestro análisis, y los demás preceptos alusivos al fomento y desarrollo de las capacidades propias de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la vida (arts. 8, 26.1, 32.1, etc.).

Las reformas legislativas posteriores siguen esta misma dirección. Baste dos breves ejemplos, uno de la legislación foral o autonómica y otro de la legislación común o general.

En la *legislación foral o autonómica*, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, sigue la teoría realista de la capacidad y aplica, al menos así lo dice la propia Ley, la Convención internacional de 2006. De este modo se expresa en su Preámbulo, que alude a «la capacidad natural como criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar», y que luego se recoge en el artículo 211-3: «1. La capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural, de acuerdo con lo establecido por el presente código»; y en los artículos 222-47.2.b y 236-18.2.b, que se encargan de aplicarlo para la tutela y la potestad parental, respectivamente, excluyendo la representación legal en determinados actos⁵².

⁵² En cambio, en lo que se refiere a la completa aplicación de lo dispuesto en la Convención internacional de 2006, no resulta del todo clara en la expresada Ley catalana 25/2010 la adaptación de la misma a la Convención de 2006, por mucho que su Exposición de Motivos o Preámbulo se esfuerce en decirlo, si bien es cierto que en determinadas materias sí llega a notarse un esfuerzo del legislador catalán en seguir los dictados de la Convención. De modo que, si por una parte su Preámbulo afirma el respeto a lo dispuesto en la Convención, por otro lado dicha Ley continúa hablando de «incapacitación» (p. ej., arts. 222.6, 225.1, etc.), «incapacitado» (p. ej., arts. 221.5.1, 222-10.2, etc.) o «persona incapacitada» (p. ej., el mismo art. 222.10.2, el art. 222.32, etc.); desde luego siempre teniendo en cuenta que el Preámbulo también aclara que «las referencias del libro segundo a la incapacitación y a la persona incapacitada deben interpretarse de acuerdo con esta convención, en el sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal». Pero en el Título II de la expresada Ley 25/2010 se continúa hablando de las instituciones tradicionales de guarda, tutela, curatela, etc., como «instituciones de protección de la persona». Ahora bien, por otro lado, no es menos cierto que la referida Ley catalana, en el capítulo VI del título II (arts. 226.1 a 226.7), incluye un nuevo modelo o instrumento de protección, *la asistencia*, dirigido también al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, que constituye un nuevo instrumento de protección más acorde con lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 2006, aunque parece que limitado a determinadas cuestiones o materias. Ver en este sentido las interesantes consideraciones que formula DE SALAS MURILLO, Sofía, en *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 180 y 181.

En el ámbito del *Derecho civil común o general*, ya quedó antes apuntado que una de las reformas llevadas a cabo por el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la CNY, fue la del párrafo 1.º del artículo 182 del Reglamento de Organización y Régimen del Notariado de 2 de junio de 1944 (en lo sucesivo RN), cuya redacción originaria decía que: «Son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura: 1.º Los locos o dementes, los ciegos, los sordos y los mudos»; posteriormente, tras la reforma del RN de 2007 (RD 45/2007, de 19 de enero), se predicaba tal incapacidad o inhabilidad de «las personas con discapacidad psíquica, los invidentes, los sordos y los mudos». Por fin, la redacción que dio el mencionado RD 1276/2011 al párrafo en cuestión fue la siguiente: «1.º Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere»; en definitiva, las personas que carezcan de la capacidad (natural) suficiente para entender, querer y poder testificar, acerca del acto o contrato, lo cual dependerá no solo de sus condiciones psíquicas sino también de la naturaleza o complejidad del acto o contrato que se instrumenta.

Ya el referido *Reglamento Notarial* contiene desde su redacción originaria de 1944 una alusión a la *capacidad suficiente*, al decir en su artículo 167 que: «El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen *capacidad civil suficiente* para otorgar el acto o contrato de que se trate». La cursiva señalada es mía.

Pero fue la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en lo sucesivo denominada LPP), la que introdujo en el Código civil no solo la expresión «persona con discapacidad» en los artículos 756, 822, 1041 y Disposición adicional cuarta, sino también el concepto de «capacidad de obrar suficiente». Así, en el artículo 223, párrafo segundo, al regular la autotutela, dice lo siguiente: «Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor».

Sobre este tema de la capacidad de obrar suficiente algo tiene dicho la doctrina notarial, y mucho más modestamente el autor

del presente trabajo⁵³, que en síntesis puede resumirse en lo siguiente:

1.º Desde luego la capacidad de obrar de la persona con discapacidad será suficiente si tiene la llamada *capacidad natural*, es decir, la posibilidad o facultad de entender y querer el significado o alcance del acto concreto, lo que este representa para ella, y el carácter beneficioso o perjudicial que pueda suponerle.

2.º Dicha capacidad natural habrá que ponerla en relación con el acto o contrato que en cada caso pretenda realizar u otorgar la persona con discapacidad, pues la capacidad (natural) requerida no puede ser la misma para todo tipo de actos: no es lo mismo la capacidad necesaria para vender un bien inmueble que la requerida para recibir una donación que no sea condicional ni onerosa, sino una donación pura y simple⁵⁴.

3.º Tratándose de una persona con discapacidad es necesario además que concurra otro requisito adicional que en realidad constituye un principio general del Derecho: que el acto o contrato redunde en beneficio de dicha persona, que le resulte favorable, conforme al principio de mayor interés de la persona con discapacidad; o al menos que no le resulte perjudicial por virtud de discri-

⁵³ Sería prácticamente inabarcable citar la doctrina notarial relativa a la capacidad de la persona en Derecho, pero no me refiero ahora a la capacidad en general, sino a la capacidad *suficiente* como un concepto más reciente elaborado por la doctrina. Una obra sumamente ilustrativa y a la vez práctica sobre este concepto es la de GÓMEZ TABOADA, Jesús, *Práctica notarial y Derecho civil*, Editorial Lex Nova (Thomson Reuters), Valladolid, 2012, especialmente pp. 45 y ss. Y, como digo en el texto, mucho más modestamente algo tiene dicho también el autor de estas líneas, y que conste que esta cita mía la hago para no extenderme en el tema, aun cuando sigo diciendo que no me gustan las autocitas: GARCÍA PONS, *Las personas con discapacidad...*, *cit.*, pp. 107 y ss., y a dicha cita mía corresponden los puntos siguientes que se exponen en el texto.

⁵⁴ Expresa este mismo parecer SERRANO GARCÍA (*Autotutela...*, *cit.*, pp. 70 y 71) cuando, después de reconocer que «es enigmático qué ha querido decir el legislador con la expresión *capacidad suficiente*» para la autotutela en el artículo 223 CC, opina que hay que tratar de interpretar la expresión legal en el sentido más favorable a la eficacia de la declaración, y en este sentido entiende que lo que debe comprobar el notario, en el juicio de capacidad, no es tanto si el otorgante la tiene –en general– plena, sino si sabe lo que quiere, entiende aquello que expresa y se da cuenta de las consecuencias de su manifestación, en relación precisamente con la elección de tutor que quiere efectuar. En particular, hace alusión el profesor Serrano a los supuestos en que se trata de una declaración de voluntad negativa, en la que la persona manifiesta únicamente a quien no quiere como tutor, y concluye que si en el procedimiento de incapacitación el juez aprecia el rechazo de la persona a ser tutelada por alguno de los que en el orden del artículo 234 CC están llamados legalmente al desempeño de la tutela, deberá tener en cuenta esa manifestación, lo que por otro lado, sigue opinando el profesor Serrano, está en sintonía con la Convención de las Naciones Unidas de 2006, y concretamente con la manifestación del número 4 del artículo 12, cuando señala que «esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona». Y lo mismo opina para el supuesto de cambio de tutor, en el que también habrá que tener en cuenta la opinión de la persona tutelada. También con ocasión de la autotutela son interesantes las consideraciones que sobre el concepto de «capacidad de obrar suficiente» hace SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Angel, en «El artículo 223.2.º del Código Civil: la autotutela y su necesidad en nuestra sociedad», *RCDI* núm. 736, marzo-abril 2013, pp. 873 a 877, en el sentido que venimos señalando.

minación o falta de igualdad de oportunidades, como expresa la CNY (arts. 3 y 5), que prevé la adopción de medidas de acción positiva para alcanzar este principio no discriminatorio. Al menos la persona con discapacidad deberá tener el entendimiento y voluntad suficientes para apreciar el beneficio (o, si lo hubiere, el perjuicio) que le puede reportar el acto o contrato en cuestión.

4.º La intervención de funcionarios encargados de la seguridad jurídica preventiva (notarios, registradores), o de la potestad jurisdiccional (jueces, tribunales de justicia), o que velan por el interés público y en defensa de la ley (Ministerio Fiscal), puede contribuir notablemente a la correcta participación de las personas con discapacidad en la vida jurídica, en igualdad de condiciones que los demás, pues tales funcionarios, como una más de sus funciones, deberán velar por la legalidad y corrección de la expresada participación en la vida jurídica de las personas con discapacidad, y en particular por el cumplimiento del principio de mayor interés de dichas personas, de modo que por su actuación jurídica no sufran trato discriminatorio y tengan las mismas oportunidades que los demás. Y desde luego la misma obligación tendrán los componentes de los organismos de arbitraje y mediación, árbitros o amigables componedores de carácter privado, etc., aunque su intervención revista carácter voluntario, de acuerdo con lo que se dice en el punto siguiente.

5.º Conviene resaltar que la obligación de respetar el derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad afecta a todo el mundo, a todas las personas sin excepción, y su incumplimiento puede ser objeto de sanción por los organismos administrativos correspondientes, «cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas, especialmente cuando se deriven beneficios económicos para la persona infractora» (art. 2 de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en esta materia).

9.2 Las aparentes dificultades de comunicación entre la Doctrina Civilista y el Mundo de la Discapacidad. El diálogo civil y el diálogo en el Derecho civil

Entramos así en el último punto de esta necesariamente breve y un tanto esquemática exposición de los problemas que plantea la necesaria reforma legislativa en el ámbito del Derecho civil, con referencia a las personas con discapacidad después de la adopción

por Naciones Unidas de la tan repetida e importante Convención sobre los derechos de dichas personas, de 13 de diciembre de 2006, y su ratificación por el Reino de España con valor de Derecho interno plenamente vigente y vinculante.

9.2.1 EL DIÁLOGO CIVIL

La reforma deberá contar primeramente con algo que, dentro de la específica terminología del mundo de la discapacidad, se conoce con el nombre de *diálogo civil*, expresión que en principio podría definirse como la participación de las personas con discapacidad en la elaboración y aplicación de las políticas de todo tipo, en particular de las políticas legislativas, que les afectan. Bien es cierto que este término, como tal, no es de los que la CNY define como especiales o característicos de la discapacidad en su artículo 2; pero no lo es menos que su concepto y significado sí viene recogido en la Convención, concretamente en su artículo 4.3: «En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan». La razón de este diálogo vuelve a ser, dice Jiménez Cano⁵⁵, la vida independiente, la autonomía personal y la toma de decisiones de las personas con discapacidad en los asuntos que les son propios.

Conviene aclarar también que la expresión «diálogo civil» se utiliza *en un sentido muy amplio*, no solo con respecto a las personas con discapacidad, sus familias y sus organizaciones representativas, sino también referido en general a las políticas públicas de servicios sociales, según se desprende de la *Resolución de 28 de enero de 2013, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se crea la Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector* (BOE núm. 28, de 1 de febrero de 2013), y ello a su vez en un doble sentido: *a)* por una parte, y con *carácter genérico*, en materia de cohesión e inclusión social, de la familia, de protección del menor, de atención a las personas mayores, en situación de dependencia o con discapacidad, así como para

⁵⁵ JIMÉNEZ CANO, Roberto M., «Hacia un marco conceptual adecuado de la normativa española sobre personas con discapacidad», en la obra colectiva *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, p. 100, citando en este sentido a Agustina Palacios.

asegurar la igualdad de trato y de oportunidades, especialmente entre mujeres y hombres; y *b*) pero, por otro lado, y con *carácter más específico*, representa la potenciación del diálogo con las organizaciones del llamado Tercer Sector de Acción Social (TSAS), que engloba las organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades, que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, y que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales. Precisamente la Resolución citada llama a ese diálogo civil a la denominada Plataforma del Tercer Sector, como entidad representativa del mismo, y crea la *Comisión para el Diálogo Civil con la Plataforma del Tercer Sector*.

Nosotros, sin embargo, utilizamos aquí la expresión *diálogo civil* en un sentido más limitado o restringido, no en cuanto a su concepto y significado, sino en cuanto a sus destinatarios, es decir, en el sentido que se utiliza cuando se aplica al mundo de la discapacidad, a las personas con discapacidad, sus familias y sus organizaciones representativas.

El término, con su significado correspondiente, viene acuñado en el artículo 2, letra e, de la LIONDAU, en su nueva redacción dada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto: «Diálogo civil: el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad, las cuales garantizarán, en todo caso, el derecho de los niños y las niñas con discapacidad a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho».

La letra f del precepto citado recoge otro concepto también importante en este punto de la participación del mundo de la discapacidad en las políticas que le afectan, haciendo referencia a la denominada *transversalidad de las políticas en materia de discapacidad*, y definiéndola como «el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad.»

Pero es el artículo 15.1 LIONDAU, también redactado por la Ley 26/2011, el que configura la *estructura del diálogo civil*: «Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, y sus familias, a través de sus organizaciones representativas, participarán en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen, siendo obligación de las Administraciones Públicas en la esfera de sus respectivas competencias promover las condiciones para asegurar que esta participación sea real y efectiva. De igual modo, se promoverá su presencia permanente en los órganos de las Administraciones Públicas, de carácter participativo y consultivo, cuyas funciones estén directamente relacionadas con materias que tengan incidencia en esferas de interés preferente para personas con discapacidad y sus familias».

Como señala Pérez Bueno⁵⁶, el precepto últimamente transcrito consta de dos partes bien diferenciadas: la primera, hace referencia a la *participación funcional* del movimiento asociativo de las personas con discapacidad, y de sus familias, en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen, con la consiguiente obligación a cargo de las Administraciones públicas de que dicha participación sea real y efectiva; la segunda parte del precepto se refiere, en cambio, a la que podría denominarse *participación orgánica*, pues se trata de promover la presencia permanente de dichas organizaciones representativas en los organismos de las Administraciones Públicas que sean competentes en materia de discapacidad.

Llama la atención *la amplitud de este régimen de participación del movimiento asociativo*, tanto en lo que se refiere a la materia sobre la que recae, que en definitiva se extiende a todo tipo de «decisiones que les conciernen», como a la magnitud o intensidad de la misma, ya que dicha participación debe producirse en todas las etapas del proceso, sea en la fase preparatoria, sea en la de elaboración y, desde luego, en la de adopción de la decisión. Normalmente es a través del Consejo Nacional de la Discapacidad, como órgano consultivo interministerial regulado por el Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, parcialmente reformado por el Real Decreto 1146/2012, de 27 de julio, la forma en que las organizaciones representativas de personas con discapacidad y sus familias participan en la planificación, seguimiento y evaluación de las políticas que se desarrollan en este ámbito. Por otra parte, el régimen de participación abarca todas las materias, y, en lo que se refiere al campo jurídico, todas las ramas del Derecho, incluido

⁵⁶ PÉREZ BUENO, Luis Cayo, «El diálogo civil en el ámbito de la discapacidad», en la obra colectiva, llevada a cabo fundamentalmente en el ámbito de la Filosofía del Derecho y del Derecho Internacional público, bajo el título *Tratado sobre discapacidad* (Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno, Directores), Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, p. 1501.

naturalmente el Derecho civil. También puede participar en ese diálogo civil el Real Patronato sobre Discapacidad, de acuerdo con sus nuevas funciones derivadas del Real Decreto 1/2013, de 11 de enero, por el que se modifica su Estatuto, especialmente las contempladas en su artículo 3, punto 5, y a las que aludiremos con detalle en el epígrafe siguiente; si bien es cierto que dicho precepto y punto añade al final «ello sin perjuicio de las funciones que desarrolla el Consejo Nacional de la Discapacidad».

Por lo que se refiere a las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, en lo que respecta al diálogo civil, destaca como organización clave para ese diálogo el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), según señala el RD 1276/2011 y vimos en el epígrafe 8.2, «en tanto que asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad», en palabras de la disposición adicional primera de dicho RD; y ello sin perjuicio de las organizaciones de cada tipo de discapacidad también representativas, como la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), la Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual-FEAPS, etc.

9.2.2 EL DIÁLOGO EN EL DERECHO CIVIL

Y aquí es donde llegamos al meollo de la cuestión que quiero plantear. Una cosa es el *diálogo civil*, y otra muy distinta el *diálogo en el Derecho civil*, si se me permite este juego de palabras, un tanto simplón pero creo que muy expresivo de lo que quiero decir, o mejor, de lo que quiero plantear aquí, que no es tan simple y que no es otra cosa que poner de relieve la necesidad de diálogo y colaboración, en el ámbito propio del Derecho civil, entre las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, y sus familias, de una parte, y de otra todo el estamento que podríamos llamar jurídico-civil, desde la doctrina científica hasta las instituciones oficiales del Ministerio de Justicia, incluida la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación. Se trata de acercar posiciones y puntos de vista, hoy día bastante alejados, entre otras razones por falta de comunicación entre los expresados estamentos de ambas partes; se trata de establecer cauces de comunicación o diálogo, y consiguiente colaboración, que faciliten llegar a soluciones de consenso en el campo del Derecho civil, y en concreto que puedan plasmarse en el Código civil, única disciplina, aparte del Derecho procesal, en que todavía no se ha producido la adaptación legislativa en materia de discapacidad, no obstante constituir aquella disciplina

el Derecho común o general, supletorio en las materias regidas por otras leyes (arts. 4.3 CC y 149.3 CE).

En efecto, hasta hace poco el contacto del mundo de la discapacidad con el mundo jurídico ha tenido lugar en otros campos del Derecho, en particular del Derecho Administrativo⁵⁷, y por lo que a nosotros nos interesa ahora, en el ámbito de la Filosofía del Derecho y del Derecho Internacional público, con referencia al tema de los derechos humanos. Las publicaciones de carácter general o colectivo de varios autores, citadas en el presente trabajo, aunque desde luego no agotan ni mucho menos la ingente bibliografía sobre esta materia, así lo demuestran. De este porte son los siguientes títulos: a) *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, en el ámbito de la Filosofía del Derecho; b) *Tratado sobre discapacidad* (Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno, Directores), Editorial Aranzadi, Navarra, 2007, fundamentalmente en el ámbito de la Filosofía del Derecho y del Derecho Internacional público; c) *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Patricia Cuenca Gómez (Editora), Editorial Dykinson, Madrid, 2010, también en la órbita de la Filosofía del Derecho y del Derecho Internacional público. Solo en tiempos recientes asistimos a una obra colectiva sobre discapacidad en el ámbito académico del Derecho civil, también citada en el presente trabajo: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director, y Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011⁵⁸.

⁵⁷ Vid., por ejemplo, TORRES LÓPEZ, M.^a Asunción, *La discapacidad en el Derecho administrativo*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011, donde también estudia el tratamiento internacional de las personas con discapacidad, en particular, con referencia a la Convención de Nueva York de 2006 y a los avances en esta materia de la Unión Europea: pp. 34 a 49.

⁵⁸ Hay que mencionar también, aunque sea en general y en nota al pie de página, las obras en que se aborda el tema de la discapacidad unido al de la dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre), términos entre los que existe indiscutible e íntima relación. La bibliografía es igualmente muy abundante, tratándose también en muchos casos de obras colectivas (varios autores), que han aparecido y siguen apareciendo en gran número sobre ambos temas (discapacidad y dependencia) relacionados. Nos limitaremos a señalar dos de las publicadas recientemente, en las cuales, como suele ser característico en estas obras, se mezclan los aspectos jurídicos con los económicos, sociales, laborales, etc.: a) por una parte, la ya citada en el presente trabajo *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad* (M.^a del Carmen García Garnica, Directora), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, en la que se abordan temas de Derecho civil junto con otros pertenecientes a diversos ámbitos científicos; y b) por otro lado, la obra *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos. Una mirada a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad* (M.^a del Carmen Barranco Avilés, Coordinadora), Editorial Dykinson, Madrid, 2010, cuyos trabajos estudian, desde distintas perspectivas metodológicas, la compatibilidad entre el sistema de atención a la dependencia (denominado SAAD) y las disposiciones de la Convención, abordando inevitablemente

*Existe todo un mundo de la discapacidad, cuyas inquietudes y anhelos resultan prácticamente desconocidos para gran parte de la doctrina civilista, que, salvo contadas excepciones, permanece ajena a todo ese mundo en continuo progreso e investigación. Por ejemplo, hay un vehículo científico de expresión de las personas con discapacidad, sus familias y las organizaciones representativas y asociaciones en las que se integran, que permanece casi indiferente a la doctrina (y jurisprudencia) civil; se trata de la Revista denominada *Siglo Cero. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, de periodicidad trimestral, editada por la Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual-FEAPS, cuya dirección y consejo de redacción está constituido en gran parte por personal académico de la Universidad de Salamanca.*

Así, hace ya tiempo que la citada Revista está dando cuenta de las investigaciones y logros en el mundo de las personas con discapacidad, siendo destacables en este sentido, por ejemplo: las investigaciones sobre la calidad de vida de las personas con discapacidad (así, en el núm. 218, del año 2006, núm. 224 del año 2007, núms. 226 y 227 del año 2008, núm. 229 de 2009, núm. 234 de 2010, etc.); la autodeterminación de estas personas (núm. 220 del año 2006, núms. 238 y 240 del año 2011, etc.); especialmente interesantes son los progresos en el estudio e investigación de los apoyos necesarios para las personas con discapacidad, en particular sobre la denominada Escala de Intensidad de Apoyos (Supports Intensity Scale, SIS) y su adaptación inicial al contexto español, que en concreto pueden verse en los núms. 220 del año 2006, 222 del año 2007, 227 del año 2008, 229 del año 2009 y 233 del año 2010, y en la bibliografía allí citada⁵⁹. Particularmente interesantes son también las noticias proporcionadas por el núm. 241 del año 2012, que recoge los resúmenes y extractos de las VIII Jornadas científicas internacionales de investigación sobre discapacidad⁶⁰, entre los que destaca, p. ej., el de la conferencia de Robert Schalock, ex pre-

temas relativos a la discapacidad, la cual, a su vez, en la filosofía de la Convención va unida al principio de autonomía de la persona (objeto asimismo de la Ley 39/2006).

⁵⁹ Una excepción al desconocimiento por la doctrina civilista de todo ese mundo de la discapacidad y sus progresos, digna de ser mencionada, la constituye RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, profesor de la Sección Departamental de Derecho Civil, E.U. Trabajo Social, de la Universidad Complutense, como demuestra en su interesante y documentado estudio «Notas sobre el apoyo a la autodeterminación de la persona incapacitada en el Código civil a partir de la Convención UN sobre derechos de las personas con discapacidad», en la obra colectiva *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad. Comunicaciones* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director; Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, pp. 347 y ss.

⁶⁰ Las conferencias y mesas de ponencias principales fueron publicadas en el libro entregado durante las Jornadas bajo el título *Cambio organizacional y apoyo a las grandes afectaciones* (Miguel Ángel Verdugo, Teresa Nieto, Manuela Crespo y Borja Jordán de Urríes, Coordinadores), Editorial Amarú, Salamanca, 2012.

sidente de la Asociación Americana sobre Discapacidades Intelectuales del Desarrollo (AAIDD), con el título «Integrando el concepto de calidad de vida y la información de la Escala de Intensidad de Apoyos en planes individuales de apoyo», cuyo detalle puede verse en el número 245 del año 2013. Y no menos interesantes son los comentarios sobre el tema «Derechos de las Personas con Discapacidad Intelectual: Implicaciones de la Convención de Naciones Unidas», contenidas en el núm. 243 del año 2012, de los que son autores Patricia Navas Macho, Laura E. Gómez Sánchez, Miguel Ángel Verdugo Alonso y Robert Schalock, donde puede observarse el punto de vista del movimiento asociativo⁶¹.

Por otro lado, *es también de justicia señalar que por parte del mundo de la discapacidad, y en particular del movimiento asociativo, no se han dado los pasos necesarios para el acercamiento a lo que antes denominamos estamento jurídico civil*, no obstante la importancia capital que reviste el hecho de que la regulación básica o nuclear en este tema (capacidad de las personas, actuación en la realidad jurídica, medios de apoyo, etc.) se encuentra en el Derecho civil, y en particular en el Código civil, supletorio de otras leyes como también quedó dicho hace un momento. Se acude por las organizaciones asociativas al auxilio de profesionales que resultan más cercanos, pertenecientes a otros campos del Derecho (Filosofía del Derecho, Derecho Internacional, fundamentalmente), lo cual no es en absoluto criticable sino, por el contrario, algo de todo punto conveniente, procedente y necesario. Pero no debería abandonarse la participación de civilistas y organismos directamente relacionados con el Derecho civil, como por ejemplo, la Asociación de profesores de Derecho civil, o la ya comentada Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil, en el seno del Ministerio de Justicia, donde tampoco habría que olvidar el papel

⁶¹ Al hablar de los modelos de apoyo desarrollados por la *American Association on Intellectual and Developmental Disabilities, AAIDD*, los autores recuerdan que «la Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual (FEAPS) está desarrollando una serie de buenas prácticas que pueden ejemplificarse con la reciente revocación de la incapacitación total de un joven con Síndrome de Down para que pudiera ejercer su derecho al voto en las elecciones de noviembre de 2011», NAVAS MACHO (Patricia), GÓMEZ SÁNCHEZ (Laura E.), VERDUGO ALONSO (Miguel Ángel) y SCHALOCK (Robert L.), *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual (REDI)*, Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual-FEAPS, Vol. 43 (3), núm. 243, 2012, p. 13. Muy interesante al respecto la Nota, de fecha 18 de febrero de 2013, publicada en el núm. 245 de la *REDI*, correspondiente al año 2013, pp. 78 y 79, bajo el título «Toma de posición de la red de juristas de FEAPS respecto de la adopción de medidas para corregir la actual situación de privación del derecho de sufragio de personas incapacitadas judicialmente». Y para profundizar en el tema desde la óptica civilista, puede verse DÍAZ ÁLABART, Silvia, «El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista», en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, enero-febrero 2012, pp. 3 y ss.

que puede desempeñar la Dirección General de los Registros y del Notariado. Indudablemente se evitarían muchos problemas y, a la postre, se facilitarían la necesaria adaptación legislativa.

También hay que señalar que se han producido *algunos signos positivos en ese camino de colaboración y entendimiento* que propugnamos, al menos en el campo doctrinal. Así, por ejemplo, nos lo demuestran Álvarez Lata (Natalia) y Seoane Rodríguez (José Antonio), en su ya citado trabajo «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en *Derecho Privado y Constitución* núm. 24, enero-diciembre 2010 (pp. 11 y ss.). La colaboración entre una Profesora Titular de Derecho civil y un Profesor Titular de Filosofía del Derecho, ambos de la Universidad de la Coruña, es difícil que pueda dar mejores frutos que el trabajo aludido, de cuyas líneas directrices participo plenamente, y que se reflejan en las «Propuestas de reforma» plasmadas al final de su artículo, bastantes de las cuales cito en el epígrafe siguiente.

Finalmente, hay que poner de relieve que también en el ámbito de la Administración Pública se han producido lo que acabamos de mencionar como «algunos signos positivos en ese camino de colaboración y entendimiento» que propugnamos, en el sentido de que el *legislador parece haber tomado conciencia de este problema y puesto al menos su granito de arena para resolverlo*. Nos referimos al ya mencionado anteriormente (en los epígrafes 8.2 y 9.2.1) Real Decreto 1/2013, de 11 de enero, por el que se modifica el Estatuto del *Real Patronato sobre Discapacidad* aprobado por Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto; Real Decreto 1/2013 que fue promulgado en la misma órbita que la Ley 26/2011, de adaptación a la Convención de Nueva York de 2006, pero con un sentido más específico.

En efecto, una de las novedades más destacables de esta disposición es la ampliación de las funciones que debe desarrollar el Real Patronato, y en concreto, por lo que a nosotros nos interesa en este lugar, las que pueden afectar al desenvolvimiento del tantas veces mencionado «diálogo civil» en el ámbito de la discapacidad. Así, puede leerse en el número 5 del nuevo artículo 3 del Estatuto que el Patronato tiene también como uno de sus (nuevos) cometidos: «Desarrollar actividades como *órgano técnico de encuentro, reflexión, debate y, en su caso, propuesta, de las Administraciones Públicas, la sociedad civil relacionada con la discapacidad, incluidas las asociaciones y fundaciones, el mundo académico e investigador y el empresarial, a fin de ayudar a orientar las políticas, estrategias, planes, programas y acciones relativas a las personas*

con discapacidad y a sus familias y la inclusión social de éstas y sus familias, ello sin perjuicio de las funciones que desarrolla el Consejo Nacional de la Discapacidad».

Me parece que no puede ser más claro y explícito el legislador al atribuir al Real Patronato sobre Discapacidad esta función de «encuentro, reflexión, debate y, en su caso, propuesta», de las Administraciones Públicas, el mundo de la discapacidad, el mundo académico e investigador y el empresarial, para «orientar las políticas, estrategias, planes, programas y acciones» relativas al mundo de la discapacidad. Se abre así un nuevo panorama que puede contribuir poderosamente a allanar las dificultades que más arriba quedaron apuntadas en ese necesario entendimiento y colaboración entre el mundo de la discapacidad y el mundo jurídico civil.

10. CONCLUSIONES

Algunas conclusiones pueden extraerse de lo dicho hasta ahora, a modo de epílogo del presente trabajo. De manera sucinta, dadas las limitaciones del espacio disponible, podrían ser las siguientes:

1.^a La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 supone una auténtica revolución en todos los órdenes, pero en particular lo es en lo referente a la adaptación a ella de las legislaciones internas de la mayoría de los Estados que han procedido a su ratificación, los cuales se ven abocados sin remedio a efectuar las modificaciones y adaptaciones oportunas.

2.^a No resulta fácil dicha adaptación, porque hay que superar muchos prejuicios y tabúes hasta ahora instalados en la sociedad. En este sentido, la lectura del artículo 8 de la Convención (con su significativo título de «Toma de conciencia») es particularmente interesante y constructiva. Además de los propios Estados, la sociedad civil tiene un papel muy activo en esta tarea⁶², con atención especial al diálogo civil y al diálogo en el Derecho civil.

3.^a Por lo que en concreto se refiere a la reforma legislativa a efectuar en España, en el ámbito del Derecho civil, hay que señalar que:

a) En la doctrina civilista existen opiniones tendentes a conservar las instituciones tutelares y de guarda actuales (tutela, curatela, defensor judicial, guardador de hecho), así como el procedimiento de incapacitación, eso sí adaptando su régimen jurídico a lo

⁶² Lo destaca CISTERNAS, M. S., miembro del Comité de Expertos sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en la revista *Escritura Pública*, número 61, Edición Consejo General del Notariado, Madrid, enero-febrero 2010, pp. 40 a 42.

dispuesto en la Convención, en particular a lo dispuesto en sus artículos 12 y 13, y desarrollando el sistema de curatela o asistencia como principal, adaptado a la persona con discapacidad en concreto y a cada caso particular, con revisiones periódicas y con atención especial a la propia persona, sus preferencias e intereses⁶³.

b) Se abre paso en cambio una opinión, que va siendo mayoritaria en la doctrina, tanto civilista⁶⁴ como en otros campos del Derecho (Administrativo, Internacional, Filosofía del Derecho)⁶⁵,

⁶³ Son de esta opinión: RAMS ALBESA, «Hombre y persona...», *cit.*, que mantiene la tesis de que la CNY se refiere exclusivamente a la «discapacidad» que requiere curatela como regla general (p. 283), adaptada a la persona, pero no trata de la «incapacidad» (pp. 251, con su nota 33, a 256, 287 y 288), para la cual puede ser adecuada la incapacidad y la tutela, que, «discernida con sumo cuidado y con respeto pleno a las leyes y a la dignidad debida a las personas y más para aquellas que no pueden defenderse por sí mismas, tiene y debe tener el valor propio de un acto de defensa del incapaz» (p. 290); con la tesis de Rams Albesa coincide en gran parte SERRANO GARCÍA, que mantiene la necesidad de «distinguir claramente entre discapacidad e incapacidad, porque no olvidemos que la Convención trata sobre los derechos de las personas con discapacidad», que en su opinión son las que sufren una discapacidad no incapacitante (*Autoutela...*, *cit.*, pp. 44 y 45); PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, «Comentario a la sentencia de 29 de abril de 2009...», *cit.*, pp. 343 y ss.; DE PABLO CONTRERAS, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009...», *cit.*, pp. 562, 575 y 579; SAN PASTOR SEVILLA, Yolanda, «Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: perspectivas de reforma», en *La enrucijada de la incapacidad y la discapacidad* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director, y Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011, p. 210; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La curatela como institución de protección en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en *RCDI* núm. 732, julio-agosto 2012, pp. 2248 y ss.

⁶⁴ GETE-ALONSO Y CALERA, «Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos...», *cit.*, p. 95; de forma más decidida RIERA ÁLVAREZ, «Notas sobre el apoyo a la autodeterminación...», *cit.*, que insiste en la idea de que lo que realmente hay que graduar son los apoyos y no tanto la capacidad (pp. 349 a 351), en consonancia por otra parte con la nueva denominación del procedimiento, por fin llamado «proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen» (Disp. Adic. Séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto), abreviadamente «Proceso judicial de determinación de apoyos», haciendo mención este autor al asistente personal y a la Escala de Intensidad de Apoyos (p. 356), considerando imprescindible la mejora y mantenimiento de la autodeterminación de la persona como finalidad última (p. 358); de forma más decidida también VARELA AUTRÁN, que rechaza la posibilidad de aprovechar la figura de la curatela, por ser una institución propia de la incapacidad judicial que a su vez choca con los principios de la Convención y está sujeta igualmente a revisión: «La tutela, ante la Convención...», *cit.*, p. 69, y especialmente en «Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención...», *cit.*, p. 3; PEREÑA VICENTE, «La Convención de Naciones Unidas...», *cit.*, que, en opinión más moderada, sin romper totalmente con el sistema anterior y con un llamamiento a la prudencia en su reflexión final (pp. 204 y 205), insiste en el principio de autonomía en relación con el de protección (p. 196).

⁶⁵ Por todos, DE ASÍS ROIG, BARRANCO AVILÉS, CUENCA GÓMEZ Y PALACIOS RIZZO, «Algunas reflexiones generales sobre el impacto...», *cit.*, pp. 29 a 31; y desde luego ÁLVAREZ LATA Y SEOANE RODRÍGUEZ, «El proceso de toma de decisiones...», *cit.*, donde, en sus «Propuestas de reforma», se muestran partidarios de un sistema de apoyos más flexible, variado y ajustado a las capacidades de la persona, cuya implantación eficaz necesita desplegar una serie de medidas que garanticen la autonomía de la persona y su protección a través de la actuación de los cuidadores y guardadores (p. 59), medidas que, en síntesis, abarcan (pp. 59 a 63): a) el establecimiento de los principios clave en esta materia, entre ellos, autonomía, presunción de capacidad, máxima conservación de esta, participación, protección (con carácter subsidiario), proporcionalidad, adecuación al fin e intervención mínima; b) diseño legal pormenorizado de los distintos métodos, respuestas y sistemas de apoyo; c) temporalidad, revisión y control periódico obligatorio de las medidas, así como individualización de las mismas; d) simplificación de los procedimientos y especialización de los órganos judiciales, dando preferencia a la jurisdicción voluntaria sobre la contenciosa; e) princi-

y desde luego en las propias personas con discapacidad y en el movimiento asociativo que las rodea, opinión partidaria de seguir un modelo social y de derechos basado en la Convención, en lo dispuesto por su artículo 12, en el sistema de apoyos a la capacidad jurídica que la misma establece; en Planes de Apoyo individualizados, con un gestor o responsable de los mismos, llámese asistente, curador o persona de apoyo, y en un sistema de gradación en la intensidad de los apoyos, de modo que éstos se proporcionen en función de las características individuales de la persona, atendiendo a sus preferencias y a las circunstancias del caso concreto, que tengan carácter temporal y revisiones periódicas, y que tiendan a proporcionar la debida autonomía de la persona.

c) Reservar el apoyo intenso o representativo (lo que tradicionalmente se denomina «representación legal»), a cargo de un representante autorizado, o tutor si se le quiere llamar así, únicamente para el supuesto más grave y extremo de discapacidad, perdurable en el tiempo, en que la persona de ningún modo puede actuar o valerse por sí misma, y en ocasiones ni manifestar su voluntad; pero, aun en tales casos, procurar una atención y apoyo personalizados, de forma que la persona con discapacidad pueda desarrollar en lo posible su propia personalidad y autonomía, en orden a una mejor calidad de vida⁶⁶.

d) El legislador deberá velar por la debida coordinación de las reformas y adaptaciones legislativas sobre materia de discapacidad que se lleven a cabo en las diversas disciplinas jurídicas, y en particular con las que se efectúen o deban efectuarse en el ámbito del Derecho civil, no solo por la importancia de esta disciplina sino también por constituir el Derecho común y supletorio de otras leyes.

4.^a Todo esto lleva consigo un cambio legislativo importante, puesto que ya no será como hasta ahora, que el ámbito de la representación y asistencia legal determinaba por exclusión la esfera reserva-

pio de actuación conjunta en la toma de decisiones, facilitando la intervención de la persona con discapacidad en dicho proceso, acompañado de medidas que permitan la recuperación de la capacidad, y desde luego la expresión de su autonomía y preferencias, con criterios claros para el ejercicio de los derechos personalísimos (en definitiva de todo ello, criterio de mayor interés de la persona); f) definición legal de un margen de capacidad para la realización de actos patrimoniales de naturaleza cotidiana.

⁶⁶ En esto hay un cierto consenso en la doctrina, aunque con distintas formas de expresarlo: ÁLVAREZ LATA y SEOANE RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 62, para cuyo supuesto los autores admiten mantener la hasta ahora conocida «incapacitación» como cláusula de cierre o *ultima ratio*; PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, p. 204, donde pone de relieve que en ocasiones se trata de un tema puramente terminológico; DE ASÍS ROIG, BARRANCO AVILÉS, CUENCA GÓMEZ y PALACIOS RIZZO, *op. cit.*, p. 31, pero haciendo importantes salvedades: a) que lo que justifique tomar la decisión en nombre de la persona sea una situación determinada y nunca su discapacidad; y b) por consiguiente, estas situaciones no siempre requieren el establecimiento de un sistema legal de sustitución que *a priori* brinde soluciones generales y abstractas para todos los casos, sino que habrá que analizar caso por caso y proporcionar la solución adecuada. Por otra parte, a las conclusiones aludidas se llega no solo desde el punto de vista jurídico, sino también desde la perspectiva ética, bajo cuyo punto de vista puede verse el interesante estudio de XABIER ETXEBERRIA, «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: la perspectiva ética», en *Siglo Cero. Revista Española de Discapacidad Intelectual*, núm. 237 del año 2011, pp. 41 a 44, en particular p. 43.

da a la posible actuación individual de la persona con discapacidad. En lo sucesivo deberá ser al revés: será el ámbito de capacidad jurídica de la persona, y la consiguiente potenciación de la misma, de su autonomía personal y autodeterminación, el que delimite la concreta actuación de los mecanismos de apoyo que se instauren.

5.^a Y desde luego para todo ello se requerirá una mayor presencia, actuación y adaptación de los órganos judiciales, Jueces y Tribunales, así como del Ministerio Fiscal, de la Administración pública, de los funcionarios encargados de la seguridad jurídica preventiva (Notarios y Registradores), de los profesionales del Derecho y, en definitiva, de la sociedad en general.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Las garantías judiciales de los internamientos involuntarios. Inconstitucionalidad del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa* (Matilde Cuenca Casas, Luis Antonio Anguita Villanueva y Jorge Ortega Doménech, Coordinadores), Editorial Dykinson, Madrid, 2013.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia, y SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en *Derecho Privado y Constitución (DPC)* núm. 24, enero-diciembre 2010.
- AGUIRRE ZAMORANO, Pío, y TORRES VELA, Manuel (Directores); PÉREZ-PUIG GONZÁLEZ, Rocío (Coordinadora): *Guía de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela de los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2011.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia: «Legitimación del tutor para interponer una acción de divorcio en representación del incapacitado. Sentencia de 21 de septiembre de 2011», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)* núm. 89, mayo-agosto 2012.
- BERROCAL LANZAROT, Ana I.: «De nuevo sobre el proceso de incapacitación», en *Revista de Derecho Procesal (RDP)*, Año 2005.
- «La curatela como institución de protección en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en *RCDI* núm. 732, julio-agosto 2012.
- CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: «Internamiento involuntario urgente por razones de trastorno psíquico y tutela del derecho fundamental a la libertad personal», en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, tomo LXV, fascículo IV, octubre-diciembre 2012.
- CABRERA MERCADO, Rafael: *El proceso de incapacitación*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- CISTERNAS, María Soledad: «Es fundamental intensificar la colaboración entre la sociedad civil y los Estados», en *Escritura Pública (EP)*, Número 61, Edición Consejo General del Notariado, Madrid, enero-febrero 2010.

- DE ASÍS ROIG, Rafael, BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, CUENCA GÓMEZ, Patricia, y PALACIOS RIZZO, Agustina: «Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español», en la obra colectiva *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Patricia Cuenca Gómez (Editora), Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- DE CASTRO y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*, Tomo II (Derecho de la Persona), Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 3.º (2009), Mariano Yzquierdo Tolsada, Director, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario a la sentencia de 4 de abril de 1984», en *CCJC* núm. 5, abril-agosto 1984.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles: «Comentario a la sentencia de 10 de octubre de 2008», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)* núm. 82, enero-abril 2010.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista», en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, enero-febrero 2012.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «La anulabilidad de los actos de las personas discapacitadas», en *Actualidad Civil (AC)* núm. 19, Tomo 2, año 2007, Editorial La Ley.
- *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ESTARÁS FERRAGUT, Rosa: «El Derecho de la Persona. El Notario y la ratificación por la Unión Europea de la Convención de la ONU», en *Noticias de la Unión Europea* núm. 328, mayo 2012.
- FERRERES COMELLA, Víctor, y XIOL RÍOS, Juan Antonio: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Edición a cargo de M.ª Isabel de la Iglesia Monje, Madrid, 2010.
- GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; SANTOS URBANEJA, Fernando; LÓPEZ EBRI, Gonzalo; FÁBREGA RUIZ, Cristóbal; LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ, Nuria; ALCÁNTARA BARBANY, Felisa; MAYOR FERNÁNDEZ, David; y DE LA BLANCA GARCÍA, Ángeles: *Manual de Buenas Prácticas. La intervención del Ministerio Fiscal en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GARCÍA PONS, Antonio: *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.
- GERMÁN URDIOLA, M.ª Jesús: *Tratamientos Involuntarios y Enfermedad Mental*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen: «Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad», en la obra colectiva *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad* (M.ª del Carmen García Garnica, Directora), Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- GÓMEZ TABOADA, Jesús: *Práctica notarial y Derecho civil*, Editorial Lex Nova (Thomson Reuters), Valladolid, 2012.

- GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Capacidad jurídica y capacidad de obrar», en *Los discapacitados y su protección jurídica*, Edición Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- HUERTAS MARTÍN, Isabel: *El proceso de incapacitación en la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (aspectos procesales y sustantivos)*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto M.: «Hacia un marco conceptual adecuado de la normativa española sobre personas con discapacidad», en la obra colectiva *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- JORDANO FRAGA, Francisco: *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Bolonia, 1988.
- LEGERÉN MOLINA, Antonio: *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 239.3 del Código civil*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.
- MATEOS GARCÍA, Ángeles: «Aproximación antropológica a la estructura de la capacidad jurídica», en la obra colectiva *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
- NAVAS MACHO (Patricia), GÓMEZ SÁNCHEZ (Laura E.), VERDUGO ALONSO (Miguel Ángel) y SCHALOCK (Robert L.), *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual (REDI)*, Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual-FEAPS, Vol. 43 (3), núm. 243, 2012.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, «La declaración de incapacidad», en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (Director, Rafael Martínez Díe), Civitas, Madrid, 2000.
- OROZCO MUÑOZ, Martín: *La creación judicial del Derecho y el precedente vinculante*, Editorial Aranzadi (Thomson Reuters), Navarra, 2011.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica», en la obra colectiva *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director, y Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.
- PÉREZ BUENO, Luis Cayo: «El diálogo civil en el ámbito de la discapacidad», en la obra colectiva *Tratado sobre discapacidad* (Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno, Directores), Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen: «Comentario a la sentencia de 29 de abril de 2009», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)* número 82, Editorial Aranzadi, Navarra, enero-abril 2010.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique: *La persona y su capacidad civil*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- RAMS ALBESA, Joaquín: «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, enero-febrero 2011, núm. 723.
- RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María: «Notas sobre el apoyo a la autodeterminación de la persona incapacitada en el Código civil a partir de la Convención UN sobre derechos de las personas con discapacidad», en la obra colectiva *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad. Comunicaciones* (José

- Pérez de Vargas Muñoz, Director; Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.
- RODRÍGUEZ ESCUDERO, Victoria: «La incapacitación y el respeto a los derechos de las personas discapacitadas: el interés de la persona protegida», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad. Comunicaciones* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director, y Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), contenido en DVD junto con el libro publicado, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.
- SAN PASTOR SEVILLA, Yolanda: «Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: perspectivas de reforma», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (José Pérez de Vargas Muñoz, Director, y Montserrat Pereña Vicente, Coordinadora), Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2011.
- SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, Blanca: *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «El artículo 223.2.º del Código Civil: la autotutela y su necesidad en nuestra sociedad», en *RCDI* núm. 736, marzo-abril 2013.
- SANTOS URBANEJA, Fernando: «Crónica de Previstonia. A propósito de los efectos en el Código civil de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad», en *Jornadas de Fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas*, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2009, pp. 20 a 27: www.fiscal.es.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel: «Capacidad, personalidad jurídica, derecho subjetivo, responsabilidad», en la obra colectiva, *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
- «Discapacidad, condición humana y dignidad humana», también en la citada obra colectiva *Fundamentos de conocimiento jurídico. La capacidad jurídica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
- SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio: «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: perspectiva jurídica», en *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual (REDI)*, Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual-FEAPS, Vol. 42 (1), núm. 237, 2011.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio: «Constancia registral de la voluntad. Modificación de la Ley del Registro Civil (Ley 1/2009, de 25 de marzo)», en *Revista Jurídica del Notariado (RJN)* núm. 77, enero-marzo 2011.
- *Autotutela. El artículo 223-II del Código civil y la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- TORRES LÓPEZ, M.^a Asunción: *La discapacidad en el Derecho administrativo*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011.
- VARELA AUTRÁN, Benigno: «Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Comentario a la STS (Sala 1.^a) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012», en *Diario La Ley*, núm. 8006, Tribuna, 22 de enero de 2013.
- «*La tutela ante la Convención*», *Revista Escritura Pública* núm. 60, noviembre-diciembre 2009.
- VVAA: *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos. Una mirada a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia desde la Convención Internacional de los*

- Derechos de las Personas con Discapacidad* (M.^a del Carmen Barranco Avilés, Coordinadora), Editorial Dykinson, Madrid, 2010.
- VVAA: *Cambio organizacional y apoyo a las grandes afectaciones* (Miguel Ángel Verdugo, Teresa Nieto, Manuela Crespo y Borja Jordán de Urrés, Coordinadores), Editorial Amarú, Salamanca, 2012.
- VVAA: *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad. Presentación a cargo de Miguel Ángel Cabra de Luna (Portavoz de la Comisión de Legislación del Real Patronato sobre Discapacidad), Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Real Patronato sobre Discapacidad, Fundación ONCE, Fundación Aquitas y Consejo General del Notariado, Madrid, 2012.
- XABIER ETXEBERRIA: «La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: la perspectiva ética», en *Siglo Cero. Revista Española de Discapacidad Intelectual (REDI)* núm. 237 del año 2011.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «Notas sobre la jurisprudencia», en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Edición a cargo de M.^a Isabel de la Iglesia Monje, Madrid, 2010.



Régimen de gananciales y concurso de acreedores: Estudio de la situación del cónyuge *in bonis* y de sus acreedores

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

*La insolvencia ha sido tradicionalmente un fenómeno complejo, y sigue siéndolo hoy. Las dificultades que siempre han existido para configurar un procedimiento de ejecución colectiva que conjugue debidamente los diversos intereses que en tal caso están en juego son prueba de ello. Máxime en la hipótesis objeto de estudio en este trabajo, que a las dificultades propias del concurso añade las específicas del régimen económico-matrimonial de gananciales. El interés teórico de la cuestión es por ello indudable, pero además hay que tener en cuenta que el número de concursos de personas físicas está aumentando exponencialmente en los últimos tiempos. Este trabajo trata de analizar un aspecto concreto de esa cuestión: la posición en que, en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales, se encuentran tanto el cónyuge *in bonis* como los acreedores de este, y cómo atender a sus intereses. Y ello a la luz tanto de la regulación dispuesta en la Ley 22/2003 como en la Ley 38/2011.*

PALABRAS CLAVE

*Concurso. Régimen de gananciales. Cónyuge *in bonis*. Acreedores del cónyuge *in bonis*.*

ABSTRACT

Insolvency has been traditionally a complex phenomenon, and remains so today. The difficulties that have always existed to set up a bankruptcy pro-

cedure combining the various interests that in such case are at stake, are proof of it. Specially in the hypothesis under study in this essay, that to the difficulties of bankruptcy procedure adds the specific ones of marital economic regime of gananciales. The theoretical interest in the issue is therefore no doubt, but there is also to take into account that the number of bankruptcy procedures of natural persons is increasing exponentially in recent times. This essay focuses on a specific aspect of that issue: the position in which, in case of bankruptcy procedure of a person married under economic regime of gananciales, are the spouse in bonis and the creditors of this, and how to serve their interests. And to do so in the light of the rules provided for it in the Law 22/2003 and in the Law 38/2011.

KEYWORDS

Bankruptcy procedure. Marital economic regime of gananciales. Spouse in bonis. Creditors of the spouse in bonis.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La regulación dispuesta por la Ley 22/2003 en el tema objeto de estudio: rasgos distintivos de la misma y principios en que se basa.–3. El cónyuge *in bonis*, sus intereses y las medidas de que dispone para su defensa. 3.1 Conocimiento, por parte del cónyuge *in bonis*, de la situación de concurso del otro cónyuge. 3.2 Medidas generales de defensa que el cónyuge *in bonis* puede adoptar frente a la declaración en concurso de su consorte. 3.3 La petición de disolución de la sociedad de gananciales por parte del cónyuge *in bonis*. 3.4 La liquidación de la sociedad de gananciales coordinada con el concurso. 3.4.1 Sobre la fórmula para armonizar debidamente los diversos intereses en juego. 3.4.2 Sobre las normas –civiles o mercantiles– por las que se debe regir la liquidación previa de la sociedad de gananciales. 3.4.3 Sobre cuestiones procedimentales de la liquidación de la sociedad de gananciales coordinada con el concurso. a) Juez competente. b) ¿Tramitación en pieza separada o a través de incidente concursal? c) Tramitación del procedimiento. 3.5 Régimen de funcionamiento de la sociedad de gananciales, en caso de que el cónyuge *in bonis* no pida su disolución. 3.5.1 Actos de gestión conjunta. 3.5.2 Actos de gestión individual. a) Actos de gestión individual del cónyuge concursado. b) Actos de gestión individual del cónyuge *in bonis*.–4. Los acreedores del cónyuge *in bonis*, sus intereses y las medidas para su defensa. 4.1 El sistema dispuesto en la redacción inicial de la LC: críticas formuladas contra él, y valoración de las mismas. 4.2 El sistema configurado por la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal: exposición y valoración del mismo. 4.3 La conexión de concursos como posible solución al supuesto de personas casadas en régimen de gananciales: exposición y valoración de la misma.

1. INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC) ha constituido un hito en la historia reciente de nuestro Ordenamiento jurídico, por haber introducido cambios de tal profundidad en la regulación de la insolvencia y del procedimiento de ejecución colectiva con respecto al sistema anteriormente existente, que ha podido decirse ha venido a instaurar una nueva era en este tema.

No habiendo transcurrido aún una década desde la promulgación de dicha Ley, sin embargo, se ha procedido a una reforma de calado de la misma, operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

Siendo toda ley perfectible no cabe rechazar por principio su modificación, aunque eso no obstante sí cabe observar que no resulta muy usual que una norma tan sustantiva y basilar como la LC sea objeto de tal reforma con tan breve período de vida: en este sentido, parece fundado pensar que la celeridad ha venido propiciada por la situación de grave crisis económica que desde hace unos años existe en España, que ha provocado que los concursos se hayan incrementado de forma exponencial, poniendo de manifiesto los defectos o insuficiencias de la Ley. En todo caso, sea de ello lo que fuere, lo que importa ahora es que tal reforma se haya hecho con tino, y que los cambios que ha introducido vayan en buena dirección.

Dicho esto, y para ir situando el tema objeto de estudio, hay que decir que entre los cambios relevantes que la LC introdujo se encuentra –aunque no sea de los comúnmente considerados principales– la regulación dispuesta para el concurso de un sujeto casado en régimen de gananciales, que constituyó novedad pues en la situación anterior la regulación específica al respecto era inexistente.

Se trata de una cuestión que ofrece indudable interés práctico, pues las estadísticas muestran un número creciente de sujetos casados que se declaran en concurso¹. Y que además presenta un notable interés teórico, por la dificultad que existe para coordinar el régimen

¹ Aunque su importancia cuantitativa, ciertamente, no resiste comparación con la que presentan los concursos de personas jurídicas, y en particular las sociedades mercantiles (vid. PARRA LUCÁN, «Concurso de acreedores y consorcio conyugal», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Decimonovenos encuentros (Zaragoza-Teruel 2009)*, Zaragoza, 2010, p. 112 (este estudio, aunque centrado fundamentalmente en el concurso de cónyuges sometidos al régimen aragonés de consorcio conyugal, tiene también numerosas reflexiones de alcance general y referidas al régimen de gananciales); y PINO LOZANO, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial de gananciales», en *Jornadas de Derecho Concursal (Cátedra de Derecho Notarial)*, Jornadas celebradas en Málaga los días 5 y 6 de junio de 2008, Granada 2009, pp. 74-76).

del concurso, pensado principalmente para un deudor singular y un patrimonio responsable propio e individual, con el régimen de la sociedad de gananciales, por las particularidades que ésta presenta en relación con los sujetos, bienes, deudas y responsabilidad propios de la misma².

El mero hecho de que el legislador concursal de 2003 dedicara atención específica a ese supuesto es digno de ser destacado positivamente. La regulación dispuesta, sin embargo, no era óptima, en parte porque resultaba insuficiente y en parte porque en algunos aspectos resultaba inadecuada³.

Pues bien, este trabajo se orienta a analizar ese supuesto y el régimen aplicable al mismo, en particular lo atinente al cónyuge del concursado (también llamado cónyuge *in bonis*: así lo haremos nosotros en adelante, por la mayor facilidad para identificarlo y para de este modo evitar confusiones), a los acreedores del cónyuge *in bonis* y al funcionamiento de la propia sociedad de gananciales en esa situación. Son temas que desde la promulgación de la LC han sido destacados por la doctrina como difíciles y polémicos, y que precisamente por eso han sido objeto de modificación por la Ley 38/2011. Esto creemos que justifica este trabajo, orientado a estudiar la cuestión tanto a la luz de la redacción inicial de la LC (Ley 22/2003) como de la redacción dada a ésta por la Ley 38/2011, aunque en realidad, como veremos, los cambios que ésta ha introducido se centran básicamente en los acreedores del cónyuge *in bonis*.

Antes de proceder a ello, ahora bien, es necesario identificar, siquiera sea a grandes rasgos, las notas distintivas y los principios rectores de la regulación dispuesta sobre el concurso de persona casada en régimen de gananciales en la Ley 22/2003. Pues esto nos permitirá conocer el sistema inicialmente dispuesto y, luego, calibrar la posibilidad o imposibilidad, y la oportunidad o inoportunidad, de introducir modificaciones en el mismo. Sólo si dejamos fijadas con claridad esas bases podremos avanzar con seguridad en el estudio y apuntar, en su caso, ideas de provecho.

² YÁÑEZ VIVERO, *Repercusiones de la reforma concursal (Proyecto de julio de 2002) en el régimen económico matrimonial del concursado*, en Aranzadi Civil, 2002-III, p. 2668; SASTRE PAPIOL, en *Derecho concursal práctico* (coord. Fernández Ballesteros), Madrid, 2004, ad art. 77 LC, p. 417.

³ Así lo destacan DÍEZ SOTO, «El régimen de gananciales en la nueva Ley Concursal», en *Libro-homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (coord. González Porras y Méndez González), Murcia, 2004, t. I, pp. 1280-1281; y CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», en *Familia y concurso de acreedores* (coord. Cuenca Casas), Cizur Menor, 2010, p. 100.

2. LA REGULACIÓN DISPUESTA POR LA LEY 22/2003 EN EL TEMA OBJETO DE ESTUDIO: RASGOS DISTINTIVOS DE LA MISMA Y PRINCIPIOS EN QUE SE BASA

En el concurso de persona casada en régimen de gananciales, como en cualquier otro supuesto de concurso, una de las primeras tareas a que hubo de enfrentarse el legislador fue decidir respecto a la composición de las masas activa y pasiva del mismo. Lo cual no era solo una cuestión primera en el orden lógico sino que además constituía una de las más trascendentes y comprometidas, por las notas singulares de ese régimen económico-matrimonial, que son determinantes de la dificultad de la regulación de ese concurso⁴.

En cuanto a la masa activa, la Ley 22/2003 se refería a ella en general en su Título IV, Capítulo II, en el que se integraban ocho artículos (del 76 al 83)⁵. De ellos, los que más nos interesan en este momento son los artículos 76.1 y 77, que por su importancia transcribimos a continuación:

Art. 76.1 LC: «Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento».

Art. 77 LC: «1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. 2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de la sociedad de gananciales..., se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales... cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad... conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio, que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso»⁶.

⁴ Sin perjuicio de lo dicho en el texto, y antes incluso de la aprobación de la LC-2003, BELTRÁN SÁNCHEZ («Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, dir. por García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerro, Madrid, 2002, p. 157) planteaba «si son realmente necesarias normas concursales especiales sobre la composición del patrimonio del deudor, o si la unificación del derecho concursal no haría más adecuado que la materia se contemplase en el Código civil [y en el Código de Comercio, añadiríamos nosotros] y, en su caso, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo las necesarias especialidades». Si no se hace así, decía BELTRÁN, «obliga, al menos, a exigir una coordinación adecuada entre la norma concursal especial y las normas generales contenidas en el Código civil [y el Código de Comercio, añadimos nosotros] y la Ley de Enjuiciamiento Civil». En la misma línea se manifiesta MANZANO CEJUDO, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. Fernández de la Gándara y Sánchez Alvarez), Madrid-Barcelona, 2004, p. 484.

⁵ Título IV, Capítulo II –De la determinación de la masa activa–, Secciones 1.^a –De la composición de la masa activa y formación de la sección tercera– y 2.^a –Del inventario de la masa activa–.

⁶ La LC habla de régimen económico de «sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes», para referirse con ese segundo inciso a regímenes propios de los

En cuanto a la masa pasiva, además de otros preceptos dispersos en su articulado la Ley 22/2003 le dedicaba, dentro de su Título IV el Capítulo III, que contenía once artículos (del 84 al 94)⁷. De todos ellos, los que más directamente atañen a nuestro caso son los artículos 49 y 84.1, que transcribimos seguidamente:

Art. 49 LC: «Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no,... quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes».

Art. 84.1 LC: «Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales..., no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad... conyugal».

La lectura de esos preceptos suscitó inmediatamente las dos siguientes cuestiones. ¿Por qué se incluyen en la masa activa, además de los bienes privativos del concursado también los bienes gananciales en su totalidad, siendo así que estos no le pertenecen a él en exclusiva sino en común con su cónyuge? ¿Por qué se excluyen de la masa pasiva los créditos contra el cónyuge *in bonis*, aunque sean créditos a cargo de la sociedad conyugal?

Eran, esas, dos notas fundamentales en la regulación que la LC disponía respecto al concurso de persona casada en régimen de gananciales, cuya combinación –no tanto si cada una de ellas se considera por separado– generó crítica y rechazo en nuestra doctrina mayoritaria⁸, al estimar que ello suponía que del cumplimiento de las obligaciones del cónyuge concursado se hacían responder bienes que no son exclusivamente suyos –los gananciales–, y que suponía asimismo que esos bienes, al menos mientras durara el concurso, quedaban excluidos de responsabilidad efectiva por incumplimiento

Derechos forales similares al de gananciales. En este trabajo, sin embargo, nosotros nos vamos a limitar al régimen de gananciales. Por esta razón, para mayor simplicidad, en los preceptos transcritos hemos suprimido el segundo inciso, e igualmente lo haremos a lo largo del trabajo, omitiendo toda referencia a esos otros regímenes económico-matrimoniales.

⁷ Título IV, Capítulo III –*De la determinación de la masa pasiva*–, con cuatro Secciones: 1.ª *De la composición de la masa pasiva y formación de la sección cuarta*; 2.ª *De la comunicación y del reconocimiento de créditos*; 3.ª *De la clasificación de los créditos*; 4.ª *De la lista de acreedores*.

⁸ *Vid.*, por todos, CORDERO LOBATO, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. Bercovitz), Madrid, 2004, t. I, *ad art.* 84 LC, p. 977; BELTRÁN SÁNCHEZ, en *Comentarios de la Ley Concursal* (dir. Rojo-Beltrán), Madrid, 2004, t. I, *ad art.* 84, p. 1498; GUILARTE GUTIÉRREZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado*, ADCo, 2005, p. 83; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, pp. 265-266; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico del matrimonio», *cit.*, pp. 100-103.

de deudas gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis*⁹. Lo cual, se decía, constituye una grave lesión a los intereses legítimos que tienen en ese sentido tanto el cónyuge *in bonis* como los titulares de créditos adquiridos mediante negocios celebrados con el cónyuge *in bonis* pero que generan deudas de las que responde directamente la sociedad de gananciales *ex* artículo 1369 CC.

A resultas de lo cual la doctrina mayoritaria propuso diversas modificaciones en ese sentido, algunas de las cuales han sido acogidas en la Ley 38/2011. En concreto, se ha modificado el tenor del artículo 84.1, suprimiendo la proposición segunda que el mismo tenía inicialmente, y se ha modificado el artículo 49 LC, añadiéndosele un apartado 2 nuevo. Esos preceptos rezan hoy así:

Art. 84.1 LC: «Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa»¹⁰.

Art. 49.2 LC (cuya rúbrica es «Integración de la masa pasiva»): «En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales..., se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal».

Se trata, como es fácil apreciar, de un cambio sustancial, aunque centrado, como ya quedó dicho más arriba, en lo tocante a la masa pasiva del concurso. A la vista de lo cual cabe plantearse si tal reforma ha sido acertada o no en orden a alcanzar los fines que perseguía: atender debidamente los intereses del cónyuge *in bonis* y de los acreedores del cónyuge *in bonis*. Para responder a esto es necesario antes indagar cuáles eran las razones, o los principios en que se sustentaba el régimen establecido en este punto en la Ley 22/2003.

En este sentido resulta evidente que en cuanto a la determinación de la masa activa el legislador partió del principio –rector de nuestro Ordenamiento jurídico– de responsabilidad patrimonial universal del deudor en caso de incumplimiento de sus obligaciones, establecido de forma general en el artículo 1911 CC y luego, más concretamente en el ámbito del procedimiento de ejecución colectiva, en el artículo 76.1 LC¹¹.

⁹ Esto es así porque el art. 55.1 LC dispone que *«declarado el concurso, no podrán iniciarse actuaciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor»*.

¹⁰ Habiéndose suprimido la frase con que inicialmente continuaba esa frase, que era la siguiente: *«En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales..., no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad... conyugal»*.

¹¹ Por supuesto, se excluyen los *«bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables»* (art. 76.2 LC), para concreción de los cuales procede remitirse a la LEC: artículos 605 ss.

Lo que ocurre es que luego, a la hora de concretar eso, en nuestro caso surgen dificultades particulares derivadas de la naturaleza de comunidad germánica con que el régimen económico-matrimonial de gananciales se configura en nuestro Ordenamiento, según el entendimiento del mismo absolutamente dominante¹². Este régimen, como es sabido, supone la existencia simultánea de tres patrimonios: uno privativo de cada cónyuge, y otro ganancial.

Los bienes privativos no presentan dificultad ninguna en este sentido, explicitando al respecto el artículo 77.1 LC que «... la masa activa [del concurso de un cónyuge] comprenderá los bienes y derechos... privativos del concursado»¹³.

Pero sí plantea dificultades el patrimonio ganancial, pues este es común a los cónyuges pero no al modo romano de comunidad por cuotas sino con arreglo al modelo germánico de mano común.

Esta circunstancia conlleva una singularidad muy relevante en orden a determinar la composición de la masa activa del concurso. Porque con base en el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor resulta claro que todo derecho de contenido patrimonial de que el cónyuge concursado sea titular –entre los cuales está, sin duda, el que tiene sobre el patrimonio ganancial– debe quedar sujeto a responsabilidad por sus deudas¹⁴. Lo que ocurre es que el derecho sobre el patrimonio ganancial no es exclusivo suyo sino en cotitularidad con el otro cónyuge. Siendo así además –y ésta es la causa de la dificultad– que el derecho de cada cónyuge, por la naturaleza propia de la sociedad de gananciales, no supone una cuota embargable sobre bienes concretos mientras la sociedad no se liqui-

¹² Sin perjuicio de voces excepcionales que propugnan una configuración distinta del mismo –societaria, o de copropiedad romana (por cuotas)–, en unos casos *de lege lata*, en otros *de lege ferenda* (MAGARIÑOS, «El concurso y la sociedad de gananciales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid-Barcelona, 2005, t. II, pp. 2053-2060; GUILARTE GUTIÉRREZ, «La sociedad de gananciales: desde la comunidad germánica al caos liquidatorio», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, t. III, pp. 4683 ss.; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 103, nota 6.)

¹³ Este párrafo 1 del artículo 77 LC, a diferencia del párrafo 2 de este mismo precepto, no es de aplicación exclusiva al cónyuge casado en régimen de gananciales sino que vale para toda persona casada, sea cual sea su régimen económico. Así lo posibilita el tenor del mismo, que hace referencia a bienes y derechos «propios o privativos» del concursado. Pues «privativos», aunque pueda también ser sinónimo de «propios», es término que habitualmente se refiere al régimen de gananciales. Pero «propios» es término que vale y es aplicable a cualquier régimen (*vid.* YAÑEZ VIVERO, *op. cit.*, p. 2669; SASTRE PAPIOL, *op. cit.*, pp. 417-418; VÁZQUEZ ALBERT, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. Sagraera Tizón, Sala Reixachs y Ferrer Barriendos), Barcelona, 2004, t. II, *ad* artículo 77, pp. 980-981, nota 35; ÁLVAREZ OLALLA, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. por R. Bercozitz), Madrid, 2004, t. I, *ad* art. 77 LC, p. 929).

¹⁴ MANZANO CEJUDO, *op. cit.*, p. 488; BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid-Barcelona, 2005, t. II, p. 1767; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., p. 261.

de, pues hasta entonces los cónyuges no tienen (a título individual) un derecho actual y efectivo sobre los distintos bienes concretos que integran este patrimonio. Tienen un derecho sobre la mitad del patrimonio ganancial en su conjunto, pero su concreción sobre bienes singulares solamente se produce a resultas de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que ese derecho sobre el patrimonio común, en cuanto tal, no puede ser objeto de ejecución.

A la vista de lo cual, las posibilidades que el legislador tenía en este punto eran muy limitadas. Pues excluir de la masa activa del concurso los bienes gananciales no era admisible, por ser contrario al principio de responsabilidad patrimonial universal. Pero tampoco resultaba adecuado imponer la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales para así incluir en la masa activa los bienes que se atribuyeran al cónyuge concursado en pago de su derecho sobre la mitad del patrimonio ganancial, porque esta solución es contraria a la autonomía de la voluntad de los cónyuges y porque además contraviene lo dispuesto en el Código civil (arts. 1373 y 1393.1), que considera la decisión de disolver como una potestad facultativa del cónyuge *in bonis*¹⁵.

Por tales razones el legislador concursal de 2003, en el definitivo artículo 77 LC, ha buscado –si bien que con unos términos confusos– establecer una fórmula que permita alcanzar el resultado más próximo al pretendido pero que se ajuste a las bases de nuestro sistema¹⁶. Esa fórmula, como sabemos, consiste en integrar la masa activa del concurso del cónyuge casado en régimen de gananciales con

¹⁵ A pesar de lo dicho, en el Proyecto de LC de 2002 se planteó así (art. 76.2): *vid. infra* nota 18. Se manifestó muy críticamente con esa norma BELTRÁN SÁNCHEZ (*Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal*, cit., pp. 160-162), si bien algunas de las razones que da no nos parecen atendibles, porque compara el supuesto de declaración en concurso de un cónyuge con el de declaración en concurso de una sociedad mercantil, y porque además considera que la eventual liquidación de la sociedad de gananciales supondrá solo reparto del activo entre los cónyuges. Estas, sin embargo, no son premisas correctas. En primer lugar, la comparación con lo que ocurre en el concurso de la sociedad mercantil no es acertada porque en este caso, lógicamente, el reparto entre los socios de los bienes resultantes de la liquidación sólo puede hacerse después de haber pagado todas las deudas de la sociedad (deudora), pero en el caso que en este trabajo estamos estudiando deudor es sólo un cónyuge, no la sociedad de gananciales ni el otro cónyuge, lo cual justifica que este pueda interesar la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, para que no responda toda ella de las deudas del concursado. Y en segundo lugar su razonamiento no es acertado porque, aunque la petición de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales que haga el cónyuge *in bonis* sea procedente, ello no se traduce solo en un reparto del activo ganancial entre los cónyuges, sino que antes hay que hacer frente al pasivo y pagar a los acreedores consorciales. También han sido críticos con esa norma proyectada Díez Soto, *op. cit.*, pp. 1284 s; y VÁZQUEZ ALBERT, *op. cit.*, pp. 981-982.

¹⁶ Así lo destaca –aunque críticamente, dada su postura de rechazo con respecto a la configuración de la sociedad de gananciales como comunidad germánica– GUILARTE GUTIÉRREZ, en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez), Valladolid, 2004, t. II, ad artículo 77, p. 1551.

su patrimonio privativo (art. 77.1 LC)¹⁷ y también con el patrimonio ganancial en su totalidad (art. 77.2 LC)¹⁸, aunque estableciendo esto último solamente «cuando [los bienes gananciales] deban responder de obligaciones del concursado», y añadiendo además que, «en este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio, que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso».

Cada uno de esos dos añadidos del artículo 77.2 LC, que confieren mayor singularidad aún a la solución adoptada, ha suscitado debate y polémica en la doctrina, aunque el relativo al primero de ellos puede decirse hoy que está superado.

En efecto, se discutió en los primeros momentos qué significa que los bienes gananciales se incluyan en la masa activa del concurso solo «cuando deban responder de obligaciones del concursado».

¹⁷ Los bienes privativos del cónyuge *in bonis* quedan fuera de la masa activa del concurso, aunque en la LC no se diga expresamente. Pues en el artículo 76 de la misma se establece que «Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor...», y en el artículo 77.1 se dice que «En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado». Y además por coherencia con lo dispuesto en el artículo 84 Ley 22/2003, pues en él se excluían de la masa pasiva del concurso las deudas contraídas por el cónyuge *in bonis*, aunque fueran de responsabilidad de la sociedad conyugal. En el mismo sentido se muestran, además, los antecedentes de la LC, pues en el Anteproyecto de 1983 se establecía expresamente (art. 263) que «se excluirán de la masa activa del concurso los bienes privativos del cónyuge del deudor», y en el Anteproyecto de 1995 se reiteraba (art. 78.2) que «en ningún caso se integrarán en la masa activa los bienes propios del cónyuge del deudor». En este sentido se pronuncia también la doctrina dominante, sin perjuicio de algunas voces discrepantes, como por ejemplo ORDUÑA-PLAZA, quienes admiten la inclusión en la masa activa de los bienes privativos del cónyuge *in bonis*, aunque con carácter excepcional: cuando el concursado sea comerciante y el cónyuge *in bonis* haya consentido expresamente que sus bienes privativos queden afectos al cumplimiento de esas deudas (art. 9 CCo) (*Comentario de la Ley Concursal*, dirs. Rojo-Beltrán, Madrid, 2004, t. I, ad art. 77 LC, p. 1411). También se pronuncia en este sentido MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2065; y PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 260-261, aunque sin concretar el caso o casos en que procede esa inclusión. Considera igualmente esta posibilidad, aunque sin decidirse, VÁZQUEZ ALBERT, *op. cit.*, pp. 982-983.

¹⁸ El sentido de determinar el artículo 77 LC, en dos apartados, la masa activa del concurso de un cónyuge casado en régimen de gananciales, dice GUILARTE GUTIÉRREZ que se hace para destacar «la diferencia que presenta el tratamiento de los bienes privativos en relación con los bienes comunes o consorciales» (*op. cit.*, p. 1560). En contra de esta explicación se pronuncia CUENA CASAS («Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 105), aduciendo que en el Proyecto de LC de 2002 (art. 76) ya se hacía referencia separada a los bienes privativos (art. 76.1) y a los bienes gananciales (art. 76.2) y el sistema sin embargo era sustancialmente distinto al de la Ley 22/2003, ya que en aquel los bienes gananciales no se incluían en la masa activa del concurso de un cónyuge, sino «el derecho correspondiente al concursado sobre el patrimonio común», esto es los bienes que se le adjudicaran a resultas de la previa liquidación del patrimonio ganancial (esto es, bienes *ex* gananciales), que en ese momento eran ya, por tanto, exclusivamente suyos. «Ello pone de relieve –concluye CUENA– que la finalidad del artículo 77.1 [Ley 22/2003] no era la de distinguir el tratamiento de los bienes privativos del de los bienes comunes». Por nuestra parte solamente decimos que, sea cual sea la explicación al respecto, en todo caso la consideración en párrafos separados de cada uno de los bienes que integran la masa activa no tiene consecuencias prácticas en este tema.

La fórmula empleada, en verdad, es oscura¹⁹. Pero la dificultad se despeja si, como han señalado los autores²⁰, se entiende que lo que hace es remitir la cuestión al Código civil y al Código de Comercio (según que el concursado no ejerza el comercio o, por el contrario, sí lo ejerza)²¹. ¿Cómo, ahora bien, se concreta eso? ¿Debe entenderse

¹⁹ Los antecedentes del apartado 2 de este precepto son los siguientes. En el Anteproyecto de 1983, la norma equivalente (art. 263) disponía que «... los [bienes] gananciales y los demás comunes afectos a la responsabilidad derivada de obligaciones contraídas por el deudor que sean de cargo de la sociedad conyugal se integrarán en la masa a los efectos de hacer efectiva aquella responsabilidad, según el régimen económico del matrimonio». En el Anteproyecto de 1995, el artículo 78.1 disponía lo siguiente: «Se integrarán en la masa activa los bienes gananciales y demás bienes conyugales que, según la legislación civil aplicable, deban responder de las deudas contraídas por el cónyuge declarado en concurso».

²⁰ Vid., entre otros, MANZANO CEJUDO, *op. cit.*, p. 489; SANZ VIOLA, «Incidencia del concurso de acreedores en el régimen económico matrimonial del deudor en la Ley Concursal», *RD*, 2004, pp. 716-717; MAGRO SERVET, «La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», en *Revista Jurídica Española «La Ley» (Diario La Ley)*, núm. 6213, 18-3-2005, ref. D-66, pp. 1613-1614.

²¹ En el Código civil, el régimen de responsabilidad aplicable al cónyuge casado en régimen de gananciales se contiene fundamentalmente en el Libro IV, Tít. III, Cap. IV, Sección 3.ª, cuya regulación actual procede de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. A grandes rasgos, ese régimen es el siguiente:

a) De las deudas contraídas conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro, sea cual sea la índole de esas deudas responden directa y solidariamente el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges (si la deuda fue contraída por ambos), o el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo del cónyuge que las contrajo (si fue contraída por él pero con el consentimiento del otro) (art. 1367 CC).

b) De las deudas contraídas solo por un cónyuge, sin contar con el consentimiento expreso del otro, pero que sean consideradas deudas de la sociedad de gananciales, responden directa y solidariamente el patrimonio ganancial y el privativo del cónyuge que las contrajo (art. 1369 CC). Las deudas comprendidas en este grupo son, básicamente, las señaladas en los artículos 1365, 1366 y 1368 CC.

c) De las deudas contraídas sólo por un cónyuge y que sean privativas suyas –esto es, las que no sean consideradas «de la sociedad de gananciales» (las de la letra anterior)– responden directamente solo los bienes privativos de ese cónyuge, aunque subsidiariamente –es decir, si los bienes privativos no son suficientes– responden también los bienes gananciales, en los términos que señala el artículo 1373 CC y con la posibilidad de reacción que en él se concede al otro cónyuge.

En el Código de comercio, el régimen de responsabilidad aplicable es el dispuesto en los artículos 6 y siguientes, redactados por Ley 14/1975, de 2 de mayo [preceptos que siguen hoy vigentes, pues la LC no los ha derogado (*vid.* BLANQUER ÜBEROS, «Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales», *cit.*, pp. 1752-1754; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, p. 114, nota 29; MERCADAL, en *Nueva Ley Concursal* (coord. Sala, Mercadal, Alonso Cuevillas), Barcelona, 2004, *ad* artículo 77 LC, p. 401; MAGRO SERVET, *op. cit.*, p. 1615; PINO LOZANO, *op. cit.*, pp. 87-88; VÁZQUEZ ALBERT, *op. cit.*, p. 983; ARNAU RAVENTÓS, *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 79 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, Barcelona, 2006, p. 42, nota 62), aunque hay quienes sostienen lo contrario (*vid.* YAÑEZ VIVERO, *op. cit.*, pp. 2674-2675; BELTRÁN: «Algunas consideraciones sobre la composición...», *cit.*, p. 162; GUILARTE GUTIÉRREZ, en *Comentarios a la legislación concursal*, *cit.*, *ad* artículo 86.3, p. 1747; tal vez también SANCINENA ASURMENDI, «El concurso de acreedores de persona casada», en *Homenaje al Profesor Lluís Puig Ferriol*, Valencia, 2006, t. II, pp. 2262-2265, pues en varias ocasiones parece dar a entender (*vid.* pp. 2263-2264 y 2265) que esos arts. del CCo,

que ese inciso hace referencia sólo a las deudas del concursado que generan responsabilidad directa de los bienes gananciales, o debe entenderse que comprende también las deudas del cónyuge concursado que generan responsabilidad subsidiaria de los bienes gananciales? Tras algunas vacilaciones iniciales, la doctrina vino pronto a concluir que la interpretación adecuada es la segunda solución. Esto es, que aunque la redacción del artículo 77.2 LC no sea afortunada –parece que los bienes gananciales no se incluyen en todo caso en la masa del concurso, sino solamente si se producen determinadas circunstancias– el sentido del precepto es que los bienes gananciales se incluyen siempre, porque siempre están sujetos a responsabilidad por incumplimiento de las deudas del cónyuge concursado, ya sea directamente (por deudas gananciales)²², ya sea subsidiariamente

aunque no están formalmente derogados, sí lo están materialmente)]. En todo caso, el régimen de responsabilidad establecido en el CCo, a grandes rasgos, es el siguiente:

a) Si un cónyuge ejerce el comercio contra la oposición a ello de su consorte manifestada en forma (para ser válida ha de hacerse constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil: artículos 6, 7, 8 y 11 CCo), de las deudas contraídas por aquél en el ejercicio del comercio responden siempre, directa y solidariamente, los bienes propios (privativos) de ese cónyuge y los bienes (gananciales) adquiridos a resultas de esa actividad comercial (art. 6 CCo). Esto supone distinguir dos submasas dentro de los bienes gananciales: los adquiridos a resultas del comercio, y los demás. Y significa que la responsabilidad por incumplimiento de esas deudas se puede hacer efectiva siempre de forma directa sobre los bienes privativos del cónyuge comerciante y sobre los bienes gananciales adquiridos a resultas de esa actividad. Ahora bien, aunque el precepto no lo explicita hay que entender además que si esos bienes no son suficientes en ese sentido, los demás bienes gananciales, aunque no estén sujetos a responsabilidad directa, responden subsidiariamente (*vid.* BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales», cit., p. 1753; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 118-119; Díez SOTO, *op. cit.*, p. 1304).

b) Si un cónyuge ejerce el comercio consintiéndolo su consorte, de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio, además de los bienes privativos del comerciante responden también directamente todos los bienes gananciales, tanto si han sido adquiridos a resultas del comercio como si no. Ese consentimiento puede manifestarse expresamente, pero además se presume otorgado si el cónyuge ejerce el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del otro cónyuge, y también si al tiempo de contraer matrimonio ya ejercía el comercio y luego lo continúa sin oposición del otro.

c) De las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio del comercio pueden responder también directamente los bienes propios (privativos) del otro cónyuge si este manifiesta su consentimiento de forma expresa en ese sentido, y se recoge en escritura pública y se inscribe en el Registro Mercantil (arts. 9 y 10 CCo).

²² Es oportuno destacar aquí el empleo equivalente que el legislador concursal hace de las nociones de deudas «de cargo» y «de responsabilidad» de la sociedad de gananciales. Esto se aprecia fácilmente al considerar el proceso de elaboración de la LC, pues en el Anteproyecto de 1983 (art. 263) y en el artículo 84.1 LC (Ley 22/2003) se habla de deudas «de cargo», mientras que en el Anteproyecto de 1995 (art. 78.1), en el artículo 77.2 LC (Ley 22/2003) y en el artículo 49.2 LC tras la reforma de la misma por la Ley 38/2011 se habla de «responsabilidad». En puridad se trata de nociones distintas, pues «deudas de cargo» son las que generan pasivo definitivo de la sociedad de gananciales y «deudas de responsabilidad» son aquellas de las que los bienes gananciales responden en el plano externo, sin perjuicio de lo que luego pueda ser en el plano interno entre cónyuges. Parece sin embargo que el legislador no ha tenido conciencia de ese matiz y que ha utilizado ambas expresiones como sinónimas, aunque ciertamente sea más propia la que habla de deudas de responsabilidad de la sociedad de gananciales, ya que lo que el tema de concurso resulta

(por deudas privativas)²³. La masa activa del concurso, en definitiva, hay que concluir que está integrada tanto por los bienes privativos del cónyuge concursado como por todos los bienes gananciales, siempre²⁴. Esta es la interpretación del precepto que actualmente se

relevante es que los bienes gananciales respondan o no de las deudas que se integran en su masa pasiva, con independencia de lo que luego pueda ser en el plano interno.

²³ Según el artículo 1373 CC, la responsabilidad (subsidiaria) de los bienes gananciales solo se produce si los bienes privativos del cónyuge deudor no son suficientes para hacerla efectiva. Nada hay que objetar a eso, pero sí precisar que en el caso estudiado ello ocurrirá siempre, pues el concurso, por hipótesis, supone que el sujeto (en nuestro caso el cónyuge concursado) es insolvente, esto es que su pasivo es superior a su activo, ya sea incluyendo bienes privativos y gananciales, ya sea, con mayor razón aún, si se consideran solo sus bienes privativos. Esto dicho, y como argumento añadido, considérese además que si de las deudas privativas no respondiesen también los bienes gananciales eso en la práctica supondría dejar a estos acreedores sin poder cobrar en la mayoría de los casos, ya que el patrimonio privativo de los cónyuges casados en régimen de gananciales es por lo común muy poco significativo. Lo que iría en contra de lo dispuesto en los artículos 1911 CC y 76.1 LC, y además es claro que no fue esa la intención de los redactores de la LC. Así pues, aunque el inciso final del artículo 77.2 LC tenga ciertamente una redacción poco afortunada ello no debe llevarnos a interpretaciones absurdas. Abundando en lo dicho, añade MAGARIÑOS (*op. cit.*, p. 2060; también apunta esta idea Díez Soto, *op. cit.*, p. 1281, nota 6), como un dato más a considerar, que el artículo 82 LC –cuya rúbrica es «Formación de inventario»– dispone que «en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales... se incluirán en el inventario la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como las de los bienes y derechos gananciales...», sin condicionar la inclusión de estos últimos a que deban responder de obligaciones del concursado.

²⁴ En otro orden de cosas procede señalar aquí que la LC (arts. 74 y 75) encomienda a la Administración concursal la elaboración de un inventario que «contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa» (art. 82.1 LC), precisando que «en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales... se incluirán en el inventario la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como de los bienes y derechos gananciales..., con expresa indicación de su carácter» (esta misma idea se reitera en el art. 82.2 LC). Para realizar esto, es decir para determinar qué bienes y derechos son privativos y cuáles son gananciales, habrá que acudir a las normas del Código civil: artículos 1346 ss. (si se trata de cónyuge comerciante puede ser necesario además distinguir, dentro de los bienes gananciales, entre los que responden directamente de las deudas contraídas en ejercicio del comercio y los que no: arts. 6 ss. CCo). Siendo conveniente destacar a este respecto el artículo 1361 CC, que establece una presunción de ganancialidad de los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los cónyuges; y merece asimismo destacar también el artículo 1324 CC, que establece que la confesión de privatividad de un bien hecha por un cónyuge en favor del otro, aunque válida y bastante entre ellos, no es suficiente por sí sola para perjudicar a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de uno de los cónyuges. Y también conviene mencionar en este sentido, por su operatividad práctica, los artículos 93 y 94 R.H., que en relación con bienes inmuebles contemplan diversas hipótesis de inscripción en el Registro –a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial expreso, a nombre de uno de los cónyuges (sea el concursado o no) pero con indicación expresa de haber sido adquirido para la sociedad de gananciales, y a nombre de uno de los cónyuges con carácter presuntivamente ganancial–, no obstante lo cual todos ellos entran en la masa activa del concurso.

Pero, ¿cómo se concreta eso en la práctica? A este fin, la Administración concursal no parte de cero. Pues si se trata de concurso voluntario el artículo 6 LC exige al deudor que en el escrito que presente solicitando su declaración en concurso indique la identidad de su cónyuge y el régimen económico del matrimonio, y que acompañe una serie de documentos, entre ellos «un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza...» (si el concursado es comerciante adquiere especial aplicación el art. 6.2.2 LC, que pide se acompañe «memoria... de la historia económica y jurídica de la actividad o actividades a las que se haya dedicado durante los tres últimos años...», y en el art. 6.3 LC se le exigen

sigue sin discrepancias reseñables, y a la que nosotros también nos sumamos²⁵.

No se ha alcanzado, en cambio, una interpretación satisfactoria en relación con la facultad que el artículo 77.2 LC concede al cónyuge *in bonis* para solicitar la disolución de la sociedad de gananciales, que según establece será acordada por el Juez y «se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso». Con esta previsión el legislador ha pretendido atender al derecho que el cónyuge *in bonis* tiene en cuanto que también es titular de los bienes gananciales, pues como ya hemos dicho éstos quedan siempre sometidos al concurso y por tanto pueden tener que

muchos otros documentos, si estuviera obligado a llevar contabilidad). Y si se trata de concurso necesario el artículo 21.1.3 LC dispone que el auto de declaración de concurso contendrá «*requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de diez días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6*» [antes citado]. Lo que significa que en orden a realizar el inventario y a clasificar los bienes y derechos que componen la masa activa del concurso una primera información procede del propio cónyuge concursado. Esta información no es vinculante para la Administración concursal, ciertamente, pero sí resulta útil e importante, por el conocimiento directo que ese cónyuge tiene de la realidad (y como medida disuasoria frente a posibles maquinaciones defraudatorias en este sentido por parte de ese cónyuge, la LC establece que la comisión de irregularidades o inexactitudes graves, la falta de colaboración o la no facilitación de la información necesaria, lleva aparejada la consideración del concurso como culpable –arts. 164 y 165 LC–, con las consecuencias que ello conlleva).

En todo caso, ¿qué ocurre si, una vez elaborado y publicado el informe, algún interesado no se muestra conforme con él, ya sea por haber incluido o excluido bienes, o por haberles asignado una naturaleza –privativa o ganancial– con la que no está de acuerdo? La Ley 22/2003 establece en su artículo 95.1 que «*la administración concursal, simultáneamente a la presentación del informe, dirigirá comunicación personal... a cada uno de los interesados... para que formulen las reclamaciones que tengan por conveniente*» (la Ley 38/2011 ha introducido un nuevo ap. 1 a este precepto, pero la idea sigue siendo la misma). Estos posibles interesados son naturalmente, además de los propios cónyuges los acreedores de los mismos, pues es evidente que tienen interés legítimo en ese sentido [MANZANO CEJUDO –*op. cit.*, pp. 498-499– sustenta la posible intervención del cónyuge *in bonis* en el artículo 13 LEC; por ello la lógica y el Derecho (*vid. arts. 541 LEC y 144 RH*) exigen –más adelante veremos esto: *infra* 3.1 y 3.4.3– que esa comunicación se haga también al cónyuge *in bonis* (*vid. SANZ VIOLA, op. cit.*, p. 718)]. Hecho eso, establece el artículo 96.1 LC que «*dentro del plazo de diez días a contar desde la comunicación... cualquier interesado podrá impugnar el inventario...*». Estas impugnaciones, dice luego el artículo 96 (antes núm. 4, hoy núm. 5) LC, «*se sustanciarán por los trámites del incidente concursal*», cuyo régimen se establece en los artículos 192 y siguientes LC. De entre los cuales destaca el artículo 192.2 LC, que dice que «*los incidentes concursales no suspenderán el procedimiento de concurso, sin perjuicio de que el Juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte*» (en este caso, según algunos autores, la suspensión es claramente procedente, pues el incidente afecta a la composición de la masa activa, y por tanto a la sustancia del concurso: *vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, La liquidación de la sociedad de gananciales, cit.*, p. 73, nota 13).

²⁵ YÁÑEZ VIVERO, *op. cit.*, pp. 2671-2672; ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, pp. 930-931; DÍEZ SOTO, *op. cit.*, pp. 1284 y 1305-1307; SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 717; CORDERO LOBATO, *op. cit.*, p. 1022; HERRERA CUEVAS, *Manual de la reforma concursal*, Madrid, 2004, p. 384; GUILARTE GUTIÉRREZ, en *Comentarios a la legislación concursal, cit.*, ad artículo 77 LC, pp. 1562-1565; MAGRO SERVET, *op. cit.*, p. 1614; ARNÁU RAVENTÓS, *op. cit.*, pp. 1, 39-40 y 44-45; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores, cit.*, pp. 266-267.

responder por deudas que no han sido contraídas por el cónyuge *in bonis*, que pueden incluso ser deudas privativas del cónyuge concursado. La finalidad de esta previsión es sin duda atendible, pues el interés que el cónyuge *in bonis* tiene en ese sentido es legítimo; el concreto mecanismo dispuesto para hacerla efectiva, sin embargo, ha generado grandes dudas, que a día de hoy siguen sin haberse resuelto. De esto, ahora bien, nos ocuparemos más adelante, pues es una cuestión ulterior a la determinación de las masas del concurso, que es lo que ahora estamos tratando.

En cuanto a la masa pasiva, la Ley 22/2003, como ya dijimos más arriba, destinó a ello fundamentalmente dos preceptos: los artículos 49 y 84.1, en los que se establecía una regla general y un añadido específico para el supuesto concreto aquí objeto de estudio.

La regla general, o denominador común de esos preceptos (arts. 49 y 84.1, proposición primera), es que forman la masa pasiva de cualquier concurso el conjunto de todas las deudas del concursado (o de todos los créditos que existan contra él: es lo mismo), salvo las excepciones que las leyes puedan establecer. Esta idea no plantea ninguna dificultad en nuestro caso, traduciciéndose en que la masa pasiva integra todas las obligaciones de las que el cónyuge concursado sea deudor²⁶, sin perjuicio de que

²⁶ En este sentido, la LC (arts. 74 y 75) encomienda a la Administración concursal la elaboración de una lista de acreedores. Al igual que se dijo del activo, ahora bien, la Administración concursal no parte aquí de cero, ya que la propia Ley exige al deudor, si se trata de concurso voluntario, que en el escrito en que solicite su declaración de concurso indique, en caso de estar casado, la identidad de su cónyuge y el régimen económico de su matrimonio y asimismo que acompañe una serie de documentos, entre ellos «una relación de acreedores» (art. 6.2.4 LC) y una «memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor [y] de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años» (art. 6.2.2 LC). Y si se trata de concurso necesario, el artículo 7.1 LC establece que «el acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el origen [y] naturaleza del crédito» (el tenor literal de este ap. ha sido modificado por la Ley 38/2011, pero la idea de fondo sigue siendo la misma), y luego además el artículo 21.1.3 LC añade que el auto de declaración de concurso contendrá, «en caso de concurso necesario, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos enumerados en el artículo 6». Lo que significa que una primera información procede del propio cónyuge concursado (y esta información, aunque no es vinculante sí resulta particularmente importante por el conocimiento directo que ese cónyuge tiene de la realidad, siendo así además que la comisión por parte de ese cónyuge de irregularidades o inexactitudes graves en este sentido, la falta de colaboración o la no facilitación de la información necesaria, lleva aparejada la consideración del concurso como culpable –arts. 164 y 165 LC–, con las consecuencias oportunas). Una vez elaborada esa lista, la Ley 22/2003 establecía en su artículo 95.1 que «la administración concursal, simultáneamente a la presentación del informe, dirigirá comunicación personal... a cada uno de los interesados... para que formulen las reclamaciones que tengan por conveniente» (hoy modificado en su tenor literal por la Ley 38/2011, pero igual la idea de fondo). Estos posibles interesados son, naturalmente, los acreedores del concursado, pero también el cónyuge *in bonis*, pues es evidente que tiene interés legítimo en ese sentido: por ello, la lógica y el Derecho (vid. arts. 541 LEC y 144 RH) exigen –más adelante veremos esto: *infra* 3.1 y 3.4.3– que esa comunicación se dirija también al cónyuge *in bonis* (vid. SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 718; MANZANO CEJUDO –*op. cit.*, pp. 498-499– sustenta la respuesta a esta cuestión en el artículo 13 LEC). Hecho lo cual, establece el artícu-

luego, una vez hecho eso, hubiera que diferenciar entre deudas privativas y deudas gananciales²⁷.

lo 96.1 LC que «dentro del plazo de diez días a contar desde la comunicación... cualquier interesado podrá impugnar... la lista de acreedores», si no se muestra conforme con ella por haber incluido o excluido un crédito. Estas impugnaciones, dice el artículo 96 (antes núm. 4, hoy núm. 5) LC, «se sustanciarán por los trámites del incidente concursal», cuyo régimen se establece en los artículos 192 ss. LC.

²⁷ La distinción entre deudas gananciales y deudas privativas del concursado es relevante, pero no para determinar su inclusión o exclusión de la masa pasiva del concurso sino a otros efectos [no estamos, pues, de acuerdo con GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Comentarios a la legislación concursal*, cit., ad art. 86.3 LC, p. 1746) y DÍEZ SOTO (*op. cit.*, pp. 1306-1307), quienes consideran que la clasificación de los créditos del concurso en gananciales y privativos resulta irrelevante]. ¿Cuál es el sentido de esa clasificación? Hay que partir de lo establecido en los artículos 86 (antes núm. 3, hoy núm. 4) y 94.2.2 LC, el primero de los cuales dispone que «cuando el concursado fuere persona casada en régimen de gananciales..., la administración concursal expresará, respecto de cada uno de los créditos incluidos en la lista, si solo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo o también sobre el patrimonio común», y el segundo apunta que en la lista de acreedores «se relacionarán separadamente los créditos que solo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo y los que pueden hacerse efectivos también sobre el patrimonio común». Se establece en ellos, como dice BLANQUER UBEROS («El concurso de los cónyuges en gananciales o impropia el concurso del matrimonio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2008, pp. 27-28), una clasificación difícil de explicar. Prueba de lo cual es que con base en tales artículos GALÁN LÓPEZ («La responsabilidad de los bienes gananciales en el concurso del cónyuge», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2004, pp. 218-219) y PINO LOZANO (*op. cit.*, p. 83) sostienen que de las deudas privativas del concursado solo responden sus bienes privativos, pero no los bienes gananciales, ni siquiera subsidiariamente. DÍEZ SOTO (*op. cit.*, pp. 1281 –nota 7– y 1305-1306), por su parte, apunta como posibles excepciones en este sentido (pero con dudas: *vid.* p. 1303, nota 42), los supuestos contemplados en los artículos 995 y 1372 CC, y MAGRO SERVET (*op. cit.*, p. 1616), sin perjuicio de lo que sostiene en un momento anterior (p. 1614), considera que «en el caso de que se trate de obligaciones del concursado propias, de las que no deban responder los bienes gananciales... (es decir deudas privativas), tan solo podrían quedar incluidas en el concurso si se presentara una petición del cónyuge del deudor para disolver la sociedad de gananciales [porque...] la parte atribuida al deudor... pasaría a integrar patrimonio privativo del deudor y, por ello, podría responder de las deudas propias del deudor concursado». Estas posturas, sin embargo, no pueden ser aceptadas. Pues en la línea dicha más arriba, y tal como entiende la doctrina ampliamente dominante, se trata de expresiones desafortunadas e inexactas del legislador, ya que no hay créditos que puedan hacerse efectivos solo sobre bienes privativos, ni créditos que puedan hacerse efectivos solo sobre bienes gananciales. La interpretación correcta de esos preceptos es considerar que simplemente distinguen entre créditos/deudas privativos y créditos/deudas gananciales a efectos de aplicar a cada uno de ellos un régimen (parcialmente) diferente. En concreto se trata de que, en caso de incumplimiento de deudas privativas (o de deudas del comercio ejercido con la oposición del otro cónyuge), la responsabilidad derivada puede hacerse efectiva directamente solo sobre los bienes privativos de ese cónyuge (o sobre los bienes privativos y los gananciales adquiridos a resultas del comercio), y que la responsabilidad de los bienes gananciales (o de los gananciales que no sean resultas del comercio) es subsidiaria, esto es solo en caso de insuficiencia del patrimonio privativo (y de los bienes gananciales resultas, en su caso), y además postpuestos esos acreedores privativos o gananciales *ex commercio*, en orden de cobro, a los acreedores gananciales, que tienen preferencia en ese sentido. Mientras que cuando se trata de deudas gananciales la responsabilidad en caso de incumplimiento puede hacerse efectiva directamente tanto sobre los bienes gananciales como sobre los bienes privativos del cónyuge que las contrajo, y además sin posponerse a los créditos privativos (salvo privilegios o preferencias legalmente establecidos). Este es el significado propio de los artículos 86 (antes núm. 3, hoy núm. 4) y 94.2.2 LC (considera dudosa la cuestión, aunque finalmente opta por la solución defendida por la doctrina mayoritaria, SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 717).

Sí planteaba dificultad, en cambio, la idea contenida en la segunda proposición del artículo 84.1 Ley 22/2003, referida específicamente al supuesto de concursado casado en régimen de gananciales: en este caso, decía el precepto, «no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque

Pues bien, sobre esa base resulta entonces que lo que la Administración concursal debe presentar es una lista con los acreedores del cónyuge concursado y su calificación como acreedores privativos o gananciales (y dentro de estos últimos, en caso de que el concursado sea comerciante, si se trata de acreedores *ex commercio* o no). Para lo cual habrá que aplicar las normas del Código civil: artículos 1362 ss., y en su caso también las del Código de comercio: artículos 6 ss. (*vid. supra* nota 21). Dicho eso, interesa aquí sobre todo la impugnación del cónyuge *in bonis* disconforme con la calificación que la Administración concursal haya hecho de un crédito (o deuda: es lo mismo) como de responsabilidad de la sociedad de gananciales. ¿Cómo se procede en este caso? Desde el punto de vista procedimental, la impugnación se ha de formular en el plazo de diez días desde la comunicación de la lista de acreedores (art. 96 LC), y la cuestión se sustancia por los trámites del incidente concursal (arts. 192 ss. LC) (esta cuestión, dice CUENA CASAS —«Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 144— que en la mayoría de los casos tendrá entidad suficiente como para que proceda la suspensión del procedimiento concursal *ex art.* 192.2 LC, ya que repercutirá sustancialmente en la composición de la masa pasiva del mismo). Pero, ¿cómo se procede desde el punto de vista sustantivo? La LC no contiene previsión ninguna específica a este respecto, seguramente por considerar que se trata de una cuestión puramente civil. El problema radica en que esa cuestión es discutida también a nivel civil (sobre esto *vid.*, entre otros, GUILARTE GUTIÉRREZ, *La sociedad de gananciales: desde la comunidad germánica al caos liquidatorio*, cit., pp. 4683 ss.; Id: «La ejecución sobre bienes gananciales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 541 LEC)», en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 10, 2001, pp. 43; CRESPI FERRER, «El embargo de bienes gananciales: problemática procesal» (Examen del art. 541 LEC), en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 23, 2003, pp. 27 ss.; GORDILLO CAÑAS, «Ganancialidad de la deuda: ¿presunción, prueba o determinación legal?», en *Actualidad Civil* núm. 21, diciembre 2004, pp. 2517 ss.; ACHÓN BRUÑEN, «Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender sus intereses en los procesos de ejecución en que resultan embargados bienes gananciales», *RCDI* 2005, pp. 158 ss.; MAGARIÑOS, «El concurso y la sociedad de gananciales», cit., pp. 2057 ss.; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 138 ss.). Lo que a su vez es fruto de la peculiar configuración que el Código civil hace del pasivo de la sociedad de gananciales. Pues efectivamente, de las deudas contraídas conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno pero con el consentimiento expreso del otro, no hay duda que responde la sociedad de gananciales (art. 1367 CC). Pero en relación con las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges la cuestión no es tan evidente, pues estas pueden ser estrictamente privativas suyas (art. 1373 CC) pero también pueden ser de responsabilidad de la sociedad de gananciales (arts. 1369, 1365, 1366 y 1368 CC). De donde resulta que la calificación de una deuda como privativa o ganancial puede ser difícil, si en el título ejecutivo figura como deudor solamente un cónyuge y no se especifica nada más (como de hecho ocurrirá en la mayoría de los casos). ¿Cómo procede entonces calificar ese crédito: como privativo o como ganancial? En la doctrina y en la jurisprudencia de la DGRN es dominante la idea de que, a diferencia de lo que ocurre con los bienes y derechos, en relación con los cuales en caso de duda se presume su carácter ganancial (art. 1361 CC), en relación con las deudas no hay una norma paralela, por lo que no puede pretenderse exista una presunción de ganancialidad pasiva (es más, algunos autores sostienen que debe hablarse de presunción de privatividad de las deudas, pues si en tema de gestión de la sociedad de gananciales el principio rector es el de gestión conjunta, toda actuación individual de los cónyuges debe considerarse en principio que no genera deudas de responsabilidad de la sociedad de gananciales, salvo que sea susceptible de ser incluida en alguna de las excepciones legalmente contempladas). Lo que significa que la deuda contraída individualmente por uno de los cónyuges debe en principio presumirse privativa, salvo que el acreedor pruebe su carácter ganancial. Sin necesidad de entrar a fondo en eso, donde a nuestro entender hay aquí que centrar la atención es en el artículo 541 LEC —dictado apropiadamente para ejecuciones singulares pero indudablemente

sean, además, créditos a cargo de la sociedad conyugal». La dificultad surgía al considerar que tal norma suponía excluir los bienes que forman el patrimonio ganancial del sustrato de responsabilidad con que contaban esos acreedores gananciales, *ex* artículo 1369 CC, cuando contrataron con el cónyuge *in bonis* –recuérdese que todos los bienes gananciales pasan a integrar la masa activa del concurso y que una vez declarado éste no pueden iniciarse ejecuciones singulares (judiciales o extrajudiciales) ni seguirse apremios (administrativos o tributarios) contra el patrimonio del concursado, al menos como regla: artículo 55 LC–, lo que supone discriminación entre unos acreedores gananciales (los que contrataron con el cónyuge concursado) y otros (los que contrataron con el cónyuge *in bonis*), con perjuicio del interés de estos últimos.

¿A qué razones respondía esa disposición? Para aclarar esto debemos considerar los varios criterios que el legislador podía haber empleado en orden a determinar la composición de la masa pasiva en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales. Esos criterios eran, básicamente, los siguientes.

Uno era situar el eje de la cuestión en el sujeto concursado, de forma que la masa pasiva del concurso se integrara sólo con las obligaciones de las que él fuera deudor. Lo que conllevaba que quedaran fuera del concurso las deudas contraídas por el cónyuge *in bonis*, y no solo las que fueran privativas suyas sino también las que fueran de cargo o responsabilidad de la sociedad de gananciales.

Otro criterio era atender a los bienes o a los patrimonios de los que el concursado fuera de algún modo titular –en exclusiva (esto es, los bienes de su patrimonio privativo) o junto con su cónyuge

aplicable, por analogía, a las ejecuciones colectivas–, en concreto en el apartado 2 del mismo (pues el ap. 3 se refiere a deudas indiscutidamente propias, esto es privativas, de un cónyuge: YÁÑEZ VIVERO, *op. cit.*, pp. 2671 s). Que establece que cuando se despache ejecución sobre bienes gananciales por causa de deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, pero de las que pretendidamente deba responder la sociedad de gananciales, habrá de notificarse aquella al otro cónyuge a fin de que pueda oponerse aduciendo, entre otras causas, «que los bienes gananciales no deben responder de la deuda por la que se haya despachado la ejecución». En este caso, sigue diciendo el precepto, «corresponderá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales», y «si no se acredita esta responsabilidad, el cónyuge del ejecutado podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal». Lo que en caso de concurso significa que habrá que partir de la calificación del crédito que la Administración concursal le haya asignado en la lista de acreedores, pero que el cónyuge *in bonis* puede impugnar esa calificación simplemente manifestando su disconformidad con la misma, esto es simplemente aduciendo que los bienes gananciales no deben responder de esa deuda. En cuyo caso será el acreedor, o la Administración concursal, quienes tendrán que rebatir eficazmente esa manifestación en contrario, probando que los bienes gananciales sí deben responder del incumplimiento de esa deuda (sobre esta prueba y su contenido, y su mayor o menor rigor, *vid.* GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pp. 2537-2539; y CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, pp. 143-144). De no hacerlo así, el crédito se habrá de considerar privativo.

(los bienes del patrimonio ganancial)—, de tal forma que en la masa pasiva se integraran todas las obligaciones de las que en caso de incumplimiento respondieran esos bienes, con independencia de quién las hubiera contraído y fuera deudor de ellas. Lo que suponía que en la masa pasiva se integraran las deudas privativas del cónyuge concursado y también todas las deudas gananciales, ya hubieran sido contraídas por ambos cónyuges conjuntamente, ya individualmente por el cónyuge concursado o por el cónyuge *in bonis*²⁸.

El tercer criterio era permitir que fuera declarada en concurso la sociedad de gananciales considerada en sí misma de forma autónoma, sin perjuicio por tanto de que cada uno de los cónyuges, de forma individual, pudiera también ser declarado en concurso. De modo que en el concurso de la sociedad de gananciales se incluyeran, en la masa activa los bienes gananciales y en la masa pasiva las deudas de esa misma naturaleza ganancial, fuera quien fuera el cónyuge que las hubiera contraído²⁹. Y que en el concurso de cada

²⁸ Una variante de este criterio era la que se planteó en una enmienda al Proyecto de LC de 2002 (enmienda núm. 25, *BOCG*, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 101-15, de 2-12-2002), en la que se proponía incluir en la masa pasiva del concurso de un cónyuge las deudas gananciales contraídas por el otro cónyuge aunque solo de modo excepcional, cuando «los bienes [privativos] del cónyuge del concursado resultaran insuficientes para satisfacer los citados créditos». A favor de la misma parecen pronunciarse BELTRÁN SÁNCHEZ (en *Comentarios a la Ley Concursal*, cit., ad art. 84, p. 1498) y GUILARTE GUTIÉRREZ (en *Comentarios a la legislación concursal*, cit., t. II, ad art. 84 LC, pp. 1658-1659; id: *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pp. 83-84). Esta solución, sin embargo, no se puede admitir, pues se hace depender de una circunstancia material y eventual —que el cónyuge *in bonis* tenga o no bienes suficientes—. Y además, como dice YÁÑEZ VIVERO (*op. cit.*, pp. 2678 ss.), esa solución, «lejos de establecer la igualdad de trato,... marca más las diferencias: en primer lugar, está alterando la condición de un crédito, que por ley es ganancial, convirtiéndolo en privativo al establecer una responsabilidad subsidiaria del patrimonio ganancial condicionada a la inexistencia o insuficiencia de patrimonio privativo del concursado; y en segundo término, está otorgando un privilegio o una preferencia... a unos créditos frente a otros que son de la misma condición».

²⁹ Esta idea (con matices) es la que inspira el sistema acogido en el Derecho alemán en su *Insolvenzordnung* de 5-10-1994. En este sentido, en el § 37 de la misma se distinguen dos supuestos, dependiendo de que el patrimonio común haya sido administrado únicamente por uno de los cónyuges (el concursado) o haya sido administrado conjuntamente por ambos. Pues en el primer caso ese patrimonio común se integra en la masa activa del concurso del cónyuge administrador del mismo, pero en el segundo caso el patrimonio común puede ser declarado en concurso en sí mismo.

§ 37 Gesamtgut bei Gütergemeinschaft. 1. Wird bei dem Güterstand der Gütergemeinschaft das Gesamtgut von einem Ehegatten allein verwaltet und über das Vermögen dieses Ehegatten das Insolvenzverfahren eröffnet, so gehört das Gesamtgut zur Insolvenzmasse. Eine Auseinandersetzung des Gesamtguts findet nicht statt. Durch das Insolvenzverfahren über das Vermögen des anderen Ehegatten wird das Gesamtgut nicht berührt. 2. Verwalten die Ehegatten das Gesamtgut gemeinschaftlich, so wird das Gesamtgut durch das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Ehegatten nicht berührt. 3. Absatz 1 ist bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft mit der Maßgabe anzuwenden, daß an die Stelle des Ehegatten, der das Gesamtgut allein verwaltet, der überlebende Ehegatte, an die Stelle des anderen Ehegatten die Abkömmlinge treten. [Patrimonio común en la comunidad conyugal. 1. Cuando por las circunstancias de una comunidad conyugal el patrimonio común sea administrado exclusivamente por un cónyuge, y se abra un procedimiento concursal sobre el patrimonio de ese cónyuge, el patrimonio común se incluye en la masa del concurso. No procede la separación del patrimonio común. El patrimonio

cónyuge se incluyeran sólo sus bienes privativos –masa activa– y sus deudas privativas –masa pasiva–.

¿Cuál de esos tres criterios, o sistemas, fue el acogido en la Ley 22/2003, y por qué?

El señalado en último lugar parece claro que no, lo que por otra parte resultaba lógico habida cuenta que a pesar de su nombre la de gananciales no es en nuestro Derecho una verdadera sociedad, y no tiene por tanto personalidad jurídica³⁰. Por ello, para estatuir tal sistema hubiera sido necesaria una voluntad inequívoca del legislador que se plasmara mediante una disposición expresa en ese sentido, semejante a la establecida en relación con la herencia (art. 1.2 LC). Que sin embargo, como es fácil ver, no existe en la Ley 22/2003³¹.

Tampoco es difícil entender que el legislador de 2003 no acogiera el sistema señalado en segundo lugar, pues ésa no había sido nunca la filosofía de nuestro Ordenamiento³². Por eso, para que tal hubiera sido establecido se hubiera precisado, al igual que en el

común no se ve afectado en caso de procedimiento concursal sobre el patrimonio del otro cónyuge. 2. Administrado el patrimonio común conjuntamente por ambos cónyuges, no resulta afectado el patrimonio común por el procedimiento de insolvencia abierto sobre el patrimonio de un cónyuge. 3. El párrafo 1.º es aplicable al patrimonio de la comunidad conyugal que continúa, si en lugar del cónyuge que ha administrado el patrimonio común sucede el cónyuge supérstite, que solamente será reemplazado por el supérstite, y el último consorte será reemplazado por sus descendientes, respectivamente.»

³⁰ Hay que insistir aquí en que la sociedad de gananciales no tiene en nuestro Derecho personalidad jurídica, y por tanto que por sí misma no adquiere bienes y derechos, ni asume obligaciones. Son los cónyuges, mediante su actuación, los que adquieren esos bienes y derechos para la sociedad de gananciales, y los que asumen obligaciones de cargo o responsabilidad de esa misma sociedad. En este sentido *vid.* BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales», cit., pp. 1743 ss. (en sentido sustancialmente coincidente, en *Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones*, cit., pp. 85 ss.); ARANGUREN URRIZA, «Bienes gananciales y privativos en el concurso de acreedores del deudor casado», en *Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel* (coord. Garrido Palma), Cizur Menor, 2007, pp. 361-362; y PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 263-264.

³¹ PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 263-264; GUILARTE GUTIÉRREZ, «La liquidación de la sociedad de gananciales...» cit., p. 83; *id.* en *Comentarios a la legislación concursal*, cit., ad artículo 77 LC, pp. 1553 ss.; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial*, cit., p. 101, nota 4; MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2064. Eso, además, chocaría con lo dispuesto en la LEC, cuyo artículo 541.1 establece que «no se despachará ejecución frente a la sociedad de gananciales».

³² Por ello, aun siendo consciente de las dificultades ulteriores que ello conlleva, afirma con rotundidad GALÁN LÓPEZ (antes de la Ley 38/2011) que «la opción del legislador, establecida desde una perspectiva concursal, responde a una lógica jurídica innegable. En términos concursales –sigue diciendo– la condición de acreedor del deudor y la legitimación para insinuar su crédito en el concurso, se derivan de la condición de parte en la relación obligacional celebrada con el concursado, en tanto que la relación obligatoria es un vínculo que se da entre dos personas: deudor y acreedor, y no entre patrimonios» [en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Pulgar Ezquerro, Alonso Ureba, Alonso Ledesma y Alcover Garau), Madrid, 2004, t. I, ad artículo 84 LC, pp. 848-849]. También en sentido semejante se pronuncian SANZ VIOLA, *op. cit.*, pp. 718-719; y GUILARTE GUTIÉRREZ, en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez), cit., ad artículo 84 LC, p. 1659.

caso anterior se ha dicho, una expresa disposición legal en ese sentido, que en la Ley 22/2003 no existía.

A la vista de lo cual el legislador de 2003 actuó del modo más natural y lógico en función de las características generales de nuestro Ordenamiento, tomando como criterio en este sentido el primer sistema, de los tres expuestos. Esto es, considerando que el dato determinante es la persona del deudor, ya que la responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones se hace efectiva sobre bienes, ciertamente, pero la conexión entre el derecho del acreedor y los bienes realizables pasa a través de la persona del deudor³³. Esto fue lo que lo llevó a excluir de la masa pasiva del concurso las obligaciones de las que el cónyuge concursado no fuera deudor, con independencia de la naturaleza de las mismas. Y lo que subyacía a la norma contenida en la proposición segunda del artículo 84.1 de la Ley 22/2003, en la que se disponía que «no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad... conyugal». Sin perjuicio de lo cual hay que reconocer que ello conllevaba un peligro cierto e importante para estos acreedores, a los que esa Ley no daba sin embargo tutela, al menos de forma explícita. Esto hizo que la doctrina absolutamente dominante abogara por modificar el sistema, cosa que efectivamente se ha hecho con ocasión de la reforma de la LC por obra de la Ley 38/2011, suprimiendo la proposición segunda del artículo 84.1 LC e introduciendo un núm. 2 nuevo en

³³ A este efecto, alguna vez se ha recurrido a citar el artículo 1.1 LC, que dice que «la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica», destacándose que se habla de deudor en singular. A nuestro entender, más que en la letra de ese precepto, el fundamento de lo dicho en el texto ha de situarse en el espíritu que anima la Ley en su conjunto, que sigue lo que ha sido históricamente la filosofía en este tema, tanto en el ámbito civil –concurso de acreedores– como en el mercantil –quiebra o suspensión de pagos–, en los que los procedimientos de ejecución colectiva se predicaban claramente de deudores considerados a título singular. Exponente arquetípico de lo dicho es el artículo 1911 CC, en el que se establece que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros», destacando que la responsabilidad es «del deudor», y que la misma se hace efectiva con «sus bienes». En concreto en la Ley 22/2003, *vid.* sus artículos 49 y 84.1 LC, en los que al hablar de la masa pasiva se hacía referencia siempre a «acreedores del deudor» (concurrido) y a «créditos contra el deudor» (concurrido). O el artículo 77.2 LC, que habla exclusivamente de «obligaciones del concursado». «Es la titularidad de la deuda (el hecho de haber sido uno u otro cónyuge el que la ha contraído) –expresa con gran precisión y tino ARANGUREN URRIZA, refiriéndose a la Ley 22/2003 (*op. cit.*, p. 356)– lo determinante de la condición de concursado». «La LC [Ley 22/2003] –dice también MAGARIÑOS– se apoya exclusivamente en la titularidad formal... de las obligaciones gananciales» (*op. cit.*, p. 2060; en sentido semejante, PARRA LUCAN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 263-264). También los antecedentes de la LC se mostraban en este sentido, pues en el Anteproyecto de 1983 el artículo 263 (*vid. supra* nota 19) hablaba de «... responsabilidad derivada de obligaciones contraídas por el deudor...», y en el Anteproyecto de 1995 (art. 78: *vid. supra* nota 19) se repetía la referencia explícita a «responder de las deudas contraídas por el cónyuge declarado en concurso».

el artículo 49 LC, en el que hoy se dispone que se integran en la masa pasiva del concurso de un cónyuge los créditos contra su consorte que sean de responsabilidad de la sociedad de gananciales.

* * *

Llegados a este punto, pueden darse por suficientemente expuestas las notas principales de la regulación dispuesta en la Ley 22/2003 acerca del concurso de persona casada en régimen de gananciales.

Es tiempo, entonces, de analizar la denuncia –ampliamente extendida en su momento en nuestra doctrina– de que ese régimen resultaba lesivo para algunos de los intereses en juego –el del cónyuge *in bonis* y el de los acreedores de éste–, y que esa lesión era de tal gravedad que forzaba inevitablemente a modificarlo.

Para ello examinaremos la situación del cónyuge *in bonis* y de sus acreedores e indagaremos si bajo el imperio de la Ley 22/2003 era posible o no dar satisfacción a esos intereses, y si la nueva regulación dispuesta por la Ley 38/2011 ha mejorado el régimen aplicable a los mismos.

3. EL CÓNYUGE *IN BONIS*, SUS INTERESES Y LAS MEDIDAS DE QUE DISPONE PARA SU DEFENSA

Para una persona casada en régimen de gananciales, la declaración en concurso de su cónyuge constituye un evento que pone en cuestión sus intereses (los del cónyuge *in bonis*), fundamentalmente por los términos en que la LC fija la composición de la masa activa de ese concurso, aunque no sólo por eso.

Como sabemos, el artículo 77 LC dispone que la masa activa estará formada tanto por los bienes que integran el patrimonio privativo del cónyuge concursado como por los que componen el patrimonio ganancial³⁴. Lo que significa que del cumplimiento de las obligaciones que forman la masa pasiva de ese concurso –obligaciones, ésas, que aun siendo gananciales pueden no haber sido contraídas por el cónyuge *in bonis*, y que pueden ser incluso privativas del concursado– se hacen responder bienes que no pertenecen exclusivamente al cónyuge concursado: los gananciales.

³⁴ El artículo 77.2 LC supedita esto último a que «los bienes gananciales... *deban responder de obligaciones del concursado*», pero como ya hemos visto eso ocurre siempre, pues esa responsabilidad de los bienes gananciales a que alude puede ser tanto directa como subsidiaria.

Concluyéndose entonces que esa solución implica lesión para los intereses del cónyuge *in bonis*,³⁵ si no se busca fórmula que los salvaguarde.

Es cierto que para procurar la tutela de esos intereses la LC ha dispuesto en su artículo 77.2 que, «en este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad... conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio, que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso». El problema está en que esa previsión, aunque plausible en cuanto a su finalidad ha generado sin embargo gran polémica en cuanto al concreto mecanismo dispuesto para lograrla, hasta el punto de que a día de hoy no se ha alcanzado en la doctrina un entendimiento satisfactorio y pacífico del mismo. Por esta razón, de nuevo, la regulación dispuesta por la LC ha sido objeto de crítica.

Y no es sólo eso. Hay además otra crítica que se ha formulado en este punto, determinada por el hecho de que en la LC no está prevista la notificación al cónyuge *in bonis* de la declaración en concurso de su consorte. Sobre esta base se colige entonces que, sea cual sea el entendimiento que se dé a la concreta fórmula dispuesta en el artículo 77.2 de la Ley, mal cabe pretender que el cónyuge *in bonis* puede defender sus intereses. Por lo que se concluye, una vez más, que el régimen dispuesto en la LC no es adecuado³⁶.

Dicho lo cual, debemos aquí plantearnos si las cosas son, o no, como se entienden habitualmente. Procedemos a ello siguiendo un orden inverso a aquél en que se han expuesto.

3.1 Conocimiento, por parte del cónyuge *in bonis*, de la situación de concurso del otro cónyuge

Como ya hemos dicho, el cónyuge *in bonis* es titular de un interés legítimo en este sentido, cuya salvaguarda exige se le procure conocimiento de que su cónyuge ha sido declarado en concurso. Pues aunque el cónyuge *in bonis* no sea el concursado, es cotitular

³⁵ ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 133; BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales», *cit.*, pp. 1759-1761; Id: «El concurso de los cónyuges o impropiaamente el concurso del matrimonio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2008, pp. 24-25; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, p. 98.

³⁶ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, pp. 98-99.

de unos bienes –los gananciales– que van a ser objeto de la ejecución (colectiva) en que todo procedimiento de concurso consiste, por lo que ha de dársele la posibilidad de accionar como mejor considere en defensa de los intereses de la sociedad de gananciales y de los suyos propios³⁷. Y esto exige lógicamente, como medida de carácter instrumental, procurarle conocimiento de la nueva situación en que se encuentra su cónyuge.

¿Cómo, ahora bien, sustentar jurídicamente la necesidad u obligatoriedad de esa notificación? Pues que el cónyuge *in bonis* sea persona con interés legítimo a efectos de poder recurrir la declaración de concurso de su consorte (art. 20.3 LC)³⁸ no implica sin más que deba comunicársele obligatoriamente esa declaración, ya que no está incluido entre los sujetos a quienes la LC dispone debe hacerse notificación personal e individual, que se limita a los acreedores (del concursado) cuya identidad y domicilio conste en el concurso (art. 21.4 LC)³⁹. Y extraer tal conclusión de lo dispuesto en el artículo 20.3 LC, considerándola medida subordinadamente necesaria en orden a que esa legitimación para recurrir sea real y efectiva⁴⁰, aunque no es algo absurdo en todo caso es una fundamentación indirecta e insegura.

¿Hay otra vía para sustentar, de forma más directa y segura, la obligación de notificar al cónyuge *in bonis*? Creemos que sí. Pues aunque en la LC no se contenga norma ninguna que así lo establezca de forma expresa, del conjunto del Ordenamiento sí se puede extraer la obligatoriedad o necesidad de esa notificación personal e individualizada al mismo⁴¹. Por lo siguiente.

A nivel dogmático, la necesidad de esa notificación se sustenta en la consideración de que el Derecho no puede permitir la ejecución de unos bienes –en el caso, los gananciales– sin contar con el conocimiento previo de ese proceso por parte de todos los titulares

³⁷ El interés señalado en el texto, quintaesenciado, se puede luego desglosar en variados intereses más concretos, tales como posibilitar al cónyuge *in bonis* impugnar la calificación de determinados créditos que en la lista elaborada por la Administración concursal hayan sido considerados gananciales (de los que, por tanto, los bienes gananciales responden directamente); o impugnar el carácter privativo que la Administración concursal haya atribuido a determinados bienes incluidos en el inventario de la masa activa del concurso; o defender –por la vía que en cada caso resulte oportuna– los bienes y derechos gananciales (art. 1385.2 CC); o ejercitar la facultad que el Ordenamiento le concede de pedir la disolución de la sociedad de gananciales (arts. 1393.1 CC y 77.2 LC). En este sentido se pronuncian MAGARIÑOS, «El concurso y la sociedad de gananciales», cit., pp. 2062-2063 y 2069; y ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 932, nota 6.

³⁸ BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales», cit., p. 1579; ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 19.

³⁹ PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁰ Así parecen apuntarlo MAGARIÑOS, «El concurso y la sociedad de gananciales», cit., p. 2609; y ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 19.

⁴¹ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1283.

de esos bienes⁴², a lo que puede incluso buscarse fundamento primigenio en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁴³.

A nivel más positivo cabe considerar que el concurso es un procedimiento de ejecución (colectiva) cuyos efectos se asemejan sustancialmente a los que se producen en caso de embargo⁴⁴, lo cual permite recurrir analógicamente a las normas dictadas para éste⁴⁵, entre las que destacan los artículos 1373 CC⁴⁶, 144.1 RH⁴⁷ y 541 LEC⁴⁸, siendo así que en todos ellos se expresa claramente la idea de necesaria notificación al cónyuge *in bonis*, que no se puede considerar específica de los concretos supuestos que en esos preceptos se consideran sino general de cualquier supuesto de ejecución de bienes gananciales por deudas no contraídas por ambos cónyuges⁴⁹.

La necesaria y obligada notificación personal al cónyuge *in bonis* queda por tanto, con lo dicho, suficientemente fundamentada. Resultando entonces que sin ella no podrán someterse

⁴² BLANQUER UBEROS, «El concurso de los cónyuges en gananciales...», cit., pp. 24 ss; SABATER MARTÍN, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Fernández Ballesteros, Rifá Soler y Valls Gombau), Barcelona, 2001, t. II, ad artículo 541 LEC, p. 2609.

⁴³ RAGEL SÁNCHEZ: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, p. 204. También ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 134 y 138-139; y BLANQUER UBEROS, «El concurso de los cónyuges en gananciales...», cit., p. 24, nota 16.

⁴⁴ BLANQUER UBEROS, *Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales*, cit., p. 1760; SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 716; MANZANO CEJUDO, *op. cit.*, pp. 485-486. Vid. también GARNICA MARTÍN, en *Comentarios a la Ley concursal* (coord. Sagrera Tizón, Sala Reixachs y Ferrer Barriendos), Barcelona, 2004, t. I, ad artículo 21, pp. 210-211.

⁴⁵ SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 716.

⁴⁶ «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge...».

⁴⁷ «Para que durante la vigencia de la sociedad conyugal sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes inscritos conforme a lo previsto en los apartados 1 o 4 del artículo 93 o en el apartado 1 del artículo 94, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra los dos cónyuges, o que estando demandado uno de los cónyuges, ha sido notificado al otro el embargo». La redacción actual de este precepto es obra del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre.

⁴⁸ «(...) 2. Cuando la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges, pero de las que deba responder la sociedad de gananciales, la demanda ejecutiva podrá dirigirse únicamente contra el cónyuge deudor, pero el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge... 3. Si la ejecución se siguiere a causa de deudas propias de uno de los cónyuges y se persiguiesen bienes comunes a falta o por insuficiencia de los privativos, el embargo de aquellos habrá de notificarse al cónyuge no deudor...». Este recurso a la LEC se justifica en base a la Disp. Final Quinta de la propia LC, que bajo la rúbrica «Derecho procesal supletorio» establece que «en lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil...», y que «en el ámbito de los procesos concursales resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal y material del proceso».

⁴⁹ SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 718; Díez Soto, *op. cit.*, p. 1283; GUILARTE GUTIÉRREZ, en *Comentarios a la legislación concursal*, cit., ad artículo 77 LC, p. 1572; BLANQUER UBEROS, «El concurso de los cónyuges en gananciales», cit., p. 24, nota 16; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 123-124; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 267, nota 421; PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 78.

efectivamente a concurso los bienes gananciales concretos ni adoptarse sobre ellos medidas cautelares (art. 21.1.3 LC)⁵⁰, sin perjuicio de las que se hayan podido disponer con carácter provisional antes de la declaración de concurso (art. 17 LC). Y es oportuno aquí señalar que el artículo 541 LEC es norma de carácter imperativo⁵¹, lo que supone que en caso de infracción de la misma el cónyuge *in bonis* puede no solo denunciar esa infracción (art. 562 LEC) sino incluso pedir la nulidad de las actuaciones realizadas, si por esa razón se le hubiera causado indefensión (*vid.* art. 238.3 LOPJ)⁵². Quien debe realizar esa notificación, naturalmente, es el Juez del concurso.

Eso dicho, hay que plantear qué es exactamente lo que se debe notificar al cónyuge *in bonis*, si la solicitud de concurso o el auto de declaración del mismo.

Algunos autores parecen sostener que lo que procede notificar es la solicitud de concurso⁵³. Apuntando como argumento que según se dispone en el artículo 21.1.7 LC el auto de declaración de concurso contendrá, entre otros pronunciamientos, decisión sobre la formación de pieza separada en la que proceder a la disolución de la sociedad de gananciales, y que esto sólo es posible si el cónyuge *in bonis* ha ejercitado previamente la facultad que en ese sentido le concede el artículo 77.2 LC, lo que supone haya tenido conocimiento previo de la solicitud de concurso presentada, no del concurso ya declarado.

A nuestro entender, sin embargo, y aunque *de lege ferenda* pueda ser deseable, no es posible estimar eso hoy *de lege lata* en nuestro Ordenamiento. Pues no hay norma ninguna, ni en la LC ni en la LEC, en que sustentar tal solución⁵⁴, ya que en todas ellas se

⁵⁰ Expresa esta misma idea, aunque en relación con las ejecuciones singulares, AGUILAR RUIZ, «Ejecución de bienes gananciales por deudas consorciales contraídas por uno de los esposos: oposición del cónyuge no deudor a la traba y embargo de bienes comunes», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2005, núm. 14, p. 110.

⁵¹ CRESPI FERRER, *op. cit.*, p. 35; ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 138.

⁵² CRESPI FERRER, *op. cit.*, p. 35; ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 140 y 151-152; AGUILAR RUIZ *op. cit.*, p. 110.

⁵³ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1283; MAGARIÑOS, «El concurso y la sociedad de gananciales», *cit.*, p. 2069; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, pp. 123-124.

⁵⁴ En este sentido, la LC dispone (art. 13) que «*en el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil al de su reparto, el juez examinará la solicitud de concurso y, si la estimara completa, proveerá conforme a los artículos 14 o 15*».

El artículo 14 LC, relativo a la solicitud de concurso voluntario (que es el que más fácilmente permite al Juez conocer la existencia de cónyuge *in bonis*, ya que el artículo 6.2.2 LC exige al cónyuge solicitante que su solicitud vaya acompañada de una Memoria en la que indique, si está casado, la identidad de su cónyuge y el régimen económico de su matrimonio), establece que «*cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso si de la documentación aportada... resulta la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor*». No parece pues, en el planteamiento de

habla de notificación con referencia siempre al auto de declaración de concurso (o, en caso de embargo, al auto que despacha ejecución), no a la solicitud de concurso (o de embargo).

Y el argumento traído del artículo 21.1.7 LC resulta forzado al efecto que se pretende. Ciertamente, el auto de declaración de concurso solo puede contener decisión del Juez sobre disolución de la sociedad de gananciales si el cónyuge *in bonis* la ha interesado previamente, y eso implica que haya tenido noticia de que se ha solicitado la declaración en concurso del otro. Lo que ocurre es que la norma contenida en el artículo 21.1.7 LC adolece de falta de coherencia en el conjunto del sistema de la LC, fruto de los avatares de su tramitación. Pues como sabemos, el último hito prelegislativo antes de la LC –el Proyecto de 2002– contenía una norma (art. 76.2) de sentido enteramente opuesto al que tiene la norma correlativa en la actualmente vigente LC (art. 77.2). En ese artículo 76.2 del Proyecto, en efecto, se establecía que «la declaración de concurso determinará su disolución [de la sociedad de gananciales] tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». No había entonces dificultad ninguna, sobre la base de esa disolución automática y *ex lege* de la sociedad de gananciales, para establecer que en el auto de declaración de concurso se contuviera pronunciamiento sobre la formación de pieza separada a ese fin, pues esto era obligado. Ocurrió sin embargo, durante la tramitación parlamentaria de la LC, que el automatismo disolutorio de la sociedad de gananciales se suprimió y sustituyó por la concesión al cónyuge *in bonis* de una facultad en ese sentido. En cuyo caso, naturalmente, establecer que en el auto de declaración de concurso haya pro-

la LC, que haya solución de continuidad entre la constatación por parte del Juez de la situación de insolvencia (derivada del examen de la documentación presentada) y el auto en que se declare el concurso. Lo cual, unido a la falta de expresa previsión normativa en ese sentido y al paralelismo que naturalmente debe existir con la solución aplicable en caso de concurso necesario, permite concluir que no existe notificación obligatoria al cónyuge *in bonis* de la solicitud de concurso de su cónyuge que este mismo haya presentado, ni de darle tiempo para reflexionar al respecto y comunicar a su vez al Juez, en su caso, su decisión sobre la continuidad o no de la sociedad de gananciales.

Y más clara aún es la situación en caso de concurso necesario. Pues aunque aquí la Ley prevé (art. 15.2 LC) en principio más pasos entre la admisión a trámite de la solicitud de concurso presentada por algún acreedor y el auto de declaración de concurso (menos pasos en el supuesto del actual artículo 15.1 LC, introducido por la Ley 38/2011), los mismos van referidos únicamente al cónyuge cuyo concurso se solicita para que, si así lo estima, pueda oponerse a esa solicitud. No se da entrada ahí, en absoluto, al cónyuge *in bonis*. Con la dificultad añadida de que al tratarse de concurso necesario la solicitud del mismo procede de los acreedores, lo cual supone que el conocimiento por parte del Juez de la existencia e identidad de ese cónyuge sea más difícil. Pues el artículo 21.1.3 LC establece que en el auto en que se declare el concurso (necesario) se requerirá al deudor para que, en el plazo de diez días a contar desde la notificación del auto, presente los documentos enumerados en el artículo 6 LC, entre los cuales está la Memoria antes dicha, pero se trata de un requerimiento que se ha de hacer en el auto de declaración de concurso, no antes.

nunciamento sobre la disolución de la sociedad de gananciales y formación de pieza separada en la que practicar la liquidación de la misma deja de tener sentido pleno e incondicionado, pues ahora eso sólo resulta posible si el cónyuge *in bonis* ejercita la facultad dicha y lo hace saber al Juez antes de que dicte el auto de declaración de concurso. Esto sin embargo no fue advertido durante la tramitación parlamentaria, produciéndose así la incoherencia señalada entre los artículos 21.1.7 y 77.2 LC⁵⁵. Ahora bien, aunque esa incoherencia existe, una vez conocida la causa de la misma no cabe pretender salvarla imponiendo la notificación al cónyuge *in bonis* de la solicitud que se haya presentado de declaración en concurso de su cónyuge, ya que no hay base positiva para ello en nuestro Ordenamiento actual⁵⁶. Por tanto, hay que concluir que lo que procede notificar al cónyuge *in bonis* es el auto de declaración en concurso de su cónyuge⁵⁷.

Sentado lo anterior, debemos finalmente analizar el concreto modo de proceder en relación con esa obligada notificación. Para lo cual el precepto más relevante es el artículo 541 LEC⁵⁸, en el que no sólo se establece con alcance general la idea de necesaria notificación sino que además se concreta la tramitación de la misma⁵⁹ (que en nuestro caso deberá articularse por la vía del incidente concursal, *ex art.* 192 LC⁶⁰). A este respecto, el artículo 541 LEC contempla dos posibilidades según que la deuda contraída indivi-

⁵⁵ CUENA CASAS, *op. cit.*, p. 123.

⁵⁶ En todo caso, lo dicho no supone que la previsión del artículo 21.1.7 LC quede absolutamente inoperativa y privada de valor. Pues aunque no haya obligación de notificar formalmente al cónyuge *in bonis* la solicitud de declaración de concurso que su mismo cónyuge o los acreedores de este hayan presentado, eso no impide que aquel pueda tener conocimiento de esa situación por otras vías, como por ejemplo porque su cónyuge le comunique su intención de solicitar ser declarado en concurso, o porque le comunique la solicitud que algún acreedor haya presentado y que el Juez, naturalmente, le ha hecho llegar a él (art. 15.1 LC). En cuyo caso el cónyuge *in bonis* podrá formular solicitud de disolver y liquidar la sociedad de gananciales antes de que el Juez dicte auto declarando el concurso, adjuntando tal solicitud al escrito que su cónyuge presente pidiendo ser declarado en concurso, si este es voluntario, o, si se trata de concurso necesario, compareciendo ante el Juez como parte con interés legítimo y comunicándole su petición durante los trámites que ha de seguir (arts. 15 ss. LC) antes de dictar el auto de declaración de concurso.

⁵⁷ Lo que por otra parte no es absurdo –siempre procediendo aquí sobre la base de que no hay norma que disponga otra cosa–, habida cuenta que la solicitud no es más que eso, una solicitud, que no tiene que corresponderse con la realidad ni, por tanto, ser estimada por el Juez.

⁵⁸ El artículo 541 LEC se refiere propiamente a la ejecución singular, pero es aplicable extensivamente a la ejecución colectiva, lo que cuenta además con un cierto aval traído del antecedente prelegislativo inmediato del actual artículo 77 LC: el artículo 76.2 del Proyecto de LC de 2002, en el que se establecía que «*si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales (...), la declaración de concurso determinará su disolución, tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*».

⁵⁹ AGUILAR RUIZ, *op. cit.*, pp. 106 ss.

⁶⁰ SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 718.

dualmente por el cónyuge ejecutado sea de naturaleza ganancial o privativa.

En el primer supuesto, dice el artículo 541.2 LEC que «el embargo de bienes gananciales habrá de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución a fin de que... pueda oponerse a la ejecución».

En el segundo supuesto la previsión normativa es más lacónica: a este respecto, dice el artículo 541.3 LEC que «el embargo de (los bienes gananciales) habrá de notificarse al cónyuge no deudor».

A la vista de lo cual parece que serán las circunstancias concretas de cada caso –la naturaleza ganancial o privativa de las obligaciones que provoquen la insolvencia de un cónyuge– las que determinen si la vía a transitar ha de ser una u otra. En la realidad, sin embargo, la vía a seguir será siempre la del artículo 541.2 LEC, y esto no solo porque en caso de matrimonio en régimen de gananciales la mayoría de las deudas tendrán ese carácter sino además porque el concurso es un procedimiento de ejecución colectiva, esto es por una pluralidad de deudas que difícilmente será homogénea (unas serán privativas y otras gananciales), por lo que los trámites a seguir deberán ser los más completos del artículo 541.2 LEC, para cubrir así todas las posibilidades⁶¹.

Lo que en nuestro caso se traduce, adaptando lo dispuesto en el artículo 541.2 LEC, del siguiente modo: el sometimiento a concurso de un cónyuge y la inclusión de los bienes gananciales en la masa activa del mismo han de notificarse al otro cónyuge, dándole traslado del escrito de solicitud de concurso y del Auto en que éste se declare, a fin de que pueda oponerse al mismo.

3.2 Medidas generales de defensa que el cónyuge *in bonis* puede emplear frente a la declaración en concurso de su consorte

Una vez notificado el cónyuge *in bonis*, toca estudiar qué puede hacer este para defender los intereses de la sociedad de gananciales y los suyos propios en caso de concurso de su consorte, lo cual no es cosa fácil⁶².

⁶¹ En todo caso, las diferencias entre los núms. 2 y 3 del artículo 541 LEC no son en verdad tan importantes como a primera vista cabe imaginar. En este sentido, afirma ACHÓN BRUÑEN (*op. cit.*, p. 136) que aunque la deuda sea privativa lo lógico es que también se dé traslado al consorte del cónyuge ejecutado de la demanda ejecutiva y del auto despachando ejecución.

⁶² Las dificultades en este sentido derivan, en última instancia, de la posición poco nítida que el cónyuge *in bonis* ocupa con relación al procedimiento de concurso. Porque ciertamente no se puede decir que sea parte, ya que no es el deudor (no ha celebrado el negocio ni realizado el acto del que la deuda se deriva); por esto no es razonable exigir

Punto de partida en este sentido es el artículo 541.4 LEC, en el que se establece que «el cónyuge al que se haya notificado [la declaración de concurso de su consorte] podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la sociedad de gananciales»⁶³.

La idea de la norma es en principio clara: el cónyuge *in bonis* puede oponerse a la declaración en concurso de su cónyuge empleando las mismas causas que la ley pone a disposición del concursado⁶⁴, sin perjuicio de que además pueda defender sus intereses utilizando otras⁶⁵. ¿Cómo, ahora bien, se concreta esto? Lo desarrolla el mismo artículo 541 LEC en sus números 2 y 3, distinguiendo según que la ejecución se siga a causa de deudas contraídas por uno de los cónyuges pero que sean de responsabilidad de la sociedad ganancial o que se trate de deudas estrictamente privativas tuyas, aunque en nuestro caso –ya lo hemos dicho antes– esa distinción no tendrá habitualmente aplicación, dado que el concurso es un procedimiento de ejecución colectiva en el que habrá una pluralidad heterogénea de deudas, gananciales unas y privativas

–aunque en otros tiempos así se consideró: *vid.* CRESPI FERRER, *op. cit.*, pp. 28-30– que el acreedor formule demanda contra ambos cónyuges (siendo así además que, al menos en la generalidad de los casos, el título ejecutivo no dice nada acerca de la naturaleza ganancial de la deuda contraída). Pero tampoco se puede pretender que sea un tercero en sentido estricto, porque es co-titular de los bienes gananciales, sobre los que va a hacerse efectiva la responsabilidad –sea directa o subsidiaria– derivada del incumplimiento de esas obligaciones (sobre esto, *vid.* ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 134-137). En sentido ambivalente, sin embargo, se pronuncia SABATER MARTÍN, pues en ocasiones parece sostener que el cónyuge ejecutado pero no deudor (en nuestro caso, el cónyuge *in bonis*) no es parte (*op. cit.*, p. 2608, nota 1), y en otras en cambio parece considerar que sí lo es en sentido propio (p. 2610).

⁶³ En realidad, este precepto establece la misma idea que se recoge en el artículo 1385.2 CC (así lo dice también AGUILAR RUIZ, *op. cit.*, p. 105).

⁶⁴ SABATER MARTÍN, *op. cit.*, pp. 2610-2611; ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 141: «La *ratio legis* de dicha previsión normativa –dice ACHÓN– obedece a razones de estricta justicia, ya que aunque el cónyuge que no ha contraído la deuda carece propiamente del carácter de parte en el proceso de ejecución entablado contra su consorte, pues ni la demanda se ha dirigido contra él ni figura como deudor en el título ejecutivo, en puridad se encuentra en la posición de ejecutado *de facto*, ya que la responsabilidad del débito se extiende directamente al acervo común, por lo que siendo propietario junto con su cónyuge de unos bienes que se hallan afectos al cumplimiento de la obligación, resulta lógico que pueda servir de los mismos instrumentos procesales de ejecución que la LEC brinda al ejecutado».

⁶⁵ Tal como se ha dicho antes, la posición que el cónyuge *in bonis* ocupa respecto al concurso de su cónyuge es una cuestión difícil y espinosa. Eso no obstante, parece razonable considerar –y a los efectos que aquí interesan resulta plenamente operativo– que el cónyuge *in bonis* no es en sentido estricto parte ni tercero sino que ocupa una posición híbrida, ya que se le permite oponerse a la ejecución utilizando medios de defensa que de suyo se disponen a favor de la parte ejecutada pero también se le permite actuar como tercero para la defensa de sus intereses (*v. gr.* utilizando la tercería de dominio, si se diera el caso de que sus bienes privativos se hubieran incluido en la masa activa del concurso), y además se le faculta para oponerse a la ejecución de bienes gananciales aduciendo que estos no deben responder de esa deuda, pudiendo incluso interesar la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales si así lo estima conveniente (ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 138).

otras. El sistema de defensa del cónyuge *in bonis* que se aplique debe ser, por tanto, suficientemente amplio como para abarcar todo tipo de casos, por lo que entendemos que la fórmula concreta se debe extraer de la combinación de esos números 2 y 3 del artículo 541 LEC, del modo siguiente⁶⁶.

Una vez se haya notificado al cónyuge *in bonis* el auto en que se declara a su cónyuge en concurso, cuenta (aquél) con un plazo de diez días (art. 556.1 LEC) para oponerse al mismo⁶⁷. Oposición que tal como dice el artículo 541.2 LEC «podrá fundarse en las mismas causas que correspondan al [concurrido] y, además, en que los bienes gananciales no deben responder de [las deudas] por las que se haya [declarado el concurso]. Si no se acredita esta responsabilidad –sigue diciendo el precepto– el cónyuge del [concurrido] podrá pedir la disolución de la sociedad conyugal».

La causa de oposición más específica en caso de concurso es sin duda la señalada en último lugar –que los bienes gananciales no deben responder de las deudas en cuestión–, a la que además se hace referencia explícita en el artículo 77.2 LC. De ella, ahora bien, nos ocuparemos en el apartado siguiente.

Aquí nos centramos, por tanto, en las demás posibles causas de oposición, que pueden dividirse en dos grupos, según vengán sustentadas en motivos procesales o de fondo.

Motivos o defectos procesales son, básicamente, los señalados en el artículo 559 LEC: carecer el cónyuge declarado en concurso del carácter o representación con que se le demanda; falta de capacidad o representación del solicitante de concurso, o no acreditar el carácter o representación con que demanda; falta de jurisdicción o de competencia del Juez que ha dictado el auto de concurso; o adolecer este auto de algún defecto sustancial o formal que lleve aparejada su nulidad⁶⁸. Y la idea que justifica su oponibilidad por parte del cónyuge *in bonis* es que los requisitos de esta índole son de carácter imperativo, por lo que cualquier infracción de los mismos debe poder ser alegada por el cónyuge *in bonis* si el órgano judicial no los ha apreciado de oficio ni el cónyuge declarado en concurso los ha opuesto⁶⁹.

Motivos o defectos de fondo, por su parte, son todos aquellos hechos o actos que extinguen, excluyen o enervan la ejecución

⁶⁶ No debe olvidarse que, aunque aplicable extensivamente al caso de concurso, el artículo 541 LEC es un precepto dictado pensando propiamente en ejecuciones singulares.

⁶⁷ El artículo 556.1 LEC es un precepto referido propiamente a la oposición por motivos de fondo, no por motivos procesales, pero a juicio de ACHÓN BRUÑEN (*op. cit.*, pp. 149-150), dada la falta de norma que establezca propiamente el plazo para formular la oposición en este caso, debe aplicarse el mismo plazo previsto en aquel precepto.

⁶⁸ ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 146-149.

⁶⁹ CRESPI FERRER, *op. cit.*, p. 36; ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 146.

pretendida⁷⁰. En cuanto a su oponibilidad por el cónyuge *in bonis*, ahora bien, conviene distinguir. Los que sean referibles al propio cónyuge declarado en concurso, si éste no los ha alegado no hay duda de que pueden ser opuestos por el cónyuge *in bonis*. Menos clara en cambio ha de ser la respuesta si esos hechos han sido llevados a cabo por el cónyuge *in bonis* o son referibles a él, pues aunque en líneas generales cabe pensar que sí pueden ser opuestos en última instancia depende de las circunstancias del caso concreto⁷¹.

Formulada oposición por alguno de los motivos anteriores (procesales o de fondo), en pura teoría sería lógico pretender se suspendiera el concurso, pero en la realidad no siempre es así. Pues el artículo 541 LEC —el más directamente aplicable a nuestro supuesto— dispone la suspensión cuando el cónyuge del deudor solicite la disolución de la sociedad de gananciales, pero en los demás casos la respuesta varía en función de criterios diversos que establece la propia LEC, como que se trate de un defecto sustantivo o procesal, o cuáles sean las circunstancias concretas que concurren en el título ejecutivo⁷². Y ha de tenerse en cuenta además que en la práctica los tribunales, no habiendo norma expresa que así lo establezca no suelen mostrarse proclives a suspender los procesos de ejecución⁷³.

Sea de lo anterior lo que fuere, establece entonces el artículo 559.2 LEC que de la oposición por motivos procesales se dará traslado al solicitante de concurso para que pueda formular alegaciones en el plazo de cinco días. Y que una vez formuladas éstas, si el Juzgado estima que ese defecto existe pero que es subsanable le dará diez días al solicitante para hacerlo; pero que si es insubsanable, o siendo subsanable no se subsana dentro de plazo, el Juzgado dictará auto dejando sin efecto la declaración de concurso anteriormente dictada⁷⁴. Si por el contrario el Juzgado no estima la existencia de defectos procesales, el concurso seguirá adelante.

Si la oposición lo hubiere sido por motivos de fondo, disponen los artículos 560-561 LEC que se dará traslado de la misma al soli-

⁷⁰ Vid. artículos 556 y 557 LEC.

⁷¹ Vid. ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 143-144; y CRESPI FERRER, *op. cit.*, p. 36, quienes ejemplifican eso diciendo que no procede que el cónyuge *in bonis* alegue compensación de un crédito privativo suyo frente a algún acreedor del concursado porque la compensación exige que dos personas sean recíprocamente acreedoras una de la otra por derecho propio (art. 1195 CC), lo que no se cumple en este caso. Pero el cónyuge *in bonis* sí puede oponer otros motivos, v. gr. el pago que él mismo haya hecho a un acreedor de su consorte, para saldar la deuda de este.

⁷² Vid. artículos 556-559 LEC.

⁷³ ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 143 y 150.

⁷⁴ Sobre la recurribilidad de ese auto y las dudas sobre si se trata de recurso de apelación o de reposición, vid. ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 150-151.

citante de concurso para que pueda impugnarla en el plazo de cinco días, a contar desde que se le notifique la resolución desestimatoria de la oposición por motivos procesales o desde que se le dé traslado del escrito de oposición por motivos de fondo⁷⁵. Hecho esto, y tras la celebración o no de vista según el caso, el Juez resolverá mediante auto. Si estima la oposición planteada, la declaración de concurso y las medidas de garantía que pudieran haberse adoptado quedarán sin efecto, reintegrándose al sujeto declarado en concurso a la situación anterior⁷⁶. Si la desestima, el concurso seguirá adelante⁷⁷.

3.3 La petición de disolución de la sociedad de gananciales por parte del cónyuge *in bonis*

Además de los medios generales que en el apartado anterior hemos visto que el Ordenamiento Jurídico pone a disposición del cónyuge *in bonis* para defensa de los intereses de la sociedad de gananciales y de los suyos propios, la LC establece en su artículo 77.2 otro medio específico en ese sentido, que se erige como uno de los mecanismos más importantes al respecto.

El artículo 77.2 LC, como sabemos, empieza estableciendo que «si el régimen económico del matrimonio fuese el de la sociedad de gananciales... se incluirán en la masa, además [de los bienes privativos del cónyuge concursado], los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado». Pero luego, y sin solución de continuidad, añade que «en este caso el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad... conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio, que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso».

Pues bien, ese medio específico de defensa del cónyuge *in bonis* al que antes aludíamos es el señalado en la proposición segunda del precepto transcrito. Esto es, la facultad que se confiere

⁷⁵ De conformidad con las reglas generales, la resolución de la oposición por motivos procesales es lógico se pretenda sea previa a la resolución de los motivos de fondo, aunque en la práctica no siempre podrá ser así, como por ejemplo cuando el auto declarando el concurso se notifique al cónyuge *in bonis* más tarde que al cónyuge concursado. Pues en este caso, si el concursado opone motivos de fondo el Juez deberá resolverlos en tiempo, y si más tarde (dentro de su plazo, a contar desde que se le hubiere hecho la notificación) el cónyuge *in bonis* opone defectos procesales, estos habrán de resolverse entonces (vid. ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 141-142 y 144-145, y CRESPI FERRER, *op. cit.*, p. 36).

⁷⁶ Contra esta resolución cabe recurso de apelación, y el recurrente podrá pedir que se mantengan la declaración de concurso y las medidas de garantía adoptadas, que el tribunal acordará siempre que el recurrente preste caución suficiente (art. 561.3 LEC).

⁷⁷ Esta resolución también es recurrible en apelación, pero se mantendrán la declaración de concurso y las medidas de garantías eventualmente adoptadas.

al cónyuge *in bonis*, en caso de concurso de su consorte, para pedir la disolución de la sociedad de gananciales⁷⁸.

Verdaderamente, este expediente no es original ni exclusivo del procedimiento concursal, como es fácil comprobar acudiendo al Código civil: artículo 1393.1 (también art. 1373, ya que aunque no son supuestos iguales sí responden a una idea de base común). Pero en todo caso sí se predica del concurso con absoluta propiedad, y presenta, cuando se trata de él, notas peculiares y aspectos polémicos en relación con los cuales no se ha logrado todavía una solución pacífica.

En este sentido, la primera dificultad que esa norma plantea atañe a la precisa delimitación de su supuesto de hecho: ¿cuándo se confiere al cónyuge *in bonis* la facultad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales⁷⁹? El dato a considerar viene dado por el inciso «en este caso» con que principia la proposición segunda del artículo 77.2 LC.

Si ese inciso se entiende desde un punto de vista estrictamente literal parece que excluye la operatividad general de la facultad disolutoria del cónyuge *in bonis*, de modo que procederá sólo en ocasiones: cuando los bienes gananciales se incluyan en la masa activa del concurso porque deban responder de obligaciones del concursado (proposición primera del art. 77.2 LC).

¿Es así? La respuesta a esta pregunta ha de ser negativa, porque la interpretación correcta de esa proposición primera no es la que de su letra se desprende a primera vista sino la que más arriba en el trabajo quedó dicha. Esto es, que en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales los bienes de esta naturaleza se incluyen siempre en la masa activa, ya que la responsabilidad que determina su inclusión puede ser tanto directa —si se predica de deudas gananciales— como subsidiaria —si se predica de deudas pri-

⁷⁸ Que la legitimación para el ejercicio de esta acción, esto es para pedir la disolución de la sociedad de gananciales, corresponde al cónyuge *in bonis* y no al cónyuge concursado es casi *communis opinio* en la doctrina, a la vista del artículo 77.2 LC: *vid.*, a mero título de ejemplo, Díez Soto, *op. cit.*, p. 1296; GUILARTE GUTIÉRREZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, *cit.*, p. 78; ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 47; CABANAS TREJO, «El concurso y su incidencia en la empresa familiar», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión* (dir. Martínez Díe), Cizur Menor, 2006, pp. 27-28; MAGRO SERVET, *op. cit.*, pp. 1617-1618; PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 92; y CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial...* *cit.*, p. 119. Discrepan sin embargo de este parecer, entendiendo que la facultad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales puede proceder tanto del cónyuge *in bonis* como del cónyuge concursado, ORDUÑA-PLAZA: *op. cit.*, p. 1412; y ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, p. 366.

⁷⁹ SASTRE PAPIOL parece considerar que esta facultad disolutoria es específica del cónyuge concursado no comerciante, ya que no hace mención a ella cuando sí lo sea (*op. cit.*, pp. 418-419), pero esto no puede admitirse, pues no hay base ninguna para esa distinción.

vativas—, y esta segunda aunque está supeditada a la falta o insuficiencia de bienes privativos del cónyuge deudor en caso de concurso resulta siempre efectiva, ya que la declaración de concurso tiene como presupuesto que el cónyuge sea insolvente, esto es que su pasivo sea superior a su activo, y ello será así tanto si se consideran conjuntamente sus bienes privativos y los gananciales como, con mayor razón aún, si se consideran sólo sus bienes privativos. De donde se deriva que la facultad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales que se confiere al cónyuge *in bonis* no se ve limitada ni condicionada por ese requisito que la letra del artículo 77.2 LC parece establecer. Ya que, repetimos, la responsabilidad de los bienes gananciales, y por ende su inclusión en la masa activa, se produce siempre desde que un cónyuge es declarado en concurso, tanto si las deudas que motivan su insolvencia son gananciales como si son privativas⁸⁰.

Dicho lo anterior, procede entonces analizar cuál es el *dies a quo* para el ejercicio efectivo de esa facultad. Los datos a tener en

⁸⁰ Sobre esto, con mayor detenimiento y cita de bibliografía, *vid. supra* texto y notas 19-25. Además: ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, pp. 932-933; GUILARTE GUTIÉRREZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pp. 78-79; CABANAS TREJO, *op. cit.*, pp. 27-28; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 119 y 122; PARRA LUCAN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 272. También PINO LOZANO, *op. cit.*, pp. 92-93 (aunque en p. 95 parece sostener otra cosa, y en todo caso en base a otro razonamiento).

Ni ARANGUREN URRIZA (*op. cit.*, pp. 363-366) ni ORDUÑA-PLAZA (*op. cit.*, pp. 1407 y 1411-1412) se muestran sin embargo conformes con esto. El primero, porque afirma que para aplicar el artículo 77.2 LC no basta «la mera posibilidad de insuficiencia de bienes propios del deudor para que, preventivamente, los administradores incluyan los bienes gananciales por deudas de uno de los cónyuges» (p. 365); para que opere lo dispuesto en el artículo 77.2 LC, dice, hay que esperar a un momento posterior: «tienen que incluirse en el inventario todos los bienes gananciales que deban responder de las deudas del concursado, conforme al informe [de la Administración concursal]» (p. 365). El segundo, porque afirma que «la vinculación que establece el [art. 77.2 LC] entre la causa de disolución y el presupuesto de integración en la masa de los bienes comunes permite sostener que la causa de disolución no consiste en el simple hecho objetivo de la declaración de concurso, tal como se establecía en el Código civil (art. 1393.1) sino que el presupuesto de esta causa de disolución es que los bienes... gananciales se hayan integrado en la masa para responder de las deudas del concursado»; «el cónyuge *in bonis* —añade después— solo está legitimado para solicitar la disolución del régimen de gananciales desde que los bienes gananciales responden, de forma efectiva, de las deudas privativas del concursado (...) con carácter firme y definitivo». Por nuestra parte hemos de decir que no estamos de acuerdo con esa idea, porque la Administración concursal en su Informe lo que hace es simplemente elencar los bienes que integran la masa activa y las deudas que forman la masa pasiva, calificando unos y otras a distintos efectos pero sin añadir nada desde el punto de vista de la afectación a responsabilidad de los bienes gananciales, que se produce con el auto en que se declara el concurso, lo que a su vez procede porque el Juez ha constatado previamente la insolvencia del deudor, que es de donde verdaderamente deriva la responsabilidad efectiva de sus bienes. A partir de ahí lo que hay son trámites para la articulación concreta de esa responsabilidad, nada más. El cónyuge *in bonis*, desde el momento en que su consorte es declarado en concurso sabe que los bienes gananciales forman parte de la masa activa del concurso, por lo que no hay razón para no conferirle la facultad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales desde ese mismo momento, máxime cuando la letra de la LC así lo permite.

cuenta a este respecto, además del propio artículo 77.2 LC, son los siguientes.

En primer lugar el artículo 1373 CC, que con referencia a la ejecución singular sobre bienes comunes por incumplimiento de deudas privativas de un cónyuge establece que la disolución de la sociedad de gananciales tendrá lugar como efecto de la solicitud del otro cónyuge, que podrá producirse cuando el acreedor pida y obtenga el embargo de bienes gananciales a consecuencia de la falta o insuficiencia de bienes privativos del cónyuge deudor.

Está además el artículo 1393.1 CC, que establece que la sociedad de gananciales se disolverá a petición de uno de los cónyuges en caso de haber sido el otro cónyuge declarado en quiebra o concurso de acreedores, siendo suficiente para que el Juez la acuerde que el cónyuge que la pida presente la correspondiente resolución judicial.

Precisa también mencionarse aquí el artículo 21.1.7 LC, en el que se dice que el auto de declaración de concurso, además de otros pronunciamientos contendrá, «en su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales».

Y finalmente la Disposición Adicional Primera LC, que en su regla 2.^a establece que «todas las referencias a la quiebra o al concurso de acreedores contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación»⁸¹.

¿A partir de qué momento ha de entenderse que puede el cónyuge *in bonis* instar la disolución de la sociedad de gananciales? Se trata de una cuestión polémica, en la que no se ha alcanzado todavía por la doctrina una interpretación unánime.

Para unos, el dato determinante es el artículo 21.1.7 LC. Pues si en él se establece que el auto de declaración de concurso contendrá, en su caso, la decisión de formar pieza separada en la que articular, conforme al artículo 77.2 LC, la disolución de la sociedad de gananciales, de ahí se desprende –se dice– que la petición en ese sentido del cónyuge *in bonis* ha de poder ser ejercitada ya en ese

⁸¹ Disp. Adic. Primera (*Referencias legales a los procedimientos concursales anteriormente vigentes*): «Los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta ley poniéndolas en relación con las del concurso regulado en esta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad y, en particular, a las siguientes reglas: (...) 2.^a Todas las referencias a la quiebra o al concurso de acreedores contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación».

mismo momento⁸², e incluso en un momento anterior: desde que se hubiera formulado solicitud de concurso⁸³.

A nuestro entender, sin embargo, el argumento derivado de este precepto, aunque no puede negarse no debe tampoco tomarse como decisivo en este punto. Y esto no porque el artículo 77.2 LC presuponga –aunque no lo diga explícitamente– que la petición de disolución ha de formularse cuando el concurso ya ha sido declarado, sino sobre todo porque, como ya se vio en su momento, el artículo 21.1.7 LC es un precepto poco coherente en el marco de la LC aprobada en 2003, en el que por tanto no procede apoyarse con firmeza para extraer conclusiones en ningún sentido⁸⁴.

En realidad, lo que ocurre es que aquí se plantea una cuestión más profunda: determinar si la Ley Concursal por ser ley posterior y especial ha derogado o no en este punto al Código civil, aunque sea de forma tácita.

La razón de ser de esta discusión es que el artículo 1393.1 CC, al establecer las causas de disolución de la sociedad de gananciales a petición de uno de los cónyuges supedita esa disolución al mero hecho de haber sido el otro cónyuge declarado en quiebra o concurso de acreedores. Mientras que la Disp. Adic. Primera, regla 2.^a, LC, por su parte, establece que las referencias a la quiebra o el concurso en preceptos que no hayan sido modificados expresamente por la LC (como es el caso del art. 1393 CC) no deben entenderse realizadas de forma genérica e indiferenciada al concurso, sino circunscritas al concurso en que se haya abierto la fase de liquidación⁸⁵. Se trata, pues, de normas incompatibles entre sí si se toman en sentido estricto y se aplican a una misma cuestión, como es nuestro caso. *Quid iuris?* ¿Ha modificado esa Disp. Adic. de la LC

⁸² Apuntan este dato como consideración a tener en cuenta, aunque no constituye el argumento principal de sus tesis, ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 933, y CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, p. 121, nota 51.

⁸³ PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 95. En sentido parecido, aunque constatando su dificultad para llevarlo a la práctica, CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, pp. 122-124; y GARNICA MARTÍN, *op. cit.*, ad artículo 21, pp. 222-223. También ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 47, aunque reconoce (nota 77) que lo afirma así «en un intento de dar explicación de lo... dispuesto [en el art. 21.1.7 LC], y por lo mismo sólo resulta avalada por el tenor literal de la norma. Por el contrario –añade–, no podemos desconocer que la tramitación parlamentaria de la ley muestra que la finalidad del precepto no era... permitir la solicitud de disolución de forma previa a la declaración de concurso».

⁸⁴ *Vid. supra* 3.1. También GUILARTE GUTIÉRREZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, *cit.*, pp. 74-75; y SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 2254-2255.

⁸⁵ ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, p. 366. También parece que se debe incluir aquí a ORDUÑA-PLAZA: *op. cit.*, pp. 1407-1411-1412, aunque en su exposición no mencionen explícitamente esa Disp. Adic. Igualmente consideran esta posibilidad, aunque sin decidirse con claridad, DíEZ SOTO, *op. cit.*, pp. 1289-1290; y ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 48. En sentido ambivalente, esto es admitiendo que la disolución de la sociedad de gananciales puede pedirse tanto al tiempo de declaración del concurso como cuando este entre en fase de liquidación, BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación...», *cit.*, pp. 1773-1774.

la causa de disolución de la sociedad de gananciales contemplada en el artículo 1393.1 CC, y el criterio establecido en él?

A nuestro entender, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa. Por lo siguiente.

En primer lugar, porque aunque ciertamente la letra de esa Disp. Adic. abarca la cuestión que aquí estamos considerando, en verdad esa norma no se dictó pensando en ella. Lo que se evidencia al considerar que esa Disp. Adic. ya existía, y con el mismo tenor, en el Proyecto de LC de 2002, siendo así que la situación era en ese Proyecto radicalmente diversa, ya que en él la declaración de concurso de un cónyuge determinaba la disolución automática de la sociedad de gananciales⁸⁶. La norma contenida en esa Disp. Adic. no podía por tanto tener entonces el significado que ahora se le quiere dar (posponer la posibilidad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales al tiempo en que en el concurso se abra la fase de liquidación). Y esa Disp. no ha cambiado después sino que se ha mantenido inmodificada desde entonces. Por ello, aunque su letra lo permita hemos de concluir, al menos, que no es forzoso darle hoy ese significado⁸⁷. Lo que no supone tampoco privarla de todo valor, pero sí relativizar su carácter pretendidamente decisivo en este tema.

Y en segundo lugar porque dentro de la LC esa Disp. Adic. no es la única norma que hay que considerar. Además de ella está también, y con un valor particularmente relevante, el artículo 77.2 LC, del que destaca que no procede en este tema por vía de simple remisión al artículo 1393.1 CC –lo que efectivamente habría dado mayor juego a lo dispuesto en la Disp. Adic. tantas veces citada– sino que tiene contenido sustantivo en sí mismo, estableciendo directamente la norma que quiere se aplique: «en este caso el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad... conyugal».

Resultando así que la solución a la cuestión planteada no se puede buscar relacionando sólo el artículo 1393.1 CC y la Disp. Adic. Primera, regla 2.^a, LC, sino que hay que buscarla relacionando también esa Disp. Adic. y el artículo 77.2⁸⁸. Y así, habida

⁸⁶ Art. 76.2 del Proyecto de LC de julio de 2002: «Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales... se incluirá, además, en la masa el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común. La declaración de concurso determinará su disolución tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

⁸⁷ Sobre esta Disp. Adic., vid. COLAS ESCANDÓN (en *Comentarios a la Ley Concursal*, coord. R. Bercovitz, Madrid, 2004, t. II, pp. 2217 ss.) y MATEO SANZ (en *Comentarios a la legislación concursal*, dir. Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez, Valladolid 2004, pp. 3483 ss.), aunque en sus comentarios destaca que no existe ninguna referencia relevante a este tema.

⁸⁸ Así lo señala, con gran clarividencia, CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 122.

cuenta lo antes dicho sobre el valor relativo que a este efecto debe darse a lo dispuesto en esa Disp. Adic., resulta claro que en este punto no debe darse prevalencia a lo dispuesto en ella.

Sentado lo cual hay que concluir entonces que la LC no supone derogación (ni siquiera tácita) del Código civil, ni del criterio que a este respecto se establece en él. Y por tanto que la solución correcta en este tema pasa por considerar que la facultad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales se confiere al cónyuge *in bonis* sin supeditación a que el concurso de su consorte haya entrado en fase de liquidación, sino simplemente a que los bienes gananciales se hayan incluido en la masa del concurso porque deban responder de obligaciones del cónyuge concursado, lo que como ya hemos visto ocurre siempre desde el primer momento.

Si no fuera así, considérese además el resultado absurdo que se produciría si ese concurso no discurriera por vía de liquidación sino de convenio. ¿Acaso no podría entonces pedir el cónyuge *in bonis* la disolución de la sociedad de gananciales? No parece pueda impedirse tal cosa, entre otras razones porque si así fuera resultaría que los resultados del trabajo o industria del cónyuge *in bonis* se integrarían en la masa activa del concurso aunque él no quisiera, de modo que estaría trabajando para los acreedores de su cónyuge (concurado) contra su voluntad, lo que no debe ser⁸⁹.

Lo dicho, por otra parte, no supone dificultad significativa ninguna en el plano positivo, pues al margen de diferencias de expresión en la fórmula que cada uno de ellos emplea, en verdad tanto el artículo 77.2 LC como el artículo 1393.1 CC –y el artículo 1373 CC, aunque éste se refiera propiamente a ejecuciones singulares– establecen la misma idea, relacionando la facultad disolutoria del cónyuge *in bonis* simplemente con que el otro cónyuge sea declarado en concurso, o con la producción de determinados efectos que a su vez son consecuencia directa y automática de la declaración de concurso⁹⁰.

⁸⁹ BLANQUER UBEROS, *Notas acerca de la relación...*, cit., p. 1771 (aunque en *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., p. 26, parece sostener lo contrario); CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., p. 121.

⁹⁰ YÁÑEZ VIVERO, *op. cit.*, pp. 2673-2674; ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 933; MAGRO SERVET, *op. cit.*, p. 1617; MANZANO CEJUDO, *op. cit.*, pp. 489-490; BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación...» cit., p. 1773 (pero *vid.* lo dicho en nota 85); CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial» cit., pp. 119 y 121. En refuerzo de la idea apuntada en el texto es oportuno acudir aquí a los antecedentes –prelegislativos– de ese artículo 77.2 LC. Este precepto, como sabemos, se introdujo a última hora en los debates parlamentarios previos a la aprobación de la LC, como reacción contra lo dispuesto en el artículo 76.2 del Proyecto de LC de 2002, en el que se establecía que «la declaración de concurso determinará su disolución [de la sociedad de gananciales], tramitándose en pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». «El concurso –se decía como justificación de la enmienda núm. 621 que se presentó a la norma del Proyecto

La conclusión, por tanto, es inequívoca: en caso de concurso de un cónyuge, el *dies a quo* para pedir la disolución de la sociedad de gananciales por parte del otro cónyuge (*in bonis*) viene dado por el momento en que se dicta el Auto declarando a aquél en concurso⁹¹.

Cosa distinta, aunque estrechamente relacionada, es la atinente al plazo en el que se puede ejercitar válidamente esa facultad de petición de disolución de la sociedad de gananciales. ¿Cuál es este plazo?

(BOCG, Congreso de los Diputados, Proyectos de Ley, día 2 de diciembre de 2002. Serie A, núm. 101-15)– no debe ser causa automática de liquidación de la sociedad de gananciales. La nueva redacción [que se proponía con la enmienda] supone una mejor coordinación con lo que resulta del régimen general establecido en los artículos 1362 y siguientes del CC, en especial del artículo 1373 CC y del artículo 541.3 LEC, aplicables al caso de ejecuciones singulares» [la enmienda núm. 301 (BOCG de 2 de diciembre de 2002. Serie A, núm. 301), por su parte, proponía la supresión del párrafo 2.º del art. 76.2 del Proyecto]. Esa reacción, ahora bien, hay que considerar que se planteó solo contra el carácter necesario y automático con que en el Proyecto se disponía la disolución de la sociedad de gananciales, nada más. Por ello se proponía la adopción de una fórmula en consonancia con lo dispuesto en el Código civil –que la disolución se supeditara a que el cónyuge *in bonis* la pidiera– pero ningún cambio se proponía en relación al momento en que esa facultad pudiera ejercitarse, no siendo por tanto descabellado entender seguía siendo el de declaración de concurso. Máxime cuando se constata que nunca estuvo en la intención de los redactores de la LC, ni de los parlamentarios que la aprobaron, disponer un cambio en cuanto al criterio tradicional del CC sobre el momento en que el cónyuge *in bonis* puede pedir la disolución de la sociedad de gananciales. Aunque, eso dicho, hay que destacar también que no existe identidad total entre el artículo 77.2 LC y los preceptos del Código civil. No la hay con el artículo 1373 CC, porque en este la facultad disolutoria está subordinada a que se agredan bienes gananciales por causa de deudas privativas, cosa que no ocurre en el artículo 77.2 LC, en el que basta con que los bienes gananciales se incluyan en la masa activa porque deban responder de deudas del concursado, lo que como sabemos ocurre siempre, se trate de deudas gananciales o privativas [CUADRADO PÉREZ, sin embargo, estima que la facultad dispuesta en el art. 77.2 LC está supeditada a que la ejecución sobre bienes gananciales se haga por deudas privativas («El concurso de acreedores de ambos cónyuges» en *Familia y concurso de acreedores* (coord. CUENA CASAS), Cizur Menor 2010, p. 255); también HERRERA CUEVAS, *op. cit.*, p. 385]. Y tampoco hay identidad con el artículo 1393.1 CC (aunque la semejanza es mayor), porque en este la petición del cónyuge *in bonis* ha de ir acompañada de la resolución judicial en que se declare en concurso al otro cónyuge, cosa que no es preciso en el artículo 77.2 LC (lo que por otra parte es plenamente lógico, habida cuenta que esa petición ha de presentarla al mismo Juez del concurso: *vid.* artículos 86.ter.1.1.º LOPJ y 8.1 LC; así lo indican también DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1290, nota 22; y SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 2255). En otro orden de cosas, cabe advertir aquí que SANCIÑENA ASURMENDI (*op. cit.*, p. 2254) denuncia que existe contradicción entre el artículo 77.2 LC y el artículo 1373 CC, sobre la base de que «el Código civil prevé que el cónyuge no deudor pueda solicitar la disolución de la sociedad de gananciales en caso de embargo de bienes gananciales por deudas privativas (...), pero no otorga al cónyuge no deudor la facultad de solicitar la disolución de la sociedad de gananciales en caso de deudas gananciales». Nuestra crítica a tal reflexión pasa simplemente por destacar que en este punto no es el artículo 1373 CC, sino el 1393.1, el precepto que debe considerarse más propiamente.

⁹¹ ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 933; SANZ VIOLA, *op. cit.*, pp. 719-720; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, p. 119; PARRA LUCAN, «Persona y patrimonio en el concurso de acreedores», *cit.*, pp. 270-272; CABANAS TREJO, *op. cit.*, p. 28. Una vez pedida por el cónyuge *in bonis*, el Juez deberá acordarla necesariamente (*vid.* ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, pp. 932 s; ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, pp. 45-47; y ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 173-176, aunque este último refiriéndose propiamente al caso de ejecución singular).

Se trata de una pregunta difícil, porque ni la LC ni la LEC contienen previsión directa sobre ella⁹². Esa dificultad, ahora bien, no permite dejar sin resolver la cuestión, porque la dinámica del proceso concursal así lo impone. Por esta razón, en la doctrina se han apuntado varias soluciones.

Para unos, salvo que el Juez del concurso señale plazo específico para ello⁹³ (lo que la experiencia muestra no es usual), la solución ha de extraerse por analogía con lo dispuesto en el artículo 596 LEC para el caso de tercería de dominio: «el cónyuge [*in bonis*] puede hacer valer dicha pretensión a lo largo de todo el procedimiento... hasta el momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al tercero o al acreedor que lo haya adquirido en la enajenación forzosa»⁹⁴.

Para otros, a la vista de la Disp. Adic. Primera, regla 2.^a, LC, la solución pasa por entender que el ejercicio de dicha facultad puede producirse hasta el momento de aprobación del convenio o de apertura de la liquidación⁹⁵.

Una tercera propuesta es la de quienes sostienen que el ejercicio de esa facultad debe tener lugar dentro de la fase común del concurso, esto es antes de la aprobación definitiva del inventario que la Administración concursal debe presentar⁹⁶.

Estas tres son las soluciones que se han propuesto en este tema. ¿Qué valoración nos merecen?

La primera pensamos debe descartarse, por dos razones. Una, porque no está prevista específicamente para nuestro caso y por tanto su aplicación al mismo tiene un sustento, todo lo más, indirecto. Y otra, porque posibilita el ejercicio de la facultad disolutoria durante un *impasse* tan largo que conlleva resultados inconvenientes y perturbadores desde el punto de vista práctico, que hacen que no sea acertada⁹⁷.

⁹² Así lo dicen ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 171; y CRESPI FERRER, *op. cit.*, p. 39. También ARNAU, quien afirma que «una vez declarado el concurso, se desconoce el tiempo de que dispone el cónyuge para solicitar la disolución» (*op. cit.*, p. 48).

⁹³ Lo que a su vez puede ser, bien *motu proprio*, bien a petición de los acreedores o de la Administración concursal: *vid.* ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 172; y CRESPI FERRER, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁴ ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 172.

⁹⁵ BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación...», *cit.*, pp. 1773 y 1774; ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, p. 366. En la misma línea parece pronunciarse Díez SOTO cuando afirma que «de acuerdo con este criterio... la mera declaración de concurso no bastará para que el otro cónyuge pueda pedir la disolución, en tanto no se proceda a abrir la fase de liquidación» (*op. cit.*, pp. 1289-1290; aunque su posición, como ya hemos dicho más arriba en nota 85, no nos queda clara).

⁹⁶ HERRERO PEREZAGUA, «Concurso de acreedores y consorcio conyugal. Aspectos procesales», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Decimonovenos encuentros (Zaragoza-Teruel 2009)*, Zaragoza 2010, pp. 174-176.

⁹⁷ En este sentido le objeta ACHÓN BRUÑEN (*op. cit.*, p. 172) –refiriéndose propiamente a supuestos de ejecución singular, pero siendo un razonamiento perfectamente tras-

También nos parece debe descartarse la segunda propuesta, por razones semejantes a las que se acaban de señalar. Esto es, desde el punto de vista de su sustento positivo, por el valor muy relativo que ya hemos visto debe darse en este sentido a lo dispuesto en la Disp. Adic. Primera, regla 2.^a, LC, dado que no fue dictada pensando en este caso, ni en su momento era posible siquiera aplicarla al mismo. Y desde el punto de vista práctico, porque el plazo sigue siendo demasiado largo, y por consecuencia perturbador para los intereses en juego.

La tercera de las soluciones propuestas, en cambio, postula una solución mucho más plausible, tanto desde el punto de vista teórico como práctico. Desde el punto de vista teórico porque, dado que la liquidación subsiguiente a la disolución de la sociedad de gananciales afecta de forma directa y sustancial a la formación del inventario que la Administración concursal debe presentar, no tiene sentido entonces poder ejercitar aquella facultad después del momento de aprobación definitiva del mismo⁹⁸. Y desde el punto de vista práctico porque con esta solución se acorta, con respecto a las propuestas anteriores, el período de *impasse* en este sentido, con los efectos positivos que ello lleva aparejados.

Esta solución encaja además perfectamente en el sistema dibujado por la LC, por lo siguiente. Según el artículo 82.1 LC, «la Administración concursal elaborará a la mayor brevedad posible⁹⁹ un inventario que contendrá la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor integrados en la masa activa a la fecha de cierre (...)». A este inventario se le dará la publicidad oportuna en los términos señalados en el artículo 95 LC, hecho lo cual, «dentro del plazo de diez días a contar desde la comunicación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior cualquier interesado podrá

ladable al concurso— que «puede ocurrir que justo antes de sacar el bien a subasta pública, o incluso celebrada esta y antes de entregar el bien al rematante, el cónyuge del deudor haga valer su derecho a pedir la disolución del consorcio, con lo que el principio de economía procesal resultará sensiblemente afectado —sobre todo en el caso de que lo embargado sea un inmueble— al haberse realizado una serie de diligencias que pueden quedar en papel mojado (anotación preventiva de embargo, solicitud de certificación de cargas al Registro de la Propiedad, requerimiento a los titulares de derechos anteriores o preferentes para que informen sobre la subsistencia de sus créditos, requerimiento de títulos al ejecutado, tasación pericial, anuncio de la subasta, etc.), perjudicando dicha demora no solo al ejecutado sino también al ejecutado que verá incrementadas las costas a su cargo a causa de unas determinadas actuaciones que han devenido inútiles».

⁹⁸ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 122 —nota 54—, y 124. También PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 96.

⁹⁹ «El plazo para la presentación del informe de los administradores concursales —dice el artículo 74.1 LC— será de dos meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos», aunque luego el núm. 2 de ese mismo precepto matiza eso añadiendo que «este plazo podrá ser prorrogado por el juez, por tiempo no superior a un mes, a solicitud de la Administración concursal, presentada antes de su expiración y fundada en circunstancias extraordinarias».

impugnar el inventario», solicitando la inclusión o exclusión de determinados bienes o derechos (art. 96.1 LC). Apostillando entonces el artículo 97.1 LC que «... quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario... no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos...». Pues bien, aunque en sentido estricto la petición de disolución de la sociedad de gananciales no sea una impugnación del inventario, puede asimilarse a estos efectos, dado que el hecho de pedir la disolución de la sociedad de gananciales no es sino alegar que no todos los bienes gananciales deben incluirse en la masa activa del concurso. Y si esto es así, la consecuencia es clara: si no se hace en ese momento, en adelante ya no se podrá hacer¹⁰⁰. Resultando entonces, como conclusión, que el plazo para el ejercicio de la facultad disolutoria que la LC confiere al cónyuge *in bonis* llega hasta ese momento, pero no más. Esta tercera solución, por tanto, debe ser preferida sobre las otras dos.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho creemos que cabe todavía aventurar otra solución, que de admitirse sería mejor aún por cuanto que resulta mucho más ajustada desde el punto de vista del plazo.

Esta solución parte de la previsión que a este respecto se contenía en el artículo 76.2 del Proyecto de LC de julio de 2002, antecedente directo e inmediato del actual artículo 77.2 LC. En ese artículo 76.2 se disponía que «la declaración de concurso determinará su disolución [de la sociedad de gananciales], tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El tenor de ese precepto, como sabemos, cambió en la definitiva LC. Pero sabemos también que la razón del cambio fue sustituir la disolución automática de la sociedad de gananciales (que en ese Proyecto se anudaba a la declaración de concurso) por la concesión de una facultad en ese sentido al cónyuge *in bonis* (de ejercicio potestativo), sin que se considerara en absoluto el aspecto referente a la tramitación de la disolución. Pues bien, aunque la remisión explícita a la LEC se haya omitido en el tenor del artículo 77.2 LC, lo dicho creemos que permite seguir acudiendo a ella a los efectos que ahora estamos considerando¹⁰¹. Y así, si se asimila la facultad

¹⁰⁰ La falta de ejercicio en plazo de la facultad disolutoria, dice GUILARTE GUTIÉRREZ que tiene dos efectos básicos: «por un lado la posibilidad de que el acreedor realice indiscriminadamente los bienes comunes, y por otro que en su caso el hipotético exceso de adjudicación al cónyuge deudor se resolverá en la esfera interna del matrimonio el día en que se liquide el haber consorcial» (*Comentarios a la legislación concursal*, cit., ad art. 77 LC, p. 1572).

¹⁰¹ Aunque no con este preciso alcance, esta idea nos parece latente en PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 267, nota 421; y en

de pedir la disolución de la sociedad de gananciales a una de las causas de oposición que la LEC concede al cónyuge del ejecutado para defender los intereses de esa sociedad (y los suyos propios)¹⁰², se puede concluir entonces que el plazo previsto para esas causas de oposición –diez días, *ex* artículo 556.1 LEC¹⁰³– es aplicable también a la facultad disolutoria de la sociedad de gananciales concedida al cónyuge *in bonis*¹⁰⁴.

Se trata, a nuestro entender, de una solución perfectamente aceptable, pues cuenta con base en que apoyarse y además resulta preferible desde el punto de vista práctico, pues establece un plazo más corto.

En cualquier caso, sea una u otra la solución que se acoja –plazo de diez días, o hasta el momento de aprobación del inventario de bienes–, ello ha de entenderse siempre sobre la base de que el cónyuge *in bonis* tiene conocimiento de que su consorte ha sido declarado en concurso (sea porque se le ha notificado formalmente, sea porque ha tenido conocimiento de ello por otra vía¹⁰⁵). Pues de no ser así ese plazo no puede empezar a correr, ya que ello conllevaría indefensión por su parte, en la medida en que se vería impedido de ejercitar los mecanismos que el Ordenamiento pone a su disposición, y por tanto de actuar en defensa de su derecho e intereses¹⁰⁶. En este sentido, ya vimos más arriba en el trabajo que aunque en la LC no hay norma que establezca expresamente el deber de efectuar notificación personal al cónyuge *in bonis*, del conjunto del Ordenamiento sí se extrae la necesidad de esa notificación. Y que la consecuencia de no realizarla no es sólo que el cónyuge *in bonis* pueda denunciar esa infracción sino además que pueda pedir, *ex* artículo 238.3 LOPJ., la nulidad de las actuaciones realizadas si por esa causa se le ha causado indefensión, que es precisamente lo que ocurriría aquí. Pudiendo entonces, si las circunstancias del caso lo exigen (*v. gr.*, si decide pedir la disolución de la sociedad de gananciales cuando el inventario ya ha sido aprobado, o cuando ya se ha iniciado la fase de convenio o liquidación), pedir que el procedimiento se retrotraiga al momento procesal oportuno¹⁰⁷.

GUILARTE GUTIÉRREZ, en *Comentarios a la legislación concursal*, cit., *ad* artículo 77 LC, p. 1572.

¹⁰² ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 169-170; AGUILAR RUIZ, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰³ *Vid. supra*, texto y nota 67.

¹⁰⁴ Este plazo, además, se mueve en la línea de lo dispuesto, dentro de España, en algunos Derechos forales: así en el Fuero Nuevo navarro (Ley 1/1973): 9 días (ley 85); o en la Ley 3/1992, de Derecho Civil foral del País Vasco: 15 días (art. 102: Fuero de Vizcaya).

¹⁰⁵ Aunque en este caso eso habrá que probarlo, si se discute.

¹⁰⁶ Así lo dice también PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 96.

¹⁰⁷ Precisamente por esto, para evitar tal peligro debe siempre preocuparse el Juez de realizar cuanto antes la oportuna notificación al cónyuge *in bonis* de la declaración de

3.4 La liquidación de la sociedad de gananciales coordinada con el concurso

En caso de que el cónyuge *in bonis* pida la disolución de la sociedad de gananciales, dice el artículo 77.2 *in fine* LC que «el juez acordará la liquidación o división del patrimonio, que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso».

La cuestión que en esta norma se contempla atañe al modo de relacionarse dos procedimientos distintos que en el caso sin embargo concurren —el de liquidación de la sociedad de gananciales de un lado, y el de concurso de otro—, cada uno de los cuales concierne a sujetos diversos —el primero, a los dos cónyuges y a los acreedores gananciales; el segundo, al cónyuge concursado y a los acreedores concursales— y está sometido a reglas particulares.

Se trata de una cuestión verdaderamente compleja, quizá la más difícil de cuantas atañen al concurso de un sujeto casado en régimen de gananciales, hasta el punto de que la doctrina no ha alcanzado todavía un entendimiento pacífico sobre ella a pesar de tener carácter principal en el tema. Nuestra tarea en este apartado, por tanto, es averiguar en qué consiste esa «forma coordinada» en que debe hacerse la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales en relación con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso.

Hay que empezar señalando que la dificultad deriva de la fórmula ambigua empleada por el legislador. Pues decir que la liquidación del patrimonio ganancial «se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso» no es sino eludir la tarea de precisar cómo se hará eso¹⁰⁸, ya que hablar de «forma coordinada» es establecer un criterio muy genérico, susceptible de concretarse de muy diversas formas.

En este sentido, y empleando inicialmente un tono ecuánime con el que necesariamente hay que estar de acuerdo, algún autor ha dicho que «la coordinación supone de alguna manera incardinar los trámites de un proceso liquidatorio en otro (...) desde un plano de igualdad, es decir sin merma de los trámites y garantías de cada uno de tales procesos»¹⁰⁹. Sin embargo luego las dificultades acaban imponiéndose, y por ello a la hora de concretar eso el mismo autor formula la cuestión en términos mucho menos abiertos, afir-

concurso de su consorte. Y en caso de no hacerlo así el Juez espontáneamente, deben interesarlos los acreedores o la Administración concursal: *vid.* PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 96, aunque no se pronuncia con claridad sobre la posibilidad de vuelta atrás de las actuaciones.

¹⁰⁸ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1291.

¹⁰⁹ GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., p. 86.

mando que es «ontológicamente imposible que unos mismos bienes –los gananciales– se liquiden en dos procedimientos universales diferentes, como lo serían el de la sociedad de gananciales y el de la masa activa concursal [y por tanto que,] diga lo que diga el legislador, es obvio que ha de darse a estos efectos preferencia a uno u otro»¹¹⁰.

En la doctrina actual, como ya se ha apuntado antes, no hay a este respecto una opinión pacífica, ni siquiera mayoritaria¹¹¹. Pues a grandes rasgos son dos las posturas existentes: la que interpreta la fórmula del artículo 77.2 *in fine* LC en el sentido de atribuir carácter previo a la liquidación de la sociedad de gananciales¹¹², y la que lo hace dando preferencia a la resolución del concurso (sea por vía de convenio o de liquidación)¹¹³. Pero en verdad lo que hay es una pluralidad de interpretaciones, muy diversas además unas de otras. Por esta razón, y para situar la cuestión en sus debidos términos, procedemos a continuación a reseñar las principales explicaciones formuladas al respecto¹¹⁴.

Empezando por las formulaciones más cautelosas, algunos autores han afirmado que «plantea dudas la expresión “coordinación”..., en cuanto que la ley no aclara si deben prevalecer las normas civiles de liquidación en todo caso o por el contrario... estas normas serán aplicables en tanto no estén en contraposición con los términos del convenio de acreedores [o de la liquidación] aprobado en el procedimiento concursal»¹¹⁵. En la misma línea otros autores

¹¹⁰ GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., p. 95.

¹¹¹ Aparte están quienes se limitan a enunciar la cuestión de forma sucinta, sin apuntar la dificultad subyacente: *vid.* ORDUÑA-PLAZA, *op. cit.*, p. 1413; y SASTRE PAPIOL, *op. cit.*, ad artículo 77 LC, pp. 418-419.

¹¹² Se pueden citar aquí los siguientes autores (aunque luego entre cada uno de ellos puede haber diferencias importantes): Díez SOTO, *op. cit.*, pp. 1291-1292; MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2085; ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, pp. 933-934; y CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 125-126 y 132 ss. Tal vez también, aunque sus posturas resultan algo contradictorias, MAGRO SERVET, *op. cit.*, p. 1618; y PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 98.

¹¹³ Se pueden citar aquí los siguientes autores (aunque, al igual que hemos hecho en la nota anterior, insistiendo en que entre cada uno de ellos puede haber diferencias importantes): SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 720; HERRERA CUEVAS, *op. cit.*, p. 385; MERCADAL, *op. cit.*, p. 402; BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación...», cit., pp. 1773 y 1786 s; GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pp. 93 y 98 ss.; VÁZQUEZ ALBERT, *op. cit.*, ad artículo 77 LC, p. 984; BELTRÁN SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones...», cit., pp. 160-161 (aunque con posterioridad a la entrada en vigor de la LC parece haber variado su criterio: *vid. Comentario de la Ley Concursal cit.*, ad art. 84 LC, p. 1498); MANZANO CEJUDO, *op. cit.*, p. 490; ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, pp. 367-368.

¹¹⁴ Nos ayudamos, en este punto, de la exposición que hace GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pp. 88 ss.

¹¹⁵ MANZANO CEJUDO, *op. cit.*, p. 490, aunque esta autora se inclina por dar preferencia a la resolución del concurso, afirmando que sería «ilógica la anteposición de la liquidación de la sociedad de gananciales sobre el procedimiento concursal». Tal vez también MAGRO SERVET, *op. cit.*, p. 1618 [aunque este autor ha sido citado antes en nota 112, si bien que con cautelas, entre quienes defienden la preferencia de la liquidación ganancial,

han dicho que «la coordinación no necesariamente implica simultaneidad», aunque añadiendo que queda abierta la cuestión «de si será necesario diferir la liquidación de la sociedad de gananciales al momento en que se apruebe el convenio o la liquidación, o simplemente quedará condicionada su efectividad a la posible incompatibilidad con el resultado del convenio o la liquidación»¹¹⁶.

En términos más comprometidos, hay autores que sostienen que «el mandato de coordinación del artículo 77.2 LC indica que a la hora de dividir los bienes comunes se tendrá en cuenta la división pactada en convenio o que forme parte del plan de liquidación, sin reducción previa de la masa [activa del concurso] en la porción adjudicada al cónyuge no concursado»; es decir que «se adjudica al cónyuge no concursado su porción en bienes gananciales... según los compromisos del convenio o según el método de satisfacer a los acreedores en la liquidación»¹¹⁷. En una línea semejante, pero con una formulación más rotunda, se ha dicho también que en la LC la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales es una posibilidad «supeditada en todo caso a lo que resulte de la conclusión del procedimiento concursal»¹¹⁸; y que «la liquidación [de la sociedad de gananciales] se llevará a cabo de manera coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso, bien entendido que la coordinación comporta la subordinación al concurso y a las soluciones en las que concluya el procedimiento»¹¹⁹.

pues sin perjuicio de lo dicho realiza también afirmaciones como que «resulta evidente que cuando el cónyuge del deudor ha solicitado la disolución de la sociedad de gananciales lo que está protegiendo es... el patrimonio resultante de la disolución de la sociedad de gananciales, ya que... su parte no está afecta a la responsabilidad subsidiaria de las deudas privativas contraídas por el deudor»; añadiendo que «respecto al convenio hay que señalar que la parte que corresponda al cónyuge del deudor no puede ser incluida en la masa activa (del concurso)... Lo mismo ocurre en la liquidación, ya que a la satisfacción de las obligaciones privativas del deudor sólo quedan afectos y se ejecutan la parte de los bienes gananciales atribuidos al deudor concursado, pero siempre y cuando haya bienes en la sociedad una vez que se hayan atendido las obligaciones de la sociedad»].

¹¹⁶ ARANGÜREN URRIZA, *op. cit.*, p. 367.

¹¹⁷ HERRERA CUEVAS, *op. cit.*, p. 385 (aunque añade, quizá para suavizar su postura, que esa adjudicación de bienes al cónyuge *in bonis* para pago de su porción en la sociedad de gananciales no se hace «ni antes, subordinando tal convenio o tal satisfacción de créditos, pero tampoco después, supeditando a que se cumpla por entero o se pague a todos»). En sentido semejante SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 720; y MERCADAL, *op. cit.*, p. 402.

¹¹⁸ VÁZQUEZ ALBERT, *op. cit.*, ad artículo 77 LC, p. 984. En una línea semejante, aunque se trataba de reflexiones formuladas en relación al artículo 76.2 del Proyecto de LC de 2002, BELTRÁN SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones...», cit., pp. 160-161 (aunque en nota 113 hemos apuntado que con posterioridad a la entrada en vigor de la LC este autor parece haber variado su criterio, entendiendo ahora que «la exigencia legal de coordinación [del art. 77.2 LC] obliga a integrar en la masa pasiva del concurso a todos los acreedores con derecho sobre la sociedad legal de gananciales, sean del cónyuge concursado o sean del cónyuge no concursado» (en *Comentario de la Ley Concursal*, cit., ad art. 84 LC, p. 1498).

¹¹⁹ BLANQUER UBEROS, «Notas acerca de la relación...», cit., p. 1773. Abundando en esta idea, en pp. 1786-1787 añade este autor que «en el caso de que se tramitase la liquidación de la sociedad de gananciales en pieza separada,... se deberá demorar esta hasta la

Para otros autores, en cambio, la interpretación procedente pasa porque «la liquidación de los gananciales sea la primera en el tiempo, es decir que se realice antes que la liquidación concursal, de manera que ésta se hará con los resultados de la primera»¹²⁰. «Desde el punto de vista de la dinámica concursal –se ha dicho también–, el hecho de que se reconozca al cónyuge del concursado la posibilidad de optar por la disolución del régimen... supone... entender que, de seguirse esta vía, habrá de procederse inexcusablemente a la liquidación previa del régimen económico, con objeto de determinar el remanente que... habrá de constituir el haber de la sociedad de gananciales, atribuyéndose la mitad al cónyuge no concursado e integrándose la otra mitad (*rectius*, los bienes adjudicados para cubrir dicha mitad) en la masa activa del concurso, junto al patrimonio privativo del cónyuge concursado»¹²¹. «La liquidación de la sociedad de gananciales –ha afirmado otro autor– se superpondrá... al concurso para definir la masa activa de este, de tal modo que primero se liquida la sociedad de gananciales pagando las deudas comunes»¹²².

Finalmente merece aquí apuntar separadamente, por su originalidad, una explicación particular formulada en este tema¹²³. Esta explicación postula que la sociedad de gananciales debe liquidarse con carácter previo a la aprobación del convenio o a la liquidación concursal, para que así el cónyuge *in bonis* pueda salvaguardar su derecho sobre los bienes gananciales de la agresión por deudas privativas de su consorte concursado¹²⁴. Pero con la singularidad de

liquidación del concurso, si procediese; en consecuencia, no podría llevarse a efecto la liquidación de gananciales con separación de la fase de liquidación [del concurso], pues el plan de liquidación [del concurso] parece preferente o prioritario al ocuparse de la realización de los bienes gananciales incluidos en la masa (...), en virtud de su sometimiento directo (...) a la responsabilidad de determinadas deudas (...). No es dudosa –concluye BLANQUER– la necesaria subordinación y posposición coordinada de la liquidación de la sociedad de gananciales al resultado de la fase de liquidación en el concurso; la coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el cumplimiento del convenio o con la fase de liquidación conduce a la subordinación y a la posposición de aquella respecto de estos».

¹²⁰ PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 98. Aunque decíamos en nota 112 que la postura de este autor es contradictoria, pues luego en p. 100 afirma que «la coordinación de ambas liquidaciones implica la subordinación de las posibilidades de realización de la sociedad conyugal a las necesidades de la liquidación concursal».

¹²¹ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, pp. 1291-1292.

¹²² MAGARIÑOS, «El concurso y la sociedad de gananciales», *cit.*, p. 2085.

¹²³ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, pp. 125-126 y 132 ss. La siguen PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, *cit.*, pp. 127 s; CURIEL LORENTE, «El artículo 77.2 de la Ley Concursal en relación con el consorcio conyugal», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Decimonovenos encuentros (Zaragoza-Teruel 2009)*, Zaragoza, 2010, p. 159; HERRERO PEREZAGUA, *op. cit.*, p. 180.

¹²⁴ Esto es así, dice CUENA CASAS («Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, p. 133), porque la Ley Concursal debe respetar la normativa de este

que la adjudicación que se haga a resultas de esa liquidación será en sus primeros momentos meramente formal o contable, para no causar perjuicio a los acreedores consorciales¹²⁵; la adjudicación material o real tendrá lugar solo cuando se hayan satisfecho todas las deudas comunes (gananciales), lo que se producirá en fase de liquidación del concurso o, en su caso, de convenio¹²⁶.

* * *

La variedad de interpretaciones existente con respecto a la norma analizada, como hemos visto, es grande. ¿Cuál debe acogerse? Analizaremos la cuestión aplicando, al precepto objeto de estudio, los oportunos criterios hermenéuticos.

a) En cuanto al criterio histórico, sus datos más relevantes nos son ya conocidos¹²⁷.

La norma en cuestión fue introducida en la última etapa del proceso de elaboración de la LC como reacción contra la disposición contenida en el artículo 76.2 del Proyecto de 2002, en el que se decía que «... se incluirá... en la masa el derecho correspondiente al cónyuge concursado sobre el patrimonio común» y que «la declaración de concurso determinará su disolución [de la sociedad de gananciales], tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». En el Proyecto de 2002, así pues, se establecía una clara separación y anteposición de la liquidación de la sociedad de gananciales con respecto a la resolución del concurso, ya que para determinar la masa activa de éste –presupuesto sin el cual el concurso no puede seguir adelante– era necesario antes liquidar la sociedad de gananciales, a fin de concretar el derecho que corres-

régimen económico-matrimonial, y por tanto no puede alterar el régimen de responsabilidad de los bienes gananciales.

¹²⁵ Con ello, dice CUENA CASAS («Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 133), «se trata de evitar que los acreedores consorciales del concursado tengan que dirigirse contra los bienes comunes adjudicados al expártese en la sociedad de gananciales».

¹²⁶ Para hacer esto posible, dice CUENA CASAS («Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 133-134), se procede previamente a distinguir los bienes gananciales que corresponden (formalmente) al cónyuge *in bonis*, para evitar que puedan ser agredidos directamente por deudas privativas del concursado. De esta forma, dice, la solución que se dé al concurso (convenio o liquidación) no se supedita a la liquidación de la sociedad de gananciales.

¹²⁷ Un resumen de los antecedentes (prelegislativos) de este precepto puede verse en ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, pp. 30-36; y GUILARTE, *Comentarios a la legislación concursal*, cit., ad artículo 77 LC, pp. 1555-1557.

pondría en ella al cónyuge concursado, que era el que se incluía en la masa activa del concurso¹²⁸.

Esa norma sin embargo no se mantuvo finalmente, pues contra ella se formuló enmienda que fue aceptada en el Congreso¹²⁹, dando lugar al definitivo artículo 77.2 LC, en el que se establece que «el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad... conyugal, y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio [ganancial], que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso».

A la vista de lo cual surge la duda que actualmente agita a la doctrina: ¿sigue siendo separada y previa la liquidación de la sociedad de gananciales, o debe considerarse que la misma se inserta en el concurso y se supedita a su resolución?

La modificación habida en este punto entre el Proyecto de 2002 y la LC de 2003 puede ciertamente hacer pensar que el sistema ha cambiado, y por tanto que si antes la liquidación de la sociedad de gananciales era separada y previa hoy será lo contrario¹³⁰.

A nuestro juicio, sin embargo, esa conclusión no es inequívoca, lo que se deriva del hecho de que no existe correspondencia plena entre el precepto finalmente establecido en la LC y el objetivo que pretendía alcanzar la enmienda que lo introdujo¹³¹. El objetivo de la enmienda era sustituir, la disolución de la sociedad de gananciales como efecto necesario y automático de la declaración de concurso, por la disolución eventual y facultativa de la misma, producida sólo a petición del cónyuge *in bonis*¹³². Y sin embargo la norma definitivamente establecida en el artículo 77.2 LC no dispone sólo eso sino que introduce además otro cambio, pues en lugar de seguir diciendo (como en el Proyecto de 2002) que la liquidación se hará «tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», ahora dice que «el juez acordará la liquidación o división del patri-

¹²⁸ En esto no había discrepancia en la doctrina, aunque un sector importante de la misma criticara el sentido de la norma.

¹²⁹ Enmienda núm. 621 (BOCG, de 2 de diciembre de 2002, Serie A, núm. 101-15).

¹³⁰ Así lo considera GUILARTE (*La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado*, cit., p. 94) afirmando que «la evolución en la tramitación parlamentaria de la norma... lleva... a considerar la prevalencia de la liquidación concursal frente a la liquidación ganancial».

¹³¹ Así lo destaca CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 124-125. Y lo reconoce GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado*, cit., pp. 85-86.

¹³² La enmienda núm. 621 se presentó argumentando que «el concurso no debe ser causa automática de liquidación de la sociedad de gananciales» y que «la nueva redacción supone una mejor coordinación con lo que resulta del régimen general establecido en los artículos 1362 y siguientes del Código civil, en especial del artículo 1373 y del artículo 541.3 LEC, aplicables al caso de ejecuciones singulares».

monio, que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso». Lo que supone una novedad carente de justificación.

Sentado lo cual la cuestión antes planteada se puede entonces volver a formular, aunque de forma distinta: ¿es, el cambio habido en la letra del precepto, suficiente para concluir que el orden de prelación de las liquidaciones en juego se ha alterado con respecto al que estaba claramente establecido en el Proyecto de 2002? A nuestro entender, vistos los antecedentes (prelegislativos) del artículo 77.2 LC, la motivación del cambio introducido y el carácter ambiguo e impreciso de la fórmula empleada en él, la respuesta debe al menos quedar abierta.

Aunque no podemos dejar de destacar que el dato histórico es perfectamente conciliable con la idea de una liquidación de la sociedad de gananciales de carácter separado y previo a la resolución del concurso. Pues aunque el tenor literal del artículo 77.2 LC haya cambiado en este punto con respecto al de su correlativo en el Proyecto de 2002, es claro que ése no era el objetivo que perseguía la enmienda que lo provocó¹³³, por lo que no es infundado pensar que en este tema se debe mantener el mismo criterio del Proyecto, que es el antecedente (prelegislativo) más inmediato en este punto.

b) Otro criterio a tener en cuenta es el literal, evidentemente no referido en exclusiva al artículo 77.2 *in fine* LC (cuya ambigüedad ya se ha denunciado) sino a la consideración conjunta de ese precepto con el artículo 21.1.7 LC, en el que se establece que «el auto de declaración de concurso contendrá... la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales».

Ese artículo 21.1.7 LC no existía ni era necesario cuando estaba el artículo 76.2 del Proyecto de 2002, pues con arreglo a éste la declaración de concurso determinaba la disolución automática de la sociedad de gananciales y su tramitación en pieza separada. Pero una vez sustituido ese precepto del Proyecto por el actual artículo 77.2 LC, en el que la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales es sólo una posibilidad que depende de que el cónyuge *in bonis* la pida oportunamente, la determinación de cuándo y cómo se tramitará (eventualmente) la liquidación de la misma sí resultaba necesaria. Y para ello se introdujo el artículo 21.1.7 LC¹³⁴.

¹³³ Aunque ciertamente había voces en la doctrina que abogaban por invertir el orden de preferencia de las liquidaciones, lo que hay aquí que destacar es que esa no fue la finalidad que sustentaba la enmienda que provocó el cambio.

¹³⁴ Esta norma se introdujo en la LC. a última hora, a resultados del Informe de la Ponencia sobre el Proyecto de LC: *vid. BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, fecha de 24 de marzo de 2003, núm. 101-17, p. 384.

Pues bien, siendo eso así, no parece entonces absurdo valorar ese precepto como apoyo a favor del carácter separado y previo de la liquidación ganancial (aunque no quepa tampoco darle gran valor, por la poca coherencia de ese precepto en el conjunto del sistema diseñado por la LC¹³⁵). Pues en él se establece que, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 LC, la liquidación de la sociedad de gananciales se hará en pieza separada, y que la decisión sobre la formación de ésta se adoptará en el auto de declaración de concurso, es decir en el primer momento del concurso (aunque esto, como ya hemos visto, pueda producirse también durante la fase común del mismo¹³⁶). Resultando entonces que si la liquidación de la sociedad de gananciales se hubiera de producir en fase de convenio o de liquidación concursal el artículo 21.1.7 LC quedaría privado de sentido, siendo incluso contradictorio¹³⁷.

c) También desde un punto de vista lógico hay razones para entender el precepto estudiado en el sentido de atribuir preferencia temporal a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Esto se evidencia al considerar que lo que el cónyuge *in bonis* hace cuando pide la disolución de la sociedad de gananciales no es, en definitiva, sino ejercitar un derecho de separación de la parte que le corresponde en el patrimonio ganancial (del que es cotitular), para evitar que esa parte se vea afectada por el concurso de su cónyuge¹³⁸. Y por tanto que la realización y efectividad de este derecho de separación, aunque presente notas peculiares –derivadas fundamentalmente del hecho de estar supeditada a que se liquide la sociedad de gananciales, por causa de su naturaleza jurídica de comunidad germánica– no debe demorarse ni subordinarse a eventos externos, como es la resolución del concurso (sea por convenio o por liquidación)¹³⁹.

d) Y finalmente el criterio sistemático, que apunta también en la misma dirección, pues hay en la LC algún dato que así lo avala. En concreto el artículo 78.4 LC, en el que se establece que «cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial... y

¹³⁵ Vid. *supra* 3.1 y 3.3.

¹³⁶ Vid. *supra* 3.3, donde ha quedado tratado lo referente al tiempo en el cual el cónyuge *in bonis* puede ejercitar la facultad de pedir la disolución de la sociedad de gananciales.

¹³⁷ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 128-129.

¹³⁸ Así resulta por analogía con lo dispuesto en el artículo 80 LC. El encaje de la facultad disolutiva del artículo 77.2 LC en el derecho de separación regulado en el artículo 80 LC lo reconoce también GUILARTE (*La liquidación de la sociedad de gananciales*, cit., p. 87), a pesar de que finalmente se pronuncia a favor de la preferencia de la liquidación concursal.

¹³⁹ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 125.

procediere la liquidación de la sociedad de gananciales..., el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso».

Se trata de un precepto que instaura para el caso de concurso un derecho de adjudicación preferente semejante al establecido en el artículo 1406 CC, que se sitúa en el Título IV, Capítulo II, Sección primera, de la Ley Concursal, dedicada a la formación de la masa activa del concurso. Pues bien, «esta ubicación sistemática... constituye un argumento... favorable a la tesis de que la liquidación de la sociedad de gananciales debe ser previa a la liquidación del concurso»¹⁴⁰, porque de otro modo la ubicación de ese precepto en sede de formación de la masa activa del concurso no tendría sentido, ya que en él se regula una figura cuya operatividad se desarrolla en fase de adjudicación a los cónyuges de los bienes del haber ganancial neto, último paso de la liquidación de la sociedad de gananciales. Sinsentido que sería aún mayor al constatar que tal norma y ubicación se dispusieron una vez que ya se había acordado la redacción del vigente artículo 77.2 LC¹⁴¹.

¹⁴⁰ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 130. Esta misma idea había sido apuntada ya, en fecha anterior, por Díez SOTO, *op. cit.*, p. 1292.

¹⁴¹ Se ha apuntado además –pero antes de la Ley 38/2011– otro argumento sistemático a favor de esta solución, traído de lo que sucede en caso de acumulación de los concursos de ambos cónyuges (CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., pp. 130-132). En este sentido destaca CUENA que, a pesar de su equívoca denominación –acumulación de concursos– no hay que olvidar que en este caso no existe un único concurso sino dos; que cada uno de esos concursos sigue una tramitación separada; y que la determinación de las masas activa y pasiva de cada uno debe por tanto hacerse también de forma separada. Lo que supone –afirma– que ello no es viable sin disolución previa de la sociedad de gananciales, porque de otro modo se produciría falta de sintonía entre las respectivas masas activa y pasiva. «Dada la peculiaridad que presenta el patrimonio ganancial, que no puede dividirse constante el régimen, nos encontramos con que la totalidad del patrimonio ganancial se encontraría en las dos masas activas, y en cambio en la masa pasiva estaría sólo el pasivo... generado por cada cónyuge, tanto privativo como ganancial. De ahí que... para proceder a la liquidación del concurso de cada cónyuge, acumulados ambos, siempre es preciso que se proceda previamente a la liquidación de la sociedad conyugal». Trataremos con detenimiento el tema de la conexión de concursos *infra sub* 4.3, por lo que ahora nos limitamos a apuntar que el argumento expuesto no resulta exento de dificultades. Entre ellas, por ejemplo, que la inclusión de todo el patrimonio ganancial en las masas activas de ambos concursos, aun si se admitiera como posible, es cosa que se plantearía sólo en caso de declaración conjunta de los dos concursos, no si se produjera una acumulación *a posteriori*, pues en este caso cuando se declarara el segundo concurso todo el patrimonio ganancial estaría ya afecto a otro, por lo que no podría adscribirse a un nuevo procedimiento de ejecución universal, por una mera cuestión de principio. Y también se le puede objetar a este argumento que la solución que propone conlleva imponer necesaria y forzosamente, en caso de acumulación de concursos, la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, aunque ni los cónyuges ni los acreedores lo quieran, lo que no parece lógico ni en ocasiones recomendable. Por ello, aunque sin rechazar rotundamente este argumento, nos limitamos a apuntarlo en nota, señalando algunas de sus dificultades. Además hay que tener en cuenta que tras la modificación de la LC por la Ley 38/2011 la masa pasiva del concurso de un cónyuge se encuen-

Llegados a este punto tenemos entonces, como resultado de la aplicación al artículo 77.2 LC de los diversos criterios hermenéuticos, que algunos de ellos se muestran proclives a que la liquidación de la sociedad de gananciales tenga carácter separado y previo a la resolución del concurso, y que otros son al menos compatibles con ello. Sin embargo la cuestión no resulta segura, a tenor del amplio número de autores que se pronuncian en sentido diverso. ¿A qué se debe esto?

A nuestro juicio la razón viene dada por la falta de concordancia plena que existe –aunque posiblemente en la mayoría de los casos no haya conciencia de ello– entre las respuestas que se dan y las cuestiones que verdaderamente se plantean en este tema. Decimos esto porque aunque aparentemente lo que se discute es qué liquidación –la ganancial o la concursal– debe ser anterior o preferente y cuál posterior o subsiguiente, en realidad las cuestiones esenciales que subyacen son otras. Más concretamente, dos. Una, encontrar la fórmula adecuada para atender debidamente a los diversos intereses en juego. Y otra, decidir si esa fórmula debe desarrollarse aplicando determinados criterios del Código civil o de la Ley Concursal. Estas dos cuestiones, aunque en el planteamiento de muchos autores aparecen mezcladas, en realidad son independientes, ya que la solución que se dé a una no condiciona necesariamente la otra.

¿Qué respuesta debemos dar entonces a esas dos cuestiones? Nos ocupamos de ello a continuación, siguiendo el orden en que han sido expuestas.

3.4.1 SOBRE LA FÓRMULA PARA ARMONIZAR DEBIDAMENTE LOS DIVERSOS INTERESES EN JUEGO

La formulación más aséptica de esta primera cuestión es la que se ha apuntado: encontrar la fórmula idónea para armonizar debidamente los diversos intereses concernidos en el caso. Ahora bien, habida cuenta que, como ha quedado visto, la aplicación al artículo 77.2 LC de los oportunos criterios hermenéuticos se resuelve en una interpretación favorable a atribuir preferencia a la liquidación de la sociedad de gananciales sobre la resolución del concurso, la cuestión se puede entonces plantear también válidamente tomando esa interpretación como punto de partida, para analizar si la misma conjuga debidamente todos los intereses en presencia o si por el contrario no es así sino que resulta lesiva para los acreedores con-

tra integrada por las deudas privativas del concursado y también por todas las deudas gananciales, tanto si han sido contraídas por él como si lo han sido por el cónyuge *in bonis*.

curiales, como le objetan quienes no la aceptan¹⁴². Así lo vamos a hacer aquí.

En este sentido, empezamos atendiendo a las críticas que se han dirigido contra esa solución, que se mueven en un doble plano: teórico y práctico.

En el plano teórico se parte de la base de que en la masa activa del concurso están integrados tanto los bienes privativos del cónyuge concursado como todos los bienes gananciales (art. 77.2 LC), y que esto significa que todos ellos están afectos al pago de las deudas del concursado. Sin embargo –se piensa– ello no será así si la sociedad de gananciales se liquida con preferencia a lo que resulte en el concurso, pues entonces una parte de los bienes gananciales se adjudicará al cónyuge *in bonis* y esto irá en detrimento de los acreedores concursales, ya que verán disminuidos los bienes que pueden realizar para cobro de sus créditos¹⁴³.

En el plano práctico el temor viene dado por considerar que la liquidación de la sociedad de gananciales es un proceso gobernado fundamentalmente por los cónyuges, que en este caso sin embargo se considera previsible tengan una actitud poco o nada colaboradora, ya que la disolución de la sociedad no viene motivada por una causa atinente a ellos mismos sino externa, como es el intento de los acreedores del cónyuge concursado de cobrarse mediante la realización, entre otros, de los bienes gananciales. Y así, se concluye, si se permite la liquidación separada y previa de la sociedad de gananciales esa actitud de los cónyuges con toda seguridad redundará en perjuicio de los acreedores concursales¹⁴⁴.

¹⁴² Este es el denominador común de quienes la rechazan, sin perjuicio de matices particulares propios de cada autor.

¹⁴³ En este sentido, VÁZQUEZ ALBERT defiende la liquidación concursal previa afirmando que con ello «el legislador [quiere] asegurar la afección de los bienes gananciales a las deudas del concursado y evitar de este modo que dichos bienes reviertan en el patrimonio del cónyuge *in bonis* en detrimento de los acreedores» (*op. cit.*, p. 984; *vid.* también p. 982). ARANGUREN URRIZA, por su parte, apunta que si en la masa pasiva del concurso hay deudas gananciales, «la liquidación previa [de la sociedad de gananciales] puede conllevar una pérdida de garantías [para los acreedores concursales], lo que exigiría la simultaneidad de ambas liquidaciones» (*op. cit.*, p. 368). Y BELTRÁN SÁNCHEZ, estableciendo comparación con lo que ocurre en el supuesto de declaración en concurso de sociedad, objeta que la liquidación ganancial previa produce un resultado que va «contra la más elemental lógica (... pues...) si una sociedad es declarada en concurso... no se repartirá entre los socios el patrimonio resultante de la liquidación mientras no se haya terminado el procedimiento concursal, porque el patrimonio social no puede dividirse entre los socios hasta que hayan sido satisfechos todos los acreedores, de manera que el procedimiento concursal se antepone... al proceso de liquidación y reparto del patrimonio social, y no hay ninguna razón para que la liquidación de la sociedad legal de gananciales deba seguir distinta regla» (*Algunas consideraciones...* cit., p. 161).

¹⁴⁴ Si la liquidación de la sociedad de gananciales fuera previa a la resolución del concurso, dice GUILARTE, ello «representaría el ocaso definitivo del procedimiento concursal, pues el trámite liquidatorio de la sociedad conyugal –esencialmente pensado para enfrentar el interés de uno al de otro cónyuge– dejaría inermes a los acreedores concursales».

¿Son justas y fundadas esas críticas? A nuestro entender, no. La de índole teórica, porque se sustenta en una idea parcial de en qué consiste y cómo se desarrolla la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que considera que la misma atañe solo al haber y a su reparto entre los cónyuges sin advertir que hay también que atender al pasivo de la sociedad y a su pago. Y el temor práctico, porque la intervención que en esa liquidación corresponde a la Administración concursal le permite velar porque el peligro denunciado no acaezca, y porque además es una cuestión de hecho que si se produce en un caso concreto habrá que combatir, pero que no permite negar la atendibilidad general de la solución propuesta¹⁴⁵.

Lo dicho, ahora bien, aunque vale para desvirtuar esas críticas no constituye fundamentación positiva en apoyo de la liquidación previa de la sociedad de gananciales, siendo así que esto es necesario. Nos ocupamos de ello a continuación.

Para lo cual hay que empezar identificando a todos los sujetos concernidos en el caso. Que son, aparte del propio cónyuge concursado, el cónyuge *in bonis*, los acreedores gananciales (tanto los del cónyuge concursado como los del cónyuge *in bonis*) y también los acreedores privativos de los cónyuges (no sólo los del cónyuge concursado sino también los del cónyuge *in bonis*).

Luego hay que analizar las consecuencias que la liquidación previa de la sociedad de gananciales tiene para ellos, que son las siguientes. Para el cónyuge *in bonis* la disolución de la sociedad de gananciales tiene importancia fundamental, porque a pesar de no ser mero acreedor sino cotitular de la misma y con derecho de separación de su parte¹⁴⁶, hasta que esa liquidación no se lleve a cabo no recibe en titularidad exclusiva bienes concretos¹⁴⁷. Para los acreedores gananciales (tanto del cónyuge concursado como del cónyuge *in bonis*) la liquidación de la sociedad es también un acto relevante, porque afecta al patrimonio ganancial, que es el sustrato más específico con que cuentan para el cobro de sus créditos, ya que los bienes que integran ese patrimonio tienen responsabili-

les, representados en tal proceso por una Administración concursal que... poco podría hacer ante la previsiblemente lógica connivencia defraudatoria de los esposos» (*La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado*, cit., p. 96). En la misma línea PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., p. 283.

¹⁴⁵ Sobre esa intervención de la Administración concursal, *vid. infra* 3.4.3.c).

¹⁴⁶ Así lo afirman rotundamente, entre otros, GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., p. 87; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 269; y ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, pp. 934-935, con referencia además al artículo 80 LC, del cual se dice que la facultad dispuesta en el artículo 77.2 LC no es sino una concreción.

¹⁴⁷ Esto es así por causa de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales: comunidad germánica o en mano común, de la que cada cónyuge es cotitular pero siendo así que no es posible concretar el derecho de cada uno sobre los bienes singulares integrantes de la misma hasta que esta no se liquide.

dad directa en ese sentido (arts. 1367 y 1369 CC)¹⁴⁸. Y para los acreedores privativos de los cónyuges (sean de uno o de otro) la liquidación de la sociedad de gananciales es asimismo un acto trascendente, porque aunque ellos no forman parte del pasivo de esa sociedad, los bienes gananciales tienen una responsabilidad subsidiaria por esas deudas¹⁴⁹.

Y en tercer lugar hay que destacar que toda liquidación de sociedad de gananciales se practica tomando en consideración todos los bienes que componen el activo de la sociedad y todas las deudas que integran su pasivo, esto es tanto las contraídas por ambos cónyuges conjuntamente como las contraídas por uno solo de ellos, y además sin distinguir si el cónyuge en cuestión ha sido el concursado o el otro¹⁵⁰. Que los bienes gananciales se realizan entonces en la medida necesaria para que los acreedores gananciales –todos, sin distinción entre ellos conforme a lo dicho– se cobren con el producto de tales bienes con preferencia a cualquier otro acreedor (arts. 1399 ss. CC). Que una vez hecho lo anterior, el haber neto restante (si lo hay) se divide entre los cónyuges por partes iguales haciendo las adjudicaciones oportunas de bienes concretos (art. 1404 CC). Y finalmente, que los bienes que se adjudiquen al cónyuge concursado pasan a integrarse en la masa activa del concurso y siguen su devenir propio, pero que los bienes que se adjudiquen al cónyuge *in bonis* quedan ajenos al concurso y por tanto libres de toda responsabilidad por causa del mismo.

Pues bien, sentado lo anterior podemos entonces volver a considerar la pregunta planteada al inicio de este apartado: ¿proporciona, la fórmula que propugna la liquidación previa de la sociedad de gananciales, una atención adecuada a todos los intereses que en este tema están en juego? A nuestro entender, sí¹⁵¹.

El de los acreedores gananciales (sean del cónyuge concursado o del cónyuge *in bonis*), porque al tiempo de la liquidación de la sociedad cobran sus créditos con los bienes gananciales, y con pre-

¹⁴⁸ No es óbice para lo dicho lo dispuesto en el artículo 1401 CC, que es un plus añadido.

¹⁴⁹ Exponente de la trascendencia que la disolución de la sociedad de gananciales tiene para los acreedores privativos –pero parcial, porque la cuestión se enfoca solo desde la perspectiva de los acreedores privativos del cónyuge concursado– es el hecho de que los bienes gananciales están integrados en la masa activa del concurso, lo que evidencia que esos bienes están afectos a su pago, aunque con carácter subsidiario, y por tanto que el resultado de la liquidación de esa sociedad tiene repercusión en ellos, aunque sea mediata. Así lo destaca también, aunque en relación con el régimen particular objeto de su estudio (el consorcio conyugal aragonés), PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., p. 127.

¹⁵⁰ Así lo afirman también SANCINENA ASURMENDI, *op. cit.*, pp. 2255-2259; y GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales*, cit., pp. 98-99.

¹⁵¹ En un sentido semejante se pronuncia CUADRADO, *op. cit.*, p. 258

ferencia a cualquier otro acreedor¹⁵². Esto hoy, tras la reforma de la LC por la Ley 38/2011 –que incluye dentro de la masa pasiva del concurso también a los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*¹⁵³– puede pensarse tal vez que resulta poco trascendente. Pero sí lo era, y mucho, en el sistema de la primera redacción de la LC (Ley 22/2003), en el que aquellos acreedores no formaban parte del concurso. Porque entonces esa liquidación previa y separada de la sociedad de gananciales era la única vía para atender debidamente a sus intereses, al posibilitar la liquidación de la sociedad contando con todos los acreedores gananciales y sin establecer diferencias entre ellos. Lo que suponía que si con los bienes gananciales bastaba para pagarles –cosa improbable en caso de concurso, aunque posible– su interés se veía enteramente satisfecho y nada más tenían ya que reclamar. Y si con esos bienes no era suficiente, no se producía resultado injusto para ellos. Pues los acreedores ex-gananciales que lo fueran del cónyuge concursado seguían integrando la masa pasiva del concurso por la cuantía que les faltara por cobrar, que habría de serles satisfecha con el producto de los restantes bienes que integraran la masa activa del concurso (los privativos del concursado, aunque en relación con ellos ya no tendrían la preferencia que antes tenían sobre los bienes de naturaleza ganancial) y los acreedores ex-gananciales del cónyuge *in bonis*, por su parte, si bien para cobrar la parte que les faltara

¹⁵² Esta solución, como quedó visto en el punto 2 del trabajo, al tiempo de llevarse a efecto exige distinguir una serie de submasas: bienes gananciales y bienes privativos por un lado, y deudas gananciales y deudas privativas por otro (y además, si el concursado ha ejercido el comercio contra la oposición de su cónyuge, hay que hacer una ulterior subdivisión entre bienes y deudas gananciales *ex commercio*, y los restantes bienes y deudas gananciales) [así MAGARIÑOS, *El concurso y la sociedad de gananciales*, cit., pp. 2081-2082; y GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales* cit., pp. 98-99; parece también aceptar esto –aunque desde la perspectiva de su singular fórmula– CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico-matrimonial* cit., pp. 135-136; lo asume también, aunque a su pesar, VÁZQUEZ ALBERT, *op. cit.*, p. 982. En contra, CABANAS TREJO, *op. cit.*, pp. 28-29]. Esto, ahora bien, no solo es posible sino que además es precisamente lo que permite dar explicación a la letra de la LC cuando dice que todos los bienes sobre los que el concursado tenga algún derecho –esto es, tanto los privativos suyos como los gananciales– se integrarán en la masa activa del concurso (art. 77.2 LC) pero que la Administración concursal, en el inventario, habrá de indicar expresamente el carácter privativo o ganancial de esos bienes (art. 82.1 LC). O cuando dice, en relación con la masa pasiva del concurso, que la Administración concursal en su informe relacionará «separadamente los créditos que solo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo y los que pueden hacerse efectivos también sobre el patrimonio común» (art. 94.2 *in fine* LC) (sobre esto, *vid.* lo dicho *supra*: texto y notas 21, 24, 26 y 27). Porque este desglose detallado del activo y del pasivo concursal sólo tiene razón de ser si de él se van a derivar consecuencias (así lo dice también GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales* cit., p. 99), que no pueden ser otras sino las dichas.

¹⁵³ Artículo 49.2 LC (tras la reforma de la Ley 38/2011): «*En caso de persona casada en régimen de gananciales... se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad conyugal*».

lógicamente no podían acudir al concurso que se seguía contra el cónyuge concursado sí podían dirigirse contra el patrimonio privativo del cónyuge con quien contrataron. Pero todo esto no era sino consecuencia natural del hecho de haberse agotado ya los bienes gananciales.

El interés del cónyuge *in bonis*, por su parte, se ve satisfecho efectivamente con la liquidación previa de la sociedad de gananciales porque ésta se disuelve y se liquida contando con su intervención, y como consecuencia logra se dé la protección oportuna a su parte en la misma mediante la adjudicación en propiedad exclusiva a él de los bienes correspondientes, que se separan y quedan por tanto fuera del concurso (aunque esa adjudicación, naturalmente, conforme al principio de que antes es pagar que partir –art. 1404 CC– está supeditada al pago previo a todos los acreedores gananciales que hubiera: por ello estos no se ven perjudicados porque la liquidación de la sociedad conyugal se realice antes que se resuelva el concurso¹⁵⁴). De esta forma el cónyuge *in bonis* evita que el activo ganancial, y por tanto la masa activa del concurso en la que aquél se integra *ex* artículo 77.2 LC, siga incrementándose con los rendimientos procedentes de él (del cónyuge *in bonis*)¹⁵⁵; evita que su parte en la sociedad de gananciales responda de las deudas privativas del cónyuge concursado¹⁵⁶; y evita además tener que contar con la Administración concursal para disponer de esos bienes como sin embargo tendría que hacer si la sociedad de gananciales no se disolviera, habida cuenta de la intervención o suspensión de las facultades dispositivas que la declaración de concurso supone para el cónyuge concursado.

Y finalmente el interés de los acreedores privativos (tanto los del cónyuge concursado como los del cónyuge *in bonis*), que se ve atendido porque los bienes que se adjudiquen a cada cónyuge a

¹⁵⁴ Así, dice PINO LOZANO, «se sigue un criterio lógico y objetivo», ya que con ello no se perjudica a nadie, sino que se sigue el principio de «antes pagar que partir o heredar» (*op. cit.*, p. 98). En el mismo sentido GUILARTE (*La liquidación de la sociedad de gananciales*, cit., p. 99), destacando que de este modo se evita dar al cónyuge *in bonis* tratamiento de acreedor de la sociedad de gananciales (que además al ser persona especialmente relacionada con el concursado –art. 93 LC– sería considerado crédito subordinado –art. 92.5 LC–, lo que significa en la práctica que sería rarísimo que cobrara: así lo dice también CUENA CASAS, (*Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial*, cit., p. 133).

¹⁵⁵ Destaca esto PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., p. 283; también en *Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., p. 123.

¹⁵⁶ Con esta solución, apunta GUILARTE (*La liquidación de la sociedad de gananciales*, cit., pp. 98-99), se respeta la facultad disolutiva del cónyuge *in bonis* y la finalidad para la que dicha posibilidad se establece: evitar que los bienes comunes, en contra de la voluntad del esposo del concursado, se destinen a sufragar en el proceso liquidatorio concursal las deudas privativas del concursado. También PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., p. 124.

resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales –si hubiera tales bienes¹⁵⁷– pasan a integrarse en sus patrimonios privativos y responden por tanto de las deudas de esa naturaleza. En concreto en el caso del cónyuge concursado, lo dicho significa que los bienes ex-gananciales que se le adjudiquen pasan a integrarse en la masa activa del concurso junto con sus bienes privativos y quedan por tanto afectos al pago de todas las deudas que en ese momento compongan el pasivo concursal, en el que están incluidas las deudas privativas del concursado. Y otro tanto ocurre con el cónyuge *in bonis* y sus acreedores privativos. Estos acreedores privativos (de uno u otro cónyuge) es verdad que se sitúan en último lugar en el cuadro de intereses, ya que van precedidos por los acreedores gananciales y por el cónyuge *in bonis*. Pero con esto no se produce ninguna lesión a sus derechos o intereses; eso simplemente responde a la realidad de su posición, pues aunque en principio cuentan con la garantía genérica de cobrar sus créditos con los bienes de los que su deudor sea titular, entre ellos no se pueden incluir sin más todos los bienes gananciales, porque éstos son de los dos cónyuges y están sometidos a un régimen específico que les asigna en este sentido una responsabilidad subsidiaria (art. 1373 CC)¹⁵⁸.

Resultando como conclusión que la liquidación separada y previa de la sociedad de gananciales constituye fórmula que procura una adecuada composición de todos los intereses en presencia, que de otro modo no se podría alcanzar.

Sin que sea óbice para ello la consideración de que, puesto que lo habitual es que casi todos los bienes y deudas de las personas

¹⁵⁷ Puede haberlos o no, dependiendo del resultado de la liquidación ganancial.

¹⁵⁸ En este sentido, ÁLVAREZ OLALLA entiende correctamente en un primer momento el artículo 77.2 LC, distinguiendo según que se trate de acreedores gananciales o privativos del cónyuge concursado: «Si en el concurso están insinuados acreedores consorciales –dice–, los mismos... se harán cobro sobre los bienes comunes con preferencia a los acreedores privativos» (*op. cit.*, p. 933); los acreedores privativos del cónyuge concursado, añade, «deberán ceñir sus expectativas de cobro sobre los bienes gananciales que resten, una vez hayan cobrado los acreedores consorciales y se haya detraído la mitad de los gananciales perteneciente al cónyuge no concursado» (p. 934). Aunque luego (p. 934) se pronuncia en sentido diverso al distinguir entre acreedores consorciales (gananciales) del cónyuge concursado y acreedores consorciales (gananciales) del cónyuge *in bonis* y decir que si hubiera deudas consorciales contraídas por el cónyuge *in bonis* y no pudieran cobrarse con el patrimonio privativo de este, la única solución posible –puesto que esas deudas están excluidas de la masa pasiva del concurso: esta autora escribe antes de la Ley 38/2011– es que soliciten la declaración de concurso del cónyuge con el que contrajeron la deuda y provoquen así que los concursos de ambos cónyuges se tramiten de forma acumulada, de modo que respecto a los bienes gananciales los acreedores gananciales de cada uno de los cónyuges tengan un mismo tratamiento, preferente además a los acreedores privativos de uno y otro cónyuge. Habrá así –dice–, de alguna manera y *de facto*, tres concursos: el de la sociedad de gananciales y el de cada uno de los cónyuges. Con esta idea, sin embargo, no estamos nosotros de acuerdo, porque en nuestro Ordenamiento, tal como está configurado, la sociedad de gananciales no puede ser declarada en concurso: sobre esto, *vid. infra* 4.3.

casadas en régimen de gananciales sean de esta naturaleza, tal solución se traduce en que el concurso de uno de los cónyuges se resuelve prácticamente al liquidar la sociedad de gananciales que se tramite dentro del mismo, cuando sea pedida por el otro cónyuge. Pues aunque efectivamente ello puede ser así en un gran número de casos, no es algo antinatural ni forzado sino que es lo que resulta de la adecuada combinación de los dos procedimientos que en el caso se entrelazan –disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por un lado, y concurso de un cónyuge por otro– y de los distintos intereses que en ellos están en juego. Y porque además el resultado a que conduce no es absurdo sino todo lo contrario, como hemos visto¹⁵⁹.

La liquidación separada y previa de la sociedad de gananciales constituye por tanto, repetimos, la mejor solución para armonizar todos los intereses en juego.

Las fórmulas que propugnan posponer o subordinar la liquidación de la sociedad de gananciales a la resolución del concurso (sea por convenio o por liquidación), en cambio, no son igualmente satisfactorias.

Considérese, así, el interés del cónyuge *in bonis*, que solo se puede salvar del modo señalado. «En el texto del Proyecto [de 2002] –ha dicho una especialista en el tema– su falta de protagonismo estaba justificada por cuanto no tenía que instar la disolución de la sociedad de gananciales, pues esta era automática y la liquidación de la misma se hacía en pieza separada, momento en el que el cónyuge del concursado podía defender sus intereses y salvaguardar su cuota sobre el patrimonio común de la responsabilidad por deudas privativas de su consorte. [Pero] si ahora [con la LC] tal liquidación de la sociedad conyugal no fuera previa [y separada], su intervención en el proceso concursal sería esencial,

¹⁵⁹ Aparte, reconócese que la objeción apuntada lleva dentro de sí su propia debilidad, pues si se toma como premisa de la misma que en estos casos los bienes y deudas del cónyuge concursado son gananciales en su inmensa mayoría, y que sus bienes y deudas privativos habitualmente serán inexistentes o en todo caso de poca entidad, ¿no parece lógico entonces que el concurso se resuelva aproximándose a lo previsto para liquidar la sociedad de gananciales? Máxime si se tiene en cuenta que se trata de aproximación, no de identificación total entre uno y otro procedimiento. Pues además de lo relativo a las normas –civiles o concursales– por las que esa liquidación de la sociedad de gananciales se ha de regir, que veremos en el apartado siguiente, ya se ha dicho más arriba que si en la liquidación de la sociedad de gananciales después de pagar a todos los acreedores gananciales quedan bienes de esta índole, los que se adjudiquen al cónyuge concursado pasarán a integrarse en la masa activa del concurso, que en adelante se desenvolverá según sus reglas propias y sin tener en consideración ninguna otra cuestión. Y si con esos bienes no hubiera bastado para pagar a todos los acreedores gananciales, los que además lo sean del cónyuge concursado continuarán formando parte del pasivo concursal por la cantidad que les falte por cobrar, siguiendo adelante el concurso según sus reglas. No hay, así pues, identificación total entre un procedimiento y otro.

y sin embargo su presencia no está contemplada en el texto legal»¹⁶⁰.

Otro tanto ocurría con el interés de los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* en el sistema inicial de la LC (Ley 22/2003), pues el artículo 84.1 de la misma establecía que no se integraban en la masa pasiva del concurso. Este precepto no planteaba dificultades cuando existía el artículo 76.2 del Proyecto de 2002, pues al establecer éste una liquidación de la sociedad de gananciales previa y en pieza separada eso suponía que en ella y en ese momento se tenían en cuenta todos los acreedores gananciales, también los del cónyuge *in bonis*, y así una vez liquidada la sociedad de gananciales era claro que en la masa pasiva del concurso no debían ya integrarse esos acreedores. Con la sustitución del artículo 76.2 del Proyecto por el artículo 77.2 de la LC (Ley 22/2003), sin embargo, esa claridad desapareció. Pero era forzoso entender que el sistema seguía siendo el mismo, pues «si la liquidación de la sociedad de gananciales no [fuera] previa, la exclusión de los acreedores consorciales que contrataron con el cónyuge del concursado [hubiera devenido] arbitraria y carente de justificación (... pues...) se [hubiera condenado] a unos acreedores que gozaban de la garantía patrimonial de la masa común, a cobrar sólo con la garantía de los bienes privativos del cónyuge deudor (... y así...) se [habría hecho] tabla rasa de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales y... del principio del responsabilidad patrimonial universal. Dado que los acreedores consorciales del cónyuge del concursado no [podían] insinuar sus créditos en el proceso concursal..., se [hubiera producido] el contrasentido de que [cobrarán] antes sobre el patrimonio ganancial los acreedores privativos del concursado que los acreedores comunes del cónyuge del concursado»¹⁶¹. La posposición de la liquidación ganancial a la liquidación concursal, por tanto, no era aceptable en el sistema instaurado por la Ley 22/2003, y tampoco lo era supeditarla a lo que resultara del convenio que se alcanzara en el concurso, por-

¹⁶⁰ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial.» cit., p. 126. En la frase transcrita se emplea la palabra «previa», pero del conjunto se deriva que se utiliza con el sentido de «previa y separada». Este argumento, es verdad, estrictamente considerado vale para sostener que la liquidación de la sociedad de gananciales debe hacerse de forma separada, pero no es por sí solo suficiente para afirmar la preferencia temporal de la misma sobre la liquidación concursal, pues a ello se podría replicar que si bien la intervención del cónyuge *in bonis* es esencial para liquidar la sociedad de gananciales ello no determina sin embargo el momento en que esa haya de hacerse. Lo que ocurre es que tal conclusión se impone si a ese dato se añade la consideración de que la alternativa es liquidar la sociedad de gananciales en el seno de la liquidación concursal, en la que el cónyuge *in bonis* no es parte.

¹⁶¹ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial.» cit., p. 127.

que se trataba de un convenio en el que los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* no podían participar, ya que no estaban integrados en la masa pasiva del concurso. El interés de estos acreedores, sin embargo, se veía atendido debidamente si la liquidación de la sociedad de gananciales era separada y previa, que constituía por tanto la solución adecuada¹⁶². Con las modificaciones introducidas en la LC por la Ley 38/2011 el problema concreto de los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* ha desaparecido, ciertamente, pues se ha suprimido el inciso segundo del artículo 84.1 LC en su redacción de 2003, que los excluía de la masa pasiva del concurso, y se ha introducido un artículo 49.2 nuevo, que los incluye. Pero sin perjuicio de eso, si antes de esa modificación el sistema podía y debía ser el que se ha dicho, no hay razón para entenderlo ahora modificado, ya que ese cambio se ha introducido pensando en general en la situación de esos acreedores, no en ese aspecto concreto de la cuestión, y además tal no ha sido la intención de sus redactores.

Y tampoco resulta satisfactoria la fórmula que propugna una liquidación de la sociedad de gananciales previa a la resolución del concurso pero meramente formal o contable, quedando la adjudicación material o real pospuesta a que se hayan satisfecho todas las deudas comunes (gananciales), lo que a su vez se produce sólo a resultas del convenio o la liquidación del concurso. Esto no es adecuado porque esta fórmula significa someter al cónyuge *in bonis*, y antes de la Ley 38/2011 también a los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*, a un constreñimiento –el derivado de que la adjudicación material de bienes y el pago de esos créditos se posponen al convenio o a la liquidación concursal– sin justificación suficiente, ya que con la fórmula que hemos apuntado antes eso no es necesario para dar la debida satisfacción a los diversos intereses en juego.

La liquidación de la sociedad de gananciales pedida por el cónyuge *in bonis*, así pues, en el marco de la LC debe realizarse de forma separada y previa a la resolución del concurso, y ello tanto en la redacción inicial de la misma (Ley 22/2003) como en la actual (Ley 38/2011). Porque se realiza, como conviene a su régimen, integrando todos los bienes y deudas de esa naturaleza (arts. 1396

¹⁶² Precisamente por no advertir esto la doctrina dominante entendió que la norma contenida en el artículo 84.1, proposición segunda, de la Ley 22/2003 era lesiva para los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*. Esa lesividad, sin embargo, desaparecía con la fórmula señalada, adquiriendo entonces la norma sentido y justificación, pues si esa liquidación es separada y previa es posible entonces tener en cuenta a todos los acreedores gananciales, con independencia del cónyuge con el que hubieran contratado. La debida protección que esta fórmula proporciona a los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* la apunta también PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 98.

ss. CC); porque conjuga debidamente los distintos intereses en presencia (sin perjuicio de que cada uno ocupe el lugar y rango que le corresponde); y porque se corresponde además con el resultado de la hermenéutica del propio artículo 77.2 LC.

3.4.2 SOBRE LAS NORMAS –CIVILES O CONCURSALES– POR LAS QUE SE DEBE REGIR LA LIQUIDACIÓN PREVIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

La cuestión que aquí se plantea es la determinación de las normas por las que se ha de regir esa liquidación previa de la sociedad de gananciales.

Las opciones que en una primera consideración se aparecen son dos: o bien se regula por las normas del Código civil, o bien por las de la Ley Concursal. Cada una de ellas cuenta con partidarios, pero para su mejor valoración nos parece más clarificador atender a las críticas que contra una y otra se han dirigido¹⁶³.

A la primera opción se le ha objetado que supone aplicar, a determinados créditos concursales –los que además son gananciales–, normas de preferencia y prelación civiles, que no son idénticas a las dispuestas en la Ley Concursal.

A la segunda opción se le ha criticado que suponía aplicar normas concursales de preferencia y prelación a créditos que bajo el imperio de la Ley 22/2003 no formaban parte de la masa pasiva del concurso, aunque integraran el pasivo ganancial: los que hubieran sido contraídos en operaciones realizadas con el cónyuge *in bonis* (art. 84.1, proposición segunda, LC).

Esta segunda objeción ciertamente ya no puede sostenerse hoy, pues tras la Ley 38/2011 esa norma ha sido sustituida por el artículo 49.2 LC, precepto de nueva factura que establece que los créditos gananciales contra el cónyuge *in bonis* se integran en la masa pasiva del concurso del otro cónyuge. Pero esto no obsta para que a los efectos que aquí interesan podamos seguir considerando esas dos opciones, pues aunque la objeción en contra de la segunda haya desaparecido eso no significa necesariamente que tal opción sea la adecuada, del mismo modo que tampoco la primera opción puede ser descartada por el solo hecho de que contra ella se haya formulado objeción, si ésta es superable. La solución adecuada será la que mejor combine todos los datos relevantes al respecto.

Y en este sentido, a nuestro juicio hay que empezar afirmando que el carácter excluyente de la solución a que tanto una como otra de las opciones señaladas conducen –aplicar sólo las normas civi-

¹⁶³ Las enuncia ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 53.

les o sólo las concursales— hace que ninguna pueda ser acogida enteramente.

A nuestro entender la solución adecuada pasa por combinar los preceptos civiles y los concursales¹⁶⁴, y a resultas de ello por distinguir dos hipótesis, según que el activo de la sociedad de gananciales sea superior o inferior a su pasivo, y aplicar a cada una de ellas un régimen distinto, del modo siguiente¹⁶⁵.

Si el activo de la sociedad de gananciales es superior al pasivo de la misma (lo cual es perfectamente posible aunque uno de los cónyuges —o los dos— esté sometido a concurso, si su insolvencia proviene fundamentalmente de sus deudas privativas¹⁶⁶), las normas por las que la liquidación de esa sociedad se debe regir son las contenidas en el Código civil, esto es fundamentalmente (aunque no sólo) por los artículos 1398, 1399.1, 1403 y 1408¹⁶⁷. Lo que se fundamenta en que lo que aquí está en juego es, primero y principalmente, una liquidación de sociedad de gananciales (aun-

¹⁶⁴ Así también PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 268. ARNAU RAVENTÓS (*op. cit.*, p. 53), sin embargo, por no concebir que la respuesta exija combinar unos preceptos y otros (civiles y concursales) y pensar que hay que optar por aplicar exclusivamente unos u otros, se ve abocada en este punto a un callejón al que no encuentra salida. Esa combinación de preceptos civiles y concursales, sin embargo, es algo que resulta plenamente asumible en el régimen de la LC, cuyo artículo 77.2 prescribe que la liquidación de la sociedad de gananciales se haga «de forma coordinada» con lo que resulte en el concurso.

¹⁶⁵ Así también DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1293; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial,» cit., pp. 136-137; y SAIZ GARCÍA, *Acreedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, Cizur Menor, 2006, p. 107. También PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., pp. 125 y 129. Parece igualmente entenderlo así en un momento dado ARNAU RAVENTÓS (*op. cit.*, p. 49), aunque como hemos dicho en la nota anterior luego eso la conduce, en caso de que el activo de la sociedad de gananciales sea inferior al activo, a una disyuntiva a la que no encuentra salida, pareciendo dar a entender por consecuencia que rechaza esa distinción (*op. cit.*, p. 53).

¹⁶⁶ En otras palabras: si las deudas gananciales se pueden pagar enteramente con los bienes gananciales, pero que lo que sobra, sumado a su patrimonio privativo, no basta para pagar las deudas privativas.

¹⁶⁷ En esos preceptos se establece que la liquidación de la sociedad de gananciales se hará pagando: *a*) en primer lugar las deudas alimenticias [circunscritas, según SAIZ GARCÍA (*op. cit.*, pp. 103-104) y PARRA LUCÁN (*Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., p. 285), a las ya vencidas que estuvieran pendientes de pago, por entender que las necesidades presentes y futuras no se contemplan en el artículo 1399.1 sino en el artículo 1408 CC]; *b*) después las demás deudas de la sociedad (que son, aparte de las anteriores, las que sean de responsabilidad de la sociedad *ex* artículos 1365, 1366, 1367 y 1369); y *c*) finalmente las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge (que son las deudas que se relacionan en el art. 1398, núms. 2 y 3, CC: el importe actualizado del valor de los bienes privativos que hubieran sido gastados en interés de la sociedad, y de las cantidades pagadas por uno solo de los cónyuges por deudas de cargo de la sociedad). En relación con esto último, afirma DÍEZ SOTO (*op. cit.*, pp. 1292-1293) que del artículo 1403 CC se deriva que «los acreedores gananciales tendrán derecho a que, a efectos de fijar el caudal de la sociedad de gananciales, se hagan efectivos los créditos por reembolsos o indemnizaciones que esta tuviera contra el patrimonio privativo de uno u otro cónyuge; [pero que] en cambio, los reintegros e indemnizaciones debidos por la masa común a cada uno de los cónyuges solo podrán ser realizados o compensados una vez que se hayan pagado... las deudas y cargas de la sociedad frente a terceros».

que se enmarque en el contexto de un procedimiento concursal); en que se trata de una liquidación separada y previa de la misma; y además en que en ella, al ser el activo superior al pasivo, no hay problema de preferencia y prelación entre créditos gananciales¹⁶⁸. Hecha esa liquidación, eso sí, el haber ganancial neto que quede se dividirá entre ambos cónyuges por mitades y los bienes que se adjudiquen al cónyuge concursado se integrarán en la masa activa de su concurso, que seguirá adelante rigiéndose entonces su liquidación –en caso de que ésa sea la vía que se tome– única y exclusivamente por las normas de preferencia y prelación de la Ley Concursal.

Otra cosa ocurre en cambio si el activo de la sociedad de gananciales es inferior a su pasivo (lo que estadísticamente constituye la hipótesis habitual). En este caso, y dado que tal como hemos dicho antes lo que está en juego es principalmente una liquidación de sociedad de gananciales, la norma de partida creemos que ha de buscarse de nuevo en el Código civil, en concreto en el artículo 1399, que en su párrafo primero establece que «terminado el inventario [de la sociedad de gananciales] se pagarán en primer lugar las deudas de la sociedad...» pero que en el segundo matiza lo anterior disponiendo que «si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos».

¿Cuáles son, ahora bien, las normas de concurrencia y prelación a que ese artículo 1399.2 CC hace referencia? Esta es, de hecho, la interrogante que ha motivado principalmente la disputa en la doctrina. Dos son las respuestas posibles. Una es entender que se refiere a las normas contenidas en el Código civil, en los

¹⁶⁸ Los antecedentes prelegislativos del artículo 77.2 LC abonan también esta solución. Pues en el Proyecto de LC de 2002 –el último paso antes de la aprobación de la LC– se establecía claramente (art. 76.2) que la disolución de la sociedad de gananciales se tramitaría de forma previa y separada, y «de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Y este precepto dispone que la disolución «se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley», lo que no es sino remisión a su Libro IV, Título II, Capítulo II –que lleva por rúbrica «Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial»–, de entre cuyos preceptos procede aquí destacar el primero –art. 806–, que dice que la liquidación «se llevará a cabo... con arreglo a lo dispuesto en el presente Capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables». El artículo 76.2 del Proyecto de 2002, es cierto, no fue finalmente acogido en la LC, pero como sabemos la razón de ello fue el cambio de criterio habido sólo en cuanto a la disolución de la sociedad de gananciales, que no se quiso fuera automática por la declaración de concurso de un cónyuge (como sin embargo era en el Proyecto) sino potestativa del cónyuge *in bonis*, esto es supeditada a que lo solicitase. En lo demás, por tanto, cabe seguir tomando esa norma proyectada como dato útil a efectos de interpretación. Lo que apoya la solución dicha de liquidar la sociedad de gananciales de forma previa a la resolución del concurso y aplicándole en este caso las normas del Código civil.

artículos 1921 a 1929¹⁶⁹. La otra es considerar que alude a las normas de la Ley Concursal: artículos 84, 89 ss., y 154 ss.¹⁷⁰.

¿Qué respuesta debe darse a esa cuestión¹⁷¹? A nuestro entender, la respuesta pasa en este caso por aplicar básicamente los criterios de preferencia y prelación de la LC. Pues aunque empezar apoyándonos en el artículo 1399 CC pueda hacer pensar que la solución apunta a las normas propias de este Código, en verdad no es así, ya que es el mismo Código civil el que reconduce luego la solución a la LC. Esto es así por cuanto que si bien al remitir en este caso –cuando el caudal inventariado de la sociedad de gananciales no alcance para pagar las deudas de la misma– «a lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos» el artículo 1399.2 CC estaba sin duda pensando en las normas correspondientes del Código civil (arts. 1921 ss.) –ya que en ese momento la LC no existía aún–, luego la situación cambia cuando la Ley Concursal se aprueba y se modifica el Código civil introduciendo

¹⁶⁹ El sistema de preferencia y prelación del Código civil, por ser suficientemente conocido, no es necesario reseñarlo aquí.

¹⁷⁰ De la combinación de esos preceptos resulta el orden siguiente. En primer lugar se sitúan los créditos contra la masa (arts. 84 y 154). Después los créditos con privilegio especial (arts. 90 y 155). Les siguen los créditos con privilegio general (arts. 91 y 156). El cuarto lugar lo ocupan los créditos ordinarios (art. 157). Y finalmente los créditos subordinados (arts. 92 y 158). En este punto se plantea sin embargo cierta dificultad en orden a encuadrar los créditos que el cónyuge *in bonis* tenga contra la sociedad de gananciales y contra el cónyuge concursado. La razón es que la LC considera créditos concursales subordinados –que ocupan el último lugar en el orden de pago–, entre otros a «los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor» (art. 92.5.º), siendo así que una de esas personas es «el cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso» (art. 93.1.1.º). Pues bien, no hay duda de que dentro de ese grupo de créditos subordinados están incluidos los que el cónyuge *in bonis* tenga directamente contra el cónyuge concursado, pero ¿y los que tenga contra la sociedad de gananciales, por reembolsos o reintegros? La doctrina se muestra dividida al respecto, habiendo autores que los consideran créditos subordinados (v. gr., CABANAS TREJO, *op. cit.*, p. 29; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 2261) mientras que otros excluyen ese carácter y por tanto los consideran créditos concursales ordinarios (v. gr., DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1294; en el mismo sentido, aunque en relación con el consorcio conyugal aragonés, PARRA LUCAN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal* cit., p. 126). Por nuestra parte, y aunque reconociendo que es discutible, nos gusta más esta última solución.

¹⁷¹ Es llamativa en este punto la diversidad de posturas que sostiene GUILARTE. Pues en *Comentarios a la legislación concursal* cit., pp. 1566 y 1553-1554 (año 2004) afirma que «la facultad de activar la opción disolutiva del cónyuge concursado... llevará a la tramitación de la liquidación de la sociedad de gananciales en pieza separada donde habrá de estarse a las específicas reglas de los artículos 1397 y siguientes del Código civil –nunca las de la Ley Concursal– resolviéndose su hipotética insuficiencia conforme a las previsiones del Código civil en orden a la prelación de créditos». Pero en *La liquidación de la sociedad de gananciales...* cit., p. 99 (año 2005) afirma que la liquidación ganancial se ha de realizar «conforme a las pautas concursales y no en función de los criterios prelativos comunes a que se refiere el artículo 1399 CC». También resulta contradictorio el parecer de SANCIÑENA ASURMENDI (*op. cit.*), que en p. 2259 dice que «la liquidación de la sociedad de gananciales durante la fase de concurso se realizará de acuerdo con las normas civiles sustantivas», pero luego en pp. 2260 y 2262 resuelve la cuestión aplicando las normas concursales de preferencia y prelación.

un párrafo 2 nuevo en su artículo 1921 CC¹⁷², en el que se dice que «en caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal». Lo que lleva a concluir que en este caso la liquidación de la sociedad de gananciales se debe hacer aplicando los criterios de preferencia y prelación de la LC¹⁷³.

Resultando entonces que en el supuesto de concurso de persona casada en régimen de sociedad de gananciales cuyo activo (de la sociedad) sea inferior a su pasivo (de esa misma sociedad), en la liquidación de ésta (que tendrá lugar de forma previa a la resolución del concurso) se realizarán los bienes gananciales y lo que con ellos se obtenga se destinará a pagar (hasta donde se pueda) las deudas gananciales siguiendo el orden de la LC¹⁷⁴. Y que luego, ya

¹⁷² Vid. Disposición Final primera de la LC.

¹⁷³ Esta conclusión cuenta con el aval de los debates y propuestas habidos en el *iter* de elaboración de la LC. Pues con fecha 2 de diciembre de 2002 se presentó en las Cortes enmienda (núm. 389) en la que se proponía modificar el artículo 1399 CC en los términos siguientes: «Terminado el inventario [de la sociedad de gananciales] se pagarán en primer lugar las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias que, en cualquier caso, tendrán preferencia. Respecto de las demás, si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto en la Ley Concursal» (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 101-115). Esta enmienda, como es evidente, no fue acogida, pero más parece por considerarse innecesaria que por rechazarse el sentido de lo que se proponía (así lo dice CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., pp. 136-137, nota 89). A favor de la solución expuesta en el texto se muestran también DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1293; y PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., pp. 269 y 283-284.

¹⁷⁴ Así también DÍEZ SOTO, *op. cit.*, pp. 1291 y 1293; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico-matrimonial», cit., p. 133; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., p. 268; SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 174; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 2260. En contra, CABANAS TREJO, *op. cit.*, pp. 28-29. Sin perjuicio de lo dicho, plantea cierta duda la posición del derecho de alimentos. Esto se debe a que el artículo 1399.2 CC remite a lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos «respecto de las demás» deudas de la sociedad de gananciales, pero no en relación con las deudas alimenticias, lo que puede entenderse significa que en la liquidación de la sociedad de gananciales, aun cuando su activo sea inferior a su pasivo, la deuda de alimentos se ha de pagar con cargo a los bienes gananciales con preferencia a cualquier otra (así DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1293). Si así fuera, ahora bien, se trataría de un régimen no coincidente con el de la LC, pues con arreglo al artículo 1399.1 CC el derecho de alimentos ocupa el primer lugar en solitario a efectos de pago, mientras que en la LC el primer lugar lo ocupan los derechos que se califican como créditos contra la masa, que son varios (art. 84.2) y todos con la misma prelación (art. 154). La duda se despeja sin embargo si consideramos, con arreglo a lo dicho en nota 167, que el derecho a alimentos que se regula en el artículo 1399.1 CC se limita a los ya vencidos y pendientes de pago, no a los presentes y futuros, que se tratan en el artículo 1408 CC. Resultando así que la remisión del artículo 1399.2 alcanza entonces también al derecho a esos alimentos, que por tanto se regirá por las normas de la LC. Lo cual, aunque en términos estrictos no coincida totalmente con lo previsto en el CC tampoco se aleja mucho de ello, hasta el punto de que en la práctica el resultado será siempre, o casi siempre, igual. Pues el artículo 1408 CC establece que «de la masa común de bienes [de la sociedad de gananciales] se darán alimentos a los cónyuges o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber...». Y en la LC el derecho de alimentos del deudor, y de las personas respecto de las cuales este tenga el deber legal de prestarlos, tienen la consideración de créditos contra la masa (art. 84.2.4.º), que son, junto con los demás créditos contra la masa, los primeros que se

en el concurso *stricto sensu*, se procederá a liquidar los bienes privativos integrados en la masa activa de éste¹⁷⁵ destinando lo que con ellos se obtenga al pago de las deudas que formen su masa pasiva –tanto las deudas privativas como las gananciales que no hubieran sido satisfechas con el producto de los bienes gananciales, o que no lo hubieran sido enteramente¹⁷⁶–, y que esa liquidación y pago se hará también con arreglo a los criterios de la LC¹⁷⁷. Así pues, en este caso la liquidación y pago de todos esos créditos se hará con arreglo a lo establecido en las normas de preferencia y prelación de la LC (aunque siempre manteniendo una cierta separación entre los bienes y deudas gananciales y los bienes y deudas privativos)¹⁷⁸.

* * *

La expuesta es la solución que nos parece más adecuada en cuanto a las normas –civiles y/o concursales– por las que se debe regir la liquidación de la sociedad de gananciales que se realiza a petición de uno de los cónyuges y en base al artículo 77.2 LC, que pasa por combinar unas normas y otras en función de que el activo de la sociedad de gananciales sea superior o inferior a su pasivo.

Se trata ciertamente de una fórmula algo compleja, pero que eso no obstante es la que cuadra con las premisas y con los datos positivos con los que hay que proceder en este tema.

Y que vale tanto para el sistema concursal dispuesto tras la Ley 38/2011 –en el que todas las deudas gananciales se integran en la masa pasiva del concurso, aunque hayan sido contraídas por el cónyuge *in bonis*– como para el de la redacción inicial de la Ley 22/2003, en el que las deudas gananciales del cónyuge *in bonis* estaban excluidas del concurso¹⁷⁹.

pagan (art. 154). Por lo que en la práctica el resultado será siempre o casi siempre igual, pues salvo casos extremos lo previsible es que todos se puedan ver satisfechos con los bienes que haya en el activo del concurso.

¹⁷⁵ En esta liquidación concursal no se podrá contar con ningún bien ex-ganancial procedente de la liquidación de la sociedad conyugal, porque todos esos bienes se habrán agotado en la liquidación ganancial (ya que el activo ganancial era inferior a su pasivo).

¹⁷⁶ Bajo el imperio de la Ley 22/2003 estas deudas gananciales eran solo las contraídas por el cónyuge concursado, porque las contraídas por el cónyuge *in bonis* no eran deudas concursales. Hoy, tras la Ley 38/2011 y la modificación que ha introducido en la LC, todas las deudas gananciales tienen consideración de concursales, hayan sido contraídas por el cónyuge concursado o por el cónyuge *in bonis*.

¹⁷⁷ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1294.

¹⁷⁸ CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, pp. 136-137.

¹⁷⁹ En este sentido, y para rebatir la crítica que contra esto último se hacía –que esa fórmula suponía aplicar normas concursales (de preferencia y prelación) a créditos que aunque integraran el pasivo ganancial no formaban parte de la masa pasiva del concurso:

3.4.3 SOBRE CUESTIONES PROCEDIMENTALES DE LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COORDINADA CON EL CONCURSO

Llegados a este punto procede entonces considerar, siquiera sea brevemente, las varias cuestiones procedimentales que atañen a la liquidación de la sociedad de gananciales cuando uno de los cónyuges ha sido declarado en concurso y el otro la pide ejercitando la facultad que en ese sentido le confiere el artículo 77.2 LC.

a) *Juez competente*

A este respecto hay práctica unanimidad en la doctrina en considerar que el Juez competente para conocer de la liquidación de la sociedad de gananciales en este caso es el mismo Juez del concurso¹⁸⁰.

Pues aunque no se diga así en términos explícitos en el artículo 77.2 LC, sí resulta con claridad de otros preceptos. Por ejemplo el artículo 21.1.7 LC, que establece que «el auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos: (...) En su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales», siendo así que ese auto sólo puede ser dictado por el Juez del concurso. O el artículo 8.1.º LC, que atribuye al Juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en materia de «acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a los que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil», siendo así que el proceso de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, que tiene induda-

los de los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* (MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2086)–, se podía responder que no se trataba propiamente de someter esos créditos a concurso ni a sus reglas –prueba de lo cual es que la liquidación de la sociedad de gananciales se hace de forma previa y separada y siguiendo en términos generales sus normas propias (v. gr. en orden a la formación del activo y del pasivo)– sino simplemente de aplicar a esa liquidación, y sólo en el supuesto de que el activo de la sociedad sea inferior a su pasivo, un sistema de preferencia y prelación –el de la LC– en lugar de otro –el de los arts. 1921 ss. CC–. Lo cual no era un absurdo jurídico, pues tan civil es una norma como otra. Ni suponía tampoco cambiar *a posteriori*, de forma sobrevenida y sorpresiva, la regulación aplicable, porque esas reglas concursales estaban vigentes y eran conocidas (o al menos cognoscibles) en el momento en que esos sujetos entraban en contacto con el cónyuge *in bonis* y a resultas de ello se convertían en acreedores de la sociedad de gananciales, y además porque la remisión a esas normas concursales se contiene en el propio CC: artículos 1399.2 y 1921.2.

¹⁸⁰ Así DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1290; MERCADAL, *op. cit.*, p. 402; MAGRO SERVET, *op. cit.*, p. 1618; SANCINENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 2255; ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, p. 367; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 136. Se muestra dubitativa MANZANO CEJUDO, *op. cit.*, p. 490.

ble trascendencia patrimonial, no está entre esos, ya que su regulación (arts. 806 ss.) se encuentra situada en el Título II del Libro IV de la LEC¹⁸¹.

Además, ello resulta coherente con el mandato establecido en el propio artículo 77.2 LC, de proceder de forma coordinada entre la liquidación ganancial y el concurso, para lo cual la acumulación de todas esas cuestiones ante el mismo Juez es medida instrumental muy oportuna¹⁸².

b) *¿Tramitación en pieza separada o a través de incidente concursal?*

Dado que el artículo 77.2 LC, no señala explícitamente cuál es el cauce procedimental a través del que ha de tramitarse en este caso la liquidación de la sociedad de gananciales, puede pensarse que son dos las vías posibles. Una, acudir al incidente concursal, ya que el artículo 192.1 LC, dice que «todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación, se ventilarán por el cauce del incidente concursal»¹⁸³. La otra vía es optar por la tramitación autónoma de la liquidación, en pieza separada.

¹⁸¹ MERCADAL, *op. cit.*, p. 402. Atención particular en este sentido requieren sin embargo los casos siguientes:

a) Que en el momento en que se declara el concurso de un cónyuge ya se esté tramitando la disolución de su sociedad de gananciales, por alguna otra causa de las que permite la ley, ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente (art. 807 LEC). En este caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 LC, la competencia para seguir conociendo de ese procedimiento de liquidación ganancial pasará al Juez de lo Mercantil que se esté ocupando de ese concurso.

b) Que el procedimiento de concurso de un cónyuge discorra en paralelo con otro de índole matrimonial (separación o divorcio). Aquí la respuesta es mucho más difícil. Pues el citado artículo 8.1 LC señala la competencia del Juez de concurso para conocer de «*las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejercitan en los procesos sobre... matrimonio... a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil*». Que son, precisamente, las que aquí estamos viendo. Esto en principio significa que la competencia para conocer de la separación o el divorcio de los cónyuges –que según la normativa de procedimiento corresponde al Juez de Familia o, en su caso, al de Primera Instancia– no se ve afectada por el hecho de que uno de ellos haya sido declarado en concurso. La dificultad deriva del hecho de que en este tipo de procedimientos, además de medidas de tipo personal entre los cónyuges y sus hijos es frecuente la adopción de medidas de tipo económico, cuya efectividad real se puede ver dificultada al interferir con el «poder» del Juez del concurso sobre el patrimonio del cónyuge (en trámites de separación o divorcio) declarado en concurso. Sobre esto, *vid.* GUILARTE, *Comentarios a la legislación concursal*, cit., ad artículo 77 LC, pp. 1573-1574; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, cit., pp. 269-270; ORDUÑA-PLAZA: *op. cit.*, p. 1413; BLANQUER UBEROS, «Notas sobre la relación entre concurso y sociedad de gananciales», cit., pp. 1764-1765; HERRERO PEREZAGUA, *op. cit.*, pp. 176-178.

¹⁸² Así lo apunta certeramente ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, p. 367.

¹⁸³ Así lo defiende VIGUER SOLER, «La masa activa: determinación de las acciones de reintegración», en *La nueva Ley Concursal* (dir. GARNICA MARTÍN), *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII, CGPJ, 2003, p. 365.

Pero en realidad la alternativa expuesta no tiene razón de ser, pues aunque es cierto que el artículo 77.2 LC, no explicita el procedimiento a seguir hay otros datos que resultan suficientes para alcanzar una solución clara a esa cuestión.

Uno de esos datos es el tenor literal del artículo 21.1.7 LC, que entre los varios pronunciamientos que debe o puede contener el auto en que se declare el concurso incluye «la decisión [del Juez] sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales»¹⁸⁴.

Y otro es el artículo 76.2 del Proyecto de LC-2002 –antecedente directo y último del hoy vigente art. 77.2 LC–, en el que se establecía que «la declaración de concurso [de persona casada en régimen de gananciales] determinará su disolución [de la sociedad de gananciales], tramitándose pieza separada...». Lo que permite entender que ese mismo es el sentido en que debe interpretarse el actual artículo 77.2 LC, pues la modificación habida en él con respecto a su antecedente inmediato ya sabemos que se orientó sólo a suprimir el automatismo en la disolución de la sociedad de gananciales que el Proyecto de 2002 disponía¹⁸⁵.

La liquidación de la sociedad de gananciales, por tanto, en la hipótesis que aquí estamos considerando ha de tramitarse en pieza separada. Así lo entiende además la común doctrina¹⁸⁶.

c) *Tramitación del procedimiento*

Se parte en este tema de un precepto oscuro, pues el artículo 77.2 LC se limita a decir que «la liquidación o división del patrimonio... se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso», y «forma coordinada» es una fórmula que ayuda poco, por su ambigüedad.

¹⁸⁴ Así lo destacan MAGRO SERVET, *op. cit.*, p. 1618; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico-matrimonial* cit., pp. 135-136; ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 51; ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, p. 367; MERCADAL, *op. cit.*, p. 402; SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.*, p. 2255; ORDUÑA-PLAZA: *op. cit.*, p. 1413; DÍEZ SOTO, *op. cit.*, pp. 1290 s.

¹⁸⁵ Así lo apunta, y precisamente al tratar este tema, GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales... cit.*, p. 91.

¹⁸⁶ Además de las razones apuntadas, que son de índole más teórica o positiva, apunta también GUILARTE («La liquidación de la sociedad de gananciales...», cit., p. 91) en el mismo sentido una razón pragmática: «la complejidad del trámite de liquidación de la sociedad de gananciales –dice–, con sus fases de fijación de activo y pasivo, propuesta de liquidación y división, así como la presencia final de un contador dirimente (art. 801.5 LEC) y reenvío ulterior a los trámites de los artículos 785 ss., resulta absolutamente imposible de subsumir en el incidente concursal».

Por ello hemos dicho en los apartados anteriores que para alcanzar aquí una solución fundada es preciso tomar cierta distancia de la letra del precepto y atender a las premisas sobre las que se sustenta la regulación que la LC dispone para este supuesto, a resultas de lo cual hemos visto que la liquidación de la sociedad de gananciales debe hacerse de forma separada y previa a la resolución del concurso. Pues bien, eso lleva a afirmar ahora que la tramitación de esa liquidación ha de hacerse con arreglo a las normas propias de la LEC¹⁸⁷.

Lo cual encuentra respaldo al considerar que en el artículo 76.2 del Proyecto de LC de 2002 –antecedente del actual art. 77.2 LC– se establecía que «la declaración de concurso determinará su disolución [de la sociedad de gananciales], tramitándose pieza separada de conformidad con lo previsto en el artículo 541.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». La remisión a la LEC era, así, explícita. Y eso sustenta la idea de que tal debe seguir siendo hoy la norma que rijan su tramitación, pues sabemos que el cambio que con respecto al Proyecto de 2002 se dispuso en el artículo 77.2 LC vino determinado sólo por la idea de sustituir el carácter imperativo y automático de la disolución de la sociedad de gananciales por un sistema de disolución no necesaria sino facultativa, esto es supeditada a que lo pida el cónyuge *in bonis*. La supresión de la remisión explícita a la LEC, por tanto, fue sólo un cambio de redacción, no de fondo, y por ello resulta fundado considerar que la idea subyacente sigue siendo la misma¹⁸⁸.

Lo cual se cifra, en palabras del propio artículo 541.3 LEC, en que «el tribunal, oídos los cónyuges, resolverá lo procedente sobre división del patrimonio y, en su caso, acordará que se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley». Esto supone a su vez remitir a los artículos 806 ss. LEC¹⁸⁹. Pero ¿cómo es, en concreto, esa tramitación? Los pasos de la misma, sucintamente expuestos, son los siguientes¹⁹⁰.

En primer lugar, una vez le haya comunicado el cónyuge *in bonis* su voluntad de disolver la sociedad de gananciales al amparo

¹⁸⁷ CUENA CASAS, «La liquidación de la sociedad de gananciales...», cit., p. 136; GUILARTE, *Comentarios a la legislación concursal*, cit., ad artículo 77, pp. 1576 s; Díez SOTO, *op. cit.*, p. 1291; HERRERA CUEVAS, *op. cit.*, p. 386.

¹⁸⁸ ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, p. 51; GUILARTE, «La liquidación de la sociedad de gananciales...», cit., p. 69.

¹⁸⁹ Libro IV, Título II, Capítulo II, cuya rúbrica es «Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial».

¹⁹⁰ Seguimos aquí, en fundamental medida, a CRESPI FERRER, *op. cit.*, pp. 39-45, aunque con adaptaciones, ya que este autor se ocupa de la problemática procesal del embargo de bienes gananciales en general, no con referencia expresa al caso de liquidación de la sociedad de gananciales derivada de la petición del cónyuge *in bonis* formulada en ejercicio de la facultad que en ese sentido le concede el artículo 77.2 LEC.

del artículo 77.2 LC, el Juez del concurso debe ponerlo en conocimiento del cónyuge concursado y también de la Administración concursal, *ex* artículo 40.6 LC¹⁹¹. Los acreedores a título particular serán notificados formalmente si están personados en el procedimiento; si no lo están, podrán eso no obstante intervenir en el procedimiento si así lo solicitan –pues la LEC (art. 13) lo permite a quienes tengan interés directo y legítimo en el resultado del pleito, cosa que como es evidente se puede predicar de esos acreedores–, pudiendo a partir de entonces actuar empleando los mismos medios y recursos procesales que las partes¹⁹².

Hecho lo anterior cabe entonces la posibilidad de liquidar la sociedad por vía de acuerdo, bien entre el cónyuge *in bonis* y el

¹⁹¹ Esto es así porque la intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del cónyuge concursado sobre sus bienes que se produce en caso de concurso (art. 40 LC, núms. 1, 2 y 3) atañe también «a las que correspondan al deudor (de) en la sociedad conyugal» (art. 40.6 LC). Con esto se conjura el peligro denunciado por la doctrina –*vid. supra* texto y nota 144– de que la liquidación ganancial se haga por los cónyuges en fraude de acreedores o del concurso, ya que una de las funciones de la Administración concursal es velar por los intereses del concurso (CUENA CASAS, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., p. 135). Abundando en lo dicho, deben tenerse en cuenta además las explicaciones que proporciona CUENA (pp. 149-151) al señalar que el artículo 40.6 LC procede del artículo 39.6 del Proyecto de LC de 2002, que tenía idéntica redacción pero distinto significado, por razón del contexto en que se encuadraba. Pues en ese Proyecto, como sabemos, la declaración de concurso conllevaba la disolución y liquidación necesaria y automática de la sociedad de gananciales, resultando entonces que la actuación de la Administración concursal en relación con los bienes gananciales se limitaba fundamentalmente a controlar la liquidación de la sociedad, para evitar que los cónyuges procedieran de modo fraudulento.

¹⁹² La posible intervención de los acreedores se justifica porque tal liquidación les afecta: considérese que una de las principales inquietudes de esos acreedores es que la liquidación de la sociedad de gananciales no se realice debidamente –*v. gr.*, porque se excluyan de la misma determinados bienes que en principio procedería integrar; porque esos bienes no se valoren correctamente; porque las adjudicaciones de bienes a cada cónyuge no sean adecuadas (los fácilmente realizables a uno, y al otro los poco líquidos), etc.–, con el resultado de que sus expectativas de cobro se reduzcan. Por ello dice CRESPI FERRER (*op. cit.*, p. 41) que «la liquidación del régimen ha de hacerse conforme a las normas procesales y a las normas civiles que resultan aplicables (art. 806 [LEC]), lo que supone remisión al artículo 1402 y 1410 del CC y a su vez a los artículos 1082 y 1083 del mismo, preceptos sustancialmente recogidos en el artículo 782 de la... LEC, lo que supone que el acreedor podrá intervenir en las operaciones para evitar que se verifiquen en fraude o perjuicio de su derecho». Sentado lo anterior, conviene aquí apuntar que la aplicación de los preceptos citados de la LEC-2000 se justifica por lo siguiente. Bajo el imperio de la LEC-1881, que no tenía normas específicas para la liquidación de la sociedad de gananciales, se procedía aplicando las propias del juicio de testamentaría –que regulaba la división de la herencia–, que prestaban cierta atención a los acreedores del otro cónyuge. Tras la entrada en vigor de la LEC-2000, ahora bien, la cuestión no es tan clara, pues en ella se regula un procedimiento específico de liquidación del régimen económico matrimonial en el que no está prevista sin embargo la intervención de los acreedores de los cónyuges (arts. 541 y 806 ss.). Esto no obstante, se considera (SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 150 ss.) que aunque las normas de ese procedimiento sean de aplicación preferente ello no excluye totalmente la aplicación de las normas del procedimiento de división de herencia que se disponen hoy en la LEC-2000 (que sustituye al juicio de testamentaría de la LEC-1881), pues el artículo 1410 CC sigue remitiendo a las normas de partición de herencia, que serán por tanto aplicables siempre que no resulten contradictorias o incompatibles con lo dispuesto en el procedimiento específico de división de la sociedad de gananciales.

cónyuge concursado, aunque subordinada la voluntad de éste a la autorización o conformidad de la Administración concursal –si las facultades de administración y disposición del cónyuge concursado sobre sus bienes están sólo intervenidas–, bien entre el cónyuge *in bonis* y la Administración concursal –si las facultades de aquél se encuentran suspendidas–¹⁹³. Alcanzado ese acuerdo, el Juez del concurso resolverá al respecto lo que estime procedente –recuérdese que se trata de una liquidación de sociedad de gananciales en el seno de un procedimiento concursal (*vid.* también art. 541.3 LEC)–, aunque antes podrá o deberá oír, y tener en cuenta en cierta medida, a los acreedores, *ex* artículos 403, 1402, 1410 y 1083 CC¹⁹⁴.

Si no se alcanzara tal acuerdo dispondrá entonces el Juez que la disolución se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en los artículos 806 ss. LEC, cuyos pasos principales son los siguientes:

– Si el cónyuge *in bonis* no hubiera presentado, junto con la solicitud de disolución, propuesta de inventario del patrimonio

¹⁹³ Esta idea parece asumirla BLANQUER UBEROS (*El concurso de los cónyuges en gananciales...*, cit., p. 29) aunque desde las premisas de su entendimiento de la cuestión, que como sabemos es distinto al nuestro.

¹⁹⁴ ¿Qué pueden hacer, en concreto, estos acreedores? Sin perjuicio de usar los mecanismos generales de tutela de los créditos, que ya conocemos, la protección más específica de esos acreedores se sustenta en los artículos 1410 y 1402 CC, el primero de aplicación general y el segundo específico para los acreedores gananciales. El artículo 1410 CC establece que «en todo lo no previsto en este capítulo [que lleva por rúbrica *De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*]... se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia», lo que remite a los artículos 1082 ss. del mismo Código, y en particular permite aplicar el artículo 1083 CC, a resultas del cual los acreedores (tanto si son gananciales como si son privativos) pueden intervenir (a su costa) en esa liquidación «para evitar que esta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos» (*vid.* también art. 782.5 LEC). Y así, una vez personados en ese procedimiento habrán de ser citados para la formación de inventario (art. 793.3.4 LEC), y podrán manifestar su desacuerdo con respecto a alguna de las operaciones del mismo (art. 809.2 LEC); también se les citará para designar peritos y contador (art. 783.5 LEC) (SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 155). Además de lo anterior, en caso de tratarse de acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* sus posibilidades de actuación son aún más consistentes, pues el artículo 1402 CC dispone que «los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias», lo que remite en particular al artículo 1082 CC, que establece que estos acreedores «podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la [sociedad de gananciales] hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos» (arts. 782.4 y 788.3 LEC) (SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 157-160). «Esta intervención... –añade CRESPI FERRER, p. 41–, no supone que el acreedor haya de consentir las resultas de las operaciones divisorias para que éstas resulten válidas y firmes... [pues esos acreedores no son parte en la sociedad conyugal], pero... puede intervenir en todos los trámites procesales de las mismas [y] también interponer los mismos recursos, usar de los mismos medios procesales y abrir los mismos incidentes que corresponden a las partes... para evitar cualquier fraude o perjuicio». Los acreedores no se convierten, pues, en parte en dicho proceso, pero sí tienen una intervención supervisadora del mismo para atender a la defensa de sus intereses (las cuestiones que en su caso se planteen a ese respecto, se resolverán por los trámites del juicio verbal) SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 152. En cualquier caso, si no obstante lo dicho el resultado final de alguna de las operaciones liquidatorias fuera perjudicial para los acreedores, éstos pueden siempre, como último recurso, acudir al declarativo ordinario (art. 787.5 LEC).

ganancial (activo y pasivo) debidamente justificado, el Juez en su misma resolución podrá señalarle plazo para que lo haga. Dicha resolución se notificará al cónyuge concursado, a la Administración concursal y a cualquier acreedor que se hubiere personado en el procedimiento¹⁹⁵.

– Se citará a los cónyuges, a la Administración concursal y a esos acreedores¹⁹⁶, para que en el plazo máximo de 10 días comparezcan ante el Secretario judicial a formar inventario, sujetándose a lo dispuesto en la legislación civil sobre régimen de gananciales¹⁹⁷.

– Concluido el inventario, cualquiera de los cónyuges podrá pedir la liquidación del patrimonio ganancial presentando propuesta de cómo efectuarla (aunque aquí en relación con el concursado hay que tener presente el papel que corresponde a la Administración concursal, distinguiendo según sea concurso necesario o voluntario). Si ninguno hiciera tal petición, los acreedores podrán requerir al Juez para que señale a aquéllos un plazo en que deban presentar propuesta de liquidación.

– Presentada la correspondiente propuesta, se citará a todos los señalados para comparecer ante el Secretario judicial en el plazo de 10 días, a fin de alcanzar acuerdo al respecto o en su defecto designar contador y peritos que realicen las operaciones divisorias.

– Si las partes alcanzan acuerdo de liquidación –el cónyuge *in bonis* y la Administración concursal, en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del cónyuge con-

¹⁹⁵ En este punto hay que tener presente que uno de los cometidos fundamentales de la Administración concursal es elaborar un inventario de los bienes que constituyen la masa activa del concurso –entre los cuales están integrados todos los gananciales– y una lista de los acreedores que forman la masa pasiva del mismo. Lo cual hace plausible considerar que el inventario que se haga del activo y pasivo ganancial, en pieza separada, deba coordinarse con el que la Administración concursal haga de las masas activa y pasiva del concurso. Lo que puede tal vez exigir un cierto acompañamiento temporal entre uno y otro (así lo apuntan HERRERO PEREZAGUA, *op. cit.*, pp. 180-183; y ARNAU RAVENTÓS, *op. cit.*, pp. 51 s; no lo ve factible en cambio GUILARTE, *Comentarios a la legislación concursal*, cit., *ad art.* 77 LC, pp. 1576 s).

¹⁹⁶ La intervención aquí de estos acreedores se justifica por las mismas razones antes apuntadas en nota 192. En cuanto a sus posibilidades de actuación, *vid.* nota 194.

¹⁹⁷ En relación con esta comparecencia ante el Secretario, el artículo 809.1, párrafo 3, LEC contempla dos hipótesis: que uno de los cónyuges no comparezca sin justa causa, en cuyo caso dispone que se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que presente el otro; o que en esa comparecencia los cónyuges alcancen acuerdo sobre eso. En ambos casos, se dice habitualmente, hay peligro de que ello responda a un previo acuerdo fraudulento de los cónyuges, en detrimento de los acreedores. En nuestro supuesto, sin embargo, tal peligro en relación con el cónyuge concursado, o bien no es factible –si hay suspensión de sus facultades y en su lugar interviene la Administración concursal–, o bien es difícil que se dé, en caso de intervención, por la supervisión que la misma Administración concursal despliega en ese sentido sobre los actos del cónyuge concursado. En todo caso, para conjurar este peligro los acreedores personados en el procedimiento tienen aquí las mismas posibilidades de intervención que se han referido antes en nota 194.

cursado; o ambos cónyuges, aunque el concursado contando con la conformidad o autorización de la Administración concursal, en caso de intervención–, se pasará al Juez para que resuelva si lo homologa o no (art. 19 LC; al hacerlo, el Juez podrá tener en cuenta las alegaciones que los acreedores hayan podido hacer al respecto)¹⁹⁸.

– Si no se alcanza ese acuerdo, o el que se presenta no es homologado por el Juez, se procederá con arreglo a lo dispuesto en los artículos 784 y siguientes LEC para la división de herencia¹⁹⁹: 1.º) Si no hay acuerdo sobre la liquidación pero sí sobre los peritos y el contador que deban hacerla, el Juez los nombrará con el encargo de cumplir su tarea (los acreedores no pueden oponerse pero sí formular tachas a los mismos); si no hay acuerdo ni siquiera sobre eso, se designarán por sorteo (pudiendo ser recusados); 2.º) Efectuadas las operaciones divisorias por los peritos y el contador (plazo máximo 2 meses), se dará traslado de las mismas a las partes –en nuestro caso también a la Administración concursal, y a los acreedores personados si los hubiere– para que en 10 días puedan formular oposición; 3.º) Hecho lo anterior, si no hubiera habido oposición el Juez aprobará y mandará protocolizar tales operaciones; si la hubiera habido, convocará a las partes a una comparecencia para intentar nuevamente el acuerdo: si se alcanza, se aprobará por el Juez y se ejecutará; si no, se resolverá por los trámites del juicio verbal²⁰⁰.

3.5 Régimen de funcionamiento de la sociedad de gananciales, en caso de que el cónyuge *in bonis* no pida su disolución

La declaración en concurso de persona casada en régimen de gananciales, como sabemos, no determina necesariamente la disolución y liquidación de esa sociedad, sino que simplemente faculta al otro cónyuge (cónyuge *in bonis*) para pedirla (art. 77.2 LC). Esto supone que aunque estadísticamente resulte inusual no es descartable haya casos en que tal facultad no se ejerza y por tanto que la sociedad siga vigente, no obstante el concurso de uno de los cónyuges. Lo que puede deberse a razones legítimas, por ejemplo a que el cónyuge *in bonis* estime que el mantenimiento de ese régimen facilita se alcance una resolución del concurso de su esposo por vía

¹⁹⁸ En relación con esta comparecencia ante el Secretario, el artículo 810.4 LEC contiene una norma absolutamente paralela a la del artículo 809.1 LEC (*vid.* nota anterior).

¹⁹⁹ SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 161-162.

²⁰⁰ La sentencia que en este se dicte no tiene fuerza de cosa juzgada, por lo que los interesados, si así lo consideran, podrán hacer valer sus derechos en el juicio ordinario oportuno.

de convenio, porque de ese modo se genera una mayor confianza en los acreedores²⁰¹.

¿Cómo, ahora bien, funciona la sociedad de gananciales en este caso? El punto de partida a este respecto es el artículo 40 LC, de entre cuyos apartados consideramos ahora los siguientes:

Art. 40.1: «En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad».

Art. 40.2: «En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales».

Art. 40.6: «La intervención y la suspensión se referirán a las facultades de administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso y, en su caso, a las que correspondan al deudor [en] la sociedad... conyugal»²⁰².

De ellos, el que más propiamente interesa aquí es el artículo 40.6 LC, que sin embargo dista de ser óptimo.

Ello se debe, en parte, a que la que estamos considerando es una cuestión de la que muy posiblemente no fue consciente siquiera el legislador²⁰³. Pues el artículo 40.6 LC procede del artículo 39.6 del Proyecto de LC de 2002, cuya redacción era idéntica pero tenía sin embargo un alcance sustancialmente distinto. Ya que en ese Proyecto la declaración de concurso de un cónyuge determinaba la disolución necesaria y automática del régimen de gananciales, resultando entonces que la gestión de la Administración concursal en la sociedad de gananciales se limitaba sólo a las tareas de liquidación de la misma. Mientras que en la LC finalmente aprobada la disolución de la sociedad de gananciales se produce sólo si el cónyuge *in bonis* la interesa (art. 77.2), lo que supone que si no la pide la sociedad de gananciales sigue viviendo, y por tanto que la Administración concursal tendrá que intervenir en su gestión. Por ello, habida cuenta que el artículo 77.2 LC fue introducido a última

²⁰¹ BLANQUER ÜBEROS, *Notas sobre la relación entre concurso y sociedad de gananciales* cit., p. 1763.

²⁰² El precepto dice literalmente «deudor de la sociedad... conyugal», pero hay acuerdo en la doctrina en que se trata de un *lapsus calami*: vid. BLANQUER ÜBEROS, *Notas sobre la relación entre concurso y sociedad de gananciales* cit., p. 1762; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., p. 149; MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2070; PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 94.

²⁰³ Así lo dice CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., pp. 149-151, a quien seguimos en esta explicación.

hora, no es descabellado entender que el legislador no tuvo plena consciencia del alcance que la norma dispuesta en el artículo 40.6 LC tiene para la gestión de la sociedad de gananciales, si esta continúa rigiendo no obstante haber sido declarado en concurso uno de los cónyuges.

Sin perjuicio de lo dicho, ahora bien, más importante es destacar que la insuficiencia de la norma se debe sobre todo a la singularidad de la realidad que pretende regular –por la conexión íntima que el patrimonio ganancial tiene con el matrimonio, ya que está específicamente destinado al levantamiento de sus cargas–, que difícilmente admite que su gestión se vea realizada o interferida por personas distintas a los cónyuges. Como sin embargo ocurre en este caso, pues entre las varias funciones que la Administración concursal tiene encomendadas está la de intervenir –para controlar su atendibilidad– en los actos de administración y disposición de bienes sometidos a concurso (entre los cuales están todos los gananciales) que se realicen después de declarado el mismo, siendo así que esto es aplicable tanto si la sociedad de gananciales se disuelve y liquida como si por el contrario continúa rigiendo²⁰⁴.

En todo caso, puesto que la situación es susceptible de darse, hay que indagar cuál es el régimen aplicable a los actos de gestión de la sociedad de gananciales –sean de administración, obligación o disposición– en caso de que uno de los cónyuges sea declarado en concurso y la sociedad no se disuelva sino que siga vigente, porque el cónyuge *in bonis* no pida su disolución.

Para ello vamos a distinguir según se trate de actos que requieran la intervención conjunta de ambos cónyuges o de actos que puedan ser realizados individualmente por uno solo de ellos, y dentro de estos últimos volviendo a distinguir según se trate de actos que pretenda realizar solo el cónyuge concursado o solo el cónyuge *in bonis*²⁰⁵.

²⁰⁴ «Si tenemos en cuenta –dice CUENA CASAS– que la comunidad conyugal está indisolublemente unida a una comunidad de vida entre los cónyuges presidida por la intimidad de sus relaciones, resulta... novedoso que para gestionar el aspecto económico de esa comunidad de vida uno de los cónyuges deba actuar con la Administración concursal, que se encuentra, como es lógico,... al margen de toda la rutina conyugal» («Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 148; la misma idea también en p. 153). En el mismo sentido se pronuncia DÍEZ SOTO, afirmando que en este punto «uno de los principales problemas será el relativo a la coordinación de las facultades atribuidas a la Administración concursal con las que corresponden al cónyuge no concursado en el ámbito de la gestión de los gananciales» (*op. cit.*, pp. 1298 y 1296). También PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 94.

²⁰⁵ PARRA LUCÁN, (*Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., p. 142), distingue previamente según que el cónyuge *in bonis* haya pedido o no liquidación, pero se trata de una distinción que apenas tiene trascendencia práctica.

3.5.1 ACTOS DE GESTIÓN CONJUNTA

Esta fórmula, que constituye la regla ordinaria en el actual régimen de gananciales –ya que en él señorea el principio de gestión conjunta o co-gestión de los dos cónyuges (art. 1375 CC)²⁰⁶–, es la que ha de aplicarse como norma de principio también en la hipótesis aquí estudiada. Pues no hay razones para que la misma se vea alterada en lo sustancial por el hecho de que uno de los cónyuges haya sido declarado en concurso.

Aunque naturalmente no cabe tampoco pretender que esa circunstancia no tenga repercusión ninguna en este sentido. Esa repercusión existe, y se concreta en que en caso de intervención de las facultades patrimoniales del cónyuge concursado los actos de este tipo habrán de ser realizados conjuntamente por el cónyuge *in bonis* y el cónyuge concursado, aunque supeditada la voluntad de este último a la autorización o conformidad de la Administración concursal. Mientras que en caso de suspensión esos actos habrán de realizarse conjuntamente por el cónyuge *in bonis* y la Administración concursal –pues aquí el cónyuge concursado es sustituido por ésta–, que se someterá además a sus propias reglas.

¿Qué sucede si uno de los concernidos –el cónyuge *in bonis*, el cónyuge concursado o la Administración concursal– no está conforme con el acto que pretende realizar la otra parte, y no manifiesta por tanto su voluntad favorable en ese sentido? Para salvar esta situación parece procedente acudir a lo dispuesto en los artículos 1376 y 1377 CC, en los que se establece que cuando para realizar un acto sea necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno se halle impedido para prestarlo o se niegue injustificadamente a ello, podrá acudir al Juez para que supla su voluntad, si encuentra fundada la pretensión²⁰⁷.

Eso sentado, queda todavía una cuestión importante por considerar: ¿qué puede hacer la Administración concursal frente a un acto de este tipo que hubieran realizado ambos cónyuges prescindiendo de su necesaria colaboración o actuación? La respuesta es la siguiente: en caso de intervención podrá ir contra ese acto ejercitando la acción de anulación prevista en el artículo 40.7 LC²⁰⁸;

²⁰⁶ «En defecto de capitulaciones matrimoniales –dice este artículo–, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes.»

²⁰⁷ Díez Soto, *op. cit.*, p. 1300; CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», *cit.*, pp. 152-153.

²⁰⁸ Pues ese acto se ha realizado sin contar el cónyuge concursado con la preceptiva autorización o conformidad de la Administración concursal. «Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo –dice el art. 40.7 LC– solo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiese con-

en caso de suspensión podrá también impugnar el acto realizado, si bien cabe dudar entre la acción de anulación –como establece la norma del caso anterior– o la de declaración de nulidad radical²⁰⁹.

3.5.2 ACTOS DE GESTIÓN INDIVIDUAL

Sin perjuicio de que la regla sea la gestión conjunta, en el sistema actual están también contemplados positivamente –fundamentalmente en atención a la naturaleza del bien, al régimen propio de su tráfico o a exigencias prácticas derivadas del funcionamiento real de la vida familiar– actos de administración, obligación o disposición que pueden ser realizados válidamente por un solo cónyuge, sin intervención del otro²¹⁰.

Por ejemplo los actos de administración o disposición que realiza un cónyuge sobre los frutos y rentas producidos por sus bienes (art. 1381 CC); o sobre bienes, derechos, dinero o valores que estén a su nombre o en su poder (arts. 1384 y 1385 CC); o los que realice para atender a gastos urgentes de carácter necesario (art. 1386 CC); o los que realice el cónyuge comerciante sobre bienes adquiridos por él a resultas del ejercicio del comercio (art. 6 CCo)²¹¹.

O los actos que realiza un cónyuge y generan obligaciones a cargo de los bienes gananciales por ser hechos en ejercicio de la potestad doméstica, de la gestión de bienes gananciales que por ley o por capítulos le corresponda, del ejercicio ordinario de la profesión, arte, ofi-

validado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado requerimiento, al cumplirse un mes desde la fecha de éste. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de esta. / Los actos no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme».

²⁰⁹ Nulidad radical, porque si en caso de suspensión la Administración concursal sustituye al cónyuge concursado eso significa que el acto en cuestión se habría realizando faltando absolutamente su voluntad. Esta solución, sin embargo, no tiene un respaldo claro en el régimen civil aplicable cuando no hay concurso, ya que el artículo 1322 CC es precepto que plantea dudas y dificultades en este sentido. PARRA LUCÁN, sin especial distinción entre caso de intervención y suspensión, considera que el acto en cuestión será inoponible al otro cónyuge, que podrá por tanto pedir la restitución (*Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., p. 143).

²¹⁰ Esas posibilidades de actuación individual se limitan aquí a las legalmente contempladas, no a las que tengan su base en un apoderamiento voluntario que hubiere conferido en su día un cónyuge al otro, pues ese apoderamiento se extingue por la declaración en concurso de cualquiera de los cónyuges (art. 1732.3 CC). PARRA LUCÁN, sin embargo, parece admitir la subsistencia de pactos sobre la gestión de los bienes comunes que los cónyuges hubieran alcanzado previamente (*Concurso de acreedores y consorcio conyugal* cit., p. 146).

²¹¹ MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2070.

cio o empresa, o de la administración ordinaria de sus bienes propios (art. 1365 CC); o que generan obligaciones extracontractuales de responsabilidad de la sociedad de gananciales por ser consecuencia de su actuación en beneficio de la misma o en el ámbito de la administración de sus bienes (art. 1366 CC); o por ser contraídas para atender a gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos, en caso de separación de hecho de los cónyuges (art. 1368 CC).

El régimen de estos actos individuales de gestión es más complicado cuando se trata de actos de gestión conjunta.

a) *Actos de gestión individual del cónyuge concursado*

Los actos de administración, obligación y disposición sobre bienes gananciales que en situación de normalidad puede un cónyuge realizar válidamente por sí solo, en principio no se ven absolutamente impedidos por el hecho de ser declarado en concurso²¹², aunque ciertamente la nueva situación interfiere en ello, y de forma muy distinta en función de que el sistema que el Juez establezca sea de intervención o de suspensión.

Pues si se trata de un caso de intervención de sus facultades patrimoniales no hay razón para excluir que el cónyuge concursado pueda seguir realizando tales actos, aunque éstos para ser válidos precisen contar con la autorización o conformidad de la Administración concursal. Pero en caso de suspensión la situación es otra, ya que aunque la Administración concursal sustituya en términos generales al cónyuge concursado resulta difícil reconocerle aquí

²¹² Cosa distinta es la atinente a la inhabilitación para administrar bienes ajenos en un período de dos a quince años que puede señalarse como condena al cónyuge concursado en la sentencia de calificación del concurso (art. 172.2.2.º LC). ¿En qué medida afecta esto a la gestión de los bienes gananciales, una vez terminado el concurso? Destaca MAGARIÑOS (*op. cit.*, p. 2071) que el citado artículo tiene una redacción dulcificada con respecto a la que tenía en el Proyecto de LC de 2002, ya que en él la inhabilitación para administrar se refería tanto a bienes ajenos como a bienes propios. A la vista de lo cual considera MAGARIÑOS que «no parece que la inhabilitación produzca efectos especiales en el régimen de administración de la sociedad de gananciales cuando esta no se disuelva y liquide», de modo que ello «no será causa suficiente para que a petición del otro cónyuge se le transfiera la administración de los bienes [gananciales] conforme al artículo 1388 CC Sin que suponga obstáculo para esta interpretación –añade MAGARIÑOS– el hecho de no ser los gananciales bienes propios totalmente... pues el que tampoco sean ajenos... lleva a considerar tal posibilidad como la más acorde y equilibrada con las reglas de interpretación de los preceptos limitativos de facultades». Pero añade MAGARIÑOS en p. 2072 que «el problema es más difícil de resolver cuando existen bienes cuya administración corresponde al concursado exclusivamente, pues en tal caso quedaría administrando solo el patrimonio ganancial, que es parcialmente ajeno o por lo menos no puede calificarse plenamente como propio, sin que el otro cónyuge tenga control alguno directo. Pero incluso en este caso... –dice MAGARIÑOS– no procede la transferencia porque no se puede a tales efectos disecionar la sociedad de gananciales –distinguiendo entre bienes administrados en exclusiva y los demás–, para aplicar la transferencia solamente a un grupo de bienes. Esta debe entenderse de modo global o unitario».

las mismas posibilidades de actuación individual que este tenía antes de ser declarado en concurso, porque difícilmente cabe imaginar que tales actos individuales de la Administración concursal se sustenten en las mismas razones que los justifican cuando se permiten a un cónyuge, o que puedan ir guiados por la idea de atender a las necesidades de la familia. Sin embargo así parece que ha de admitirse, si la sociedad de gananciales mantiene su vigencia (cosa que, como sabemos, depende del cónyuge *in bonis*).

En cualquier caso, sentado lo anterior hay que tener presente entonces el artículo 43.1 LC, que establece que el ejercicio de las facultades de administración y disposición se hará atendiendo a la conservación de los bienes, del modo que resulte más conveniente para los intereses del concurso²¹³. Pues esta norma es aplicable tanto a los actos de gestión conjunta como a los de gestión individual que con arreglo a lo visto puedan ser realizados válidamente por el cónyuge concursado (en caso de intervención, aunque aquí contando con la autorización o conformidad de la Administración concursal) o por la Administración concursal (en caso de suspensión), ya que quien los realiza está sometido a concurso y los bienes gananciales sobre los que se actúa forman asimismo parte de la masa activa del concurso (art. 77.2 LC).

En relación con los actos de enajenación o gravamen hay que tener presente además el artículo 43.2 LC, que establece que hasta la aprobación del convenio o la liquidación del concurso no se podrán enajenar o gravar bienes y derechos sin autorización del Juez²¹⁴. Esta norma es plenamente aplicable aquí, por las mismas razones que se acaban de apuntar en el párrafo anterior. Aunque no se puede olvidar tampoco que la LC contempla una regulación particular en relación con los actos dispositivos que sean inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor (arts. 43.3 y 44 LC), pues partiendo de la base de que la declaración de concurso de un cónyuge no interrumpe la actividad de ese tipo que viniera ejerciendo (art. 44.1 LC) se establece entonces, para hacer viable su continuación, que en caso de intervención la Administración concursal puede señalar determinados actos u ope-

²¹³ Hace notar en este punto CUENA CASAS que el precepto habla solo de interés del concurso, sin referirse en absoluto al interés de la familia («Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 152). Lo que refuerza además la conclusión a que se ha llegado en el párrafo anterior en relación con los actos de gestión individual de la Administración concursal en caso de suspensión.

²¹⁴ La solicitud de autorización al Juez se tramitará por el procedimiento previsto en el artículo 188 LC. Los actos de este tipo realizados sin autorización judicial dice BLANQUER UBEROS que serán nulos, por ser *contra legem* («Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, junio 2005, núm. 43, p. 68).

raciones que por razón de su naturaleza o cuantía quedan autorizados con carácter general y apriorístico (art. 44.2 LC)²¹⁵.

¿Qué ocurre si el cónyuge concursado realiza actos individuales para los que está en principio legitimado, pero lo hace infringiendo las limitaciones legalmente establecidas en ese sentido? La solución entendemos que pasa por impugnar esos actos, en los mismos términos que se señalaron antes en relación con los actos de gestión conjunta.

b) *Actos de gestión individual del cónyuge in bonis*

El recorte o limitación de las facultades patrimoniales que la LC señala al cónyuge concursado no puede, lógicamente, extenderse al cónyuge *in bonis*²¹⁶.

Este, por tanto, en principio sigue teniendo íntegras las facultades individuales de administración y disposición que el Ordenamiento le reconoce sobre los bienes gananciales²¹⁷. Y sigue teniendo también capacidad para contraer por sí solo obligaciones de las que responden los bienes gananciales, en los términos legalmente establecidos²¹⁸.

²¹⁵ Salvo en este supuesto, la regla es que la autorización o conformidad de la Administración concursal ha de ser individual para cada acto (así COLINO MEDIAVILLA, en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Pulgar Ezquerro, Alonso Ureba, Alonso Ledesma y Alcover Garau), tomo I, Madrid 2004, ad art. 40 LC, p. 597). En otro orden de cosas, conviene aquí apuntar que la determinación de si un acto en concreto es o no inherente a la actividad realizada es cosa que en principio compete al propio concursado, sin perjuicio de que luego eso pueda ser impugnado judicialmente por quien no lo estime así y se considere perjudicado por ello (v. gr., la Administración concursal): vid. BLANQUER UBEROS, «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor...», cit., pp. 67-68.

²¹⁶ MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2071.

²¹⁷ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1298; y CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 153, aunque sin mucho convencimiento. Por su parte, PARRA LUCÁN entiende que deben admitirse sin problemas las actuaciones de administración ordinaria y defensa del patrimonio común, y los actos de modificación inmobiliaria que sean puramente formales, incluyendo las declaraciones de obra nueva y de constitución de propiedad horizontal (*Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., pp. 143-144).

²¹⁸ Así DÍEZ SOTO (*op. cit.*, p. 1310), quien sin embargo destaca que será cuestión discutida determinar hasta qué punto puede el cónyuge *in bonis* dar cumplimiento por sí solo a esas obligaciones mediante la aplicación de fondos gananciales. «A este respecto conviene tener en cuenta –dice– que la necesidad de tutelar los intereses generales del concurso mediante... conservación de la masa activa no puede significar la negación de los derechos que al cónyuge del concursado corresponden en cuanto a la destinación de los bienes comunes al levantamiento de las cargas del matrimonio y a la atención de otros intereses familiares (...). Por ello –concluye–, el ejercicio por los administradores del concurso de las facultades que la ley les confiere... no podrá traducirse en la sistemática negación de cualquier posibilidad de aplicar los bienes gananciales al cumplimiento de las obligaciones asumidas por el cónyuge del concursado frente a terceros... Sin duda resultará muy conveniente que la Administración concursal y el cónyuge del concursado lleguen a un acuerdo a la hora de adoptar las decisiones procedentes... A falta de tal acuerdo, y en caso de que se plantee la necesidad de acudir a la decisión judicial, parece que el criterio más adecuado para decidir en qué casos habrán de utilizarse fondos gananciales...

¿Deben estos actos del cónyuge *in bonis*, ahora bien, acomodarse a lo dispuesto en el artículo 43 LC, cuyo núm. 1 prescribe que los actos de administración y disposición que se realicen deben atender a la conservación de los bienes del modo más conveniente para los intereses del concurso, y cuyo núm. 2 establece que hasta la aprobación del convenio o la liquidación del concurso no se podrán enajenar o gravar bienes y derechos sin autorización del Juez²¹⁹?

En apoyo de una respuesta afirmativa se ha argüido que este cónyuge, aunque no sea el concursado sí se encuentra en cierta medida sometido a esas normas de la LC, porque la continuación de la sociedad de gananciales es consecuencia de su decisión de no ejercitar la facultad de disolverla que le concede el artículo 77.2 LC²²⁰. A nuestro entender, sin embargo, esa idea no es atendible, porque el cónyuge *in bonis* no está sometido a concurso y no cabe desvirtuar ni minimizar este hecho con consideraciones como la expuesta.

¿Qué procede hacer, entonces, cuando el cónyuge *in bonis* realice individualmente actos que en principio le está legalmente permitido hacer, pero sin acomodarse a lo dispuesto en tales normas?

ciales para el pago de tales obligaciones será el de determinar si los correspondientes desembolsos pueden o no ser considerados como gastos a cargo de los gananciales (arts. 1362 y concordantes)».

Otra cuestión a considerar es si los créditos correlativos a tales obligaciones contraídas por el cónyuge *in bonis*, que indudablemente son gananciales, lo son o no además concursales. Para ello es preciso distinguir entre la redacción inicial de la LC (Ley 22/2003) y la redacción actual, dada por Ley 38/2011. Bajo el imperio de aquella, desde una cierta perspectiva podía estimarse que tales créditos no se veían excluidos del concurso, considerándolos créditos contra la masa *ex* artículo 84.2 –núms. 5, 9 y 10– LC (así, tal vez, Díez Soto, *op. cit.*, pp. 1312-1313). Pero, puesto que en este caso el deudor no es el cónyuge concursado, parecía más adecuado considerar que no eran acreedores concursales y por tanto que no formaban parte del concurso, *ex* artículo 84.1 LC en su redacción según la Ley 22/2003 (así lo estima CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 148; PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., p. 144). Resultando entonces que llegado el caso esos acreedores no podían ir contra los bienes gananciales para cobrarse, porque esos bienes están integrados en la masa activa del concurso (art. 77.2 LC) y quedan por consecuencia excluidos de la agresión de acreedores no concursales (así resulta del art. 613 LEC, ya que desde este punto de vista el concurso es semejante al embargo). Tras la reforma de la LC por la Ley 38/2011, sin embargo, la situación ha cambiado, pues hoy el nuevo artículo 49.2 LC dispone que los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* se integran en la masa pasiva del concurso, con lo que ya no hay dudas al respecto.

²¹⁹ «Nada se dice al respecto en la Ley Concursal –indica CUENA CASAS, «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», cit., p. 151– porque... en el articulado de la ley se está partiendo de la hipótesis de una sociedad de gananciales ya disuelta. No hay ninguna norma que limite las facultades del cónyuge del concursado, pero –añade cautamente– no cabe olvidar que la masa ganancial ha quedado integrada en la masa activa del concurso, lo cual va a tener un efecto reflejo sobre las facultades patrimoniales del cónyuge del concursado sobre el patrimonio común».

²²⁰ Díez Soto, *op. cit.*, pp. 1298-1299. PARRA LUCÁN, por su parte, argumenta además en base a la finalidad de la norma establecida en el artículo 43.2 LC: mantener el valor de la masa pasiva (*Concurso de acreedores y consorcio conyugal* cit., p. 144).

La respuesta a esta cuestión es complicada, pues esos actos han sido realizados al amparo de la legitimación que otra norma –el Código civil– confiere a ese cónyuge, y además el sujeto que los ha realizado no es el cónyuge concursado y no está sometido, por tanto, a las reglas del concurso.

A nuestro juicio, la respuesta no puede buscarse en la aplicación de los preceptos de la LC (en particular el art. 43), aunque esto no significa que tal posibilidad de actuación individual del cónyuge *in bonis* no tenga límites. Lo que significa es que esos límites han de buscarse fuera de la LC.

A nuestro entender, la respuesta precedente pasa por aplicar los preceptos oportunos del Código civil²²¹. Que son, por un lado el artículo 67 CC, que prescribe que los cónyuges (los dos, también por tanto el cónyuge *in bonis*) tienen el deber de actuar en interés de la familia, lo que conlleva, entre otras cosas, que los actos que realice han de ser convenientes desde el punto de vista económico. Y por otro lado el artículo 1390 CC, que establece que si como consecuencia de un acto de administración o disposición realizado por uno de los cónyuges hubiera éste obtenido beneficio exclusivo para él o hubiera ocasionado dolosamente daño a la sociedad de gananciales, ese cónyuge será deudor de la misma por el importe correspondiente. De donde se deriva que, si al realizar esos actos de gestión individual que en principio está legitimado a hacer, el cónyuge actuante (el cónyuge *in bonis*) no atiende a las prescripciones de las normas dichas, el otro cónyuge (el concursado) o la Administración concursal pueden impugnar esos actos o reclamar lo que proceda por razón de los mismos²²². Lo que en definitiva supone un resultado semejante al que se buscaba aplicando los preceptos de la LC, quedando entonces el interés del concurso también atendido, aunque sea por esta otra vía, que a nosotros nos parece más correcta²²³.

* * *

Llegados aquí ha quedado descrito, siquiera sea sucintamente, el funcionamiento y el régimen aplicable a los actos de administración, obligación y disposición que pueden realizarse en caso de que la sociedad de gananciales siga vigente, no obstante haber sido declarado en concurso uno de los cónyuges. Y ha quedado expues-

²²¹ El mismo criterio aplica PARRA LUCÁN, aunque en relación con el consorcio conyugal aragonés (*Concurso de acreedores y consorcio conyugal*, cit., p. 145).

²²² DíEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1300, no obstante lo dicho en otro momento (*vid. texto y anterior*).

²²³ Además de lo dicho, el cónyuge concursado o la Administración concursal podrán solicitar al cónyuge *in bonis* información periódica sobre la situación y rendimiento de sus actividades económicas, *ex artículo 1383 CC*(DíEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1300).

to también la participación y el control que tiene la Administración concursal en ese sentido, y los medios con que cuenta para hacerlo efectivo. Debiendo tenerse muy presente además la ayuda que proporcionan en este sentido los Registros públicos, a través de la publicidad que procuran²²⁴.

4. LOS ACREEDORES DEL CÓNYUGE *IN BONIS*, SUS INTERESES Y LAS MEDIDAS PARA SU DEFENSA

En el punto anterior del trabajo nos hemos ocupado de los intereses del cónyuge *in bonis*. Esos intereses, ahora bien, no son los únicos a tener en cuenta en este tema, pues los acreedores del cónyuge *in bonis* son también titulares de intereses legítimos, que se ven seriamente afectados en el caso. De los intereses de esos acreedores y de los instrumentos para su defensa nos ocupamos en este punto.

A este respecto cabe empezar señalando que, frente al estado de cosas tradicional en este tema, en el que la regulación había sido prácticamente inexistente²²⁵, la LC (Ley 22/2003) supuso un significativo paso adelante, al ocuparse de él y regularlo con normas precisas²²⁶.

Esto es reconocido unánimemente por la doctrina. Otra cosa es el concreto tratamiento inicialmente dispensado al mismo por la LC, que fue objeto de críticas generalizadas hasta tal punto que han llevado al legislador a modificarlo con ocasión de la Ley 38/2011, no obstante estar ésta guiada fundamentalmente por otros objetivos.

Para desarrollar debidamente esta cuestión conviene recordar los datos positivos sobre los que se asentaba el sistema establecido

²²⁴ Punto de partida en este sentido es el artículo 24 LC, en cuyos núms. 1 y 2 se prevé que la declaración de concurso, la intervención o suspensión de las facultades patrimoniales del concursado y el nombramiento de los administradores concursales se inscriban en el Registro Civil, y si el concursado fuera comerciante también en el Registro Mercantil. Añadiendo el núm. 4 que «*si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, se inscribirán en el folio correspondiente a cada uno de ellos... la intervención o... la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales*». Lo cual naturalmente repercute en la gestión de los bienes gananciales (ya estén inscritos con carácter expresamente ganancial –art. 93 RH.–, ya lo estén con carácter presuntivamente ganancial –art. 94 RH.–). Pues, tanto si se trata de actos de realización necesariamente conjunta como si se trata de actos que un cónyuge solo puede realizar, los que se verifiquen infringiendo las oportunas limitaciones (contar con la autorización o conformidad de la Administración ganancial en caso de intervención, o con su voluntad en caso de suspensión) «*no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o no se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme*» (art. 40.7, ap. 2, LC).

²²⁵ A resultas de lo cual, dice BELTRÁN (*op. cit.*, p. 1494) que «la posición jurídica de los acreedores del cónyuge del concursado... debía deducirse de las normas generales sobre obligaciones y cargas de la sociedad legal de gananciales».

²²⁶ Cita CORDERO LOBATO (*op. cit.*, p. 977) en este sentido, entre otros, los siguientes artículos de la LC: 6.2.2.º II, 25.2, 40.6, 77, 78, 82.1 y 84.1.

inicialmente por la LC (Ley 22/2003), y la nueva regulación que la Ley 38/2011 ha dispuesto en este tema.

En la Ley 22/2003, los datos a considerar eran los siguientes:

Art. 77: «1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado. 2. Si el régimen económico del matrimonio fuera el de sociedad de gananciales... se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales... cuando deban responder de obligaciones del concursado (...).».

Art. 49: «Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no..., quedarán de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, sin más excepciones que las establecidas en las leyes».

Art. 84.1: «(...) En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales..., no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad... conyugal».

Por su parte, el sistema dispuesto por la Ley 38/2011 se ha concretado en mantener inalterado el artículo 77 LC, suprimir la frase transcrita del artículo 84.1, y añadir un núm. 2 (antes inexistente) al artículo 49, que reza así: «En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales..., se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal».

Expuesto lo cual, lo que procede ahora es analizar los dos sistemas apuntados, desde el punto de vista de los intereses de los acreedores del cónyuge *in bonis*. Más concretamente se trata, por un lado de valorar si las objeciones que se hacían al sistema inicial de la LC eran tan insalvables como se pretendía y por tanto si la fórmula establecida era absolutamente inhábil para atender a esos intereses, y por otro de calibrar si con el sistema dispuesto por la Ley 38/2011 se ha dado efectivamente con la clave para armonizar debidamente todos esos intereses.

4.1 El sistema dispuesto en la redacción inicial de la Ley Concursal: críticas formuladas contra él, y valoración de las mismas

Las objeciones formuladas contra ese sistema se cifraron fundamentalmente en denunciar que los acreedores del cónyuge *in bonis* quedaban excluidos del concurso del otro cónyuge a pesar de que les afectaba, sin procurarles medios para tutelar sus intereses.

El denominador común de esas objeciones partía de la consideración de que la declaración en concurso de un cónyuge, tal como el sistema estaba configurado tenía repercusión muy negativa para los acreedores del cónyuge *in bonis*. Lo que se producía porque los efectos de tal declaración inciden directamente en el sustrato patrimonial afecto a responsabilidad en caso de impago de las deudas del cónyuge *in bonis*, porque ese sustrato está en principio integrado por todos los derechos de contenido patrimonial que pertenezcan a ese cónyuge –entre los cuales además de los de carácter privativo suyo están los de carácter ganancial, de los que es cotitular– y con la fórmula dicha se estimaba que ese sistema se descomponía. Pues si todos los bienes gananciales se incluyen en la masa activa del concurso de un cónyuge pero los acreedores del otro quedaban excluidos de la masa pasiva del mismo, eso suponía que tales bienes resultaban preferentemente afectos al pago de los acreedores de ese concurso (los del cónyuge concursado), y por tanto que los acreedores del cónyuge *in bonis* quedaban en una posición subordinada.

Concluyéndose entonces que la exclusión de la masa pasiva del concurso, de los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* repercutía de forma fundamental y negativa en ellos²²⁷. Más aún al advertir que esa postergación de los acreedores del cónyuge *in*

²²⁷ El problema, apuntaba en su día BELTRÁN (*op. cit.*, p. 1498), no existe si el cónyuge *in bonis* tiene bienes propios suficientes. «La regla –decía– puede ser hasta cierto punto lógica, cuando el deudor (cónyuge del concursado) cuente con bienes suficientes para el pago, porque entonces el acreedor puede satisfacerse sin necesidad de recurrir a los bienes comunes que están integrando el concurso, a pesar de que conforme al Derecho común dichos bienes responden solidariamente de las deudas del cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad legal de gananciales». En la tramitación parlamentaria de la LC, en concreto en relación con el artículo 84.1, se presentó una enmienda que proponía añadir un inciso a la segunda frase del mismo, que permitiría la inclusión de los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* en determinados casos (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 101-15, de 2 de diciembre de 2002). Con arreglo a esa enmienda, el citado precepto hubiera quedado así: «Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa. En caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales..., no se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad... conyugal, salvo que los bienes del cónyuge del concursado resultaran insuficientes para satisfacer los citados créditos». Esa enmienda, sin embargo, no fue aceptada. Y contra ella se pronunció YÁÑEZ VIVERO (*op. cit.*, pp. 2678-2679), considerando que «lejos de establecer la igualdad de trato [entre los acreedores gananciales del cónyuge concursado y los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*]..., la enmienda marca más las diferencias, [pues] en primer lugar está alterando la condición de un crédito, que por ley es ganancial, convirtiéndolo en privativo al establecer una responsabilidad subsidiaria del patrimonio ganancial condicionada a la inexistencia o insuficiencia de patrimonio privativo del cónyuge del concursado; [y] en segundo término [porque] está otorgando un privilegio o una preferencia... a unos créditos frente a otros que son de la misma condición». Por nuestra parte también pensamos que aunque el problema pueda no presentarse *de facto* en caso de que el cónyuge *in bonis* tenga bienes propios suficientes, la valoración apuntada al inicio de esta nota no es aceptable porque está hecha en función de un criterio circunstancial, y además no jurídico sino económico. Y la solución debe ser una y la misma, sean cuales sean las circunstancias del caso concreto.

bonis no era sólo con respecto a los acreedores gananciales del cónyuge concursado sino también con respecto a sus acreedores privativos. Lo que era así porque éstos también forman parte de la masa pasiva del concurso; porque los bienes integrados en la masa activa del mismo están por tanto afectos a su pago; y porque si bien los créditos gananciales tienen preferencia sobre los créditos privativos a la hora de cobrarse con lo que se obtenga de la realización de los bienes gananciales, eso es siempre que ambos créditos sean concursales; con respecto a los créditos no concursales –como eran los existentes contra el cónyuge *in bonis*, aunque fueran de cargo de la sociedad de gananciales–, en cambio, los créditos concursales tienen preferencia²²⁸.

Lo dicho determinó que la doctrina mayoritaria arremetiera contra tal regulación, afirmando que chocaba frontalmente con el régimen propio de la sociedad de gananciales y suponía una lesión de los derechos de los acreedores del cónyuge *in bonis* absolutamente injustificada, por cuanto que significaba una alteración sustancialísima de la base de responsabilidad patrimonial con la que contaban cuando celebraron el acto o contrato que los convirtió en tales acreedores²²⁹.

El problema se planteó por la doctrina fundamentalmente (a veces incluso exclusivamente) en relación con los acreedores del cónyuge *in bonis* que fueran además acreedores gananciales. Pero, aunque apenas concitó la atención de los autores, hay que decir que en verdad no son sólo ellos los acreedores del cónyuge *in bonis* que se ven afectados por el sometimiento de todos los bienes gananciales a la dinámica del concurso, sino que esto repercute también en los acreedores privativos. Esto es así porque aunque de las deudas privativas del cónyuge *in bonis* los bienes gananciales no responden de forma directa sino subsidiaria –cuando los bienes privativos del cónyuge deudor no existen o no son suficientes–, no cabe tampoco ignorar que si los bienes gananciales son liquidados en el marco del concurso y lo que con ellos se obtenga se destina al pago preferente de los acreedores concursales esto supone un empeoramiento de la posición de los acreedores privativos del cónyuge *in*

²²⁸ CUENA CASAS, *Concurso de acreedores...* cit., pp. 146-147; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., p. 266; CUADRADO PÉREZ: *op. cit.*, p. 257; CURIEL LORENTE, *op. cit.*, p. 163. Lo dicho ha de entenderse, por supuesto, sin perjuicio de las preferencias legalmente establecidas.

²²⁹ YÁÑEZ VIVERO, *op. cit.*, pp. 2677-2678; BELTRÁN: *op. cit.*, pp. 1497-1498; CORDERO LOBATO, *op. cit.*, p. 977-978; SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 719; GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pp. 83-84; MAGARIÑOS, *op. cit.*, pp. 2086-2087; BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...*, cit., pp. 30-31; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., pp. 265-266; PINO LOZANO, *op. cit.*, pp. 88-89; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores...*, cit., pp. 103, 106 y 126-128; CUADRADO PÉREZ: *op. cit.*, p. 257.

bonis con respecto a la de sus equivalentes (los acreedores privativos) del cónyuge concursado, ya que éstos en tanto que acreedores concursales procederán a cobrar sobre tales bienes con preferencia con respecto a aquéllos, siendo así que el derecho que unos y otros tienen sobre los bienes gananciales es el mismo.

El problema expuesto (fundamentalmente el atinente a los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*), es cierto, se admitía que quedaba conjurado en caso de que el cónyuge *in bonis* ejercitara la facultad que el artículo 77.2 LC dispone a su favor e instara la disolución de la sociedad de gananciales²³⁰, por considerarse que al liquidar esa sociedad todos los acreedores de la misma habían de ser tenidos en cuenta y satisfechos, sin distinguir según que lo fueran de uno u otro cónyuge²³¹.

Pero siendo la facultad del artículo 77.2 LC de ejercicio libre y discrecional por parte del cónyuge *in bonis*, y no estando legitimados *per se* para instar la disolución de la sociedad los acreedores de los cónyuges —ni los gananciales ni, menos aún, los privativos²³²—, se consideraba que ello hacía que el problema se presentara acuciante, por la posibilidad que existía (al menos en el plano teórico, con independencia de que en la práctica fueran más o menos los casos reales) de que tal facultad no se ejercitara²³³.

A la vista de lo cual las propuestas de la doctrina se centraron en demandar la modificación de la LC en el sentido de incluir en la masa pasiva del concurso de un cónyuge también a los acreedores gananciales del otro cónyuge (*in bonis*). Que es, precisamente, lo que ha hecho el legislador con ocasión de la Ley 38/2011, en los términos que quedaron señalados al inicio de este punto.

Sentado lo cual, la pregunta que nos planteamos es la siguiente: ¿eran las cosas, en el sistema inicial de la LC, necesariamente de la forma que se ha expuesto? ¿No permitía ese sistema, bajo ningún concepto, atender debidamente a los intereses de los acreedores del cónyuge *in bonis*?

Para responder a esas preguntas procedemos a continuación a analizar los varios expedientes que se propusieron a tal efecto²³⁴. Porque, coincidiendo todos los autores en que la aplicación literal

²³⁰ Sin perjuicio de que luego hubiera —y siga habiendo— dudas y disparidad de opiniones acerca de cómo realizar esa liquidación «de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso», que ya hemos visto en el trabajo *supra* 3.4.1.

²³¹ ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 934; SANZ VIOLA, *op. cit.*, p. 719; ARNAU RAVEN-TÓS, *op. cit.*, p. 53.

²³² SAIZ GARCÍA, *op. cit.*, pp. 144-145.

²³³ MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2088; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores...* cit., pp. 146-147.

²³⁴ Los elenca PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., pp. 286-287.

y estricta de los preceptos de la Ley 22/2003 efectivamente dejaba malparados a los acreedores del cónyuge *in bonis*, lo que esos expedientes pretendían era hallar una fórmula que siendo compatible con esos preceptos permitiera también atender debidamente a los intereses de esos acreedores. Trataremos ahora de ver si esos expedientes eran atendibles o si por el contrario no era así, por adolecer de defectos insalvables.

Un primer expediente en ese sentido fue plantear que los acreedores del cónyuge *in bonis*, cuando de otro modo no pudieran cobrar lo que se les debía, podían hacer efectivos sus derechos interesando a título individual ejecución y embargo sobre los bienes gananciales, no obstante estar éstos incluidos en la masa activa del concurso del otro cónyuge²³⁵. Lo que se justificó en base a que tales acreedores no formaban parte de la masa pasiva del concurso (por expresa disposición de la LC: art. 84.1) y no quedaban por tanto sometidos a sus normas, en particular al artículo 55.1, que establece que «declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor»²³⁶. Los destinatarios de esta norma – se adujo– son los acreedores concursales, no los acreedores del cónyuge *in bonis*, que por tanto en caso de no ser pagados por su deudor (el cónyuge *in bonis*) podían embargar cualesquiera bienes sobre los que ese cónyuge tuviera derecho, ya fueran privativos o gananciales, sin que para ello fuera óbice que estos últimos estuvieran incluidos en la masa activa del concurso²³⁷. Únicamente se precisaba que el embargo de bienes gananciales sólo podía hacerse de forma directa si el crédito en cuestión era ganancial, mientras que si se trataba de un crédito privativo sólo

²³⁵ Díez Soto, *op. cit.*, pp. 1307-1313; Magariños, *op. cit.*, pp. 2073-2076; Parra Lucán, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal cit.*, pp. 127 y 136-137; Curiel Lorente, *op. cit.*, pp. 164-165.

²³⁶ Tampoco quedan sometidos, afirma Díez Soto (*op. cit.*, pp. 1309-1310), a las normas de los artículos 58 y siguientes LC en cuanto a la prohibición de compensación, a la suspensión del devengo de intereses o a la interrupción de la prescripción. Ni les son aplicables las normas dispuestas en los artículos 61 y siguientes LC en cuanto a la posible incidencia de la declaración de concurso sobre los contratos preexistentes. Ni se ven afectados por la aprobación de un eventual convenio (arts. 134 ss. LC).

²³⁷ En apoyo de lo dicho Magariños (*op. cit.*, p. 2076) apunta también los artículos 56.4 y 82.3 LC. El primero, que establece que la declaración de concurso no afecta a la ejecución de las garantías reales cuando el concursado sea un tercer poseedor del bien objeto de esa garantía, porque aunque en el caso no haya garantía real ni el cónyuge concursado sea tercer poseedor de los bienes gananciales es indudable que ese cónyuge no es deudor del ejecutante, lo que permite la analogía (este argumento lo consideran también Díez Soto, *op. cit.*, p. 1312, nota 62; Parra Lucán, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal cit.*, p. 137; y Curiel Lorente, *op. cit.*, p. 165). Y el segundo artículo, porque en relación con el avalúo de los bienes de la masa activa del concurso tiene presentes, para deducirlas, las trabas y embargos que existan sobre tales bienes y garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva del concurso.

podía hacerse de forma subsidiaria, después de haber perseguido infructuosamente los bienes privativos del deudor (cónyuge *in bonis*)²³⁸.

Otro expediente que se apuntó fue que los acreedores del cónyuge *in bonis* podían, a través de la acción subrogatoria del artículo 1111 CC, ejercitar la facultad que el artículo 77.2 LC confiere a ese cónyuge para instar la disolución de la sociedad de gananciales, en caso de que éste no lo hiciera²³⁹. Considerando que entonces todos los acreedores del cónyuge *in bonis* se verían debidamente atendidos: los gananciales, porque al tiempo de liquidar la sociedad cobrarían sobre esos bienes con preferencia y sin distinguir entre esos acreedores según lo fueran de uno u otro cónyuge; y los privativos, porque el remanente ganancial que quedara después de liquidar la sociedad (si lo hubiera) se repartiría por mitades entre un cónyuge y otro, de modo que esos acreedores podrían embargar sólo la parte que se adjudicara al cónyuge deudor suyo.

Y un tercer expediente que se planteó fue que los acreedores del cónyuge *in bonis* pidieran la declaración en concurso también

²³⁸ Díez SOTO, *op. cit.*, p. 1307; MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2090. En cuanto a cómo se concretaría esto, afirma Díez SOTO (pp. 1312-13113) que «el tratamiento aplicable a los acreedores consorciales del cónyuge [no] concursado, en la medida en que la satisfacción de sus derechos haya de pasar por la aplicación de bienes o fondos gananciales,... deberá ser... próximo al que la ley confiere a los acreedores de la masa». Es cierto, reconocía, que tales créditos no están contemplados en la relación que de los mismos hace con carácter cerrado el artículo 84.2 LC, pero eso no obstante estimaba que se les puede considerar incluidos implícitamente en los apartados 6 y 9 del mismo (que se refieren a créditos derivados de contratos que continúan en vigor tras la declaración de concurso, y a los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el concurso), entendiendo que la referencia que en ellos se hace al cónyuge concursado podría extenderse al cónyuge *in bonis*.

En cuanto a la determinación del Juez competente para conocer de esas ejecuciones singulares y embargos (contra bienes gananciales sometidos al concurso) originados por deudas del cónyuge *in bonis*, dicen Díez SOTO (*op. cit.*, pp. 1310-1312) y MAGARIÑOS (*op. cit.*, pp. 2073-2076 y 2089) que caben dos posibilidades. Una, considerar que estamos ante una cuestión no afectada por el concurso y por tanto que la acción habrá de plantearse y tramitarse ante el Juez que corresponda aplicando las reglas de competencia generales de la LEC (sin perjuicio de que en su caso haya que emplazar a la Administración concursal, *ex art.* 541.2 LEC, para que defienda los intereses del concurso). Y otra, considerar que no obstante tratarse de un crédito extraconcursal ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 8 LC, que atribuye al Juez del concurso competencia exclusiva y excluyente sobre las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (salvo excepciones, que no vienen al caso) y sobre toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado (*vid.* también art. 50 LC). En apoyo de esta segunda solución se apunta asimismo el artículo 24.4 LC, que establece que una vez anotado o inscrito en el Registro de la Propiedad el sometimiento de los bienes inmuebles al régimen propio del concurso ya no podrán anotarse respecto de ellos embargos posteriores, salvo que hayan sido acordados por el Juez de este. A la vista de lo cual, y aun considerando que la cuestión es discutible, estos autores se inclinan por la segunda opción, esto es que la competencia para conocer tales procedimientos corresponde al Juez del concurso, sin perjuicio de que haya de tramitarlos en pieza separada y con sujeción a las normas propias del procedimiento que corresponda.

²³⁹ MAGARIÑOS, *op. cit.*, pp. 2089-2091.

del cónyuge deudor suyo —cuando a consecuencia de la afectación de todos los bienes gananciales al pago de las deudas del concurso del otro cónyuge aquél hubiera devenido en situación de insolvencia y de no poder hacer frente al pago de sus deudas²⁴⁰—, en la idea de que en tal caso ambos concursos se acumularan y así todos los acreedores vieran debidamente atendidos sus intereses²⁴¹.

Ninguno de esos expedientes, sin embargo, tuvo acogida suficiente en la doctrina.

El primero se rechazó considerando que una vez ha sido declarado el concurso de una persona (en este caso un cónyuge), los acreedores de otra (en el caso, del cónyuge *in bonis*, sean gananciales o privativos), en tanto que no son acreedores concursales no pueden ya dirigirse, para realizarlos y cobrarse, contra los bienes que han sido incluidos en la masa activa de ese concurso, entre los cuales están los de carácter ganancial²⁴². Lo que se justificó en base al artículo 55.1 LC, considerando —con una valoración distinta de la que en su momento vimos daban al mismo los partidarios del expediente ahora criticado— que su operatividad no se limita a los titulares de créditos concursales sino que es general.

Al segundo expediente se le objetó que la facultad de pedir la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales es de carácter personalísimo, y por tanto que sólo puede ser ejercitada por el cónyuge *in bonis*, no por sus acreedores²⁴³. Objeción que se sustentó en que tal facultad la concede el legislador «teniendo en cuenta la posición que [ese cónyuge] ocupa en la familia», lo que supone que su ejercicio puede venir determinado no sólo por motivos económicos sino también por consideraciones personales o familiares, conllevando ello que no pueda reconocerse legitimación para su ejercicio a personas distintas del cónyuge en cuestión, como serían sus acreedores²⁴⁴. La facultad de instar la disolución

²⁴⁰ Este cónyuge, por tanto, aunque hasta ese momento hubiera sido considerado *in bonis*, en adelante ya no lo sería.

²⁴¹ ALVAREZ OLALLA, *op. cit.*, pp. 934 s; GUILARTE, *La liquidación de la sociedad de gananciales...* cit., pp. 84-85; MAGARIÑOS, *op. cit.*, pp. 2088-2089; PARRA LUCAN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., pp. 286-287; CURIEL LORENTE, *op. cit.*, p. 163; CUADRADO PÉREZ: *op. cit.*, p. 257. Tal vez también DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1307.

²⁴² CORDERO LOBATO, *op. cit.*, p. 977; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., p. 286, nota 462; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores...* cit., p. 106.

²⁴³ ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 175; BLANQUER ÜBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., p. 29; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores...* cit., pp. 146-147; CURIEL LORENTE, *op. cit.*, p. 163.

²⁴⁴ RAGEL SÁNCHEZ: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid 1987, p. 238 (las frases transcritas, tanto en el texto como en esta nota, las refiere RAGEL al caso de ejecución sobre bienes gananciales producida a resultados del ejercicio de la acción que al cónyuge no deudor concede el artículo 1373 CC, no el artículo 77.2 LC; se apuntan aquí, eso no obstante, por cuanto que el planteamiento de RAGEL

de la sociedad de gananciales, por tanto, se concluyó que sólo podía ejercitarse directamente por el cónyuge *in bonis*, y que debía excluirse cualquier otra vía en ese sentido²⁴⁵.

Y el tercer expediente se dejó de lado, aunque no hubo gran argumentación al respecto, seguramente por considerarse que lo pretendido no se correspondía con el sistema establecido en la LC²⁴⁶.

constituye sustento fundamental para quienes luego en caso de concurso niegan a los acreedores del cónyuge *in bonis* la posibilidad de emplear la acción subrogatoria para así ejercitar la facultad de instar la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales que el artículo 77.2 LC concede al cónyuge *in bonis*. «Es obvio –sigue diciendo RAGEL a continuación de la frase transcrita en el texto (pp. 238-239)– que la facultad de solicitar la disolución del régimen tiene matices patrimoniales importantes: en muchos casos... su ejercicio estará impulsado por móviles de tipo económico (...). No obstante... –añade–, también es incuestionable que la decisión de no solicitar la disolución puede estar fundada en motivos personales... Piénsese que la actitud del cónyuge puede estar motivada por la intención de dar una muestra de confianza a la actuación llevada a cabo por el otro cónyuge, evitando así que se pueda dar lugar a una crisis matrimonial que redunde en perjuicio de la familia. (...) la facultad de solicitar la disolución del régimen de gananciales... –concluye entonces– tiene marcado carácter personal, y en consecuencia no puede ser ejercitada por los acreedores del cónyuge que la ostenta, ya sean particulares o consorciales. La facultad de solicitar la disolución del régimen de gananciales debe corresponder exclusivamente al cónyuge que la ostenta». Este enfoque de la cuestión había sido avanzado años antes por LACRUZ («Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria», *ADC*. 1950, p. 106), considerando que aunque la acción para pedir la separación de bienes de los cónyuges tiene carácter pecuniario –por lo cual podría en principio ser objeto de la acción subrogatoria–, esto debe ser excluido por la presencia en ella de un interés moral, del que es árbitro único su titular; atiende, dice, a un valor para el patrimonio de su titular pero que se halla adscrito a la persona de este, por habersele atribuido en virtud de una cualidad, situación o cargo peculiar e infungible en su ejercicio.

Además de por lo dicho, apunta RAGEL (p. 238) que el cónyuge que tiene la facultad de solicitar la disolución del régimen de gananciales puede no ser deudor de aquel que pretende ejercitar la acción subrogatoria, lo que constituye argumento que refuerza la idea de que la facultad de instar la disolución de la sociedad de gananciales no puede ejercitarse vía subrogatoria. Esa posibilidad, ahora bien, debemos aquí decir que aunque pueda ser factible en el caso del artículo 1373 CC –que es al que RAGEL se está refiriendo propiamente–, no lo es en caso de concurso, por hipótesis. Pues en este caso los acreedores concernidos se dividen en dos bloques. Uno, el de los acreedores del cónyuge concursado, quienes están integrados en la masa pasiva del concurso y no pueden pedir (ni les interesa) la disolución de la sociedad de gananciales. Y otro el de los acreedores del cónyuge *in bonis* (gananciales o privativos), que en la Ley 22/2003 no se integraban en la masa pasiva del concurso pero sí son todos acreedores de ese cónyuge, que es en manos de quien está la facultad de instar la disolución de la sociedad de gananciales *ex* artículo 77.2 LC.

²⁴⁵ Aunque el debate se centró fundamentalmente en la posibilidad o no del recurso a la acción subrogatoria, también se estudió la vía de la acción revocatoria o pauliana, para ver si la misma era o no hábil para impugnar la falta de ejercicio por parte del cónyuge *in bonis* de la facultad de instar la disolución de la sociedad de gananciales y así llegar a un resultado semejante al pretendido (RAGEL, *op. cit.*, pp. 239-240; ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, p. 175). Su conclusión fue negativa, considerando que el objeto de la acción revocatoria «son actos de disposición... a raíz de los cuales se coloca al deudor en una situación de insolvencia, [y que] en el supuesto que estamos analizando el cónyuge que observa una conducta pasiva no está disponiendo de sus bienes ni colocándose por su no actuación en estado de insolvencia, [y] tampoco puede decirse con rigor que su comportamiento pasivo defraude a los acreedores consorciales».

²⁴⁶ Sobre esto, *vid. infra* 4.3.

¿Qué opinión nos merece lo visto? Nos ocupamos de ello a continuación, aunque por el momento nos vamos a centrar en los dos primeros expedientes apuntados, posponiendo al apartado último del trabajo el de declaración en concurso de ambos cónyuges para luego acumular ambos concursos.

En este sentido, en relación con el primer expediente apuntado –que los acreedores del cónyuge *in bonis* pudieran iniciar ejecuciones individuales contra los bienes gananciales, no obstante estar éstos integrados en la masa activa del concurso– hemos de decir que convenimos con la doctrina mayoritaria en rechazarlo, por varias razones. Una, apuntada ya por los detractores de este expediente, es la letra del artículo 55.1 LC, que claramente brinda apoyo a entender que la operatividad de esa norma no se limita a los acreedores del concursado sino que es general y alcanza por tanto a los acreedores del cónyuge *in bonis*. Otra razón es la finalidad pretendida por dicha norma: que el objeto propio de la LC sea la regulación de los procedimientos concursales no conlleva necesariamente una restricción de su operatividad a los acreedores concursales; ésta será la que haya de tener para alcanzar el fin perseguido, y siendo éste la conservación del activo del concurso para así procurar la satisfacción de los acreedores concursales en la mayor medida posible, de ahí se deriva que las ejecuciones de acreedores no concursales no deben como regla permitirse durante el concurso, ya que ello disminuye las posibilidades de cobro de los acreedores concursales²⁴⁷. La tercera razón se extrae del paralelismo que existe entre el embargo y el concurso, pues si en caso de embargo una vez trabado el bien ya no se permite que sobre él cobren otros acreedores hasta que el embargante se vea enteramente satisfecho²⁴⁸, igual debe ocurrir en caso de concurso. A la vista de todo lo cual concluimos que efectivamente no son posibles –al menos como regla– ejecuciones individuales sobre bienes gananciales integrados en el concurso, ni aunque provengan de los acreedores del cónyuge *in bonis*, que son ajenos al mismo.

²⁴⁷ Esto debe entenderse, naturalmente sin perjuicio de las excepciones legalmente establecidas.

²⁴⁸ Artículo 613 LEC: «1. El embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados... 2. Sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercería de mejor derecho». A este último inciso hay aquí simplemente que decir que en el marco de un concurso no se admite plantear tal tercería (*vid.* STS 25-9-1996 –RJ 6642/1996–).

Otra cosa ocurre sin embargo con el expediente de permitir que esos acreedores puedan ejercitar, vía acción subrogatoria, la facultad que el artículo 77.2 LC confiere al cónyuge *in bonis* de instar la disolución de la sociedad de gananciales, si éste no lo hace por propia iniciativa y a consecuencia de ello resultan aquellos perjudicados en sus derechos. La doctrina mayoritaria, como ya antes ha quedado dicho, lo ha rechazado, pero a nuestro entender tal rechazo no tiene suficiente fundamento. Esto es así porque aun siendo claro que en la facultad que el artículo 77.2 LC confiere al cónyuge *in bonis* existe un cierto interés familiar, nos parece también que ese interés no es lo principal de la misma. Prueba de ello es que aunque tal facultad se ejercite el matrimonio sigue existiendo²⁴⁹, lo que evidencia que el interés de la familia no se instrumenta en exclusiva a través de la sociedad de gananciales²⁵⁰. El de gananciales es, sencillamente, uno entre los varios regímenes legales que existen para regular la economía de los matrimonios²⁵¹. Y siendo eso así, como lo es, de ahí se deriva entonces que el poder de instar la disolución de la sociedad de gananciales no constituye una facultad de carácter tan personal del cónyuge *in bonis* que no pueda ser ejercitada a través de subrogación. Se trata de una facultad personal del cónyuge *in bonis*, pero no personalísima; está conectada en principio a la cualidad de cónyuge, pero es de orden fundamentalmente patrimonial.

En relación con este expediente creemos, por tanto, que la doctrina mayoritaria ha errado al excluirlo como instrumento hábil en manos de los acreedores del cónyuge *in bonis* para la defensa de sus intereses²⁵². Pues aunque la LC no lo contemplara explícita-

²⁴⁹ Aunque con un régimen económico distinto: artículo 1374 CC, se muestra partidaria de esta solución PARRA LUCÁN, que apunta además un argumento específico atinente al consorcio conyugal aragonés (*Concurso de acreedores y consorcio conyugal* cit., p. 135).

²⁵⁰ Esto se ve confirmado al considerar que ese régimen se puede modificar libremente por voluntad de los cónyuges –arts. 1325 y 1326 CC–, y además que no es el régimen supletorio en todos los casos sino que varía dentro de España, en función de cuál sea el Derecho civil aplicable.

²⁵¹ MAGARIÑOS, *op. cit.*, pp. 2090-2091, a quien seguimos en este argumento.

²⁵² Sí convenimos con la doctrina mayoritaria, en cambio, en no admitir la operatividad en este tema de la acción revocatoria. Pero no por las razones que apunta RAGEL (*op. cit.*, pp. 239-240) –que el no ejercicio de la facultad de disolver la sociedad de gananciales por parte del cónyuge *in bonis* no es un acto de disposición; que con esa omisión el acreedor *in bonis* no se coloca en estado de insolvencia, y que la misma no entraña fraude a sus acreedores–, que nos parecen discutibles (considérese así que el art. 1297 CC habla de enajenaciones pero que el art. 1111 CC habla de actos, que es término más amplio; y que el no pagar ese cónyuge a sus acreedores ni tener en ese momento bienes realizables con que responder, por estar los gananciales sometidos al concurso, si no es insolvencia es una situación muy parecida). La razón para no admitir la acción revocatoria es que para alcanzar en el caso el resultado pretendido no basta simplemente con impugnar lo hecho y volver las cosas a su estado anterior (que es lo propio de esa acción). Esto en el caso no es operativo, pues lo que en él hay es un concurso del otro cónyuge, en cuya masa activa

mente nada impedía que esos acreedores pudieran a través de la vía dicha de la acción subrogatoria (art. 1111 CC) instar la disolución de la sociedad de gananciales, ejercitando la facultad que el artículo 77.2 LC concede al cónyuge *in bonis* si éste no lo hacía *motu proprio* y con ello lesionaba los derechos de esos acreedores (cosa que ocurría si ese cónyuge no les pagaba ni tenía bienes propios con que responder, ya que esos acreedores no podían dirigirse contra los bienes gananciales, a pesar de que ese cónyuge fuera cotitular de los mismos, por estar incluidos en la masa activa del concurso del otro cónyuge)²⁵³.

Lo cual significa que bajo el imperio de la redacción inicial de la LC los acreedores del cónyuge *in bonis* disponían de un medio eficaz para la defensa de sus intereses, ya que con él podían procurar –siempre que se dieran los requisitos propios de la acción subrogatoria– la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, cobrándose entonces los acreedores gananciales –todos, fueran de un cónyuge u otro– con preferencia con lo que se obtuviera de los bienes gananciales, y dividiendo luego lo restante (si lo hubiera) por mitades entre los cónyuges, de modo que los acreedores privativos, tanto de un cónyuge como del otro, podían ir sólo contra los bienes ex-gananciales que al cónyuge deudor suyo se hubieran adjudicado en pago de su parte, además de contra los bienes privativos de cada uno²⁵⁴.

A nuestro juicio, repetimos, éste sí era un expediente atendible en el marco de la Ley 22/2003, y válido para la defensa de los acreedores del cónyuge *in bonis*, tanto gananciales como privativos²⁵⁵. Resultando entonces que en el sistema inicial de la LC estos

están ya integrados los bienes gananciales, y una omisión por parte del cónyuge *in bonis*. Así pues haría falta luego ejercitar además la facultad de instar la disolución de la sociedad de gananciales que tiene el cónyuge *in bonis*, lo cual pasa por subrogarse en su posición.

²⁵³ «Puesto que la disolución [de la sociedad de gananciales] es necesaria para que los acreedores puedan cobrar sus créditos –dice MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2091–, ... el interés de aquellos debe primar sobre los personales del cónyuge que impide con su actitud pasiva la eficaz solución al problema». En el mismo sentido HERRERO PEREZAGUA, *op. cit.*, pp. 186-187.

²⁵⁴ Esto es así porque, como se ha visto en el punto 3.4, tal liquidación ha de hacerse de forma coordinada pero separada y anterior a la del concurso

²⁵⁵ En cuanto a las posibilidades de intervención que estos acreedores del cónyuge *in bonis* –gananciales y privativos– tienen luego en el proceso de liquidación, ya han quedado vistas en lo sustancial en un momento anterior del trabajo [*supra* 3.4.3.c)]. Basta aquí, por tanto, con remitir a él, haciendo ahora solo algunas precisiones. La primera, para destacar que en este caso la liquidación no puede hacerse por vía de acuerdo –entre el acreedor del cónyuge *in bonis* que actúa por subrogación y la Administración concursal (en caso de suspensión), o entre ese acreedor y el cónyuge concursado, con subordinación a la conformidad de la Administración concursal (en caso de intervención)– sino que necesariamente ha de discurrir por vía judicial, a través del procedimiento específico regulado en los artículos 806 y siguientes LEC (ACHÓN BRUÑEN, *op. cit.*, pp. 178-179). Pues una cosa es que los acreedores del cónyuge *in bonis* puedan, en determinadas circunstancias, subrogarse en lugar de

acreedores no estaban absolutamente desamparados como sin embargo se pretende, pues contaban con un instrumento que aunque no estuviera específicamente previsto para ellos en todo caso les permitía defender sus intereses y hacer valer sus derechos. Se le podía objetar que su regulación era insuficiente, o que adolecía de falta de concreción, pero no más.

El sistema inicial de la LC podía pues haberse mejorado, precisando o completando su regulación, pero no era forzoso hacerlo como única vía para atender a esos intereses, como tampoco era forzoso hacerlo invirtiendo el sentido de la regulación, pasando, de no incluir en la masa pasiva del concurso a los acreedores del cónyuge *in bonis*, a incluirlos.

Tras la modificación de la LC por la Ley 38/2011 la situación ha cambiado, porque hoy los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* forman parte de la masa pasiva del concurso del otro cónyuge. Resultando entonces que ellos no pueden, ni directamente ni a través de subrogación, ejercitar la facultad disolutiva de la sociedad de gananciales que el artículo 77.2 LC concede al cónyuge *in bonis*. Sí pueden hacerlo, sin embargo, los acreedores privativos de este cónyuge –ya que ellos siguen sin formar parte del concurso del otro cónyuge–, siempre que se den las premisas necesarias para ello, esto es que el cónyuge *in bonis* no tenga bienes propios con que responder del impago de esas deudas y que esos acreedores no tengan otro medio para cobrar sus derechos, porque los bienes

este a efecto de instar la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, y otra que puedan decidir cómo se hace esa liquidación en concreto. Por tanto, las referencias que en esos preceptos de la LEC se hacen a posibles acuerdos con el cónyuge *in bonis* durante la tramitación de la liquidación deben considerarse omitidas, y seguirse la vía prevista para cuando no se alcanzan tales acuerdos. La otra precisión es para apuntar que algunas de las exigencias que se establecen en la regulación de ese procedimiento han de adaptarse a las circunstancias del caso, sin perjuicio de mantenerse en lo esencial. Así por ejemplo la del artículo 808.2 LEC, de que a la solicitud de formación de inventario se acompañe una propuesta en ese sentido, pues eso es algo que solo tiene sentido si quien pide la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales es uno de los cónyuges –que es sin duda en lo que el legislador estaba pensando–, no si es un acreedor suyo, pues en este caso es difícil imaginar que esa propuesta pueda hacerse con garantías de reflejar con fidelidad la situación patrimonial de la sociedad de gananciales. Esto, por tanto, entendemos que debe adaptarse a las circunstancias del caso, y así, puesto que se trata simplemente de un primer paso en ese sentido tal requisito podría no exigirse, o en todo caso se podría salvar simplemente presentando una relación de los bienes y obligaciones de la sociedad de gananciales que ese acreedor conozca, aunque luego haya de completarse debidamente con las posteriores actuaciones [vid. lo dicho *supra* 3.4.3.c)]. Otra cuestión es la relativa al plazo para presentar inventario de la sociedad de gananciales y así evitar que se produzca una dilación injustificada. Este problema, ahora bien, aunque inquieta mucho en términos generales a la doctrina en este caso no es tan acuciante. Pues si según vimos en su momento la liquidación de la sociedad de gananciales ha de ser previa a la del concurso ello conllevará que esa liquidación se haga cuanto antes, pues así interesa tanto a los acreedores del cónyuge *in bonis* como a la Administración concursal. Lo que hará que no haya demoras injustificadas.

gananciales están incluidos en la masa activa del concurso del otro cónyuge y no pueden por tanto ser agredidos por aquéllos.

4.2 El sistema configurado por la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal: exposición y valoración del mismo

Ahora bien, aunque a tenor de lo dicho no fuera necesario modificar sustancialmente el sistema inicial de la LC en este punto, el legislador ha decidido hacerlo, en los términos que al inicio de este punto quedaron expuestos. ¿Ha mejorado esa nueva regulación el sistema anterior? ¿Ha logrado una fórmula óptima con la que atender a los intereses de los acreedores del cónyuge *in bonis*?

Para calibrar esto conviene empezar destacando que el único cambio que la Ley 38/2011 ha introducido ha sido establecer que en la masa pasiva del concurso de un cónyuge se integran, además de sus acreedores privativos y gananciales también los acreedores gananciales del otro cónyuge (art. 49.2 LC); no se integran, sin embargo, los acreedores privativos de éste. La masa activa de ese concurso, por su parte, mantiene la misma composición que antes tenía, es decir se integra por los bienes privativos del cónyuge concursado y por todos los bienes gananciales del matrimonio (art. 77 LC).

¿Qué consecuencias tiene este nuevo sistema, desde la perspectiva de nuestro interés?

Por un lado supone que todos los que sean titulares de créditos de responsabilidad de la sociedad de gananciales²⁵⁶ se integran en la masa pasiva del concurso, sin distinguirse si esos créditos han sido adquiridos en actos o contratos celebrados con un cónyuge (el concursado) u otro (el cónyuge *in bonis*). Y por tanto que los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* se colocan en la misma posición que los acreedores gananciales del cónyuge concursado, sin verse relegados en orden al cobro con lo que se obtenga de la realización de los bienes gananciales. Esto significa, indudablemente, una mejora con respecto a la situación que tenían en el sistema anterior, pues en éste, como ya hemos visto, sus intereses se veían debidamente atendidos sólo si con ocasión del concurso se

²⁵⁶ El artículo 84.1 LC, en su redacción inicial hablaba de créditos a cargo de la sociedad de gananciales. Ahora el artículo 49.2 LC, en la redacción dada al mismo por la Ley 38/2011, habla de créditos de responsabilidad de la sociedad de gananciales. Esta segunda fórmula resulta más acertada, ya que responsabilidad es término que hace referencia al aspecto externo de la cuestión, esto es a los bienes susceptibles de ser objeto de agresión por los acreedores para cobrarse, que es en definitiva de lo que se está tratando aquí (en esta línea parecía reflexionar, aunque en relación con el originario art. 84.1 LC, Díez Soto, *op. cit.*, p. 1308).

disolvía y liquidaba la sociedad de gananciales, y hoy en cambio se ven atendidos aunque la sociedad de gananciales no se disuelva (ya que ahora, además de acreedores gananciales son también acreedores concursales)²⁵⁷.

Pero por otro lado la regulación dispuesta por la Ley 38/2011 supone que los titulares de créditos privativos contra el cónyuge *in bonis* siguen en la misma situación en que antes estaban, esto es fuera del concurso y relegados, si no se disuelve la sociedad de gananciales, a esperar lo que resulte del concurso para entonces cobrarse con lo que al cónyuge deudor suyo se adjudique en pago de su mitad en la sociedad de gananciales (si se le adjudica algo, porque quede). Y por tanto forzados a soportar que en la liquidación del concurso se cobren con el producto de los bienes gananciales no solo los acreedores gananciales (sean de uno u otro cónyuge) sino también los acreedores privativos del cónyuge concursado, pues aunque éstos proceden después que aquéllos, en tanto que acreedores concursales lo harán antes que los no concursales, como son los acreedores privativos del cónyuge *in bonis*. Lo que significa que sus legítimos intereses no se ven debidamente atendidos, pues su derecho con respecto a los bienes gananciales es el mismo que tienen los acreedores privativos del cónyuge concursado.

Esto dicho, podría entonces pensarse que la nueva regulación significa un paso adelante en este tema, no definitivo pero sí correcto. Nos parece sin embargo que no es todavía momento para ese juicio, para el cual se precisa contar con algunos otros datos.

Decimos esto porque además de la cuestión cuantitativa apuntada –si ahora son más que antes los acreedores debidamente atendidos por la LC, aunque no sean todos– hay otra, cualitativa, que debe considerarse aquí con atención. Es la relativa al principio sobre el que se asienta la nueva regulación, que no resulta fácil entender cuál es. Por lo siguiente.

El sistema diseñado en la primera redacción de la LC, gustara más o menos en todo caso respondía en este punto a un principio claro: el concurso se configuraba como un procedimiento de ejecución colectiva que tomaba como término de referencia el sujeto deudor –el cónyuge concursado–, no el patrimonio responsable de las deudas, disponiendo luego una regulación coherente con tal principio. Por eso los acreedores del cónyuge *in bonis*, fueran pri-

²⁵⁷ Esta mejora en su situación es cierta incluso si consideramos que la disolución de la sociedad de gananciales estaba supeditada a un mero acto de voluntad en ese sentido (ya fuera por el cónyuge *in bonis* o por uno de esos acreedores en vía subrogatoria), pues ahora el efecto es automático.

vativos o gananciales, quedaban excluidos del concurso, y había que tratar de atenderlos recurriendo a ciertos expedientes.

El sistema establecido por la Ley 38/2011, en cambio, no se atisba a ver a qué principio responde. Al criterio del sujeto deudor claramente no, ya que establece que en la masa pasiva del concurso no se integran sólo las deudas del cónyuge concursado sino también algunas deudas de otro sujeto (del cónyuge *in bonis*). Más parece que se aproxima a un modelo que toma como referencia el patrimonio o los patrimonios responsables, pues si en la masa pasiva se integran tanto las deudas privativas del cónyuge concursado como todas las deudas gananciales (sean suyas o del cónyuge *in bonis*) hay que pensar entonces que es porque del cumplimiento de ellas responden los bienes que se integran en la masa activa del concurso: los bienes privativos del cónyuge concursado y los bienes gananciales. Ahora bien, si esto es así, ¿por qué quedan excluidos de ese concurso los acreedores privativos del cónyuge *in bonis*? Porque del cumplimiento de estas deudas, al igual que ocurre con las deudas privativas del cónyuge concursado, responden también, aunque sea subsidiariamente, los bienes del patrimonio ganancial. No existe explicación a esto. Resultando entonces que, si el criterio acogido por la Ley 38/2011 es el del patrimonio o patrimonios responsables, incluir a unos acreedores privativos (los del cónyuge concursado) y excluir a otros (los del cónyuge *in bonis*), además de ser incoherente supone una discriminación inaceptable de estos últimos.

Lo dicho constituye una objeción importante a la nueva regulación del concurso. Y aparte existe otra dificultad, como es decidir si los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*, dado que ahora son acreedores concursales, podrán o no cobrarse, además de con el producto de los bienes gananciales también con el de los bienes privativos del cónyuge concursado, si aquéllos resultan insuficientes²⁵⁸. Se trata de una cuestión delicada, ya que el sentido común apunta claramente a una respuesta negativa a la misma pero la ley, estrictamente considerada, no resulta inequívoca al respecto.

Decimos esto porque aunque los artículos 86.3 y 94.2.2 LC establecen que la Administración concursal debe expresar, respecto de cada uno de los créditos incluidos en la lista, «si solo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo [del cónyuge concursado] o también sobre el patrimonio común», quedó visto en su momento que se trata de una expresión inexacta del legislador, dado que no hay créditos que puedan hacerse efectivos sólo sobre

²⁵⁸ Antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, y por tanto como una reflexión a nivel teórico, ya GALÁN LÓPEZ apuntaba esto: *Comentarios a la legislación concursal* cit., p. 950.

bienes privativos ni créditos que puedan hacerse efectivos sólo sobre bienes gananciales, sino que la distinción es a efectos de aplicar a cada uno de ellos un régimen parcialmente diferente²⁵⁹. Esto es, que si se trata de deudas privativas la responsabilidad sólo puede hacerse efectiva de forma directa sobre los bienes privativos, siendo la responsabilidad de los bienes gananciales subsidiaria y además postpuesta a que los acreedores gananciales se cobren con el producto de estos bienes, mientras que si se trata de deudas gananciales la responsabilidad puede hacerse efectiva directamente tanto sobre los bienes privativos del cónyuge deudor como sobre los gananciales. Esta explicación, ahora bien, aunque plenamente razonable y justificada en el sistema inicial de la LC –dado que en ésta el sujeto pasivo de todas las deudas que se integraban en el concurso era el mismo cónyuge concursado–, ahora tras la Ley 38/2011 deja de tener sentido, ya que las deudas gananciales incluidas en el concurso pueden haber sido contraídas tanto por el cónyuge concursado como por el cónyuge *in bonis*²⁶⁰.

¿Deberán entonces interpretarse los preceptos dichos –arts. 86.3 y 94.2.2 LC– con arreglo a su tenor literal, de modo que las deudas concursales privativas sólo se puedan cobrar con el producto de los bienes privativos integrados en la masa activa del concurso, y las deudas concursales gananciales sólo con el producto de los bienes gananciales igualmente integrados en esa masa²⁶¹? No parece sea posible. Pues aun dejando aparte otras consideraciones de principio, eso podría en todo caso valer si se predicara sólo de los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*, ya que el sustrato patrimonial de responsabilidad por esas deudas viene constituido por el patrimonio privativo del cónyuge *in bonis* (que no está integrado en la masa activa del concurso) y por el patrimonio ganancial (que sí está integrado), pero no por el patrimonio privativo del cónyuge concursado (que también está integrado). Pero no vale si se predica de los acreedores gananciales del cónyuge concursado, pues, en

²⁵⁹ Vid. *supra* punto 2 del trabajo, especialmente nota 27.

²⁶⁰ Lo dicho se evidencia también considerando la cuestión desde la perspectiva de los acreedores privativos del cónyuge concursado. Pues la inclusión de todos los acreedores gananciales en la masa pasiva del concurso puede llevar a resultados lesivos para aquellos si, como de hecho será lo habitual, los bienes gananciales son insuficientes para pagar todas las deudas gananciales. Ya que entonces todos los acreedores gananciales –también los que contrataron con el cónyuge *in bonis*–, en la parte que les falte por percibir tras realizar los bienes gananciales concurrirán con los acreedores privativos del cónyuge concursado para cobrarse con los bienes privativos con arreglo a las pautas del principio de *par conditio creditorum*. Si así fuera los acreedores privativos del cónyuge concursado se verían perjudicados, porque los bienes privativos responderían por más obligaciones –con el resultado de que a cada acreedor correspondería una porción menor–, siendo así que de algunas de esas obligaciones el concursado no es deudor.

²⁶¹ Así lo habían planteado ya algunos autores, si bien que excepcionales, al amparo de la redacción inicial de la LC: *vid. supra* nota 27.

paralelo a lo que se acaba de señalar en relación con el cónyuge *in bonis*, de esas deudas responde el cónyuge concursado no sólo con el patrimonio ganancial sino también con su patrimonio privativo, ambos de forma directa y al mismo nivel²⁶². La respuesta lógica y justa exigiría por tanto hacer una discriminación entre unos acreedores gananciales y otros, para lo cual sin embargo la letra de la Ley no da apoyo²⁶³.

Llegados a este punto nos encontramos ya, ahora sí, en condiciones de valorar la nueva regulación dispuesta por la Ley 38/2011 en relación con los acreedores del cónyuge *in bonis*. Para lo cual conviene recapitular las dificultades y objeciones al mismo que han quedado apuntadas, que podemos concretar en las tres ideas siguientes:

En primer lugar, que esa regulación proporciona sin duda a los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* una mayor protección que la que antes tenían, pero que los acreedores privativos de ese cónyuge siguen en la misma situación en que estaban²⁶⁴. Y que estos acreedores, aunque desde un punto de vista cuantitativo sean menos significativos son también titulares de intereses legítimos en ese sentido, y también merecen por tanto protección. La mejora de la Ley 38/2011, así pues, es sólo parcial.

En segundo lugar, que el sistema ahora establecido no se acierta a elucidar a qué principio responde, pues si bien parece que toma como término de referencia el patrimonio o patrimonios responsables –cambiando con ello totalmente el modelo anterior, que pivotaba inequívocamente sobre el sujeto deudor– luego en su desarrollo no resulta coherente con ello.

Y finalmente, que en determinados casos la aplicación del nuevo sistema plantea dificultades si se quiere alcanzar un resulta-

²⁶² «Solidariamente», dice el artículo 1369 CC

²⁶³ Ciertamente, podría considerarse que los artículos 86 y 92 LC reflejan la idea de que la responsabilidad derivada del incumplimiento de las deudas de un sujeto casado en régimen de gananciales se centra en su patrimonio privativo, siendo la responsabilidad del patrimonio ganancial algo añadido –«... si [los créditos] sólo pueden hacerse efectivos sobre su patrimonio privativo o también sobre el patrimonio común»–, y que esto referido a las deudas gananciales del cónyuge *in bonis* podría traducirse en que la responsabilidad en caso de incumplimiento de las mismas se centra en su patrimonio privativo, pudiendo llegar al patrimonio ganancial, aunque esté integrado en el concurso, por ser deudas gananciales, pero no más. Tal interpretación sin embargo resulta forzada, máxime cuando esos preceptos proceden de la redacción inicial de la LC y no han sido tocados por la Ley 38/2011, a pesar de haberse ocupado de ellos para modificarlos en otros aspectos.

²⁶⁴ Que en opinión de la doctrina dominante –precisamente la que ha promovido y determinado el cambio introducido en este punto por la Ley 38/2011– era, según ya sabemos, de desvalimiento.

do justo, o evitar uno injusto, requiriendo para lograr eso hacer matizaciones o distinciones que la Ley difícilmente permite²⁶⁵.

A la vista de lo cual concluimos que la regulación introducida por la Ley 38/2011 adolece de insuficiencias e incoherencias importantes, que no resultan compensadas con la mejora que proporciona a los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis*.

Máxime si se considera que con la solución que antes hemos defendido como operativa bajo el imperio del sistema inicial de la LC todos los intereses que aquí están en juego –esto es, no sólo los de los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* sino también de sus acreedores privativos– ya se encontraban suficientemente tutelados. Pues esos intereses estaban en peligro sólo si la sociedad de gananciales no se disolvía con ocasión del concurso de uno de los cónyuges, y con la fórmula propuesta se posibilitaba que la sociedad de gananciales se pudiera disolver y liquidar, además a petición del propio cónyuge *in bonis* también a instancia de sus acreedores, ejercitando la facultad del artículo 77.2 LC a través de la acción subrogatoria del artículo 1111 CC cuando de ello dependiera la satisfacción de sus derechos, porque ese cónyuge no les pagara ni tuviera bienes propios embargables. A nuestro entender, por tanto, la reforma de la LC en este punto no ha sido suficientemente meditada, y el resultado no es positivo.

En realidad, la nueva regulación dispuesta no es acertada porque introduce una regla especial para un caso particular, que no se acomoda a los principios generales del sistema concursal establecido en la Ley. Esa modificación está pensada para resolver un problema concreto, pero no todos los que existen en este caso, ni para proporcionar al mismo una regulación coherente con el conjunto del sistema concursal.

²⁶⁵ Otra cuestión a considerar es la atinente al caso de que el concurso discurra por vía de convenio. En principio, puesto que ahora los acreedores gananciales del cónyuge *in bonis* son también acreedores concursales hay que pensar que pueden intervenir en la proposición, preparación y aprobación de convenios. Pero esto no obstante hay que reconocer que su situación es singular, pues aunque forman parte de la masa pasiva del concurso no se encuentran en la misma posición que los demás acreedores concursales, ya que además de con los bienes integrados en la masa activa del concurso cuentan también con la posibilidad de cobrarse con bienes al margen del mismo, como son los bienes privativos del cónyuge *in bonis* (el hecho de integrarse en el concurso del otro cónyuge no les hace perder la condición de acreedores del suyo) Es decir, no son acreedores privilegiados en sentido estricto pero tampoco son unos acreedores concursales absolutamente comunes. Esto puede afectar de hecho al sentido de su voto, y sin embargo esta circunstancia no está reconocida legalmente (como en cambio sí en el caso de los acreedores privilegiados *stricto sensu*: art. 123 LC). Lo cual nos hace considerar que la inclusión de esos acreedores en el concurso puede resultar distorsionadora desde este punto de vista (aunque reconocemos también que se trata de una cuestión de política legislativa y por tanto opinable, no comparable a las dificultades expuestas en el texto).

4.3 La conexión de concursos como posible solución al supuesto de personas casadas en régimen de gananciales: exposición y valoración de la misma

Quedó dicho en el apartado primero de este punto que, entre otros, un expediente que se consideró para salvaguardar los intereses de los acreedores del cónyuge *in bonis* fue que éstos pidieran la declaración de concurso también de este cónyuge, cuando a resultas de la afectación de todos los bienes gananciales al concurso del primer cónyuge aquél hubiera devenido también en situación de insolvencia y de no poder hacer frente al pago de sus deudas. Considerando que en tal caso ambos concursos se acumularían y así todos esos acreedores verían debidamente atendidos sus intereses²⁶⁶.

Este expediente –quedó también dicho entonces– no prosperó, seguramente por considerarse que lo pretendido no se correspondía con el sistema establecido en la LC, aunque ciertamente no hubo gran argumentación al respecto.

Conviene ahora, sin embargo, que nos detengamos a reflexionar sobre ello, no sólo por su importancia intrínseca sino porque además la Ley 38/2011 ha introducido modificaciones destacables en este tema.

En la redacción originaria de la LC, dos eran los preceptos a considerar en este sentido: los artículos 3.5 y 25.3.

Art. 3.5: «El acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre estos o, siendo estas personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones».

Art. 25.3: «Declarados los concursos de ambos cónyuges, la Administración concursal de cualquiera de ellos podrá solicitar al Juez, mediante escrito razonado, la acumulación al procedimiento de concurso del otro cónyuge».

Tras la reforma introducida por la Ley 38/2011, la LC mantiene tal cual el artículo 3.5 pero además dedica a esto tres preceptos de nuevo cuño, de los que extractamos lo siguiente:

Art. 25: «1. Podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges o que sean administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades. 2. El

²⁶⁶ Para cita de autores, *vid.* nota 241.

acreedor podrá solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores, cuando sean cónyuges, exista entre ellos confusión de patrimonios o formen parte del mismo grupo de sociedades (...)».

Art. 25 bis: «1. Cualquiera de los concursados o cualquiera de las Administraciones concursales podrá solicitar al Juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos ya declarados siguientes: (...) 2.º De quienes tuvieran sus patrimonios confundidos. (...). 5.º De los cónyuges».

Art. 25 ter: «1. Los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas. 2. Excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la Administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados».

Se trata, como es evidente, de una regulación mucho más extensa de los concursos conexos, conjuntos o acumulados –tomamos aquí estos términos como sinónimos–, lo que pone de manifiesto la atención mucho mayor que el legislador de 2011 le ha dedicado²⁶⁷.

¿Cuál es la finalidad, o la ventaja, de esta conexión de concursos? En términos generales la doctrina señala que con ello se facilita, agiliza y coordina mejor su tramitación, evitando los inconvenientes y dificultades que conlleva hacerlo por separado²⁶⁸. Esta valoración de las utilidades de la conexión es compartida también por la Jurisprudencia²⁶⁹.

Entre las ventajas concretas que con esa conexión se alcanzan se citan las siguientes: que permite una más fiel realización de inventarios y listas de acreedores; que justifica el nombramiento de

²⁶⁷ La E.M. de la Ley 38/2011 justifica eso diciendo (VIII) que «a la vista de la práctica acumulada... se refuerza el régimen de los concursos conexos, en relación sobre todo con los grupos de sociedades. A este respecto se establece un nuevo Capítulo III dentro del Título I –por entender que tiene entidad suficiente para merecer un capítulo propio–, con el nombre de concursos conexos, que regula una misma cuestión, la acumulación de concursos de varios deudores, que puede producirse mediante una solicitud de declaración conjunta o mediante la acumulación de concursos ya declarados». En la E.M. de la Ley 22/2003, Concursal, de 9 de julio, en cambio, apenas si había una mención incidental a la acumulación (IV).

²⁶⁸ BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., pp. 32 y 40; COLINO MEDIAVILLA, «Concurso del consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005, p. 232; CUADRADO, *op. cit.*, pp. 236-237 y 243-245; SÁNCHEZ-CALERO, en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Sánchez-Calero y Guilarte Gutiérrez), Valladolid 2004, ad artículo 3, pp. 165-166.

²⁶⁹ Muestra de ello es el conocido Auto de 29 de diciembre de 2004, del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, que ha afirmado (F.D. Primero) que «la declaración [conjunta] de concurso de ambos cónyuges, su tramitación coordinada y el mantenimiento de la misma Administración concursal sin duda facilitará la tramitación del procedimiento y permitirá una tramitación más ágil y beneficiosa para los deudores, y fundamentalmente para los acreedores».

las mismas personas como administradores concursales en ambos procedimientos, lo que a su vez facilita y coordina su tramitación; que posibilita la determinación más adecuada de los efectos de la declaración de concurso en relación con las facultades de administración y disposición de sus bienes por parte de los concursados (intervención o sustitución); que facilita que la Administración concursal realice un informe más atinado sobre las propuestas anticipadas de convenio que en su caso se hagan, así como una mejor evaluación de las que se presenten en fase de convenio; que posibilita que estos procedimientos se tramiten ante el mismo Juzgado, con las consiguientes ventajas que esto supone; y que supone ahorro de tiempo y reducción de costes²⁷⁰.

Sentado lo anterior, cabe destacar entonces que la reforma operada en este tema por la Ley 38/2011 ha sido de gran alcance desde el punto de vista de la legitimación para solicitar la conexión de concursos, que se clarifica y amplía.

Esto es así porque con la redacción primera de la LC, por un lado se tenía como inexorable que la iniciativa para acumular *a posteriori* los concursos inicialmente declarados por separado correspondía sólo a la Administración concursal de cualquiera de ellos (art. 25.3), aunque se consideraba que hubiera sido oportuno permitirla también a los acreedores o a los propios concursados; y por otro lado se discutía si la declaración conjunta *ab initio* podía ser solicitada sólo por quien fuera acreedor de ambos (concurso necesario), como de la letra del artículo 3.5 LC se derivaba, o si podía también ser interesada por los propios cónyuges (concurso voluntario). La doctrina era casi unánime en destacar la conveniencia de admitir esto último y la gran mayoría lo defendía así además *de lege lata*²⁷¹, como también la Jurisprudencia²⁷², pero no faltaban voces que sin perjuicio de convenir en ello *de lege ferenda*, de

²⁷⁰ Algún autor (GARNICA MARTÍN, *op. cit.*, pp. 294-295) ha sostenido una idea parcialmente distinta, considerando que la finalidad varía según se trate de declaración conjunta inicial o de acumulación sobrevenida: en el primer caso, ha dicho, la finalidad propia es posibilitar el más correcto enjuiciamiento de la situación de insolvencia de los deudores; en el segundo, en cambio, favorecer que se alcancen convenios compatibles o recíprocamente condicionados. A esto, sin embargo, se ha respondido (CUADRADO, *op. cit.*, p. 233, nota 28) que ambas finalidades pueden estar presentes tanto en un caso como en otro.

²⁷¹ BLANQUER ÜBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., pp. 32-34 y 38-41; COLINO MEDIAVILLA, *op. cit.*, p. 232; PARRA LUCÁN, *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores* cit., pp. 286-288; PINO LOZANO, *op. cit.*, pp. 78-79; ROJO, en *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Rojo-Beltrán), Madrid 2004, tomo I, ad artículo 3 LC, pp. 219-221.

²⁷² Sobre todo a partir del Auto de declaración de concurso de 29 de diciembre de 2004 del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona. Además de ese, *vid.* la cita de varios Autos, de diversos Juzgados, que hace CUADRADO: *op. cit.*, p. 234.

lege lata discrepaban, y con argumentos muy sólidos, de tal planteamiento²⁷³.

Pues bien, la Ley 38/2011 ha resuelto definitivamente esta cuestión en el sentido propugnado por la mayoría, disponiendo que en el caso de cónyuges la conexión de sus concursos puede ser tanto inicial (declaración conjunta) como sobrevenida (acumulación), y lo mismo a instancia de los propios cónyuges (ya sea declaración conjunta inicial o acumulación sobrevenida) que de sus acreedores (la declaración inicial conjunta) o de la Administración concursal (la acumulación sobrevenida)²⁷⁴.

Esto dicho, ahora bien, hay un dato que debe ser destacado en relación con la declaración conjunta. Y es que en la Ley 22/2003 se exigía para ello (art. 3.5) que entre los deudores hubiera confusión de patrimonios (si eran personas físicas), y en la Ley 38/2011 en cambio el nuevo artículo 25 LC no exige tal circunstancia, al menos cuando se trata de cónyuges²⁷⁵.

Aunque la cuestión pueda considerarse hoy superada por la nueva redacción dada a la LC por la Ley 38/2011 –que por ser posterior es la que ha de aplicarse en caso de conflicto–, creemos que ese requisito merece alguna reflexión, pues antes de esa Ley de reforma la doctrina se ocupó del mismo con denuedo sin llegar a una solución unánimemente aceptada, y la cuestión tiene trascendencia para nosotros.

Así, unos identificaban la confusión de patrimonios con «la dificultad de atribuir una titularidad sobre determinados bienes y derechos a un determinado sujeto, como consecuencia de que sobre esos mismos bienes o derechos se proyecta la intervención de otros sujetos, o también porque esos elementos patrimoniales son difícilmente diferenciables de otros de igual naturaleza pertenecientes a terceros»²⁷⁶.

²⁷³ CUADRADO, *op. cit.*, pp. 228-243; MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2064; Auto de 5 de mayo de 2005, del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Málaga. También en contra, pero con argumento de índole fundamentalmente procesal basado en que al ser deudores distintos no existe la identidad de causa de pedir que exige el artículo 72.2 LEC, GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley Concursal* (dir. R. Bercovitz), Madrid 2004, tomo I, ad artículo 3, p. 72.

²⁷⁴ La insolvencia, en todo caso, debe ser predicable de ambos cónyuges, y probarse; no basta con alegar y probar la insolvencia de uno de ellos y el hecho de estar casado en régimen de gananciales (así COLINO MEDIAVILLA, *op. cit.*, pp. 233 y 237; CUADRADO, *op. cit.*, p. 232; y GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 74-75). En contra, BLANQUER ÜBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., pp. 38-41.

²⁷⁵ Si se trata de concurso voluntario, porque el artículo 25.1 LC no lo menciona siquiera. Y si se trata de concurso necesario, porque ese requisito, según la letra del artículo 25.2, se considera sólo como una de las varias circunstancias alternativas que lo permiten. El hecho de estar casados los deudores (ser cónyuges) es otra circunstancia que lo permite, pero alternativa, no cumulativa.

²⁷⁶ Se pueden citar aquí los siguientes autores (aunque su planteamiento de la cuestión no iba referido específicamente a cónyuges sino que era de orden más general): SÁN-

Otros estimaban que en ese sentido la confusión es difícil que se dé en nuestro supuesto, por efecto de la presunción de ganancialidad que la ley establece en caso de duda (art. 1361 CC)²⁷⁷.

Había quienes no obstante reconocer lo anterior consideraban que eso no impedía propugnar la tramitación conjunta de los concursos de ambos cónyuges en todo caso, aunque no hubiera confusión patrimonial, en base al hecho «de que en el régimen de gananciales no existen cuotas enajenables y... embargables sobre los bienes comunes»²⁷⁸.

Y otros finalmente consideraban que tratándose cónyuges sometidos a régimen de gananciales la confusión es constante, dada la titularidad conjunta o referenciada a dicha sociedad de los bienes de esa naturaleza²⁷⁹, o la responsabilidad directa que sobre

CHEZ-CALERO, *op. cit.*, p. 166; ROJO, *op. cit.*, p. 221. También DUQUE DOMÍNGUEZ, «la confusión... existe cuando el entrelazamiento patrimonial es tan intrincado que desentrañar e individualizar la titularidad de cada elemento del activo o cada atribución de los elementos del pasivo sea tan ardua que el esfuerzo —en tiempo y en gastos— necesario para ello sea desproporcionado a los resultados que pudieran obtenerse si, intentada la operación de individualización patrimonial, se alcanzara un resultado positivo» (en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Pulgar Ezquerro, Alonso Ledesma, Alonso Ureba y Alcover Garau), Madrid 2004, t. I, *ad* artículo 3.5, p. 198). Se pronuncia también en este sentido, y con específica referencia a los cónyuges casados en régimen de gananciales, CUADRADO, *op. cit.*, p. 230. La misma orientación sigue el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de marzo de 2008 (cit. por Cuadrado, *op. cit.*, p. 231, nota 23), según el cual confusión patrimonial «implica que no pueda determinarse con seguridad si los bienes afectos a la responsabilidad patrimonial del deudor pertenecen a uno u otro de los deudores, o... cuando existe un entrelazamiento patrimonial tan intrincado que no es posible desentrañar e individualizar la titularidad de los elementos del activo y del pasivo para atribuirlos a uno u otro deudor, o que para verificarlo exige un esfuerzo desproporcionado a los resultados que pudieran obtenerse». GARNICA MARTÍN (*op. cit.*, pp. 304-305), por su parte, se orientaba en un sentido distinto, al entender que para la declaración inicial conjunta el artículo 3.5 exigía además que hubiera utilización abusiva o en fraude de ley de mecanismos que concede el Ordenamiento (en contra GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 74-75).

²⁷⁷ Esto lo advertía BLANQUER UBEROS (*El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit. p. 35, nota 51), aunque a su pesar y tratando de esquivarlo con las razones que se exponen en texto y nota 279.

²⁷⁸ CUENA CASAS, «El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar* (coord. Cuenca y Colino), Navarra, 2009, pp. 188-189; PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal* cit., p. 113. Así también el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de marzo de 2008 (cit. por CUADRADO, *op. cit.*, pp. 231-232, notas 23 y 24), que dice que «al no ser los cónyuges en régimen de gananciales titulares de una concreta cuota respecto de cada uno de los bienes que la integran, recayendo su derecho sobre el conjunto del patrimonio ganancial, no teniendo aquellos en su individualidad sino un derecho expectante en la proporción que los mismos tienen en la sociedad, es decir por mitad, para el día en que se disuelva dicha sociedad, ello puede implicar una situación de confusión patrimonial», concluyendo que en el caso la confusión resultaba sustancial «al ser la práctica totalidad de los bienes y derechos de los cónyuges de carácter ganancial». Considera también las razones dichas, aunque estima la cuestión dudosa, ARANGUREN URRIZA, *op. cit.*, p. 356.

²⁷⁹ MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2065; PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 79. MAGARIÑOS, en p. 2088 abunda en la idea expuesta afirmando que «en régimen de gananciales la confusión es evidente, si tenemos en cuenta no ya la comunidad de vida intensa que provocará posesión en común de bienes muebles y dinero, sino también la influencia del principio de subrogación real y de presunción de ganancialidad, que arrastrarán hacia la masa bienes que en ocasiones deberían quedar fuera del alcance de tales fuerzas de atracción».

esos bienes existe, no sólo por las obligaciones contraídas conjuntamente por los cónyuges sino también por muchas de las contraídas individualmente por cada uno de ellos²⁸⁰.

Esta última opinión, ahora bien, no era correcta. Porque «confusión patrimonial» en el contexto que estamos viendo es idea que ha de entenderse en sentido estricto. Esto es en el sentido que le dan quienes afirman que hay confusión sólo cuando entre dos sujetos hay duda en cuanto a la titularidad de ciertos bienes, de modo que no resulta claro *a priori* a qué patrimonio pertenecen y surge por tanto incertidumbre en cuanto a si esos bienes quedan o no sujetos a la responsabilidad patrimonial que se está ventilando²⁸¹. Y esa confusión no se da, en el caso de cónyuges, por el mero hecho de que estén sometidos a régimen de gananciales y haya bienes de esta naturaleza. Porque si realmente hubiera confusión en cuanto a la titularidad de los bienes, éstos no se podrían incluir en la masa activa del concurso, y sin embargo se incluyen.

La razón de lo dicho es que tratándose de cónyuges casados en régimen de gananciales la confusión patrimonial de que habla el artículo 3.5 LC difícilmente se puede producir. Porque puede haber duda en cuanto a si determinados bienes son privativos de uno u otro pero no puede haberla en relación con los bienes gananciales²⁸², ya que la que pueda plantearse a este respecto se resuelve mediante la presunción de ganancialidad que establece el artículo 1361 CC. Los bienes existentes en estos matrimonios, así pues, o tienen una titularidad privativa acreditada, o en otro caso se presume que tienen carácter ganancial. La duda y la confusión patrimonial con respecto a los bienes gananciales, por tanto, no es factible²⁸³. Y así, una vez sentado esto la consecuencia es que los bienes de esa naturaleza se han de incluir en la masa del concurso, por determinación legal (art. 77.2 LC).

²⁸⁰ BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., pp. 33 y 38.

²⁸¹ En este sentido, y abundando en esta idea, afirma ROJO (*op. cit.*, pp. 221-222) que «los bienes que se encuentran inscritos en un Registro público a nombre de un determinado deudor no pueden considerarse confundidos con los bienes de otro deudor aunque los primeros se encuentren materialmente en posesión de ese otro deudor. La confusión –añade– sólo puede darse respecto de bienes no inscribibles o de bienes inscribibles no inscritos». En la misma línea, SÁNCHEZ-CALERO afirma que «la confusión se da con frecuencia en situaciones de posesión de bienes fungibles», luego no en los demás (*op. cit.*, p. 166). Adviértase la diferencia de criterio con respecto al propugnado por MAGARIÑOS, antes reflejado en nota 278.

²⁸² Que son precisamente en los que centran la atención quienes sostienen que en este caso hay confusión patrimonial.

²⁸³ Además de lo dicho, téngase en cuenta que en caso de personas casadas los bienes principales son habitualmente inmuebles inscritos, dinero en cuentas y valores, cuya titularidad formal es clara, lo que excluye la confusión en ese sentido.

El régimen de gananciales, con su inexistencia de cuotas disponibles y embargables sobre los bienes concretos mientras está vigente implica ciertamente un régimen singular, pero en otro sentido, no en el de confusión patrimonial a que se refiere el artículo 3.5 LC.

En todo caso, hoy, tras la redacción dada a la LC por la Ley 38/2011, la conexión de los concursos de los cónyuges está claramente contemplada a nivel positivo sin supeditarse a que haya confusión patrimonial.

Más allá de eso, sin embargo, la LC concreta poco o nada en qué se traduce tal conexión en nuestro caso, dejando al operador jurídico en situación de incertidumbre²⁸⁴. Y esta cuestión es la realmente importante para nosotros. ¿Qué alcance tiene en este sentido el fenómeno de la conexión?

Salvo voces aisladas que entienden la conexión de concursos como tramitación de ambos en un mismo procedimiento, que termine por tanto en una misma sentencia y solución²⁸⁵, la inmensa mayoría de la doctrina considera que aunque se tramiten en un mismo Juzgado y de forma conexa cada uno de esos concursos conserva su individualidad y autonomía, y por tanto que no necesariamente se han de resolver en el mismo sentido²⁸⁶. En otras palabras: que no se trata en sentido propio de una unificación de concursos, sino de una mera acumulación de procedimientos concursales.

Este entendimiento dominante lleva aparejadas las siguientes consecuencias²⁸⁷.

²⁸⁴ Así lo dice también GARNICA MARTÍN, *op. cit.*, ad artículo 25, pp. 292-293.

²⁸⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, p. 75. El apoyo positivo concreto en ese sentido se busca en los artículos 72 y 74 y siguientes LEC. Y el fundamento de tal recurso a la LEC, en la remisión supletoria que a ella hace la LC en su Disp. Final quinta, que dice así: «Derecho procesal supletorio. En lo no previsto en esta Ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil (...). / En el ámbito de los procesos concursales resultarán de aplicación los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la ordenación formal o material del proceso». Esto no ha sido acogido favorablemente por la generalidad de la doctrina, considerando que la conexión que establece la LEC no es la misma que contempla la LC.

²⁸⁶ BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., pp. 34-35 y 37-38; BONET NAVARRO, en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. Bercovitz), Madrid, 2004, t. I, ad artículo 25, pp. 236-237; CUADRADO, *op. cit.*, pp. 235-236 y 243-244; COLINO, *op. cit.*, pp. 232-233; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., p. 131; DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 1285; DUQUE DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, ad artículos 3 y 25, pp. 205 y 519-522; ETXARANDIO HERRERA, *Manual de Derecho Concursal*, 2.ª ed., Madrid, 2009, p. 130; GARNICA MARTÍN, *op. cit.*, pp. 293-294 y 305-309 (aunque en p. 306 hace unas afirmaciones discordantes con eso, ya que habla de formar tres masas activas: las correspondientes a los patrimonios privativos de los cónyuges, y la de los bienes gananciales); PARRA LUCÁN, *Concurso de acreedores y consorcio conyugal* cit., p. 113; PINO LOZANO, *op. cit.*, p. 79; ROJO, *op. cit.*, pp. 229-220 y 224.

²⁸⁷ *Vid.* los autores citados en la nota anterior, aunque no todos coinciden en todo, o no lo explicitan igual.

En primer lugar, que la conexión de esos concursos no obsta para que en cada uno de ellos hayan de formarse por separado las correspondientes masas activa y pasiva. Considerándose que el hecho de estar tramitándose ambos en un mismo Juzgado y tener posiblemente los mismos administradores sin duda hará que el inventario y la lista de acreedores de cada uno de esos concursos reflejen la realidad de un modo más fiel de lo que resultaría si se tramitasen separadamente, pero que en todo caso se trata de inventarios de bienes (masas activas) y de listas de acreedores (masas pasivas) independientes²⁸⁸.

En segundo lugar, que esos concursos conexos no terminan en una sola sentencia que necesariamente disponga una misma solución para ambos (sea convenio o liquidación), sino que se pueden adoptar soluciones distintas en cada uno de ellos. Prueba de lo cual es –se dice– que la LC permite condicionar la propuesta de convenio que en uno se presente a que se apruebe convenio en el otro, o a que se apruebe con un contenido concreto²⁸⁹.

Y finalmente, que la calificación de cada uno de esos concursos es independiente, de forma que uno puede resultar culpable y otro no.

En lo anterior está de acuerdo la generalidad de los comentaristas de la LC, y por nuestra parte nada tenemos que objetarle salvo que eso no constituye un desarrollo suficiente de la cuestión, ya que los concursos conexos de cónyuges casados en régimen de gananciales plantean dificultades cuyo tratamiento requiere mayor concreción²⁹⁰. Entre esas dificultades destacan dos: una, cómo se

²⁸⁸ Vid. el Auto de declaración de concurso de 29-12-2004, del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona. Cita Cuadrado (*op. cit.*, p. 244), en el mismo sentido, los siguientes Autos: de 18-7-2008, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander; de 9-5-2008, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao; y de 27-3-2008, de la Audiencia Provincial de Madrid.

²⁸⁹ Art. 101.2 Ley 22/2003: «Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, en caso de concursos que se hubieran declarado conjuntamente o cuya tramitación se hubiera acumulado, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a la aprobación judicial del convenio de otro u otros». Art. 101.2 Ley 38/2011: «Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, en caso de concursos conexos, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a que se apruebe con un contenido determinado el convenio de otro u otros». «Este condicionamiento –dice BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., p. 37–... puede obedecer a muy diversas situaciones de hecho: piénsese que los cónyuges ejerciesen en común una actividad profesional, artística o empresarial, y que exteriorizarasen el ejercicio común bajo la forma de un ente sin personalidad jurídica; o que para dicho ejercicio hubiesen constituido una sociedad colectiva, o una sociedad profesional; en tales casos –afirma– se puede apreciar con facilidad que la proposición de convenios condicionados entre sí obedezca a la finalidad de conseguir... la continuidad de la actividad común. [Y] Aunque los cónyuges viniesen ejerciendo separadamente actividades diferentes, el condicionamiento del convenio puede responder al propósito de proseguir cada cónyuge su propia actividad, apoyándose ambos en el respaldo o apoyo económico que les preste a ambos el activo ganancial común, al medir el riesgo financiero de su respectiva actividad.»

²⁹⁰ En relación con la conexión de concursos, dice BLANQUER UBEROS que «la LC ofrece poca base normativa, y –añade– no he localizado doctrina que analice la cuestión»

forman las masas de esos concursos, y otra, cómo se pueden o deben concluir tales procedimientos. Nos ocupamos de ellas a continuación.

En primer lugar, la cuestión atinente a cómo se forman en este supuesto las masas activas de los concursos de cada uno de esos cónyuges. La respuesta no es fácil²⁹¹.

Según la LC, la masa activa del concurso de un cónyuge casado en gananciales se integra por sus bienes privativos –art. 77.1– y además –art. 77.2– por los bienes gananciales, sin especial limitación, es decir por todos.

Esto en principio no plantea dificultad si la conexión se produce *a posteriori* –es decir, si primero es declarado en concurso uno de los cónyuges y más tarde el otro, que se acumula al primero–, pues en tal caso cabe entender que lo dicho se aplica plenamente al declarado en primer término –cuya masa activa comprenderá sus bienes privativos y todos los bienes gananciales– mientras que en el segundo la masa activa se circunscribirá a los bienes privativos de este otro cónyuge, pues los bienes gananciales ya estarán integrados todos en la masa activa del primer concurso, y unos mismos bienes no pueden estar sometidos al mismo tiempo a dos procedimientos de ejecución (universal, en este caso). La cuestión se resolvería, podríamos decir, con arreglo a un criterio de preferencia temporal.

Otra cosa ocurre sin embargo si la conexión se produce *ab initio*, esto es si se trata de una declaración conjunta de concurso de los dos cónyuges. ¿En qué masa activa se integrarán los bienes gananciales? La LC no proporciona ningún criterio para decidir, no siendo posible solventar la cuestión adscribiendo los bienes gananciales por mitades a uno y a otro, porque las deudas que integran las masas pasivas de cada uno de esos concursos no son necesariamente las mismas ni de igual valor (téngase en cuenta que aquí hay que considerar no sólo las deudas gananciales sino también las privativas), y el régimen de responsabilidad a que están afectos esos bienes no se puede modificar sobrevenidamente.

La doctrina, por su parte, no se ha detenido especialmente en este punto, limitándose algunos autores a afirmar simplemente que todos los bienes gananciales se incluirán en ambas masas²⁹². Esto

(*El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., p. 34).

²⁹¹ Así lo señala también CUADRADO, *op. cit.*, p. 256, destacando que el legislador nada ha previsto en este punto.

²⁹² Así lo apuntan CUADRADO, *op. cit.*, pp. 256-257 (aunque con poca convicción inicial) y CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., p. 131.

sin embargo, con arreglo al criterio expresado en el párrafo anterior –que a nuestro juicio es el correcto–, no es posible.

La única salida imaginable pasa por entender que la conexión de estos concursos conlleva forzosa y necesariamente la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales²⁹³. Pues entonces con los bienes gananciales se procederá al pago de las deudas de esa naturaleza de forma previa y preferente, y luego, si queda haber neto, se procederá a repartirlo por mitades entre los cónyuges, ingresando en el activo del concurso de cada cónyuge la parte que a cada uno se adjudique²⁹⁴. Ahora bien, si tal es la única salida surge entonces la dificultad de que la disolución de la sociedad de gananciales queda en manos de los acreedores –ya que cualquiera de ellos está legitimado hoy para pedir la conexión de esos concursos, y tanto *ab initio* como *a posteriori*–, que se impondrá por tanto a los cónyuges desde fuera, lo cual no encaja con el tenor del artículo 77.2 LC (que reserva tal decisión a los cónyuges), ni con la intención del legislador (esto ya se vio más arriba en el trabajo), ni con el entendimiento de la doctrina dominante (que según vimos en su momento no concede a los acreedores del cónyuge *in bonis* ni siquiera la posibilidad de instar tal disolución subrogándose en la posición de este, en caso de inactividad por su parte)²⁹⁵.

Se trata, así pues, de una cuestión sin solución coherente dentro de la LC. Conclusión, ésta, que se ve respaldada al considerar que en la redacción inicial de la LC sólo estaba contemplada específicamente la conexión sucesiva o *a posteriori* de los concursos de cónyuges (acumulación: art. 25.3), que como hemos visto puede resolverse formando la masa activa de cada concurso con arreglo al criterio temporal, mientras que la hipótesis de declaración conjunta inicial (art. 3.5 LC) no hacía referencia específica a cónyuges, sino genérica a deudores. Los redactores de la Ley 22/2003, así pues, aunque seguramente sin plena consciencia tal vez vislumbraban ya que en tal caso había dificultades que aconsejaban omitir la refe-

²⁹³ Así lo dicen BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., p. 35, nota 49, y p. 37; CUADRADO, *op. cit.*, p. 257; CUENA CASAS, *Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., pp. 131-132; y BONET NAVARRO, *op. cit.*, p. 241. Tal vez también GARNICA MARTÍN, *op. cit.*, p. 304.

²⁹⁴ Si después de hecha la liquidación no quedan bienes, nada se repartirá entre los cónyuges ni pasará a engrosar la masa activa de sus concursos.

²⁹⁵ Además está la dificultad de qué hacer si tras la liquidación de la sociedad quedan por pagar acreedores gananciales –que podrán ser tanto de un cónyuge como de otro–. ¿Concurrirán en cada uno de esos concursos todos ellos, incluso los que contrajeron su crédito con el otro cónyuge? Ya quedó visto en el apartado anterior del trabajo la dificultad que ello plantea, pues supondría que concurrirían tanto con los acreedores gananciales que contrajeron sus créditos con el cónyuge de ese concurso como con los acreedores privativos suyos, para cobrarse con los bienes privativos que en cada concurso haya.

rencia expresa a los cónyuges²⁹⁶. Y en todo caso, sea de eso lo que fuere, aunque la letra del artículo 3.5 LC lo permitiera el hecho cierto es que su aplicación no encaja bien con el supuesto.

La segunda dificultad inherente a la conexión de los concursos de cónyuges (procediendo aquí sobre la idea apuntada por algunos autores de que en caso de conexión todos los bienes gananciales están integrados tanto en la masa activa de un concurso como en la del otro) es relativa a cómo proceder en orden a la conclusión de los mismos.

Ciertamente, si ambos terminan en convenio no parece haya especial dificultad, habida cuenta que cabe condicionar uno al otro –a que se apruebe, o a que se apruebe con un determinado contenido–²⁹⁷.

Pero no ocurre lo mismo si uno se quiere resolver por vía de convenio y el otro de liquidación, o si ambos terminan en liquidación.

Lo primero es imposible, por hipótesis. Pues si los bienes gananciales están todos integrados en ambos concursos, y en uno se pretenden realizar para con lo que de ellos se obtenga pagar a los acreedores de ese concurso, no es posible entonces que el otro concurso se pueda resolver mediante convenio, ya que éste lógicamente se habrá alcanzado o se alcanzará atendiendo, entre otras cosas, a esos bienes gananciales. Así pues, si los concursos de los dos cónyuges no discurren ambos por vía de convenio hay que concluir que necesariamente se ven abocados, también ambos, a terminar en liquidación, aunque en uno de ellos, considerado por separado, el convenio fuera factible y querido por el deudor y sus acreedores. Resultado, éste, que no se corresponde sin embargo con los criterios de política legislativa que inspiran la LC –desde luego en su redacción inicial, pero más aún en la procurada por la Ley 38/2011–, que aspiran a alcanzar una solución de los concursos no liquidatoria. Esta es, pues, una objeción importante a considerar.

Lo segundo plantea también dificultad –aunque tal vez hoy más teórica que práctica–, que se concreta en la siguiente pregunta:

²⁹⁶ En contra CUADRADO, quien afirma que este precepto se dictó pensando expresamente en los cónyuges casados en régimen de comunidad, de sociedad de gananciales (*op. cit.*, p. 231).

²⁹⁷ Esta hipótesis no sería posible sin embargo si se aceptara la interpretación apuntada por varios autores en el sentido de que en este caso la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales tiene carácter forzoso (*vid.* texto y nota 292), pues el obstáculo para ello sería de orden estructural: los procedimientos concursales no podrían llegar al punto de deliberar si aceptar o no un convenio –lo que tiene lugar en la Sección 5.^a del procedimiento, esto es después de la fase común del concurso–, porque sin liquidar previamente la sociedad de gananciales no sería posible determinar las masas activas de cada concurso, que es etapa anterior del procedimiento, ya que está en la fase común: Sección 3.^a

¿cómo liquidar esos dos concursos, que son conexos pero distintos? Si tanto uno como otro se mantienen separados y autónomos, sin unión de masas, ¿cómo puede hacerse liquidación de cada uno de ellos respetando los derechos y los intereses legítimos de todos los sujetos concernidos? Ni la LC ni la doctrina han analizado la cuestión con especial atención, pero se trata de un asunto de enjundia²⁹⁸. Con arreglo al sistema inicial de la LC el objetivo dicho no era posible alcanzarlo en absoluto, pues su artículo 84.1 establecía que en el concurso de cada cónyuge se integraban sólo las deudas que él hubiera contraído –fueran privativas o gananciales–, lo que suponía que serían los acreedores de uno u otro concurso los que cobrarán, en función de que la realización de los bienes se hiciera en uno u otro²⁹⁹. Hoy, tras la Ley 38/2011, el nuevo artículo 49 LC establece que se integran en la masa pasiva del concurso de cada cónyuge no sólo sus deudas privativas sino también todas las gananciales, hayan sido contraídas por él o por su cónyuge, lo que permite pensar, sobre la base de que todas las deudas gananciales estarán integradas tanto en el concurso de un cónyuge como en el del otro, que da igual en qué concurso se realicen los bienes gananciales. Esto, ahora bien, aunque en la práctica pueda ser así presenta la dificultad teórica de explicar cómo deudas que están integradas en un concurso (el de un cónyuge) se considerarán pagadas mediante una liquidación realizada en otro concurso distinto (el del otro cónyuge).

Llegados aquí, cabe entonces concluir lo dicho destacando que la conexión de los concursos de cónyuges casados en gananciales, además de adolecer de falta de regulación precisa, se topa con obstáculos concretos de calado y de muy difícil o imposible solución coherente en el sistema de la LC. La composición de las masas

²⁹⁸ Así lo destaca BLANQUER UBEROS, *El concurso de los cónyuges en gananciales...* cit., pp. 37-38.

²⁹⁹ CUENA CASAS, sin embargo, afirmaba bajo el imperio de la primera redacción de la LC que en caso de acumulación de concursos «no se [producía] la desprotección... de los acreedores gananciales del cónyuge del concursado que [resultaban] expulsados del proceso concursal... pues en [este caso] todos los acreedores gananciales se [encontraban] en el seno del proceso concursal» (*Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial* cit., p. 131). En el mismo sentido CUADRADO, quien decía que el peligro denunciado se disipaba si los dos cónyuges eran declarados en concurso, considerando entonces que «todos los acreedores gananciales participarán en los procedimientos concursales, al resultar incluidos ya sea en la masa activa de un esposo ya sea en la del otro» (*op. cit.*, p. 257). Por las razones que hemos ido señalando en el trabajo, sin embargo, estas consideraciones no podían admitirse como válidas: en ese sistema serían los acreedores de uno u otro concurso los que cobrarán, en función de que los bienes se realizaran en un concurso o en otro. Sin que fuera posible pensar en «composiciones» de equidad en base a las cuales, por ser la Administración concursal la misma en ambos concursos, esta realizará los bienes gananciales en un concurso u otro en función de su valor y de modo proporcional al importe de los créditos gananciales que hubiera en la masa pasiva de cada concurso.

activas de los concursos de esos cónyuges, y su liquidación, son cuestiones que lo evidencian.

Todo lo cual se debe, a nuestro modo de ver, a las dos razones siguientes.

Por un lado a que el legislador de la Ley 38/2011, al ocuparse de este tema, adolecía de falta de conceptos claros al respecto, no teniendo una idea clara de adónde quería llegar y de cómo podía hacerlo dentro de las premisas del sistema.

Y por otro a que la conexión de concursos, cuando se predica de cónyuges casados en régimen de gananciales es cosa que en verdad sólo tiene pleno sentido si se traduce en una ejecución universal y autónoma de la sociedad de gananciales, formando un concurso separado cuya masa activa se integre con todos los bienes de esa naturaleza y cuya masa pasiva se forme con todas las deudas gananciales, sea quien sea el cónyuge con quien se hayan contraído. Tramitándose aparte los concursos de los patrimonios privados de cada cónyuge, cada uno con su masa activa y pasiva. En definitiva, constituyendo tres concursos distintos, con tramitación separada y autónoma cada uno de ellos.

Esta fórmula, ahora bien, aunque demandada por algunos autores³⁰⁰ no fue establecida en la redacción inicial de la LC, ni ha sido tampoco acogida en la reforma de la misma operada por Ley 38/2011. Así lo evidencia hoy el artículo 25 ter.1 LC, que establece que «los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán... sin consolidación de las masas».

Es verdad que algunos autores (que escribían antes de la Ley 38/2011), aun coincidiendo en principio en la idea de que la conexión de concursos no obsta a que cada uno mantenga su autonomía e individualidad, eso no obstante apuntaban que en casos extremos podía procederse a una acumulación o unificación de las masas, cuando no fuera posible desentrañar la confusión patrimonial existente entre los deudores concursados³⁰¹. Y es verdad tam-

³⁰⁰ Entre otros, ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.*, p. 934; GUILARTE, en *Comentarios a la legislación concursal cit.*, ad artículo 77, p. 1566; Id: *La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado*, ADCo 2005, pp. 64 y 83; MAGARIÑOS, *op. cit.*, pp. 2054 y 2064-2065.

³⁰¹ DUQUE DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 205 y 520-522; RIFA SOLER, *Derecho concursal práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal* (coord. Fernández Ballesteros), Madrid, 2004, p. 151; GARNICA MARTÍN, *op. cit.*, p. 306. Sin someterlo a tal condicionamiento, consideran procedente en todo caso la acumulación de masas en el supuesto de concursos de cónyuges en gananciales GUILARTE –*La liquidación de la sociedad de gananciales... cit.*, pp. 84-85, partiendo de su planteamiento propio, que a lo largo del trabajo ha quedado visto reiteradamente– y MAGARIÑOS, *op. cit.*, p. 2089.

bién que esta idea se ve recogida hoy en la LC, en su nuevo artículo 25 ter.2³⁰².

Ahora bien, sin discutir eso en el plano teórico o general, lo que en todo caso hay que reiterar aquí es que en caso de cónyuges casados en régimen de gananciales tal confusión patrimonial no se produce. Pues aunque es cierto que la sociedad de gananciales tiene una indudable singularidad en cuanto a la titularidad y régimen de los bienes de esa naturaleza, ello no constituye confusión patrimonial en este sentido, como ya quedó apuntado más arriba en el trabajo. Lo que supone que en caso de concursos conexos de cónyuges casados en gananciales no cabe tal unificación o consolidación de masas, y por tanto que en el concurso de cada uno de ellos han de formarse, separadamente, sus correspondientes masas activa y pasiva.

En realidad lo que ha ocurrido es que el legislador concursal de 2011, con las modificaciones que ha introducido en este punto ha querido salir al paso de las objeciones que se señalaban a la redacción primera de la LC pero se ha quedado a mitad de camino, por no tener una idea suficientemente acabada de la cuestión, o por no ser ésta posible sin una reforma a fondo de los pilares en que se asienta el sistema³⁰³. Lo que como consecuencia ha dado como resultado un sistema que presenta evidentes disfunciones.

³⁰² «Excepcionalmente, se podrán consolidar inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la Administración concursal, cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados.»

³⁰³ Reforzando lo dicho cabe añadir además que, a menos que se introduzcan en el régimen de gananciales cambios sustanciales mucho más allá de lo que se puede pretender con una modificación puntual de la LC, tampoco sería viable plantear como solución la declaración de concurso independiente de la sociedad de gananciales y de los patrimonios privativos de los cónyuges, cada uno de ellos de forma autónoma. Como ya se dijo antes, lo que con esto se pretende es que en el concurso de la sociedad de gananciales la masa activa esté integrada por los bienes de esta naturaleza, y la masa pasiva sólo por las deudas de esa misma índole, tanto si han sido contraídas por ambos cónyuges como si individualmente por cualquiera de ellos. Y que en el concurso de cada patrimonio privativo las masas correspondientes estén integradas estrictamente por los bienes y las deudas de esa naturaleza, de los que sea titular o deudor el cónyuge concursado. Esto, ahora bien, no es viable sin introducir, previa o simultáneamente, cambios de calado sustancial en el régimen de gananciales. Porque en este sistema, tal como está configurado actualmente, de las deudas gananciales responden directa y solidariamente tanto los bienes gananciales como los privativos del cónyuge que contrajo esas deudas (arts. 1367 y 1369 CC), y de las deudas privativas de los cónyuges responden también los bienes gananciales, aunque sea de forma subsidiaria (art. 1373 CC). No cabría, pues, excluir absolutamente las deudas privativas de los cónyuges de la masa pasiva del concurso de la sociedad de gananciales, ni excluir de la masa pasiva del concurso de cada cónyuge las deudas gananciales contraídas por él (individualmente o junto con el otro cónyuge). Para que tal fuera posible sería necesario modificar también el régimen de gananciales tal como hoy lo conocemos, o al menos establecer una excepción al mismo en caso de concurso. Por estas razones cabe incluso apuntar –pero estamos hablando en terreno de puras elucubraciones– que tal vez fuera más fácil de instaurar permitir el concurso único de esos dos cónyuges, de modo que en él se integraran los tres patrimonios en juego –los dos privativos y el ganancial–, aunque luego dentro de él se

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑEN, María José: «Los problemas del cónyuge del ejecutado para defender sus intereses en los procesos de ejecución en que resultan embargados bienes gananciales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 2005.
- AGUILAR RUIZ, Leonor: «Ejecución de bienes gananciales por deudas consorciales contraídas por uno de los esposos: oposición del cónyuge no deudor a la traba y embargo de bienes comunes», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2005, núm. 14.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. Bercovitz), Madrid, 2004, t. I.
- ARANGUREN URRIZA, Francisco José: «Bienes gananciales y privativos en el concurso de acreedores del deudor casado», en *Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel* (coord. Garrido Palma), Cizur Menor 2007.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, Barcelona 2006.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio: «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001* (dir. por García Villaverde, Alonso Ureba y Pulgar Ezquerria), Madrid, 2002.
- En *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Rojo-Beltrán), Madrid, 2004, t. I.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «Notas acerca de la relación entre concurso y sociedad de gananciales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid-Barcelona, 2005, t. II.
- «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, junio 2005, núm. 43.
- «El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiaamente el concurso del matrimonio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2008.
- BONET NAVARRO, Ángel: en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. Bercovitz), Madrid, 2004, t. I.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «El concurso y su incidencia en la empresa familiar», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión* (dir. Martínez Díe), Cizur Menor, 2006.
- COLAS ESCANDÓN, Ana María: en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. Bercovitz), Madrid, 2004, t. II.
- COLINO MEDIAVILLA, José Luis: en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Pulgar Ezquerria, Alonso Ureba, Alonso Ledesma y Alcover Garau), Madrid, 2004, t. I.
- «Concurso del consumidor y declaración conjunta de concurso voluntario de cónyuges», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005.
- CORDERO LOBATO, Encarnación: en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. Bercovitz), Madrid, 2004, t. I.

establecieran disposiciones semejantes a las que contiene la LC en el sentido de exigir que en el inventario se identifiquen y distingan los bienes y derechos privativos de cada uno y los gananciales (art. 82, núms. 1 y 2) así como los créditos (deudas) privativos de cada uno y los gananciales, a fin de determinar con qué bienes pueden esos créditos satisfacerse con preferencia, y en su caso si de forma directa o subsidiaria. Esta fórmula podría ser satisfactoria a nivel teórico, ya que permitiría atender debidamente a los distintos intereses en juego, y no incurriría en los inconvenientes que van aparejados a otras fórmulas.

- CRESPI FERRER, Lorenzo: «El embargo de bienes gananciales: problemática procesal (Examen del art. 541 LEC)», en *Revista de Derecho de Familia* núm. 23, 2003.
- CUADRADO PÉREZ, Carlos: «El concurso de acreedores de ambos cónyuges», en *Familia y concurso de acreedores* (coord. Cuenca Casas), Cizur Menor 2010.
- CUENA CASAS, Matilde: «El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales», en *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar* (coord. Cuenca-Colino), Navarra, 2009.
- «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial», en *Familia y concurso de acreedores* (coord. Cuenca Casas), Cizur Menor 2010.
- CURIEL LORENTE, Fernando: «El artículo 77.2 de la Ley Concursal en relación con el consorcio conyugal», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Decimonovenos encuentros (Zaragoza-Teruel 2009)*. Edit. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.
- DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: «El régimen de gananciales en la nueva Ley Concursal», en *Libro-homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (coord. González Porras y Méndez González), Murcia, 2004, t. I.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: En *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Pulgar Ezquerra, Alonso Ledesma, Alonso Ureba y Alcover Garau), Madrid, 2004, t. I.
- ETXARANDIO HERRERA, Edorta J.: *Manual de Derecho Concursal*, 2.^a ed., Madrid, 2009.
- GALÁN LÓPEZ, Carmen: «La responsabilidad de los bienes gananciales en el concurso del cónyuge», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2004.
- En *Comentario a la legislación concursal* (dir. Pulgar Ezquerra, Alonso Ureba, Alonso Ledesma y Alcover Garau), Madrid, 2004, t. I.
- GARNICA MARTÍN, Juan: en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. Sagrera Tizón, Sala Reixachs y Ferrer Barriendos), Barcelona, 2004, t. I.
- GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen: en *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. R. Bercovitz), Madrid, 2004, t. I.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: «Ganancialidad de la deuda: ¿presunción, prueba o determinación legal?», en *Actualidad Civil* núm. 21, diciembre, 2004.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «La ejecución sobre bienes gananciales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 541 LEC)», en *Revista de Derecho de Familia* núm. 10, 2001.
- «La sociedad de gananciales: desde la comunidad germánica al caos liquidatorio», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, t. III.
- En *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez), Valladolid, 2004, t. II.
- «La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado», en *Anuario de Derecho Concursal*, 2005.
- HERRERA CUEVAS, Edorta: *Manual de la reforma concursal*, Madrid 2004.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan F.: «Concurso de acreedores y consorcio conyugal. Aspectos procesales», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Decimonovenos encuentros (Zaragoza-Teruel 2009)*. Edit. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria», en *Anuario de Derecho Civil*, 1950.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «El concurso y la sociedad de gananciales», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid-Barcelona, 2005, t. II.

- MAGRO SERVET, Vicente: «La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», en *Revista Jurídica Española* «La Ley» (Diario La Ley, núm. 6213, 18-3-2005, ref. D-66).
- MANZANO CEJUDO, María de los Ángeles: En *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. Fernández de la Gándara y Sánchez Álvarez), Madrid-Barcelona, 2004.
- MATEO SANZ, Jacobo B: En *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Sánchez Calero y Guilarte Gutiérrez), Valladolid, 2004, t. IV.
- MERCADAL VIDAL, Francisco: *Nueva Ley Concursal* (coord. Sala, Mercadal, Alonso Cuevillas), Barcelona, 2004.
- ORDUÑA (Francisco Javier) - PLAZA (Javier): En *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Rojo-Beltrán), Madrid, 2004, t. I.
- PARRA LUCÁN, María de los Ángeles: *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Cizur Menor 2009.
- «Concurso de acreedores y consorcio conyugal», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Decimonoveno encuentro (Zaragoza-Teruel 2009)*. Edit. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.
- PINO LOZANO, Juan: «Concurso de acreedores y régimen económico matrimonial de gananciales», en *Jornadas de Derecho Concursal (Cátedra de Derecho Notarial), Jornadas celebradas en Málaga los días 5 y 6 de junio de 2008*, Granada, 2009.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987.
- RIFA SOLER, José María: *Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal* (coord. Fernández Ballesteros), Madrid, 2004.
- ROJO, Ángel: en *Comentario de la Ley Concursal* (dir. Rojo-Beltrán), Madrid, 2004, t. I.
- SABATER MARTÍN, Aníbal: en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Fernández Ballesteros, Rifa Soler y Valls Gombau), Barcelona, 2001, t. II.
- SAIZ GARCÍA, Concepción: *Acreedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, Cizur Menor, 2006.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: en *Comentarios a la legislación concursal* (dir. Sánchez-Calero y Guilarte Gutiérrez), Valladolid, 2004.
- SANCIÑENA ASURMENDI, Camino: «El concurso de acreedores de persona casada», en *Homenaje al Profesor Lluís Puig Ferriol*, Valencia, 2006, t. II.
- SANZ VIOLA, Ana María: «Incidencia del concurso de acreedores en el régimen económico matrimonial del deudor en la Ley Concursal», en *Revista de Derecho Privado* 2004.
- SASTRE PAPIOL, Sebastián: En *Derecho Concursal práctico* (coord. Fernández Ballesteros), Madrid, 2004.
- VÁZQUEZ ALBERT, Daniel: En *Comentarios a la Ley Concursal* (coord. Sagrera Tizón, Sala Reixachs y Ferrer Barriendos), Barcelona, 2004, t. II.
- VIGUER SOLER, Pedro Luis: «La masa activa: determinación de las acciones de reintegración», en *La nueva Ley Concursal* (dir. Garnica Martín), Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII, CGPJ, 2003.
- YÁÑEZ VIVERO, Fátima: «Repercusiones de la reforma concursal (Proyecto de julio de 2002) en el régimen económico matrimonial del concursado», en *Aranzadi Civil*, 2002-III.

Discriminación múltiple ¹

ALEJANDRA DE LAMA AYMÀ
Profesora Lectora de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

RESUMEN

La discriminación múltiple es aquella forma de discriminación en la que se dan dos o más motivos de discriminación, ya sea de forma acumulativa o interseccional. El artículo aborda diferentes mecanismos jurídicos para mejorar la lucha contra esta forma de discriminación tanto en los sistemas jurídicos de lista abierta de motivos de discriminación como en los de lista tasada. Así se defiende la existencia de una definición legal de la figura, la determinación de su régimen jurídico y la preferencia de una lista abierta de motivos de discriminación que permita una mejor identificación de las situaciones de discriminación múltiple y una más adecuada indemnización de las mismas. También se estudian otras ideas como la posibilidad de que la ley permita la aplicación de los «punitive damages» o los «reasonable accommodation».

PALABRAS CLAVE

Discriminación múltiple, daño económico y daño moral, reparación e indemnización del daño, daños punitivos, ajuste razonable.

ABSTRACT

Multiple discrimination is the situation whereby an individual suffers from discrimination for more than one reason, either in a cumulative or intersectional way. This paper tackles different solutions to improve the fight against this form of discrimination, both in legal systems with an open listing of discrimination reasons and in systems with a restricted one. This research

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación «Nueva configuración de la persona física. Revisión de las condiciones personales, familiares y patrimoniales. El principio de no discriminación» (DER 2010-17949) concedido por el Ministerio de Educación, del cual es investigadora principal la Prof. Dra. M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera.

proposes the convenience of a legal definition of multiple discrimination and of an open listing of discrimination reasons to improve the identification and to more accurately determine the damages caused by this situation. This paper also studies other solutions like the application of punitive damages or reasonable accommodation.

KEYWORDS

Multiple discrimination, damages, psychological damages, punitive damages, reasonable accommodation

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Concepto de discriminación múltiple.* III. *Dificultades en la regulación de la discriminación múltiple.* IV. *Hacia una regulación legal de la discriminación múltiple:* 1. Situación actual en el reconocimiento legal de la figura: 1.1 La situación en el ordenamiento jurídico español. 1.2 Otros ordenamientos jurídicos. 1.2.1 Modelo de definición y lista abierta: A) Ordenamiento canadiense. B) El ordenamiento de South Africa. 1.2.2 Modelo de lista cerrada y ámbito de aplicación limitados: A) Unión Europea B) Reino Unido 1.2.3 Modelo de declaración general y desarrollo jurisprudencial: Estados Unidos. 1.2.4 Otros modelos. 2. Aproximación a una propuesta de regulación legal de la figura: a modo de conclusión.—V. *Régimen Jurídico de la figura:* 1. Consecuencias jurídicas de la discriminación múltiple: 1.1 Nulidad. 1.2 Indemnización. 1.3 Sanciones. 2. Medidas positivas.—VI. *A modo de conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

El origen del concepto de discriminación múltiple se encuentra en una serie de situaciones en que la coexistencia de varios motivos de discriminación que operaban conjuntamente dejaba en una situación de invisibilidad supuestos claros de discriminación porque los mecanismos tradicionales para identificar tales supuestos y luchar contra ellos resultaban inadecuados. Así, por ejemplo, es paradigmático el caso de unas mujeres de raza negra que plantearon una demanda contra su empresa por considerar que las había discriminado por razón de sexo y raza conjuntamente al no haberlas ascendido o al no haberlas contratado. El tribunal resolvió afirmando que no existía discriminación por razón de género pues la misma empresa había ascendido y contratado a otras mujeres, de raza blanca, y aconsejaba presentar otra demanda solo por discriminación por raza. Sin embargo, bien pudiera ser que tampoco conside-

rando el factor raza se apreciara la existencia de discriminación pues otros hombres negros hubieran sido contratados o ascendidos. En efecto, al considerar aisladamente los motivos de discriminación, el fenómeno discriminatorio es indetectable pues no se discrimina ni a las mujeres ni a los negros en general sino a las mujeres negras en particular. La experiencia de las mujeres negras no coincide ni con la de las mujeres ni con la de los negros.

Otras veces se produce una situación paradójica pues la protección de determinadas minorías para evitar precisamente discriminaciones en su contra, perpetúa situaciones de discriminación que practica dicha minoría versus un grupo minoritario dentro de ella. Así sucede, por ejemplo, con las mujeres musulmanas en la India donde el Gobierno con la intención de preservar las costumbres y la cultura musulmanas, minoritaria en el país, mantiene una postura no intervencionista en ese grupo social permitiendo que se rija en buena medida por sus propias reglas lo cual supone el mantenimiento de una normativa claramente discriminatoria para la mujer musulmana. La experiencia de estas no coincide ni con la de las mujeres en general ni con la de los musulmanes en general sino que son discriminadas por su condición de mujeres musulmanas. El factor género y religión deben considerarse conjuntamente pues de lo contrario no se comprende el fenómeno discriminatorio.

En este contexto pues surge el concepto de discriminación múltiple como un supuesto de discriminación en que operan varios motivos de discriminación conjuntamente. Pese a que el fenómeno está detectado en la realidad social, su regulación legal es todavía muy tímida y consiste más en referencias al término que a la definición de su concepto o su régimen jurídico.

En este trabajo se propone una definición de la figura de la discriminación múltiple así como de su régimen jurídico teniendo en cuenta las necesidades y características de nuestro ordenamiento.

II. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

La discriminación múltiple en un sentido amplio describe aquella situación en que se produce una discriminación por diversos motivos. La discriminación supone que una persona es tratada de forma menos favorable de lo que hubiera sido otra en su misma situación; la discriminación múltiple supone que dicha discriminación se debe a diferentes motivos. En efecto, es posible que una persona sea rechazada en un trabajo por ser mujer y también es posible que lo sea por ser inmigrante en cuyo caso hablaríamos de

discriminación simple por razón de género o de origen. Pero, en determinadas ocasiones, la discriminación no se produce por un motivo aislado sino por la concurrencia de varios de ellos al mismo tiempo y es entonces cuando hablamos de discriminación múltiple.

Este fenómeno está claramente vinculado al hecho de que las personas tienen una identidad compuesta por múltiples facetas². La sociedad tiende a ver y tratar al individuo como un todo que engloba todas esas identidades y, por ello en un buen número de ocasiones, las discriminaciones se producen por diferentes motivos globalmente considerados y no por uno aislado. Analizar esa discriminación múltiple bajo el prisma de uno solo de esos motivos, como sucede con la mayor parte de las normas antidiscriminatorias actuales, supone tener una visión parcial del fenómeno discriminatorio³.

La doctrina suele coincidir en clasificar la discriminación múltiple como discriminación múltiple adicional (o doble o compuesta o cumulativa) y discriminación múltiple interseccional⁴. La primera supondría la existencia de varios motivos de discriminación al mismo tiempo de forma que un motivo se añade a otro creando una carga añadida. Así, se dice, una mujer inmigrante sufriría esta forma de discriminación si en un trabajo fuera rechazada por exigirse unas aptitudes físicas que se presume que la mujer no tiene y en otro donde por motivos de seguridad se rechazara a los no nacionales⁵. O también cuando en un proceso de selección para un puesto de trabajo se exigen una serie de requisitos como la edad, la

² La doctrina extranjera alude a la diversidad de factores que componen la identidad como presupuesto de la discriminación múltiple. Así, FREDMAN, Sandra; «Double trouble: multiple discrimination and EU law», en *European Antidiscrimination Law Review*, 2005, núm. 2, p. 13. MOON, Gay, «Multiple discrimination: problems compounded or solutions found» en <http://www.justice.org.uk/images/pdfs/multipliediscrimination.pdf> (20 enero 2012), p. 3.

³ MOON, Gay, «Multiple discrimination: problems compounded or solutions found»... cit., pp. 2-3.

⁴ DUVEFELT, Sabine-SJÖLANDER, Carolina, Multiple discrimination. Addressing Complex Discrimination in a Complex Society, en www.diva-portal.org/diva/gerDocument?urn_nbn_se_oru_diva-1912-2_fulltext.pdf. (20 enero 2012), pp. 5-6; HANNET, Sarah, Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, vol. 23, núm. 1, p. 68. Aunque añaden otros tipos de discriminación múltiple, también contemplan estos dos supuestos MOON, G., «Multiple discrimination: problems compounded or solutions found»... cit., pp. 4-5, MAKKONEN, Timo, Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, abril 2002 (disponible en <http://web.abo.fi/institut/imr/norfa/timo.pdf> a fecha de 17 de febrero de 2012), pp. 9 ss. y European Commission, *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*, september 2007, (disponible en fecha de 17 de septiembre de 2012 en la dirección electrónica http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/stud/multidis_en.pdf), pp. 16-17.

⁵ El ejemplo es de MAKKONEN, T., Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore, cit., p. 11. Sin embargo, como veremos, quizás sea más adecuado tratar esta situación como dos discriminaciones simples.

nacionalidad, experiencia en un determinado país,... que implican que un inmigrante con experiencia en otro país,... pueda ser discriminado por varios motivos al mismo tiempo⁶.

La discriminación múltiple interseccional describe una situación en que la coexistencia de varios motivos de discriminación produce una forma única y nueva de discriminación que implica que dichos motivos no puedan analizarse de forma separada. Aquí la discriminación se identifica con la concurrencia de varios factores de discriminación que interactúan de tal forma que surge de ellos una situación discriminatoria diferente. De hecho, uno de los primeros trabajos sobre el tema estudia los efectos combinados de la discriminación que sufren las mujeres negras por su género y su raza conjuntamente⁷. La autora pone de relieve que la normativa antidiscriminatoria tiende a definir la discriminación en términos de raza o sexo y que el paradigma de la discriminación por sexo suele partir de la experiencia de la mujer blanca y el modelo de discriminación por raza suele basarse en la experiencia de los más privilegiados negros de tal manera que la mujer negra solo será protegida frente a la discriminación cuando su experiencia coincida con la de las mujeres blancas o la de los hombres negros pero, cuando no sea así, la mujer negra queda desprotegida por cuanto la normativa no contempla que pueda existir una discriminación nueva provocada por la interacción de la raza y el sexo de la que surge una experiencia discriminatoria nueva y diferente⁸.

Poco a poco el concepto se ha ido estudiando por la doctrina que ha ido identificando nuevos supuestos de discriminación múltiple desarrollando una concepción más amplia de la figura que en ocasiones parece que, más que aclarar los términos, hace más difusa su definición. Así se añade una tipología más de discriminación múltiple denominada específicamente discriminación múltiple cuando una persona es discriminada en diferentes momentos por diversos motivos que operan separadamente⁹. Así, una mujer dis-

⁶ El supuesto es recogido por MOON, G., «Multiple discrimination: problems compounded or solutions found»... cit., p. 4.

⁷ CRENSHAW, Kimberly, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics» en WISBERG, D. Kelly, *Feminist Legal Theory. Foundations*, EUA, 1993, pp. 383 ss. La autora analiza la demanda que interpusieron un grupo de mujeres negras contra la General Motors alegando que, al no contratarlas o no ascenderlas, las había discriminado por razón de género y raza. El Tribunal resolvió que no existía discriminación por género pues otras mujeres, al parecer blancas, fueron contratadas o ascendidas y recomendaba interponer una nueva demanda solo por discriminación por razón de raza. Al analizar el caso desde la perspectiva de solo un criterio queda desvirtuada la discriminación sufrida por las mujeres negras pues su experiencia difiere de las de las mujeres blancas.

⁸ CRENSHAW, K., *op. cit.*, pp. 386-387.

⁹ MAKKONEN, T., Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore, cit., p. 10 y la recoge posteriormente

capacitada puede sufrir una discriminación por razón de género en un proceso de selección laboral y en otro momento sufrir una nueva discriminación por su discapacidad en el acceso a un edificio público¹⁰. Incluso en cada una de esas sucesivas discriminaciones puede ser discriminada no por un motivo sino por varios¹¹.

No existen muchos trabajos entre nuestra doctrina que aborden en profundidad la figura de la discriminación múltiple y, cuando se hace, se presenta una actitud crítica hacia esta variedad tipológica. La aproximación que hace la doctrina española al concepto de discriminación múltiple está próxima a lo que se ha denominado discriminación múltiple interseccional que se produce cuando una persona es discriminada por diferentes motivos en un mismo momento y situación de tal forma que estos interactúan de alguna forma¹². Así, se dice que, para que pueda hablarse de discriminación múltiple, es fundamental que la discriminación por diferentes motivos se dé en un mismo momento por lo que la discriminación múltiple como una tercera tipología que supone que se dan sucesivas discriminaciones en el tiempo por un motivo diferente cada vez de forma que estos operan de forma separada no puede considerarse realmente una forma de discriminación múltiple¹³. Por otra parte, se critica que la llamada discriminación adicional sea un tipo diferenciado de discriminación múltiple por cuanto, cuando dos o más factores de discriminación operan simultáneamente en un determinado caso, necesariamente se produce algún tipo de interacción entre ellos¹⁴ por lo que de alguna forma se reconduce

el Informe de la Unió Europea European Commission; Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws, cit., p. 16.

¹⁰ El ejemplo es de MAKKONEN, T., Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore, cit., p. 10.

¹¹ MOON, G., «Multiple discrimination: problems compounded or solutions found»... cit., p. 4.

¹² Así, REY MARTÍNEZ, Fernando, «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2008, núm. 84, p. 266. En similar sentido, CASTRO ARGÜELLES, M.^a Antonia-ÁLVAREZ ALONSO, Diego, *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Cizur Menor, Navarra, 2007, p. 110, donde afirman que «el excesivo apego de algunas normas y de la generalidad de operadores jurídicos a la tipificación expresa de las causas de discriminación prohibidas hace que, a menudo, queden huérfanas de tutela aquellas distinciones de trato que no es posible reconducir a uno u otro factor discriminatorio concreto, pues resultan de una más o menos compleja interacción entre dos o más de ellos».

¹³ REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 265-266 que afirma que «el dato de que los diversos factores se presenten la vez en el caso concreto es fundamental, a mi juicio, para poder calificar a una discriminación en puridad como una discriminación "múltiple". Que una persona experimente diversas discriminaciones en el tiempo por diferentes motivos es un hecho lamentable, por supuesto, pero no permite que el ordenamiento ofrezca una respuesta adecuada para el caso concreto que tenga en cuenta la complejidad del trato discriminatorio».

¹⁴ REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 266, dice: «Presentándose en un mismo caso, por tanto, simultáneamente, diversos factores de discriminación, la combinación resultante es, de modo

la discriminación adicional o compuesta a la discriminación interseccional.

Es cierto que, para que el ordenamiento jurídico pueda tener en cuenta el fenómeno de la discriminación múltiple, debe producirse algún tipo de discriminación diferente de la discriminación simple pues la mera sucesión en el tiempo de discriminaciones por un solo motivo no aporta una problemática social distinta de la que ya se intenta abordar desde el derecho antidiscriminatorio tradicional. En efecto, que una persona sufra en un determinado momento una discriminación por un motivo y posteriormente otra por otro factor diferente sin que exista entre esas dos situaciones ningún nexo de unión, no debe considerarse una discriminación múltiple sino una sucesión de discriminaciones simples, execrables como toda discriminación, pero que debe ser abordada a través de los medios tradicionales antidiscriminatorios¹⁵. Cada una de las discriminaciones deberá tener las consecuencias del artículo 10 LOI (nulidad, indemnización y sanciones) y los poderes públicos deberán intentar prevenir que una persona que pertenezca a esos dos grupos de riesgo sufra esas situaciones discriminatorias a través de la previsión de medidas dirigidas a proteger a esos dos grupos de riesgo. Pero si no existe ningún punto de conexión entre esas dos discriminaciones, las consecuencias jurídicas deben solicitarse independientemente y las medidas de los poderes públicos deberán regularse por separado para cada grupo de riesgo. En efecto, si una mujer con discapacidad es discriminada en un trabajo por ser mujer pero no por su discapacidad y posteriormente en un edificio público al que no puede acceder por su discapacidad y con independencia de su género, no hay relación de ningún tipo entre una y otra situación que permita atacar esas discriminaciones conjuntamente o prever algún tipo de medidas preventivas conectadas. Pueden tomarse medidas positivas para evitar que la mujer sea discriminada en el trabajo, sea discapacitada o no, y medidas para garantizar el acceso de los discapacitados a los edificios, sean hombres o mujeres.

Por otra parte, en relación a la discriminación múltiple adicional o acumulativa, creemos que es claramente un supuesto de discriminación múltiple cuando existe algún tipo de relación entre los motivos que la provocan. Ello puede suceder tanto si esos factores coinciden en el tiempo como si se producen en un momento diferente pues lo que determinará que estemos ante una situación rele-

necesario, el producto de algún tipo de interacción entre ellos. La identificación de un factor predominante al que se añaden otros es misión intelectualmente ardua, si no imposible».

¹⁵ En este punto, nos parece muy acertada la crítica de REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 265-266.

vante desde el punto de vista de la discriminación múltiple será que exista algún tipo de relación entre ellos.

En efecto, cuando un determinado sector del mercado de trabajo discrimina sistemáticamente a las mujeres y a los discapacitados, es evidente que una mujer discapacitada se encuentra en una situación de desventaja a la hora de conseguir un trabajo en relación a las mujeres no discapacitadas y en relación a los hombres discapacitados; una mujer sin discapacidad tiene el riesgo de sufrir una discriminación en el ámbito laboral y un hombre con discapacidad también pero una mujer discapacitada tiene el doble de riesgo de sufrirla y no tener eso en cuenta supone alejarse de las discriminaciones reales que sufren las personas concretas. Los poderes públicos deben tener en cuenta tal situación para detectar como grupo de riesgo de sufrir discriminaciones en el mercado laboral a las mujeres con discapacidad y tomar medidas al respecto. Cuestión diferente es que esas discriminaciones que se han producido en momentos y situaciones diferentes puedan ser atacadas jurídicamente de forma unitaria pues si cada empresario ha discriminado solo por un motivo no puede hacerse responsable a cada uno de ellos de vulneraciones del derecho a la igualdad cometidas por otros empresarios.

Por otra parte, si la acumulación de motivos se da en una misma situación y un periodo temporal único, se produce una interacción entre los motivos de discriminación que sitúa el problema en el ámbito de la discriminación múltiple. Si, por no abandonar el ejemplo anterior, un mismo empresario discrimina a una mujer discapacitada por su género y su discapacidad conjuntamente se produce una discriminación múltiple acumulativa o adicional porque existe una relación entre los factores de discriminación que no nos permite comprender en toda su magnitud el fenómeno discriminatorio producido si no los analizamos de forma unitaria. Una mujer sería discriminada por ese empresario por su género, un hombre discapacitado lo sería por su discapacidad pero una mujer discapacitada lo es por su género y por su discapacidad por lo que comparada con el hombre discapacitado y la mujer sin discapacidad tiene la mitad de posibilidades de ser contratada pues es doblemente discriminada. Es cierto que si preparara la defensa alegando discriminación por uno solo de los motivos, esta puede ser identificada y apreciada. Ahora bien, el hecho de que en realidad la discriminación se haya producido por dos motivos es una forma agravada de discriminación y si no se tiene ello en cuenta se ataca el fenómeno discriminatorio solo parcialmente. Es cierto que el resultado de contemplar solo un factor o ambos es el mismo: no haber contratado a

la víctima. Por ello, el daño patrimonial producido en este caso probablemente no varía si abordamos el caso como una discriminación simple o múltiple. Sin embargo, el daño moral que sufra la persona sí puede ser cuantitativamente mayor si la discriminación se produce conjuntamente por dos motivos. Por otra parte, en la medida en que el mismo empresario está discriminando por esos dos motivos a la misma persona, se le puede hacer responsable conjuntamente de ellos y considerarse que realiza una forma agravada de discriminación y tenerse ello en cuenta en el ámbito de las sanciones.

Por último, la denominada discriminación interseccional es probablemente el caso más claro de discriminación múltiple pues en ella la interrelación entre los factores de discriminación provoca que salgan a la luz supuestos de discriminación que de considerarse aisladamente quedarían velados. En efecto, si una mujer musulmana es discriminada en un proceso de selección laboral por llevar velo, está siendo discriminada por su género y por su religión conjuntamente de forma que existe una conexión tal entre esos factores que, de considerarlos aisladamente, la discriminación permanecería oculta. Si abordamos el caso desde el punto de vista de una discriminación simple por género esta puede no manifestarse si hay otras mujeres que han sido contratadas y si lo hacemos desde la perspectiva de la religión puede alegarse que han sido contratados hombres musulmanes y que, por tanto, la religión no ha sido un factor determinante y discriminatorio en el proceso de selección. La experiencia discriminatoria sufrida por la mujer musulmana que lleva velo se debe a su género y a su religión conjuntamente considerados. A diferencia de lo que sucede en la discriminación múltiple adicional la discriminación no es relevante por ser cualitativamente peor sino por ser cualitativamente diferente¹⁶.

En conclusión, la discriminación múltiple es aquella discriminación producida con base en dos o más factores que presentan un nexo de unión que supone que actúan de forma interrelacionada. Cuando esa interrelación implica una forma agravada de discriminación hablaremos de discriminación múltiple adicional o acumulativa y cuando supone que afloran experiencias discriminatorias que permanecerían ocultas de no considerarse los factores unitariamente, hablaremos de discriminación múltiple interseccional.

¹⁶ En estos términos, que nos parecen muy gráficos, se expresa HANNET, S., *op. cit.*, p. 81. En realidad podríamos decir también que la discriminación múltiple adicional es cuantitativamente peor y la discriminación interseccional es cualitativamente diferente.

III. DIFICULTADES EN LA REGULACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

Pese a que actualmente tanto la legislación como la doctrina empiezan a ser conscientes de la problemática específica que entraña la discriminación múltiple, lo cierto es que tradicionalmente este tipo de discriminación ha pasado desapercibido. En efecto, la gran dificultad a la que se ha enfrentado esta figura ha sido en muchas ocasiones su invisibilidad.

En buena medida ello se ha producido porque muchas veces sufre este fenómeno una minoría dentro de una minoría de tal manera que se produce la paradoja de que los poderes públicos, para defender y proteger una minoría étnica, religiosa,... permite determinadas prácticas en su seno sin percatarse de que constituyen una discriminación versus un sector de esa minoría¹⁷. Así sucede por ejemplo, con la mujer musulmana en la India donde los poderes públicos protegen las leyes y costumbres de la minoría musulmana sin tener en cuenta que estas son claramente discriminatorias para la mujer musulmana que es discriminada por ser mujer musulmana, es decir, por su género y su religión¹⁸. Igual sucede, por ejemplo, con la mujer gitana cuya experiencia discriminatoria diferenciada puede quedar oculta por las necesidades generales del colectivo gitano¹⁹ y que, por ejemplo, suele contraer matrimonio por el rito gitano y tener hijos a edades muy tempranas lo cual conlleva una carga añadida a la hora de acceder a la educación. En definitiva, ello pone de manifiesto el dilema sobre si el Estado debe intervenir o mantenerse neutral para que el respeto a las minorías quede garantizado²⁰.

Por otra parte, los grupos de defensa de determinadas minorías históricamente discriminadas (movimiento feminista, antirracista,...) tienden a homogeneizar sus características y sus reivindicaciones para fortalecer más su posición por lo que suelen desatender las peculiaridades y necesidades específicas de las minorías dentro de su grupo²¹.

¹⁷ REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 268, y BELL, Mark, «Racism and Equality in the European Union», en *Iguales y diferentes ante el Derecho privado* (Dir. Susana Navas Navarro, Coords. Sandra Camacho Clavijo y Alejandra de Lama Aymà), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 187 ss.

¹⁸ Así lo recoge la abogada y activista india Vrinda Narain en su artículo NARAIN, Vrinda; «Women's rights and the accommodation of "difference": muslim women in India», en *Southern California Review of Law and Women's Studies*, 1998, pp. 1 ss.

¹⁹ Así lo destaca REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 268.

²⁰ NARAIN, Vrinda, *op. cit.*, p. 8, y BROWNSTEIN, Alan, «Beyond separatism: Church and State. Protecting Religious Liberty: The False Messiahs of Free Speech Doctrine and Formal Neutrality», en *Journal of Law and Politics*, 2002, pp. 1-60.

²¹ Así lo denunciaba Kimberly Crenshaw en su trabajo CRENSHAW, K., «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: a Black Feminist Critique of Antidiscrimination

En el plano estrictamente jurídico, uno de los problemas a la hora de enfrentarse a la figura de la discriminación múltiple es la dificultad de encontrar una situación comparable. La utilidad de la situación comparable es doble pues por una parte, permite probar la existencia de discriminación y por otra, determinar los motivos por los que se ha producido²². En efecto, cuando una discriminación se produce por la pertenencia de una persona a un grupo necesariamente hemos de recurrir a una situación comparable y esa comparación se produce entre la persona que pertenece un grupo determinado y alguien perteneciente al contrario. Así una mujer habrá sido discriminada por razón de género si en la misma situación un hombre ha sido o hubiera sido tratado de forma más favorable. La comparación se hace, pues, entre la persona del género presuntamente discriminado y el contrario.

Sin embargo, el rol de la situación comparable es especialmente difícil en las situaciones de discriminación múltiple²³. En efecto, si escogemos un único motivo de discriminación para establecer la comparación, el fenómeno discriminatorio puede permanecer oculto (discriminación múltiple interseccional) o no apreciarse en toda su magnitud (discriminación múltiple adicional). Así, en el supuesto de la mujer musulmana que no es aceptada en un proceso de selección por ser mujer y por ser musulmana conjuntamente, la discriminación que ha sufrido deviene invisible pues si analizamos el caso en base al género, el empresario podría alegar que otras mujeres han sido contratadas sin importar que no fueran musulmanas. Si se abordara el caso desde la perspectiva de la religión, el empresario podría alegar que otros musulmanes han sido contratados sin importar que fueran hombres. Para comprender el fenómeno discriminatorio en toda su magnitud es preciso hacer una comparación con doble criterio, género y religión, y comparar el trato recibido por la mujer musulmana con el que hubiera recibido un hombre sin esa religión. Lo mismo sucedería en el caso de que se hubiera impedido llevar un pañuelo en la cabeza en el lugar de trabajo a dicha mujer musulmana si bien aquí quizás la situación ni siquiera es comparable a la del hombre no musulmán que no se encuentra en una situación comparable.

En conclusión, la elección de una situación comparable que tenga en cuenta dos o más motivos de discriminación es indispen-

Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», cit., pp. 387-393. Posteriormente también lo han destacado MAKKONEN, T., Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore, cit., pp. 18 ss. Y entre nuestra doctrina REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 268-269.

²² MOON, G., *op. cit.*, p. 8

²³ HANNET, S., *op. cit.*, p. 83; MOON, G., «Multiple discrimination: problems compounded or solutions found»... cit., pp. 6-9, DUVEFELT, S.-SJÖLANDER, C., *op. cit.*, pp. 13-15.

sable para analizar en toda su magnitud el fenómeno de la discriminación múltiple y aquella debe elegirse con flexibilidad.

Por otra parte, cuando los motivos de discriminación se configuran como una lista cerrada, existen situaciones que entrañan una discriminación múltiple que no pueden alegarse como tales en los tribunales por cuanto uno de los motivos de discriminación no está expresamente contemplado por la legislación²⁴. Es cierto que en la legislación española ello no sucede pues el artículo 14 CE hace una enumeración de motivos concreta pero añade una cláusula abierta para dar cabida a otros criterios de discriminación no recogidos expresamente.

En cualquier caso, no es frecuente que se alegue la discriminación múltiple ante los tribunales. En parte, ello es así porque es más difícil probar dos o más motivos de discriminación que uno solo por lo que se suele apostar por aquel que resulta más evidente. Además, cuando estamos ante una discriminación múltiple interseccional, si el enfoque de la misma no se hace correctamente la discriminación puede permanecer oculta de forma que no se estime la demanda²⁵. En efecto, si se analiza por separado la existencia de los motivos de discriminación y, una vez probada la existencia de cada motivo de discriminación de forma aislada, se pretende buscar una interrelación entre ellos, esta aparecerá si estamos ante una discriminación múltiple adicional pero no si estamos ante una discriminación múltiple interseccional pues en esta, por definición, solo se hace visible la discriminación cuando observamos los motivos conjuntamente pero permanece oculta si los analizamos por separado.

Así sucedió en el paradigmático caso *Bahl vs. The Law Society* donde se alegaba la existencia de doble discriminación al entender que se había discriminado a la demandante en el ámbito laboral por motivos de sexo y raza²⁶. La demanda fue estimada en primera instancia pero el tribunal de apelación entendió que debía considerarse aisladamente el motivo de discriminación por raza y el motivo de discriminación por sexo y, en caso de existir esas discriminaciones, lo cual no sucedía en ese supuesto, ponerlas en relación. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de la Judicatura²⁷.

²⁴ DUVEFELT, S.-SJÖLANDER, C., *op. cit.*, pp. 15-16.

²⁵ HANNET, S., *op. cit.*, p. 80; DUVEFELT, S.-SJÖLANDER, C., *op. cit.*, pp. 16-17, y MOON, G., *op. cit.*, pp. 5-6.

²⁶ Caso *Bahl vs. The Law Society* (2004), EWA Civ 1070 (30 July 2004).

²⁷ Concretamente la Supreme Court of Judicature dice «... In our judgement it was necessary for the ET to find the primary facts in relation to each type of discrimination against each alleged discriminator and then to explain why it was making the inference which it did in favour of Dr. Bahl on whom lay the burden of proving her case. It failed to do so, and thereby, as the EAT correctly found, erred in law».

En nuestro ordenamiento, tampoco encontramos jurisprudencia que aprecie la existencia de discriminación múltiple cuando podría hacerlo. Así, la doctrina lo pone de relieve en relación, por ejemplo, a la STC 69/2007, de 16 de abril, donde se analiza el caso de una mujer gitana que vio como le denegaban la pensión de viudedad por haber contraído matrimonio por el rito gitano no reconocido por la ley²⁸. En efecto, la discriminación no se hubiera sufrido por una mujer paya que hubiera contraído matrimonio católico, único válido en aquel momento. Tampoco se hubiera sufrido normalmente por un hombre gitano pues aunque en el plano teórico podría haberla solicitado y se le habría denegado por el mismo motivo, en la mayor parte de los casos pocos hombres cumplen los requisitos para solicitar la pensión. Por ello, la demandante vio denegada su solicitud por ser mujer y por ser gitana a la vez.

El supuesto de esta sentencia trae a colación una última dificultad en relación a la discriminación múltiple que consiste en que en ocasiones la discriminación múltiple, que ya en sí misma entraña una dificultad añadida en su identificación, coincide con una discriminación indirecta, modalidad menos fácilmente detectable que la discriminación directa. En efecto, en el plano teórico y desde una perspectiva aséptica la mujer gitana no es más discriminada que el hombre gitano pues ambos contraen matrimonio por el rito católico. Sin embargo, lo cierto es que en el ámbito de la pensión de viudedad no aceptar el matrimonio por el rito gitano es una medida que, aunque aparentemente neutra, afecta en mayor número de una forma notablemente significativa a la mujer gitana que al hombre gitano.

IV. HACIA UNA REGULACIÓN LEGAL DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

1. SITUACIÓN ACTUAL EN EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA FIGURA

1.1 La situación en el ordenamiento jurídico español

En nuestro ordenamiento jurídico interno, la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁹, en adelante LOI, dice en el apartado II *in fine* de la Exposición de Motivos que «(S)e contempla, asimismo, una especial consideración con

²⁸ Analiza el caso REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 282 ss.

²⁹ BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan una especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad». Sin embargo, en su articulado la LOI no hace ninguna definición del concepto ni desarrolla medidas concretas para luchar contra la discriminación múltiple. Únicamente en el artículo 14.6 se establece como criterio general de actuación de los poderes públicos «(L)a consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente medidas de acción positiva».

Por tanto, la LOI hace referencia a la figura de la doble discriminación y prevé la posibilidad de tomar medidas de acción positiva en relación a determinados grupos de riesgo sin concretar cuáles pueden ser. En primer lugar, creemos preferible hablar de discriminación múltiple en lugar de discriminación doble pues es posible que se interrelacionen dos motivos de discriminación pero también más de dos. En segundo lugar, la LOI utiliza una curiosa forma de determinar los motivos o factores de discriminación pues en lugar de hacer referencia directa a ellos los plasma en grupos de riesgo concretos. Así, por ejemplo, cuando habla personas discriminadas por su género y su edad hace referencia a niñas. Por otra parte, no se hace una descripción del concepto de discriminación múltiple que permita identificar las situaciones en que se produce. Y, finalmente, prevé la posibilidad de tomar medidas de acción positiva cuando estemos ante grupos de especial vulnerabilidad por concurrir en ellos diferentes factores de discriminación potencial pero de forma muy general. El legislador es consciente del problema así como de su gravedad pero la regulación de su régimen legal está todavía en una fase embrionaria.

1.2 Otros ordenamientos jurídicos

1.2.1 MODELO DE DEFINICIÓN Y LISTA ABIERTA

A) *El ordenamiento canadiense*

Otra fórmula es la descripción del funcionamiento de la figura de la discriminación múltiple como se ha hecho en el ordenamiento jurídico canadiense. En efecto, la legislación canadiense es una de

las más avanzadas en lo referente a la lucha contra la discriminación múltiple pues no solo han identificado la existencia del problema sino que ha abordado directamente su regulación legal.

Por una parte, Canadá parte de una lista abierta de motivos de discriminación. Así, la Section 15 de la Charter of Rights and Freedoms establece en su apartado primero que «(E)very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and in particular without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability» y añade en el segundo que «does not preclude any law program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability». En los primeros borradores del precepto se partía de una lista tasada pero finalmente se optó por una lista abierta de forma que junto con los motivos recogidos expresamente pueden darse otros pues el listado es meramente ejemplificativo como se desprende del uso expresión «in particular»³⁰. De ahí que los tribunales acepten los «enumerated grounds» pero también los llamados «analogous grounds»³¹.

El ordenamiento jurídico canadiense se suele poner como ejemplo de lucha contra la discriminación³² y uno de los elementos clave para hacerlo ha sido la capacidad de construir un sistema que se caracteriza por buscar la igualdad sustantiva frente a la meramente formal³³ y a su flexibilidad. Y es esa flexibilidad la que ha permitido llegar a una regulación expresa de la discriminación múltiple.

³⁰ SHARPE, Robert J.-ROACH, Kent, *The Charter of Rights and Freedoms*, Canadá, 2009, pp. 310-311.

³¹ Para que se considere que se ha violado la Section 15 debe probarse que ha habido un trato diferente en base a uno de los motivos tasados u otro análogo. La existencia de un motivo de discriminación análogo se acepta cuando la discriminación se basa en una característica personal que sea parte inherente del individuo y que sea inmutable o bien mutable pero solo con un inaceptable coste de la identidad personal. SHARPE-ROACH; *The Charter of Rights and Freedoms*, pp. 327-328.

³² Hay que reconocer, sin embargo, que esa visión procede de otros países pues los juristas canadienses son mucho más críticos con su sistema. Así, PORTER, Bruce, «Expectations of Equality», en *Diminishing returns. Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Sheila McIntyre- Sanda rodgers), Canadá, 2006, pp. 23-44.

³³ MORAN, Mayo, «Protesting too much: rational basis review under Canada's Equality Guarantee», en *Diminishing returns. Inequality and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Sheila McIntyre- Sanda rodgers), Canadá, 2006, p. 80, quien contrapone el sistema de igualdad sustantiva canadiense al de la igualdad formal del sistema americano si bien advierte en su trabajo del peligro de utilizar herramientas excesivamente flexibles para llegar a esa igualdad sustantiva.

En el caso *Law v. Canada (Minister of employment and immigration)*, [1999] S.C.J., núm. 12, [1999] 1 S.C.R. 497 se estableció una aproximación al análisis de la existencia de discriminación basado en la idea de la dignidad que se fundamenta en el análisis de la preexistencia de desventajas, estereotipos, prejuicios o vulnerabilidad en el grupo repre-

Aunque existía protección constitucional de la igualdad pronto se vio que esta no era suficiente para las víctimas y que se hacía necesaria una protección legislativa. Fruto de esta percepción surgió una multiplicidad de leyes sobre igualdad procedentes de las diferentes provincias canadienses que luchaban contra la discriminación por diferentes motivos y en diferentes ámbitos. Finalmente, el Parlamento de Canadá promulgó un estatuto antidiscriminación que comprendía las legislaciones de las provincias y creó una comisión para gestionarlo. Nació así en 1985 la *Canadian Human Rights Act*³⁴.

En la sección 3.1 de la *Canadian Human Rights Act* de 1985 se añadió un párrafo en 1998 titulado *Multiple grounds of discrimination* que reza como sigue: «For greater certainty, a discriminatory practice includes a practice based on one or more prohibited grounds of discrimination or on the effect of combination of prohibited grounds»³⁵.

Es decir, se considera discriminación cuando esta se basa en uno o en más criterios de discriminación o en la combinación de diferentes motivos. Lógicamente se está haciendo referencia a la discriminación múltiple que supone la acumulación de diferentes motivos de discriminación (discriminación múltiple adicional) o por el efecto combinado de varios motivos de discriminación (discriminación múltiple interseccional).

Esta parece una buena fórmula pues es suficientemente amplia para que tenga cabida en ella cualquier forma de discriminación

sentado por el demandante, en la existencia de un motivo de discriminación, en la intención de mejora de la legislación impugnada relativa al grupo afectado y en la naturaleza de los intereses afectados. Se trata, advierte el tribunal, de un sistema flexible y contextualizador por lo que dichos factores deben analizarse con cierta plasticidad.

Sin embargo, la doctrina mira con reticencias acudir a un concepto tan abstracto como la dignidad para analizar la existencia o no de discriminación. MORAN, Mayo, «Protesting too much: rational basis review under Canada's Equality Guarantee», p. 93, dice que, si bien la *section 15* de la *Charter of Rights and Freedoms* supuso un alejamiento del sistema americano y una concepción de la igualdad más adecuada a los problemas actuales, debe advertirse del peligro de que la idea de igualdad sustantiva y dignidad de la persona nos alejen del auténtico propósito de la *section 15* de la *Charter of Rights and Freedoms*. En la misma línea O'CONNELL, Rory, «The role of dignity in equality law: Lessons from Canada and South Africa», en *International Journal of Constitutional Law*, 2008, núm. 6, p. 9, que sostiene que el concepto de dignidad es borroso y puede entorpecer la búsqueda de la igualdad sustantiva.

También se ha dicho que unir igualdad y dignidad supone restringir el ámbito de los derechos sociales desde la igualdad. Así, FUDGE, Judy, «Substantive equality, the Supreme Court of Canada, and the limits to redistribution», en *South African Journal on Human Rights*, 2007, vol. 23-2, pp. 241-242.

³⁴ Para un estudio de los antecedentes históricos de la *Canadian Human Rights Act*, ver TARNOPOLSKY, Walter Surma, *Discrimination and the Law in Canada*, Toronto, 1982, pp. 25-31.

³⁵ Puede consultarse en <http://laws.justice.gc.ca/en/H-6/index.html> a fecha de 1 de septiembre de 2010.

múltiple y no encuentra el obstáculo de la enumeración de combinaciones concretas de motivos de discriminación. Por otra parte, al hacer una descripción de la forma en que se produce la discriminación múltiple permite extraer una definición de la figura que puede ser utilizada por los operadores jurídicos.

En efecto, al margen de que quiera hacerse una enumeración de combinaciones concretas de motivos de discriminación sería conveniente hacer una descripción de la figura que haga referencia a la posibilidad de que la discriminación se deba a dos o más motivos, que aparecen de forma interrelacionada, ya sea porque se suman en un mismo ámbito de forma relevante, ya sea porque la discriminación aparece por el efecto combinado de varios motivos de discriminación.

El concepto de discriminación múltiple ha sido muy útil en la lucha contra la discriminación de la población aborígena canadiense y existen diferentes sentencias que hacen referencia a ella³⁶. Sin embargo, es especialmente representativo el caso *Radek v. Henderson Development*³⁷ donde se aborda el caso de Gladys Radek, una mujer aborígena de mediana edad que padece una discapacidad y que tiene una situación económica problemática. Un vigilante de seguridad se comportó de forma agresiva con ella en un centro comercial por lo que el tribunal consideró que aquel la había considerado sospechosa en base a su identidad de mujer aborígena con una discapacidad y una difícil situación económica. El Tribunal afirma en la sentencia «[I]n my analysis of the individual aspect of this complaint, I have discussed how the intersection of prohibited grounds of discrimination may result in compound discrimination. In my view, the systemic aspect of this complaint also exhibits this characteristic. People who were both aboriginal and disabled, such as Ms. Radek, Ms. Wolfe and Mr. Heirber and his partner, as well as others discussed in these reasons, were particularly liable to be viewed as suspicious and undesirable, and thus subject to adverse treatment» y añade que «[T]o be singled out for treatment of the

³⁶ Así, en *Annette Martell and Saskatchewan Human Rights Commission v. Docker's Night Club, operated by United Enterprises Ltd.* [(2008), 63, C.H.R.R. D/187 (S.H.R.T.)] se aceptó la existencia de discriminación por raza y ancestros en un supuesto en que se negó la entrada a un night club a una persona aborígena alegando que no vestía como exigía el código de vestido del mismo cuando se demostró que se permitió entrar a otras personas que se alejaban incluso más de esas pautas de vestido pero que no eran aborígenes. También se considera que existe discriminación por estos motivos en *McNab v. Caliniuk Restaurants Inc* [(1995), 24 C.H.R.R. D/254 (Sask. Bd. Inq.)] por negar la posibilidad a la demandante de pagar a crédito en restaurante cuando dicha posibilidad existía para el público en general. En *Lilian Thunder and Saskatchewan Human Rights Commission v. Timothy Houk* (1998), 35 C.H.R.R. D/76 (Sask.Bd.Inq) se considera que Ms Thunder fue discriminada por raza y ancestros cuando un limpiador de alfombras realizaba comentarios insultantes contra las personas aborígenes, grupo al que pertenecía ella.

³⁷ *Radek v. Henderson Development* (2005), 52 C.H.R.R. D/430, 2005 BCHRT 302.

kind described in this decision, because of one's race or disability or a combination of those factors, constitutes a clear violation of the human dignity of all those so affected» para concluir «[I] also found that both respondents engaged in systemic discrimination on the basis of race, colour, ancestry and disability throughout the period of this complaint».

También se ha reconocido la existencia de discriminación múltiple en *C.S.W.U, Local 1611 v. SELI Canada Inc.*³⁸ donde se consideró que una empresa de construcción había discriminado a determinados trabajadores de procedencia latinoamericana por su raza, origen, color y ancestros al darles unas peores condiciones salariales y de trabajo que a otros trabajadores. El tribunal afirma que «[T]he grounds of race, color, ancestry and place of origin may be combined to define, in a comprehensive way, ethnic identity as a basis of discrimination (...) these four grounds are often combined as a kind of wide net to get a certain complex discriminatory conduct (...). In other words, these grounds intersect in a complex way to describe a set of characteristics which may result in discrimination. The concept of «intersectionality» has been discussed in a number of human rights decisions (...). The concept recognizes the reality that a persona may be subject to compound discrimination, as a result of the combined disadvantaging effect of a number of prohibited grounds».

En *Gassan Asad v. Kinexus Bioinformatics Corp.*³⁹ el tribunal consideró que se había discriminado al demandante, musulmán y de origen jordano, por razón de su raza, religión, lugar de origen y creencias políticas. Gassan Assad fue sometido a una enorme presión por sus superiores que le acusaban veladamente de tener algún tipo de relación con el atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001.

B) *El ordenamiento jurídico de South Africa*

La sección 9 de la Constitución de Sudáfrica establece:

1. *Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.*

2. *Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative*

³⁸ *C.S.W.U, Local 1611 v. SELI Canada Inc (n.º 8)*, (2008), 65 C.H.R.R. D/277, 2008 BCHRT 436.

³⁹ *Gassan Asad v. Kinexus Bioinformatics Corp.* [(2008), 63 C.H.R.R. D/423, 2008 BCHRT 293].

measures designed to protect or advance persons, or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination may be taken

3. *The state may not unfairly discriminate directly against anyone or one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.*

4. *No person may unfairly discriminate directly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (2). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination*

5. *Discrimination on one or more of the grounds listed in subsection (2) is unfair unless it is established that the discrimination is fair.*

El apartado 3 de la sección 9 de la Constitución enumera una extensa lista de motivos de discriminación pero además el hecho de que se utilice la expresión «including» sugiere que está prohibido discriminar sobre la base de uno o más motivos de discriminación cualesquiera que estos sean y que la enumeración posterior es meramente ejemplificativa. Parece, por tanto, que estamos ante un sistema de lista abierta.

Por otra parte, la previsión de que la discriminación pueda basarse en más de un motivo es palpable a lo largo de toda la sección 9 de la Constitución a través de la fórmula «one or more grounds». Aunque no se define la discriminación múltiple ni sus manifestaciones, es evidente la inclusión del concepto en la letra del precepto.

El ordenamiento sudafricano, como el canadiense, parten de la idea de igualdad como igualdad sustantiva dirigida a eliminar las desigualdades sistémicas que sufren determinados grupos especialmente vulnerables⁴⁰ y recurre al concepto de dignidad de la persona para definir la igualdad⁴¹. Por ello, la consecución de la igualdad pasa por una intervención estatal dirigida a eliminar las desigualdades sociales de grupos oprimidos.

Esta aproximación a la idea de igualdad, basada en la existencia de grupos sistémicamente vulnerables a la discriminación, es especialmente fértil en el ámbito de la discriminación múltiple pues esta se manifiesta en grupos que combinan diferentes característi-

⁴⁰ ALBERTYN, Catherine, «Substantive equality and transformation in South Africa», en *South African Journal on Human Rights*, 2007, vol. 23-2, pp. 253-276, quien sostiene que la idea de igualdad sustantiva debe suponer una forma de transformación social.

⁴¹ O'CONNELL, «The role of dignity in equality law: Lessons from Canada and South Africa», p. 5.

cas personales que les hacen especialmente vulnerables a sufrir una discriminación por varios motivos.

1.2.2 FÓRMULA DE LISTA CERRADA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN LIMITADOS

A) *Unión Europea*

En el ámbito del derecho europeo, pese a las dificultades inherentes a la figura, paulatinamente el legislador ha ido reconociendo de forma tímida su existencia. Así, la Directiva 2000/48/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico⁴² dice en su considerando 14 que «(E)n la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, la Comunidad en virtud del apartado segundo del artículo 3 de Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerado que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples» y en igual sentido se pronuncia el considerando 3 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁴³. También la Decisión 2000/750 del Consejo de la Unión Europea por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006)⁴⁴ dice en su considerando 5 que «... (E)l programa está encaminado tanto al intercambio de prácticas correctas ya vigentes en los Estados miembros como al fomento de la elaboración de nuevas prácticas y políticas en la lucha contra la discriminación, incluida la múltiple...» y en su artículo 2 añade que «(D)entro de las competencias comunitarias, el programa apoyará y complementará los esfuerzos efectuados en la Comunidad y en los Estados miembros por promover medidas de prevención y de lucha contra la discriminación múltiple, teniendo en cuenta, cuando corresponda, las medidas legislativas futuras...».

Sin embargo, como puede observarse, la normativa europea reconoce la existencia del fenómeno de la discriminación múltiple y la necesidad de luchar contra él pero no define el concepto de dis-

⁴² Diario Oficial de las Comunidades Europeas, núm. L 180, de 19 de julio de 2000, pp. 22-26.

⁴³ Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. L303, de 2 de diciembre de 2000.

⁴⁴ Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. L 303, de 2 de diciembre de 2000.

criminación múltiple ni establece una regulación al respecto. En cualquier caso, el mero hecho de hacer referencia a la figura ya pone de relieve la importancia que el legislador europeo le concede como demuestra el hecho de que se hayan elaborado informes sobre la discriminación múltiple en el seno de la Comisión europea⁴⁵.

Ahora bien, la normativa europea parte de un hándicap en la lucha contra la discriminación múltiple pues ha copiado en parte la estructura del derecho anglosajón y adolece también de sus defectos. En efecto, las directivas europeas centran la discriminación en una lista tasada de motivos y la circunscriben a un ámbito concreto⁴⁶. Ello podría tener como consecuencia una ausencia de regulación antidiscriminatoria cuando una discriminación se centra en motivos no recogidos por la Directiva, aquella no estuviera al amparo de la norma o que cuando una situación discriminatoria basada en motivos contemplados en una Directiva no se diera en su ámbito de aplicación⁴⁷.

Sin embargo, el derecho europeo recibe influencia de los ordenamientos de todos sus Estados miembros⁴⁸ y ello le permite en algunos casos cierta plasticidad. El artículo II-81 de la Constitución europea dice en su apartado 1 que «(S)e prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Es decir, aunque se hace una enumeración de unos factores

⁴⁵ European Commission, *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*, September 2007, (disponible en fecha de 17 de febrero de 2009 en la dirección electrónica http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/stud/multdis_en.pdf).

⁴⁶ Ver Directiva 2000/43/EC, Directiva 2000/78/EC, Directiva 2002/73/EC o Directiva 2004/113/EC.

⁴⁷ FREDMAN, Sandra, «Double trouble: multiple discrimination and EU law», pp. 13-21, si bien es cierto que en trabajos más recientes se muestra más optimista.

⁴⁸ Han puesto de manifiesto la carencia de un modelo homogéneo en el derecho antidiscriminatorio algunos autores. Así, REY MARTÍNEZ, Fernando, «El modelo europeo de lucha contra la discriminación y su incompleta incorporación en el derecho español», en *Iguales y diferentes ante el Derecho privado* (Dir. Susana Navas Navarro, Coords. Sandra Camacho Clavijo y Alejandra de Lama Aymà), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 25 ss o SHIEK, Dagmar, «European Union non-discrimination law: a multidimensional perspective», en *Iguales y diferentes ante el Derecho privado* (Dir. Susana Navas Navarro, Coords. Sandra Camacho Clavijo y Alejandra de Lama Aymà), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 61 ss. En nuestra opinión, aunque es cierto que en estos momentos el Derecho europeo recibe influencia de diferentes modelos de lucha contra la discriminación fruto de las diferentes formas de abordar la cuestión en cada uno de los Estados miembros, ello no debe verse como algo negativo sino como una oportunidad para aprovechar las herramientas que cada modelo ofrece. En un futuro, superada esta fase de transición y construcción, podremos llegar a un modelo europeo de Derecho antidiscriminatorio que haya absorbido aquellas figuras y herramientas que se han demostrado más útiles y exitosas en la consecución de la igualdad.

concretos de discriminación, al decir que se prohíbe toda discriminación, debe entenderse que quedan incluidos otros motivos de discriminación no expresamente contemplados si bien hay que decir que la enumeración del precepto es bastante exhaustiva. En la misma línea el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos que dice que «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». Es decir, existe un listado abierto de motivos en los que puede basarse la discriminación en derecho europeo más allá de los motivos concretos que recoge cada directiva⁴⁹.

La existencia de una lista abierta de motivos de discriminación en el derecho europeo unida a la mención expresa de la discriminación múltiple como un ataque a la igualdad contra el que debe lucharse manifestado en los preámbulos de algunas directivas, nos llevan a concluir que las directivas deben ser aplicadas con cierta flexibilidad en cuanto a la concurrencia de motivos de discriminación para permitir la lucha contra la discriminación.

Es cierto que se ha propuesto abandonar la vía de la enumeración de motivos y acudir a la idea de estigma para canalizar la lucha contra la discriminación múltiple alegando que en cierta medida toda discriminación supone una estigmatización por algún motivo⁵⁰. Sin embargo, parece que la opción de la lista abierta es mucho más inmediata pues ya existe en la regulación europea actual y es respetuosa con la estructura y principios del derecho europeo antidiscriminatorio.

B) *Reino Unido*

En Reino Unido nos encontramos ante una situación similar a la de la Unión Europea pues ni existe una prohibición general de dis-

⁴⁹ Aluden a la lista abierta como vía para dar cobertura legal desde el derecho europeo a la discriminación múltiple NIELSEN, Ruth, «Is European Union equality law capable of addressing multiple and intersectional discrimination yet?», en *European Union non-discrimination law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London-New York, 2008, pp. 37-38 y ARNADÓTTIR, Oddný Mjöll, «Multidimensional equality from within. Themes from the European Convention on Human Rights», en *European Union non-discrimination law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London-New York, 2008, pp. 55 ss., y FREDMAN, Sandra, «Positive rights and positive duties. Addressing intersectionality», en *European Union non-discrimination law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London-New York, 2008, pp. 85-86.

⁵⁰ SOLANKE, Iyiola, «Stigma: a limiting principle allowing multiple-consciousness in antidiscrimination law», en *European Union non-discrimination law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, London-New York, 2008, pp. 115 ss.

criminación como en EUA ni un listado abierto de motivos de discriminación como en Canadá, Sudáfrica o España. En efecto, en Reino Unido se parte de un listado cerrado de motivos de discriminación que solamente puede ser modificado vía legislativa y no a través de la jurisprudencia y ello rigidiza enormemente el sistema⁵¹.

Este sistema es especialmente problemático en relación a la discriminación múltiple pues la imposibilidad de reconocer la existencia de discriminación por cualquier motivo puede implicar tener una visión parcial de la discriminación producida o incluso que esta no llegue a aflorar⁵². En efecto, en la discriminación múltiple acumulativa la falta de reconocimiento legal de uno de los motivos de discriminación provocará que solo se pueda abordar judicialmente parte de la situación discriminatoria y en la discriminación múltiple interseccional esta no podrá probar judicialmente pues por definición solo se manifiesta cuando se tiene en cuenta la intersección de dos o más motivos de discriminación.

Las limitaciones propias de este sistema se han superado mediante la incorporación al ordenamiento jurídico interno de la normativa de la Unión Europea y especialmente en lo que aquí interesa de la Convención Europea de Derechos Humanos cuyo artículo 14 dispone que «(E)l goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». La CEDH recoge, por tanto, una enumeración de posibles motivos de discriminación pero establece una cláusula abierta con la expresión «cualquier otra situación» que permite dar entrada a otros motivos de discriminación no recogidos expresamente en el ordenamiento inglés⁵³.

⁵¹ FREDMAN, Sandra, *Discrimination Law*, Oxford University Press, Great Britain, 2002, p. 68.

⁵² Así lo ponen de relieve Hepple-Coussey-Choudury, *Equality: A New Framework. Report of the Independent Review of the Enforcement of UK Anti-discrimination Legislation*, Oxford, 2000, pp. 42-43, y FREDMAN, *Discrimination Law*, pp. 74-75.

⁵³ Hacen referencia a la posibilidad de acudir a la aplicación de la CEDH en el Reino Unido para dar cobertura legal a los supuestos de discriminación por motivos no expresamente recogidos por la normativa interna, Hepple-Coussey-Choudury, *Equality: A New Framework*, p. 41, Lord Lester Of Herne Hill QC, «Equality and united Kingdom: past, present and future», *Lincoln's Inn Lecturers on European Law and Human Rights*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing for The Honourable Society of Lincoln's Inn, London, 2008, p. 27, The Rt. Hon Lady Justice Arden Dbe, «Bringing Convention Jurisprudence Home: problems for the common lawyer», *Lincoln's Inn Lecturers on European Law and Human Rights*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing for The Honourable Society of Lincoln's Inn, London, 2008, pp. 69-70 y 78; FREDMAN, *Discrimination Law*, p. 69 y FREDMAN, Sandra, «Equality Issues», *The Impact of the Human Rights Bill on English Law. The Clifford Chance Lectures* (ed. Basil S. Markesinis), vol. 3, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 111 ss.

Sin embargo, se plantea un segundo problema pues en el sistema del Reino Unido la prohibición de discriminación se circunscribe a unos ámbitos determinados por la normativa, esto es, no se prohíbe la discriminación por unos motivos tasados en general sino solamente en el ámbito de aplicación de cada normativa concreta⁵⁴. Por ello, incluso cuando la discriminación se ha producido por un motivo tasado, queda fuera de la cobertura legal cuando se desarrolla en un ámbito ajeno a la misma (empleo, educación...).

El recurso de la aplicación del artículo 14 de la CEDH no soluciona totalmente este problema pues, aunque en él se establece una lista abierta de motivos de discriminación, esta deberá ponerse en relación con uno de los derechos en ella recogidos por lo que se ha propuesto hacer una interpretación amplia de la misma⁵⁵.

Por otra parte, aunque los tribunales aceptan la existencia de una discriminación por varios motivos a través del instrumento del *sex or race «plus»*, este solo se aplica cuando los motivos de discriminación se manifiestan por separado (discriminación múltiple adicional o acumulativa) pero no cuando interaccionan entre sí (discriminación múltiple interseccional). Así en el caso *Bahl vs. The Law Society* se desestimó la demanda en ese sentido de una mujer negra que alegaba haber sido discriminada en su lugar de trabajo por sexo y raza conjuntamente⁵⁶.

De todo ello resulta una compleja estructura del derecho antidiscriminatorio en el Reino Unido que dificulta enormemente la consecución de los objetivos de igualdad perseguidos. Por ello, la doctrina ha puesto de relieve insistentemente la necesidad de elaborar una nueva normativa (*Act*) que aborde de forma directa el derecho antidiscriminatorio. Aunque se ha propuesto la eliminación de los motivos de discriminación y su sustitución por la idea de «estigma»⁵⁷, lo cierto que la mayor parte de la doctrina se decanta por establecer una lista abierta de motivos de discriminación⁵⁸. De esta forma se evita la vaguedad de una fórmula que simplemente haga referencia a la prohibición de discriminación pero al mismo tiempo se elimina la rigidez del listado cerrado.

⁵⁴ FREDMAN, *Discrimination Law*, pp. 69-70.

⁵⁵ FREDMAN, *Discrimination Law*, p. 70 propone, sobre la base del Protocolo núm. 12 de la CEDH abierto para su firma el 4 de noviembre de 2000, que no solamente se asegure la igualdad de derechos en los expresamente recogidos en la CEDH sino también de cualquier otro cuya existencia se desprenda de una obligación de una autoridad pública.

⁵⁶ *Caso Bahl vs. The Law Society (2004)*, EWA Civ 1070.

⁵⁷ SOLANKE, Iyiola, «Putting Race and Gender Together: A New Approach to Intersectionality», en *The Modern Law Review*, 2009, vol. 72, núm. 5, pp. 738-739, quien entiende que el estigma, que supone la focalización de una connotación negativa socialmente inscrita sobre la base de la asignación de atributos arbitrariamente asignados, podría ser la base sobre la cual analizar la existencia de una discriminación.

⁵⁸ HEPPLÉ-COUSSEY-CHOUDURY, *Equality: A New Framework*, p. 25.

1.2.3 FÓRMULA DE DECLARACIÓN GENERAL Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL: ESTADOS UNIDOS

El derecho antidiscriminatorio en EUA no se basa en una enumeración legal, abierta o cerrada, sino en una declaración general de no discriminación. Así el decimocuarto mandamiento dispone que ningún Estado puede «*deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law*». Es la jurisprudencia la que se encarga de establecer cuáles pueden ser los motivos generadores de una discriminación y cuál debe ser el procedimiento para analizar tal cuestión.

Así, los tribunales americanos han establecido un doble estándar de escrutinio. El denominado *strict scrutiny* se aplica a aquellos motivos de discriminación que se consideran especialmente perjudiciales como la raza o el sexo y un sistema de escrutinio más suave se reserva para los motivos que no han alcanzado ese nivel de protección. Este sistema, en apariencia flexible, tiene en la práctica una evolución muy lenta en la protección de las víctimas de la discriminación⁵⁹.

Respecto de la perspectiva de la discriminación múltiple, los tribunales han creado el instrumento del *sex «plus»* o *race «plus»* para hacer posible abordar la existencia de más de un motivo de discriminación en un caso concreto. Así junto a la raza o al sexo pueden estimarse otros motivos de discriminación lo cual permite dar entrada a un número más o menos amplio de motivos de discriminación⁶⁰.

Este método, que permite abordar la discriminación múltiple acumulativa donde los motivos de discriminación aparecen en una misma situación y sujeto pero son independientes entre sí, adolece de algunas deficiencias en su aplicación a la discriminación múltiple interseccional donde los motivos de discriminación no se manifiestan de forma acumulativa sino que interaccionan de forma tal que su análisis por separado hace invisible la discriminación, que solo aflora cuando los motivos de discriminación se abordan conjuntamente. Sin embargo, paulatinamente los tribunales evolucionan en la línea de aceptar también la discriminación por varios motivos cuando entre ellos existe interseccionalidad⁶¹.

⁵⁹ Han sido necesarias décadas de evolución jurisprudencial para conseguir que la discriminación por motivos de raza o sexo se abordaran desde el *strict scrutiny*. Para un estudio de esa evolución FREDMAN, *Discrimination Law*, pp. 76 ss.

⁶⁰ Sobre este tema ver SOLANKE, «Putting Race and Gender Together: A New Approach to Intersectionality», pp. 728 ss.

⁶¹ Así, *Jefferies vs. Harris Cty Community Action Association 615 F. 2 1025 (5th Cir. 1980)* donde una mujer afroamericana interpuso una demanda por haber sido discriminada conjuntamente por sexo y raza en el trabajo sin que estos motivos de discriminación

1.2.4 OTRAS FÓRMULAS

En Austria, la Ley Federal para la igualdad de personas con discapacidad hace una llamada a considerar la discriminación basada en la intersección de la discapacidad con el género o la etnia⁶².

Por su parte, en Alemania la Ley General para la Igualdad de Trato⁶³ establece en su sección 4 que si una diferencia de trato se produce por varios motivos la justificación debe producirse en relación a todos ellos. Se trata de una medida puntual pero que implica un reconocimiento de la posible existencia de una discriminación múltiple y aporta una regla para abordarla de forma satisfactoria.

Finalmente, el artículo 4 de la Ley de Igualdad entre Hombres y Mujeres de Rumanía establece que la discriminación múltiple es aquella basada en dos o más motivos de discriminación y prevé que cuando la discriminación se produzca por varios motivos, ello se considerará una circunstancia agravante⁶⁴. Se establece, por tanto, una definición de la discriminación múltiple y se establece como medida a tomar la interesante idea de la circunstancia agravante.

2. APROXIMACIÓN A UNA PROPUESTA DE REGULACIÓN LEGAL DE LA FIGURA: A MODO DE CONCLUSIÓN

Si estudiamos el derecho comparado observamos cómo una de las propuestas para conseguir que la discriminación múltiple tenga cabida en la normativa antidiscriminatoria, es el establecimiento de una lista abierta de factores de discriminación⁶⁵. En realidad, tal propuesta solo tiene sentido en ordenamientos jurídicos donde se

afloraran en su análisis por separado. También *Degraffenreid vs General Motors 413 F Supp 142 (E D Mo 1976)* sobre la discriminación interseccional de una mujer negra o *Lam vs. University of Hawaii 40 F 3d 1551, 1561 (9th Cir. 1994)* sobre una mujer de origen vietnamita. Para un estudio más detallado de estos casos ver SOLANKE, Iyiola, «Putting Race and Gender Together: A New Approach to Intersectionality», pp. 730-731.

⁶² El artículo 11 de la Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz - BGStG), BGBl. I Nr. 82/2005, modificado en 2008, disponible en http://www.bundessozialamt.gv.at/cms/basb/attachments/8/4/7/CH0011/CMS1199711314821/bgstg_2009.doc

⁶³ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897) disponible en <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/agg/gesamt.pdf>

⁶⁴ Encontramos referencia a esta ley rumana y su contenido en European Commission; *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*, cit., p. 19 y en BELLO, Barbara Giovanna, «Multiple Discrimination Between the EU Agenda and civil Engagement: the Long Road of intersectional Perspective», en *Roma Rights. Journal of the European Roma Rights Centre. Multiple Discrimination*, 2009, núm. 2, p. 19, disponible en <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=3564>. Sin embargo, no nos ha sido posible consultar la literalidad del texto legal.

⁶⁵ Así lo propone MOON, G., *op. cit.*, p. 15 y DUVEFELT, S.-SJÖLANDER, C., *op. cit.*, p. 20.

establece una lista tasada de motivos de discriminación como sucede en el derecho anglosajón⁶⁶. En efecto, cuando existe una lista cerrada de motivos de discriminación es más difícil que los diferentes motivos de discriminación múltiple en un caso concreto estén contemplados legalmente. Y, por otra parte, la discriminación múltiple interseccional solo es visible cuando se consideran conjuntamente los factores discriminatorios por lo que, cuando uno de los factores de discriminación no se contempla, la vulneración del derecho a la igualdad de la víctima no saldrá a la luz si se analiza el caso en base a un solo factor de discriminación⁶⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico, se utiliza una fórmula de lista abierta en el artículo 14 que dispone que «(L)os españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Sin embargo, aunque es cierto que esta cláusula abierta facilita la alegación de motivos de discriminación que el legislador no ha previsto expresamente, en lugar alguno se hace referencia al hecho de que esos factores puedan darse conjuntamente. Por ello, si bien es cierto que el artículo 14 CE no impide alegar la existencia de una discriminación múltiple, sería conveniente buscar una fórmula que hiciera referencia expresa a la discriminación múltiple⁶⁸.

En efecto, si bien la fórmula de la cláusula abierta puede introducir una mejora en aquellos ordenamientos en que existe una lista tasada de motivos de discriminación, no parece que ello sea suficiente en ordenamientos jurídicos donde ya existe. La fórmula del artículo 14 CE no ha propiciado la alegación en los tribunales de la figura de la discriminación múltiple en parte porque se desconoce esta figura pero también porque la fórmula abierta permite acumular dos o más factores de discriminación cuando se dan de forma acumulativa pero no permite identificar, cuando estos se analizan aisladamente, situaciones en que se produce una discriminación múltiple interseccional pues esta solo se revela cuando los factores se analizan conjuntamente.

Otra posible solución sería hacer referencia legal expresa a la combinación de varios motivos de discriminación que dan lugar a la existencia de discriminación múltiple en base a la identificación previa de combinación de factores que dan lugar a grupos especialmente vulnerables a la discriminación múltiple. Esta sería la fórmula utilizada por el artículo 14.6 LOI que dice que en relación a las

⁶⁶ MOON, G., *op. cit.*, p. 15.

⁶⁷ HANNET, S., *op. cit.*, p. 80.

⁶⁸ REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, p. 275.

medidas de los poderes públicos se tendrán en cuenta «las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas⁶⁹, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente medidas de acción positiva».

Es cierto que se hace referencia a la combinación concreta de diferentes motivos de discriminación que darían lugar a la discriminación múltiple de lo cual deducimos la importancia que el legislador da a esta figura máxime cuando, como se ha dicho, ya en la Exposición de Motivos de la LOI hace referencia expresa a la discriminación múltiple. Sin embargo, la ley no aporta definición alguna de su figura o de su régimen jurídico.

Por otra parte, establecer un listado concreto de criterios de discriminación múltiple supone el riesgo de dejar fuera de la ley situaciones en que esta figura se da en base a una combinación de criterios no prevista por la ley. Ello tiene ciertamente lógica teniendo en cuenta que el precepto citado hace referencia a las medidas que deben adoptar los poderes públicos para proteger grupos especialmente vulnerables a la discriminación múltiple. En efecto, el legislador ha identificado qué combinación de criterios da lugar estadísticamente a más supuestos de discriminación múltiple y en base a esa valoración ha hecho la enumeración⁷⁰. Sin embargo, si pretenden regularse los supuestos en que efectivamente se produce una discriminación múltiple la fórmula debe ser más abierta y no circunscribirse a la enumeración concreta de motivos. Por otra parte, debería aclararse la forma en que debe darse esa combinación de motivos.

El ordenamiento jurídico español se encuentra en una fase más avanzada que los ordenamientos en donde existe una lista cerrada de motivos de discriminación como en Reino Unido o en el ámbito de la Unión Europea. En ellos se busca avanzar un paso más en la

⁶⁹ Con independencia de que el término utilizado no sea el más apropiado jurídicamente, se está haciendo referencia aquí a la discriminación que puede sufrir una persona por su edad y su género. Ello es muy evidente en el ámbito sanitario donde las limitaciones de capacidad no siempre están justificadas por la protección del menor. Así GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del Carmen, «Discriminación por razón de edad y Derecho privado», en *Iguales y diferentes ante el Derecho privado* (Dir. Susana Navas Navarro, Coords. Sandra Camacho Clavijo y Alejandra de Lama Aymà), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 203 ss, quien en un interesante trabajo sobre la discriminación de edad aborda también este tema. Sobre la discriminación de la mujer menor de edad en el ámbito de la interrupción del embarazo ver también mi trabajo «Menores y aborto: el fin de una situación discriminatoria», en *Iguales y diferentes ante el Derecho privado* (Dir. Susana Navas Navarro, Coords. Sandra Camacho Clavijo y Alejandra de Lama Aymà), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 577 ss.

⁷⁰ Como observa REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pp. 271-272, esta fórmula obliga a priorizar un tipo de discriminaciones múltiples sobre otras.

lucha contra la discriminación a través de la aplicación de una lista abierta de motivos sobre la base de la aplicación del artículo 14 de la CEDH.

Sin embargo, como se ha dicho, España ya se encuentra en esa fase merced a nuestro artículo 14 CE que hace una enumeración no exhaustiva de motivos de discriminación. La cuestión que ahora debemos decidir respecto de la lucha contra la discriminación múltiple es si queremos dar un paso más para poner de relieve la importancia y las especificidades propias de la discriminación múltiple en el derecho antidiscriminatorio. Ciertamente es que el artículo 14.6 de la LOI hace referencia a la combinación de varios motivos de discriminación pero no habla expresamente de discriminación múltiple ni tampoco la define.

Por ello, sostenemos que debe darse un paso más en la evolución de la lucha contra la discriminación múltiple y, partiendo de la posibilidad de alegar una lista abierta de motivos de discriminación que nos brinda nuestra Constitución, hacer referencia expresa en la ley a la posible existencia de una discriminación múltiple cuando se produce una «discriminación basada en dos o más motivos de discriminación». Sin duda, ello contribuiría a la difusión y clarificación de la figura y correlativamente a la lucha contra ella.

En esa línea parece dirigirse el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación⁷¹ pues su artículo 7.1 dice que «(S)e produce discriminación múltiple cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley, generando una forma específica de discriminación». El precepto parece hacer referencia tanto a la discriminación múltiple cumulativa («concurren») como a la interseccional («interactúan») y cuando dice que ello genera una forma específica de discriminación se refiere a la discriminación múltiple en contraposición a la simple. Su especificidad puede ser la acumulación del perjuicio por acumularse en una misma persona y situación diferentes motivos de discriminación o por generar una situación discriminatoria que no se detecta si no se tienen en cuenta los diferentes motivos discriminatorios. Quedarían fuera de ella, discriminaciones que sufra una misma persona pero en situaciones, circunstancias, momentos... diferentes que deberían considerarse discriminaciones simples.

Sin embargo, no basta con la existencia de una referencia legal de la discriminación múltiple y una definición de la misma pues si no se establece un régimen jurídico que aborde las especificidades

⁷¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados. IX Legislatura, Serie A, 10 de junio de 2011, núm. 130-1. Sobre dicho proyecto ver AGUILERA RULL, Ariadna, «El proyecto de ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación», *InDret*, 2011, núm. 3, pp. 1-15.

propias de la figura, el tratamiento de esta forma de discriminación será insuficiente e insatisfactorio.

V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FIGURA

1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

El artículo 10 de la LOI prevé que «(L)os actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias».

Por tanto, las consecuencias que la LOI prevé para los supuestos en que se ha producido una discriminación son la nulidad del acto y las cláusulas del negocio jurídico la indemnización del daño producido y la sanción a quien ha provocado tal discriminación. En realidad, la necesidad de regular la discriminación múltiple se condensa en su definición porque es la que va a permitir detectar situaciones discriminatorias que de otra forma no se identificarían o plasmar la gravedad de la discriminación. Por ello, las consecuencias de la discriminación múltiple deberían ser muy similares a las previstas para la discriminación en general por el artículo 10 LOI con algunos matices derivados de sus particularidades.

1.1 Nulidad

El artículo 10 LOI establece que los actos y las cláusulas de los negocios jurídico que sean discriminatorios se considerarán nulos y sin efectos. La consecuencia de la nulidad puede tener utilidad en determinados momentos de una relación contractual pero no en otros⁷². En efecto, en relación a la discriminación sufrida en el momento de celebrar el contrato el recurso a la nulidad no tiene

⁷² En general la doctrina ha criticado la referencia a la nulidad por entender que, aunque se trata de la sanción extrema, las técnicas del Derecho privado son mucho más sofisticadas y diversas. Así, GARCÍA RUBIO, María Paz, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», en *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado* (Coords. GARCÍA RUBIO-VALPUESTA FERNÁNDEZ), Valencia, 2011, p. 1098.

sentido pues, en este caso, si debe repararse el daño sufrido debemos atender a la posibilidad de imponer la celebración del contrato.

La colisión entre el principio de libertad contractual y el principio de igualdad debe ser armonizada pues los principios no rigen sin excepción y no comportan pretensión de exclusividad sino que deben ser ponderados conforme al principio de proporcionalidad⁷³. En efecto, la posibilidad de limitar la libertad contractual de elección de la otra parte deberá ser adecuada, necesaria y proporcional al fin perseguido (la igualdad de trato entre hombres y mujeres)⁷⁴.

Así, la idea de adecuación implícita en el principio de proporcionalidad supondrá que en un buen número de casos la obligación de contratar no podrá ser impuesta porque el contrato carece ya de interés para la parte contratante que ha sido discriminada⁷⁵. Por otra parte, tampoco será posible imponer la contratación cuando el contrato se haya celebrado ya con un tercero de buena fe y ello excluyera ya la posibilidad de celebrar el contrato⁷⁶.

Además, se ha dicho que solo se puede imponer la celebración del contrato cuando no existen alternativas al mismo o las que existen son notoriamente peores de suerte que se contrataría en peores condiciones pues imponerla cuando existen alternativas en el mercado igualmente razonables (negocio de sustitución) no es una forma de reparación necesaria y adecuada y no guarda proporción con el daño material sufrido⁷⁷. En efecto, solo cuando quien ha sido discriminado no dispone en el mercado de alternativas equivalentes, será posible imponer la celebración del contrato pues existiendo alternativas no sería adecuado ni proporcional imponer la contratación limitando la libertad contractual; si existieran otras alternativas pero en peores condiciones no se podría obligar a con-

⁷³ GARCÍA RUBIO, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», cit., pp. 1084-1086, quien sostiene que el juicio de ponderación supone que el conflicto y la colisión entre principios debe resolverse conforme a su diferente «peso» y no en términos de validez.

⁷⁴ Ver ampliamente sobre el tema, NAVAS NAVARRO, Susana, «Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)», en *Anuario de Derecho Civil*, 2007, pp. 1619-1639.

⁷⁵ GARCÍA RUBIO, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», cit., p. 1104.

⁷⁶ GARCÍA RUBIO, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», cit., p. 1104; GARCÍA RUBIO, «Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Derecho Privado y Constitución*, 2007, núm. 21, p. 156; NAVAS NAVARRO, Susana, «Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (Derecho europeo y Derecho español)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 713, p. 1488, y NAVAS NAVARRO, «Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)», cit., p. 1638.

⁷⁷ NAVAS NAVARRO, «Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (Derecho europeo y Derecho español)», cit., pp. 1486-1489, y NAVAS NAVARRO, «Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)», cit., pp. 1619-1639.

tratar pero sí a indemnizar por el perjuicio económico y moral sufrido.

Tampoco la normativa laboral sobre la discriminación en el acceso al empleo impone la obligación de contratar en este caso sino que se limita a declarar nula la actuación discriminatoria del empresario y establecer que dará lugar a la oportuna responsabilidad⁷⁸.

Más juego puede dar el recurso a la nulidad en aquellas situaciones en que la discriminación procede de una cláusula contractual o de una medida adoptada durante el periodo de ejecución contractual pues, cuando una determinada medida sea discriminatoria, podrá esta dejarse sin efecto manteniendo el resto del contrato (principio de conservación del contrato) salvo que el resultado de esa ineficacia parcial implique una desproporción de las prestaciones. Así, cuando una determinada cláusula del contrato implique una menor cuantía salarial sobre la base de un motivo de discriminación del trabajador, la imposibilidad de gozar de una ventaja que otros trabajadores sí tienen (días de descanso...), imposición de unas obligaciones que vulneran la libertad religiosa sin que vengan justificadas por las necesidades de la empresa y supongan, por tanto, una discriminación..., podremos recurrir a la nulidad parcial.

La nulidad parcial es «un supuesto de ineficacia parcial, por causa de invalidez, que se produce cuando una cláusula, pacto o estipulación de las que integran la reglamentación contractual, deviene nula por rebasar los límites de la autonomía privada, conservándose válido y eficaz el resto del contrato»⁷⁹. El artículo 10 LOI se refiere simplemente a la nulidad sin especificar si se refiere a nulidad parcial o total por lo que en cada caso concreto deberá determinarse si procede uno u otro tipo de nulidad. A tal efecto, debe tenerse presente que el fundamento de la llamada a la nulidad que hace el legislador es sancionar una conducta discriminatoria y proteger a quien la ha sufrido y en ese sentido, en ocasiones, es preferible recurrir a la nulidad parcial que a la total.

La doctrina diferencia entre la ineficacia parcial prevista en la ley para proteger a una de las partes contractuales y la apreciada en atención a la voluntad de las partes en el caso concreto⁸⁰. En este caso, aunque la ley no habla expresamente de nulidad parcial, sí que puede esta entenderse incluida en el artículo 10 LOI en la

⁷⁸ En este sentido, véanse los artículos 4.2 y 17.1 ET y el artículo 22 de la ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo o la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁷⁹ GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, 1995, p. 47.

⁸⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús-PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Madrid, 2005, pp. 215 ss.

medida en que este habla de nulidad del acto y no de nulidad contractual. Ello casa con la idea de que en este caso la ley pretende proteger a la parte contractual que ha sido discriminada.

En primer lugar, debe aislarse aquella parte del contrato que en su caso, será nula. Así, para aislar la parte potencialmente nula, se puede utilizar la técnica de la «*blue pencil rule*» conforme a la cual, si eliminando la parte potencialmente nula con contenido normativo independiente, el resto del contrato tiene sentido propio y completo, podremos hablar de nulidad parcial⁸¹. Una vez aislada la parte potencialmente nula debe decidirse si se opta por la nulidad parcial o total⁸². En la medida en que el artículo 10 LOI no especifica ante qué tipo de nulidad estamos, deberemos decidirlo en cada caso optando, siempre que sea posible (esencialidad de la parte nula o no, equidad de las prestaciones...), por la nulidad parcial en aplicación de los principios de conservación del contrato, de supremacía de la norma imperativa sobre la autonomía de la voluntad y de proporcionalidad de la sanción.

La decisión de aplicar la nulidad parcial puede tener diferentes aplicaciones en función del objetivo perseguido y las especificidades del caso⁸³. Una cláusula que prevé la imposición de unas medidas más perjudiciales que para el resto del grupo sobre la base de la existencia de varios motivos de discriminación implicará una nulidad parcial simplemente eliminadora de la cláusula discriminatoria. Así, por ejemplo, cuando el propietario de diferentes pisos en alquiler, impone determinadas cláusulas limitadoras las facultades arrendaticias solo a uno de sus arrendatarios llevado por una conducta discriminatoria.

En otros casos, junto a la nulidad parcial de la cláusula contractual será preciso realizar una labor de sustitución para no dejar vacío de contenido el contrato. Así, por ejemplo, la nulidad de una cláusula salarial discriminatoria implica eliminar una parte esen-

⁸¹ Sobre el tema, GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, pp. 72 ss.

⁸² Existen diferentes teorías para determinar cuándo debe optarse por la nulidad parcial o total. Así, las teorías subjetivas parten de la idea de la voluntad real o hipotética de las partes acerca de la conservación del contrato sin la parte que adolece de nulidad, las teorías objetivas parten de la aplicación de determinados criterios como la divisibilidad o no de las partes del contrato, el carácter esencial o no de la parte nula, la posibilidad de conseguir el fin práctico del contrato sin la parte nula, garantizar la equidad de las prestaciones eliminando la parte nula... y finalmente, la tesis normativa que partiría de la llamada que haga la ley a la nulidad total o parcial y, en caso de silencio, a la posibilidad de dar preferencia a la nulidad parcial conforme a los principios de conservación del contrato, primacía de la norma imperativa sobre la autonomía de la voluntad y proporcionalidad de la sanción. Sobre el tema, GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, pp. 74 ss.

⁸³ Sobre los diferentes tipos de nulidad parcial, GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos, *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, 1995, pp. 104-105.

cial del contrato por lo que debería procederse a sustituirla por la regla general de determinación salarial siempre que ello sea posible. Solo así se protegería a la víctima de la discriminación pues la nulidad total supondría un perjuicio todavía mayor que la disminución salarial fruto de la discriminación. Lo mismo sucedería con una cláusula discriminatoria que previera la imposibilidad de aplicar un determinado beneficio (disfrutar de días de descanso, beneficios por antigüedad...), pues a la nulidad de la misma debería acompañarse la aplicación de dicho beneficio. En el ámbito civil, se ha propuesto la aplicación de las normas dispositivas como un mecanismo para integrar aquella parte del contrato que deviene ineficaz⁸⁴. También podría recurrirse a la costumbre o los usos sociales así como a los principios generales del derecho.

Por otra parte, en ocasiones, la discriminación no se manifiesta en una medida concreta o en una cláusula contractual sino que se presenta en forma de presiones, trato degradante..., en cuyo caso la reparación «*in natura*» no es posible y deberemos optar por la indemnización acompañada o no de resolución contractual (art. 1124 CC).

En otros casos la discriminación durante el periodo de ejecución contractual implica la denegación a una mejora o beneficio como, por ejemplo, un ascenso en la categoría profesional, traslado a otra planta... La situación se puede equiparar a la de la celebración del contrato pues debido a una conducta discriminatoria se impide el acceso bien a un contrato, bien a un ascenso. De nuevo se plantea aquí el problema de si podemos imponer al empresario el acceso a ese puesto de mayor cualificación máxime cuando es posible que otra persona haya sido elegida ya para ocupar el mismo. Parece que si un tercero de buena fe ya ha ocupado dicho puesto no podría imponerse la obligación de ascender a la persona discriminada salvo que hubiera otro puesto de igual rango.

A este respecto hay que tener en cuenta que en algunos casos el empresario toma determinadas medidas atendiendo a criterios de interés empresarial que justifican la denegación de ese beneficio de forma objetiva pero en estos casos puede ser útil tener en cuenta la posibilidad de recurrir a la figura del «*reasonable accommodation*». La figura de los ajustes razonables se ha previsto en el ámbito de la lucha contra la discriminación de la persona discapacitada y se ha definido como «unas medidas específicas que tienen como objeto o meta la accesibilidad en casos particulares, pero

⁸⁴ GARCÍA RUBIO, «Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», cit., p. 159.

que se adoptan cuando esta no es posible desde la previsión del diseño para todos, teniendo en consideración las necesidades específicas de una persona»⁸⁵. Sin embargo, la doctrina aboga por su extensión a otros ámbitos en que se haya producido una discriminación por otros motivos⁸⁶. En este sentido resulta interesante un caso conocido por los tribunales daneses donde una fábrica de chocolate no ascendió a una mujer musulmana que lucía pañuelo en el lugar de trabajo alegando razones de seguridad e higiene⁸⁷. Aunque el tribunal decidió que las medidas se basaban en objetivos legítimos y neutrales, la empresa decidió finalmente compatibilizar los intereses propios con la libertad religiosa de la empleada diseñando una suerte de gorro especial que cumplía las exigencias de seguridad e higiene y no contrariaba los principios religiosos de la trabajadora.

Por último, cuando la discriminación se produce en el momento de extinción del contrato, esto es, la resolución contractual encuentra su origen en una actuación discriminatoria, debe diferenciarse entre el ámbito laboral y civil. En el ámbito laboral, el artículo 56 ET establece que, cuando el despido sea improcedente, el empresario podrá optar dentro del plazo legalmente determinado entre readmitir al trabajador indemnizándolo por los días de salario dejados de percibir o bien, mantener el despido y pagar una indemnización determinada conforme a la ley. Sin embargo, tratándose de un despido basado en motivos de discriminación, debemos considerar el despido como nulo (art. 55.5 ET y art. 108.2 LPL) y, por tanto, conforme al artículo 113 de la LPL readmitirse al trabajador con la indemnización correspondiente por los salarios que ha dejado de percibir⁸⁸. Sin embargo, teniendo en cuenta que el despido fue motivado por una conducta discriminatoria del empresario, es posible que al trabajador no le interese la reincorporación al puesto de trabajo por lo que creemos que el trabajador podría solicitar la extinción del contrato de trabajo. En efecto, el artículo 50 ET esta-

⁸⁵ CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, «Igualdad de oportunidades, igualdad de trato y discapacidad», en *Igualdes y diferentes ante el Derecho privado* (Dir. Susana Navas Navarro, Coords. Sandra Camacho Clavijo y Alejandra de Lama Aymá), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 209 ss..

⁸⁶ Así, REY MARTÍNEZ, Fernando, «El modelo europeo de lucha contra la discriminación y su incompleta incorporación en el derecho español», en *Igualdes y diferentes ante el Derecho privado* (Dir. Susana Navas Navarro, Coords. Sandra Camacho Clavijo y Alejandra de Lama Aymá), ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2012, pp. 25 ss.

⁸⁷ Para una mayor explicación de los detalles del caso ver ROSEBERRY, L., «Religion, ethnicity and gender in the Danish headscarf debate», en *European Union non-discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality Law* (SHIEK, D. y CHEGE, V.), London-New York, 2008, pp. 331-332.

⁸⁸ Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del procedimiento laboral (BOE 11 abril 1995, núm. 86).

blece una lista no exhaustiva⁸⁹ de causas por las que el trabajador puede solicitar la extinción del contrato y la posibilidad de recibir una indemnización.

En el ámbito civil, la conducta discriminatoria podría manifestarse a través de un incumplimiento y en ese sentido, con carácter general, el artículo 1124 CC permite en caso de incumplimiento contractual solicitar el cumplimiento del contrato y una indemnización o, en caso de que ya no satisfaga el interés crediticio, solicitar su resolución y la correspondiente indemnización. Conforme al artículo 1258 CC los contratos obligan no solo a lo pactado sino también a todas las consecuencias que deriven de la buena fe, el uso y la ley.

Sin embargo, lo habitual será que quien cause el daño por una actuación discriminatoria pretenda ampararse en una causa de extinción legal de la relación obligatoria. Así, aunque el artículo 1156 CC no la prevé expresamente es conocido que se acepta como causa de extinción de algunos contratos el desistimiento unilateral en la medida en que el CC la contempla en algunos contratos concretos⁹⁰. El desistimiento supone la facultad legal de extinguir unilateralmente la relación obligatoria sin necesidad de justificarla⁹¹. El fundamento de la aceptación de tal causa de extinción de la relación obligatoria puede ser su duración indefinida (art. 1705 CC), la pérdida de confianza en la que se basa la relación (arts. 1732-1733 CC) o la protección de una de las partes (arts. 9-10 LAU). Podría suceder que se alegara la pérdida de la confianza o simplemente la voluntad de extinguir una relación indefinida por cuanto la ley lo permite.

Ahora bien, cuando se alega tal causa de extinción, que exige buena fe de quien la alega, pero en realidad existe una actuación discriminatoria hacia la otra parte contratante, se está actuando contrariamente a la buena fe que debe existir en la relación (art. 1258 CC). Podría entenderse que se utiliza el desistimiento unilateral como una norma de cobertura que esconde la voluntad de contrariar una norma imperativa (art. 6.4 CC) que impediría la extinción de la relación obligatoria, es decir, que estamos ante un fraude de ley (art. 6.4 CC). En efecto, cuando existe una conducta externa formalmente legal que encuentra amparo bajo una norma de cobertura que en realidad esconde la vulneración de una norma imperativa y la consecución de un fin prohibido por el ordenamien-

⁸⁹ MONTROYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 2009, p. 462.

⁹⁰ Así, en relación a arrendamiento de obras y servicios (arts. 1584 y 1594 CC), en el contrato de sociedad (arts. 1700 y 1705 CC), en el comodato (art. 1750 CC), en el mandato (art. 1732 CC) y en el depósito (art. 1755 CC).

⁹¹ Sobre el concepto de desistimiento RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pp. 168 ss.

to jurídico hablaremos de fraude a la ley⁹². En este caso, quien realiza la conducta discriminatoria se acoge a la posibilidad de extinguir el contrato por desistimiento (norma de cobertura) cuando en realidad pretende eludir la prohibición de extinguir la relación por motivos discriminatorios (norma imperativa). Existe una distorsión de la realidad por cuanto lo que motiva el ejercicio de la facultad de desistimiento es tanto el fundamento de la norma (pérdida de confianza, voluntad de poner fin a una relación indefinida...) como una actitud de discriminar a la otra parte contratante en relación a otras personas. Ciertamente, existe una dificultad claramente manifiesta en la demostración de la existencia de una conducta discriminatoria, o al menos un indicio de ella, y la ausencia del fundamento que permita extinguir la relación obligatoria por desistimiento.

Las consecuencias de la existencia de dicho fraude serían la nulidad del desistimiento y así como el pago de una indemnización por los perjuicios causados por la discriminación (arts. 6.4 CC y 10 LOI).

Podría suceder entonces que quien ha mantenido la conducta discriminatoria incumpliera el contrato en cuyo caso, se produciría la extinción de la relación obligatoria por resolución y se podría solicitar una indemnización por los perjuicios causados por el incumplimiento.

Cabe plantearse en este caso si son compatibles las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo y la indemnización derivada del perjuicio producido por la conducta discriminatoria. En la línea de lo que ya había venido considerando la jurisprudencia⁹³, la LOI permite la compatibilidad entre ambas

⁹² Sobre la estructura del fraude a la ley ver SOLS LUCIA, Alberto, *El fraude a la ley*, Barcelona, 1989, pp. 96-104. Entendemos que existe aquí fraude de ley y no abuso de derecho por cuanto no estamos ante el ejercicio de un derecho subjetivo y sí encontramos aquí una norma imperativa vulnerada.

⁹³ STS 20 septiembre 2007 (RJ/8304) que dice que: «procede referir que a diferencia del supuesto de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, donde siempre se ha considerado que son compatibles sus consecuencias legales –readmisión y salarios de trámite– con la indemnización compensatoria de los daños morales causados al trabajador tratándose de extinción del contrato por voluntad del trabajador, el criterio inicialmente mantenido por la Sala fue el de considerar que diversamente al ámbito civil en el marco laboral la extinción ha de obtenerse en vía judicial (...) y la indemnización es tasada, de forma que si se “optó” por la extinción e indemnización tasada del artículo 50 ET (...), no puede reclamarse –se afirmaba– una nueva indemnización con fundamento en los artículos 1101 y 1124 CC». Y añade que «Sin embargo la actual doctrina unificada admite con rotundidad que la indemnización prevista en el artículo 50 ET es compatible con otra adicional cuando la causa extintiva es la lesión de un derecho fundamental (SSTS 17/05/06 [RJ 2006, 7176] –rcud 4372/04–, dictada por el Pleno de la Sala, con voto particular que extiende la compatibilidad a los daños causados por cualquier género de incumplimiento empresarial; y 07/02/07 –rcud 4842/05–, en *obiter dicta*). Y al efecto se argumenta que «... en el presente caso... se invoca... la vulneración de un derecho fundamental, en base a lo que se postula la extinción del contrato laboral, debiendo significarse que el trabajador demandante aduce, como consecuencia de tal violación, una situación personal de

indemnizaciones siendo posible acumular las acciones en un mismo proceso (arts. 180.1 y 181 LPL)⁹⁴.

Lo mismo podría decirse en el ámbito civil siempre y cuando tengamos en cuenta que no puede indemnizarse doblemente un mismo perjuicio. Así, es posible que el perjuicio económico que sufre la víctima se corresponda precisamente con el que se indemniza por la extinción del contrato en cuyo caso deberá indemnizarse solo una vez. Sin embargo, que ello sea así no obsta para que puedan indemnizarse los perjuicios morales que sufre la víctima derivados de la discriminación y que podrían ser compatibles, en caso de existir, con los perjuicios morales derivados del incumplimiento y posterior resolución contractual⁹⁵.

1.2 Indemnización

Como se ha dicho, la figura de la discriminación múltiple permite detectar situaciones discriminatorias que, de no aplicar los mecanismos de esta figura, quedarían invisibles a un análisis tradicional. Por ello, permite identificar y, en consecuencia, indemnizar estos supuestos de discriminación.

Por otra parte, la existencia de discriminación múltiple puede suponer un mayor perjuicio para la víctima en la medida en que

trastorno adaptativo ansioso-depresivo, provocado por estrés laboral, cuya indemnización postula, juntamente, con la correspondiente a la extinción contractual planteada. De aquí que no se modifique el criterio jurisprudencial recogido en la precitada sentencia de Sala General, de fecha 11 de marzo de 2004, toda vez que, en la misma, se enjuició una situación de extinción contractual respecto de la que, además, de la indemnización tasada, prevista en el Estatuto de los Trabajadores, se postulaba otra indemnización con base en el artículo 1101 del Código Civil, sin que, en cambio, se solicitase, expresamente, la protección judicial por violación de un derecho fundamental. La clara dicción del artículo 182 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144 y 1563) y su interpretación sistemática no permiten establecer que la única indemnización posible, en los casos de extinción contractual con violación de un derecho fundamental, sea la establecida en el artículo 50-2, en relación con el 56, del Estatuto de los Trabajadores... La modificación operada en el artículo 181 de este último texto procesal por el artículo 40-Dos de la Ley 62/2003 (RCL 2003, 3093 y RCL 2004, 5, 892)... al incluir, expresamente, en el texto del mismo "la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso" no deja la menor duda de que la voluntad legislativa es la de proteger el derecho fundamental con independencia de la protección que merece el derecho a la extinción del contrato de trabajo cuando concurre causa para ello, sin otro requisito que el de la expresión en la demanda del derecho fundamental conculcado».

⁹⁴ Sobre el tema, GOERLICH PESET, José María-GARCÍA RUBIO, María Amparo, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (Coord. Sala Franco-Ballester Pastor, Baño León-Embid Irujo-Goerlich Peset), a, 2008, pp. 643 ss.

⁹⁵ Sobre la posibilidad de indemnizar por daños morales fruto del incumplimiento contractual ver SOLÉ FELIU, Josep, «El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español, *InDret*, 2009, núm. 1, quien sostiene que para que el daño moral sea indemnizable debemos estar ante un daño suficientemente relevante y que, salvo el caso de incumplimiento doloso, haya sido previsto o debiera haber sido previsto en el momento de constituir la obligación.

esta sufre discriminaciones por más de un motivo que se contemplan de forma unitaria por la relación que existe entre ellas⁹⁶.

En el ámbito indemnizatorio ello puede tener consecuencias en aras a la determinación del daño indemnizable. En efecto, en el ámbito patrimonial, la discriminación puede suponer un mayor perjuicio económico que debe traducirse en una mayor indemnización. Cuando la discriminación se produce sobre varios criterios acumulativamente de forma que cada uno de ellos se traduce en un peor trato económico, detectar la discriminación múltiple permite contemplar en toda su magnitud el daño sufrido por la víctima y, consecuentemente, indemnizarlo adecuadamente. Así, cuando una mujer inmigrante padece una discriminación salarial por su género y otra por su origen, el perjuicio que sufre es mayor que si fuera una mujer nacional o un hombre inmigrante pues estos son discriminados por un solo motivo que se traduce en un perjuicio salarial menor.

Sin embargo, es cierto que en otros casos el perjuicio económico no es diferente que si se hubiera producido una discriminación simple. Así, cuando el resultado de la discriminación por más de un motivo se traduce en la no celebración de un contrato porque se ha producido una doble discriminación en el proceso de selección o en la extinción del mismo, el daño patrimonial es equivalente al que se hubiera producido en caso de ser simple la discriminación. Ahora bien, la existencia de varios motivos de discriminación sí puede tener consecuencias en el daño moral que sufre la víctima.

En efecto, aunque el daño económico sea el mismo, la angustia que puede generar la magnitud de los obstáculos que deben superarse provocados por la percepción de diversos motivos de discriminación, la conciencia de la disminución de expectativas en la consecución del objetivo, el ataque a cualidades tan inherentes a la personalidad... se traducen en un daño moral mayor. Dada la dificultad de valorar el perjuicio moral de forma objetiva puede ser interesante buscar algún tipo de medida que asigne determinada indemnización por daños morales cuando la discriminación sea múltiple. Aunque la doctrina suele abogar por el sistema de baremos para escapar a la dificultad de valorar este tipo de daños⁹⁷, no parece ser esa la línea que sigue el legislador. En efecto, el artícu-

⁹⁶ Por ello, se ha propuesto que sea considerada una discriminación con una circunstancia agravante. En efecto, según consta en European Commission; *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*, cit., p. 20, la legislación rumana sobre discriminación (Act 340/2006), trata la discriminación múltiple como una circunstancia agravante.

⁹⁷ VICENTE DOMINGO, Elena, *Tratado de Responsabilidad Civil* (Coord. Fernando Reglero Campos), Navarra, 2006, p. 330, PINTOS AGER, *Baremos, seguros y derecho de daños*, 2000, pp. 464 y 451-452, MARTÍN CASALS, Miquel, «Una lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el baremo», en *La Ley*, 2000 núm. 6, p. 1856, SANTOS BRIZ,

lo 10 de la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma (DOUE de 15 de julio de 2010, L 180/1) establece: «Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori».

Por otra parte, el artículo 25.1 del Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación dice: «La persona que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo dos de esta Ley (lista abierta de motivos de discriminación) responderá del daño causado. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral». Por tanto, el daño moral se presume cuando se ha demostrado la existencia de discriminación. Siendo la discriminación múltiple, dicho perjuicio moral, será con toda probabilidad, mayor.

Tradicionalmente, en los sistemas continentales el régimen de responsabilidad ha cumplido una función principalmente de reparación o compensación y solo secundariamente de prevención⁹⁸. Como se ha dicho, la figura de la discriminación múltiple permite detectar discriminaciones, y por tanto perjuicios, que de otra forma permanecerían ocultos (discriminación múltiple interseccional) y valorar en toda su magnitud el daño producido por lo que permite cuantificar de forma más ajustada la indemnización (discriminación múltiple interseccional y acumulativa). Por ello, la idea de discriminación múltiple contribuye a la función reparadora que debe cumplir el sistema de responsabilidad civil.

Cabe preguntarse, por otra parte, si la función preventiva de la responsabilidad tiene especial importancia en la figura de la discriminación múltiple y si tendría sentido aplicar aquí la idea de los «*punitive damages*»⁹⁹. Por daños punitivos se entiende el plus de la

Jaime, *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Navarra, 2004, p. 323 y GÁZQUEZ SERRANO, Laura, *La indemnización por causa de muerte*, Madrid, 2000, pp. 188-189.

⁹⁸ REGLERO CAMPOS, Fernando, *Lecciones de responsabilidad civil*, Navarra, 2002, p. 35. Sobre las diferentes funciones que debe cumplir la indemnización por daños, SALVADOR CODERCH, Pablo-CASTIÑEIRA PALOU, M.^a Teresa, *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, 1997, pp. 101-111.

⁹⁹ De hecho, parece que esa sería la idea subyacente en la normativa rumana sobre discriminación múltiple que, como se ha dicho *ut supra*, considera la existencia de discriminación múltiple como una circunstancia agravante.

indemnización que se concede al perjudicado que excede de lo que le correspondería por la naturaleza y alcance del daño y que se basa en la existencia de una conducta especialmente intolerable del agente del daño con el objeto de sancionar a quien la comete y prevenir la realización de conductas similares en el futuro¹⁰⁰. Para que tenga sentido tal incremento de la indemnización en aras a cumplir la función preventiva no debe ser posible asegurar la producción de dicho perjuicio¹⁰¹.

Aunque la doctrina se muestra reacia a aceptar la posibilidad de aplicar los «*punitive damages*» en nuestro ordenamiento también en el ámbito de la discriminación¹⁰², creemos que encajan con cierta comodidad en la idea de discriminación múltiple pues en la medida en que el agente del daño discrimina por más de un motivo su conducta es especialmente reprochable. En efecto, la aplicación de los «*punitive damages*» se fundamenta en carácter especialmente intolerable, doloso o temerario de la conducta del agente causal del daño.

Por otra parte, la idea de sancionar especialmente la discriminación por varios motivos puede responder a la función preventiva de la responsabilidad civil si efectivamente se impide su aseguramiento. En derecho antidiscriminatorio europeo se insiste en la idea del carácter disuasorio que debe tener la reparación del daño causado¹⁰³ y los «*punitive damages*» responderían a este objetivo. Es una medida que ya se ha tomado en otros ámbitos donde se quería priorizar la consecución de objetivos de seguridad laboral¹⁰⁴ por lo que podría ser útil en un ámbito como el de la discriminación donde todavía queda mucho por recorrer.

¹⁰⁰ Sobre el concepto de «*punitive damages*» ver SALVADOR CODERCH, Pablo, «Punitive damages» en *Indret*, 2000, núm. 1, REGLERO CAMPOS, Fernando, *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, 2006, pp. 82 ss.

¹⁰¹ REGLERO CAMPOS, F., *Tratado de responsabilidad civil*, cit., pp. 82 ss.

¹⁰² MESA MARRERO, Carolina, «Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: un resquicio para los *punitive damages*?», *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Valencia 2011, pp. 1214-1215, sostiene que nuestro sistema de responsabilidad civil está orientado a la reparación del daño causado por lo que solo puede indemnizarse el daño efectivamente producido. En la misma línea, GARCÍA RUBIO, «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», cit., pp. 1112-1113. En cambio, se manifiesta a favor de su posible aplicación NAVAS NAVARRO, «Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (Derecho europeo y Derecho español)», cit., p. 1490.

¹⁰³ Sobre el tema NAVAS NAVARRO, «El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo», cit., p. 1488, o MESA MARRERO, «Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: un resquicio para los *punitive damages*?», cit., pp. 1207-1208.

¹⁰⁴ Todas las prestaciones a que tiene derecho un trabajador que sufre un accidente laboral o padece una enfermedad profesional pueden ser incrementadas entre un 30% y un 50% si tienen su origen en una infracción de normas sobre seguridad e higiene en el trabajo según dispone el artículo 123 del TRLGSS [Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 29 junio 1994, núm. 154)].

Se ha argumentado a favor de la posibilidad de aplicarlos en nuestro ordenamiento alegando que el artículo 72.1 LOI no habla de la indemnización «de» los daños morales sino «por» los daños morales por lo que se puede sostener que la indemnización no debe cubrir estrictamente los daños ocasionados sino que la indemnización encuentra su fundamento en la existencia de dichos daños pero no debe ceñirse necesariamente a ellos¹⁰⁵.

De hecho, parece que en esa dirección va el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación cuando el artículo 23.1 establece: «La protección frente a la discriminación comprende la adopción de medidas preventivas, la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias» y el artículo 26 añade: «La tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate y, en particular, las dirigidas al cese inmediato de la discriminación, la prevención de violaciones inminentes o ulteriores, la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho». En relación a lo que ahora nos interesa, debe destacarse la referencia a «todas las medidas necesarias» y a «la prevención de violaciones inminentes o ulteriores».

Los «*punitive damages*» cumplirían una función de prevención de discriminaciones futuras en la medida en que el plus sancionador que debe pagar el causante del daño constituye un estímulo para no repetir la conducta discriminatoria. Y ese incentivo tiene una manifestación general en relación a cualquier otra situación o persona pero también tiene una manifestación individual en la persona a la que se ha discriminado si existe todavía la posibilidad de repetir la discriminación en el futuro. Por ello, parece que la figura de los «*punitive damages*» podría cumplir ese objetivo.

Ahora bien, hay una cuestión que nos preocupa al respecto y es que, si la víctima de la discriminación ya ha sido indemnizada y, por tanto, reparado el perjuicio que ha sufrido en su justa medida, por qué recibe ese «*plus*» de indemnización que funciona como sanción. Tiene sentido que quien ha discriminado de forma múltiple sea sancionado por el carácter especialmente intolerable de su conducta pero se plantea la problemática de qué justifica que sea la víctima, que ya ha visto reparado su daño, quien lo reciba pues ello

¹⁰⁵ NAVAS NAVARRO, «Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (Derecho europeo y Derecho español)», cit., p. 1490.

podría suponer una suerte de enriquecimiento injusto. Una posibilidad es que se considere que lo recibido en concepto de «*punitive damages*» como una compensación por la partida siempre tan maleable de los daños morales¹⁰⁶. De hecho, el artículo 25 del Proyecto de ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación dice que el daño moral «se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida» y en las circunstancias del caso se podría tener en cuenta la existencia de diferentes motivos de discriminación. Otra opción es que se considere un complemento al principio de reparación integral del daño pues se ha dicho que aunque formalmente nuestro sistema responde a la idea de reparación íntegra, raramente las indemnizaciones suponen una reparación real y efectiva del mismo¹⁰⁷. Aunque parecería preferible simplemente tratar de que los tribunales ajustaran el cálculo de las partidas indemnizatorias, lo cierto es que parece que hay margen de maniobra para aplicar los «*punitive damages*» sin que se produzca un enriquecimiento injusto.

Ello no significa que no sea conveniente que el legislador haga en relación a la discriminación múltiple una llamada expresa a la posibilidad de que los tribunales impongan una partida en concepto de «*punitive damages*» de igual forma que se ha hecho en relación al incumplimiento de la normativa de seguridad laboral.

Otra opción es canalizar esa finalidad preventiva de las medidas previstas para luchar contra la discriminación múltiple a través de

¹⁰⁶ GÓMEZ POMAR, «Daños morales», cit., p. 10, donde dice: «*Sin embargo, las agresiones sexuales no agotan el campo de aplicación del uso sancionador de la indemnización por daño moral*» y añade que «(E)n algunos casos, bajo la decisión de condenar a pagar tal o cual cantidad de dinero parece subyacer la repugnancia mal disimulada ante lo que representaría limitarse a conceder una indemnización nominal, próxima a cero, por no haber daños patrimoniales ni poder justificarse una precisa repercusión negativa de carácter psíquico o afectivo». En algunos casos la partida indemnizatoria de los daños morales se ha utilizado como una forma de sancionar conductas especialmente reprobables. En esa misma línea NAVAS NAVARRO, Susana, «El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo», en *Anuario de Derecho Civil*, 2008, tomo LXI, fasc. III, p. 1488, donde afirma que la reparación del daño moral solo debe ser adecuada al daño sufrido pero que ello no significa que deba cubrir solamente el daño nominal pues si para que la indemnización tenga efecto disuasorio y sea eficaz es preciso establecer una indemnización mayor el juez podrá hacerlo con el límite siempre de la prohibición del enriquecimiento injusto.

¹⁰⁷ De hecho, SALVADOR CODERCH, «Punitive damages», cit., p. 13, sostiene que si las indemnizaciones por responsabilidad civil cumplieran con la función compensatoria y se ajustaran al principio de reparación integral del daño realmente podría tener sentido un sistema de responsabilidad estrictamente compensatorio con previsiones legales puntuales de «*multiple damages*» que dejara la potestad sancionadora al ámbito del derecho penal o administrativo pero que, no siendo ello así, por cuanto «*los datos disponibles apuntan a que el sistema concede indemnizaciones que quedan muy por debajo de los costes sociales de los daños causados*», puede ser interesante la aplicación de los «*punitives damages*».

la multa o sanción que implica directamente una sanción para quien discrimina, en este caso de forma múltiple.

El artículo 26 del Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación antes comentado pretende establecer los mecanismos adecuados para garantizar que la indemnización de los daños provocados por la conducta discriminatoria asegure no solo la función reparadora que debe cumplir el derecho de daños sino también la función preventiva.

Se trata de buscar mecanismos dirigidos a actuar no solo con posterioridad a la existencia de la discriminación sino también *ex ante*¹⁰⁸. Es decir, no basta con reaccionar frente al daño provocado por conductas discriminatorias sino que además es preciso tomar medidas dirigidas a evitar que ese daño se produzca.

Ello puede conseguirse a través de la reparación integral del daño o bien a través de mecanismos sancionadores de la conducta del agente causal que reciba la propia víctima («punitive damages») o las instituciones públicas (multas).

Por último, hay quien se ha planteado por qué debería tratarse de forma diferente una discriminación múltiple que dos discriminaciones simples¹⁰⁹. Probablemente la respuesta se encuentre, desde la perspectiva de la víctima, en que quien es discriminado en una misma situación y por unas mismas personas sufre un daño moral mayor que si hay dos discriminaciones simples porque el daño se concentra en un mismo tiempo, lugar y sujetos. Desde la perspectiva de quien discrimina de forma múltiple, su conducta es más reprobable que si lo hace por un solo motivo por lo que tiene sentido que se sancione en mayor medida que una discriminación simple.

Por otra parte, es cierto que si una persona ha sufrido una discriminación por género en su ámbito de trabajo y otra en el acceso a un lugar público por su discapacidad sufre lógicamente un perjuicio mayor que si solo sufre una de las dos discriminaciones. Pero desde el punto de vista jurídico la independencia de los ámbitos en que se producen estas dos discriminaciones impide tratarlas unitariamente como una discriminación múltiple pues los sujetos que han discriminado son diferentes y, por tanto, no se les puede impu-

¹⁰⁸ La doctrina ya había llamado la atención sobre la necesidad de abordar la discriminación no solo desde una postura reactiva frente a la misma sino *a priori* con el objeto de prevenir futuras conductas discriminatorias. Así, FREDMAN, Sandra, «The age of equality», en FREDMAN, Sandra-SPENCER, Sarah; *Age as an equality issue. Legal and Policy Perspectives*, Oxford and Portland, Oregon, 2003, p. 67.

¹⁰⁹ REY MARTÍNEZ, F.; *op. cit.*, pp. 265-266, quien sostiene que solo puede considerarse discriminación múltiple una situación discriminatoria cuando se discrimina por varios motivos en un mismo momento.

tar el mayor daño que ha sufrido la víctima por sufrir dos discriminaciones simples.

Ello no impide que, si la combinación de esos motivos de discriminación se repite de forma relevante, el legislador no pueda tomar medidas positivas para paliar sus efectos de forma global en la sociedad pero el peso de esas dos discriminaciones simples no puede hacerse recaer personalmente en cada uno de los sujetos que las han ocasionado que solo pueden ser responsables del daño que ellos mismos han provocado.

1.3 Sanciones

La imposición de sanciones especialmente pensadas para la discriminación múltiple tendría como consecuencia que quien discrimina de forma múltiple no solo debe pagar una indemnización por los perjuicios ocasionados, sino también una cuantía en concepto de multa y con la finalidad de sancionar esa conducta especialmente intolerable y evitar que se repita en el futuro. El artículo 10 LOI hace una previsión en ese sentido al hacer una llamada a *«un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias»*.

Ciertamente, la discriminación simple puede ser sancionada pero quizás la discriminación múltiple deba serlo en mayor proporción pues la conducta es especialmente execrable.

Sin embargo, la multa o sanción no es una medida general contra la discriminación sino que únicamente es aplicable en un ámbito laboral respecto a sanciones administrativas¹¹⁰ o desde la normativa penal en el ámbito del trabajo, la prestación de un servicio público o de una prestación empresarial o profesional¹¹¹.

¹¹⁰ En efecto, el artículo 16.2 LISOS tipifica como ilícito muy grave la conducta de empresarios y agencias de colocación que mediante publicidad, difusión o cualquier otro medio establecen condiciones que suponen una discriminación favorable o adversa para el acceso al empleo. El artículo 8.12 LISOS califica como infracción muy grave los tratos desfavorables que sufran los trabajadores no solo como consecuencia de reclamaciones ante la empresa o los tribunales sino también ante una acción administrativa con el objeto de exigir la observación del principio de igualdad. La LISOS tipifica también como infracción administrativa el acoso sexual (art. 8.13) o el acoso discriminatorio (art. 8.13 bis). Queda también tipificado como infracción grave no cumplir las obligaciones en materia de igualdad que establece el ET o los convenios colectivos aplicables (art. 7.13 LISOS), así como no elaborar o no aplicar el plan de igualdad o hacerlo incumpliendo manifiestamente sus términos (art. 8.17 LISOS). Dichas infracciones comportan con carácter general una sanción principal consistente en una multa económica (arts. 39 ss. LISOS) y adicionalmente otras sanciones accesorias (art. 46 bis LISOS), pérdida de ayudas y bonificaciones...

¹¹¹ El Código Penal tipifica como delito la denegación de prestación en el ámbito de los servicios públicos (art. 511 CP), denegación de prestaciones en el ámbito profesional y empresarial (art. 512 CP) y la discriminación laboral (art. 314 CP). Debe precisarse que para que sea aplicable el tipo penal del artículo 512 CP es preciso que estemos ante una actividad prestacional a la que se deniegue el acceso teniendo derecho a él lo cual vendría

De ello se desprende por una parte, que no podrá recurrirse a esta herramienta cuando la discriminación se produzca en otro ámbito (relaciones contractuales entre particulares, ámbito educativo...). Por otra, que las sanciones proceden únicamente del derecho público ya sea en forma de multa o sanciones accesorias (derecho laboral) o pena privativa de libertad, inhabilitación o multa (derecho penal).

En este momento no existen medidas legales que permitan sancionar conductas discriminatorias que no se den en el ámbito laboral, empresarial o profesional. Y, si bien es cierto que se trata de un ámbito especialmente afectado por las conductas discriminatorias, no debe por ello renunciarse a prevenir este tipo de conductas en otros ámbitos. Ello nos plantea dos opciones: o bien generalizamos las sanciones a toda conducta discriminatoria o bien recurrimos a mecanismos del derecho privado.

La generalización de las sanciones a cualquier ámbito en que se produzca la discriminación se encuentra de entrada con un obstáculo pues los mecanismos y organismos dirigidos a llevar a cabo todo ese procedimiento sancionador proceden del derecho laboral y penal. En relación a las multas, podría permitirse que los tribunales de la jurisdicción civil aplicaran estas sanciones. Puesto que una multa que cobra el Estado por actos entre particulares podría resultar extraña al derecho privado podría crearse algún organismo de lucha contra la discriminación que se hiciera cargo de la gestión de estos recursos con la consecución de la igualdad como objetivo último.

Sin embargo, parece esta una solución excesivamente forzada por lo que debemos analizar si el derecho privado nos proporciona alguna herramienta para solucionar tal cuestión. Y ello nos lleva nuevamente a la figura de los «*punitive damages*» con los inconvenientes que ya se han mencionado.

Es decir, la multa, mecanismo sancionador por excelencia, queda actualmente circunscrito al ámbito laboral y penal por lo que quedan huérfanos de medidas preventivo-punitivas el resto de ámbitos en que se produzcan discriminaciones. Los «*punitive damages*», medida punitiva propia del derecho privado, no se aceptan con carácter general en nuestro ordenamiento y, desde el punto de vista teórico, no justifica que sea la víctima la receptora directa de dicha indemnización, aunque como se ha dicho, en la práctica puede justificarse como una forma de completar la reparación integral del daño que no suelen cubrir las indemnizaciones.

determinado por la existencia de una ley que reconociera tal derecho de forma que no sería aplicable el tipo penal si esta no existiera.

Quizás pudiera ser una solución la previsión legal de una medida sancionadora que tuviera como destinatario un organismo dedicado a la lucha contra la discriminación que se encargara de gestionar dichos recursos y revertirlos para conseguir una sociedad más igualitaria (pedagogía de la igualdad, asesoramiento legal, apoyo psicológico...).

2. MEDIDAS POSITIVAS

Lógicamente no caben aquí discriminaciones por diferentes motivos en el ámbito laboral pero producidas por diferentes agentes sin relación entre ellos. Es cierto que una mujer inmigrante puede sufrir discriminaciones por su género en un proceso de selección laboral y por su origen en otro pero tales discriminaciones solo pueden tratarse como dos discriminaciones simples pues no existe una relación entre los empresarios que las han protagonizado que permita hablar a estos efectos de discriminación múltiple unitariamente contemplada. Cuestión diferente es que, si esa situación se da repetidamente en el mercado laboral, el legislador decida tomar medidas de acción positiva para prevenir tal situación de desventaja de forma previa y en general en base al artículo 11 LOI. En ese sentido los poderes públicos pueden identificar grupos de riesgo de sufrir discriminaciones múltiples y tomar medidas para hacer la igualdad real y efectiva.

El grupo al que se pretende proteger con este trato formalmente desigual tiene que estar infrarrepresentado en el sector de la realidad social que se analice, las medidas deben ser temporales, razonables y proporcionadas¹¹². En efecto, como se desprende del artículo 14.6 LOI, los poderes públicos deberán tener en cuenta en su actuación la especial vulnerabilidad de determinados grupos sociales en los que se acumulan diferentes características que los hacen más susceptibles de sufrir experiencias de discriminación múltiple. Así una mujer inmigrante tiene más riesgo de sufrir supuestos de discriminación múltiple por su doble condición de mujer y de inmigrante.

La doctrina ha dividido las acciones positivas por grupos de casos entre aquellas que se centran en la remoción de los obstáculos o desventajas que impiden la participación de la mujer en el sector de la realidad social y económica en cuestión, las que buscan

¹¹² NAVAS NAVARRO, Susana, «Uso y tenencia de bienes por las mujeres (Aplicación de las “acciones positivas” en el Derecho privado)», *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, Valencia, 2011, pp. 1327 ss.

el equilibrio entre la vida familiar y profesional y las que dan un trato preferente a un grupo de personas infrarrepresentado¹¹³.

Para superar las situaciones de discriminación múltiple también es necesario que los grupos especialmente vulnerables a sufrirla participen activamente no solo en el diseño de las políticas públicas sino también en su implementación¹¹⁴. En ese sentido, es especialmente relevante prestar atención a la educación pues garantizar el acceso en igualdad de condiciones y asegurar una educación en valores democráticos como la igualdad es *conditio sine qua non* para que las generaciones futuras abandonen la práctica de conductas discriminatorias y en caso de sufrirlas sepan detectarlas y luchar contra ellas. Por ello, son especialmente interesantes las previsiones que hacen los artículos 23 a 25 de la LOI en relación a la educación.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La discriminación múltiple supone la existencia de una discriminación por varios motivos que aparecen bien de forma acumulada en una misma situación agravando el daño o bien produciendo una forma única y nueva de discriminación que implica que dichos motivos no puedan analizarse de forma separada.

Existen diferentes modelos para luchar contra la discriminación múltiple. Por una parte, aquellos en que existe un número tasado de motivos de discriminación que normalmente se circunscriben a un ámbito objetivo de aplicación. En estos sistemas la lucha contra la discriminación múltiple se hace más compleja por cuanto puede suceder que no todos los motivos que se dan en un caso concreto de discriminación múltiple estén contemplados por lo que recurrir a mecanismos como la lista abierta de motivos de discriminación puede resultar útil.

En esta línea parece ir la normativa de la UE donde las Directivas recogen una lista tasada de motivos de discriminación en un ámbito de aplicación concreto pero al mismo tiempo el ordenamiento permite recurrir a un sistema de lista abierta y las propias Directivas hacen referencia a la figura de la discriminación múlti-

¹¹³ Sobre este tema, NAVAS NAVARRO, «Uso y tenencia de bienes por las mujeres (Aplicación de las “acciones positivas” en el Derecho privado)», cit., pp. 1333 ss.

¹¹⁴ Hacen notar la importancia de dialogar y permitir participar en las actuaciones de los poderes públicos HERNÁNDEZ-TRUYOL, Berta Esperanza, «Las Olvidadas-Gendered in justice/gendered injustice: Latinas, Fronteras and the Law», en *Journal of Gender, Race and Justice*, 1998, p. 18, en relación a la mujer latina en EUA y NARAIN, Vrinda, «Women rights and the accomodation of “difference”: muslim women in India», en *Suthern California Review of Law and Women's Studies*, 1998, p. 12, respecto a la mujer musulmana en la India.

ple aunque sin definirla. Se trata de un ordenamiento en que, quizás partiendo del modelo anglosajón de derecho antidiscriminatorio, es perceptible la influencia de los diferentes modelos existentes en los Estados miembros. Estamos ante un modelo en evolución en el que se están buscando fórmulas que permitan luchar contra la discriminación múltiple.

En otros sistemas, como el nuestro, partimos de una lista abierta de motivos de discriminación lo cual aporta la suficiente flexibilidad para detectar los supuestos de discriminación múltiple. Sin embargo, sería aconsejable dar un paso más en la lucha contra esta forma de discriminación y optar, como se ha hecho en otros ordenamientos (Canadá o Sudáfrica), por la definición legal de la figura de la discriminación múltiple como una forma de configurar jurídicamente el concepto y facilitar así su aplicación. En esta línea parece ir el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Sin embargo, creemos que no basta con ello y que en la medida en que la discriminación múltiple presenta unas especificidades propias deben establecerse mecanismos que permitan luchar específicamente contra esta forma de discriminación.

Cuando la discriminación múltiple tiene como efectos la no celebración de un contrato o de un ascenso, el recurso a la nulidad tiene unos efectos limitados pues, como se ha puesto de relieve por la doctrina, la posibilidad de imponer la celebración del contrato o el ascenso queda restringida a unos casos muy concretos. En cambio, sí puede tener utilidad la nulidad parcial de una cláusula contractual discriminatoria por varios motivos que en determinados casos puede suponer la necesidad de realizar una labor de sustitución.

De enorme utilidad nos parece la figura del ajuste razonable pues, aunque de origen se ha previsto en la normativa sobre discapacidad, nada impide aplicarla a otras situaciones como la discriminación múltiple.

En relación a la indemnización de los daños causados la consideración a la existencia de varios factores de discriminación tiene una enorme relevancia pues puede poder de manifiesto un daño material mayor del que se apreciaría contemplando un solo motivo de discriminación y porque, incluso en aquellos supuestos en que el daño económico no cambia si hay discriminación por un motivo o por más, es evidente que el daño moral puede haber sido mayor si la discriminación se ha producido por varios motivos que si se ha producido por uno solo. Por tanto, la consideración a la multiplicidad de motivos de discriminación puede ser útil para la consecu-

ción en toda su magnitud de la función reparadora de la responsabilidad civil.

Sin embargo, en la medida en que la discriminación por varios motivos que realiza un sujeto puede ser especialmente execrable defendemos en este trabajo la oportunidad de que la ley regule la posibilidad de aplicar los «*punitive damages*» en los supuestos de discriminación múltiple. De hecho, el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación hace referencia a la función preventiva que debe cumplir la indemnización si bien no se hace referencia a la figura de los «*punitive damages*».

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Participan en esta crónica

Coordinación: Esther Arroyo Amayuelas. Colaboran: Miriam Anderson, Beatriz Añoveros Terradas, Lidia Arnau Raventós, Esther Arroyo i Amayuelas, Guillem Cano Palomares, Martín Ebers, Mirko Faccioli, María Paz García Rubio, Cristina González Beilfuss, César Hornero Méndez, Alejandra de Lama Aymà, José Antonio Martín Pérez, Sonia Martín Santisteban, Barbara Pasa, Javier Pou de Avilés Sans, Paloma Saborido Sánchez, Héctor Simón Moreno, Mauro Tescaro, Belén Trigo García, Stefano Troiano.

SUMARIO: Presentación.–EDITORIAL: «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (Comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz)» (María Paz García Rubio).–RAPPORTS NATIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO Y COMPARADO: Alemania (Martín Ebers), España (Esther Arroyo i Amayuelas), 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 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 responsabilidad. VIII. 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.–Schulze, Reiner (ed.): *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden, C.H. Beck - Hart-Nomos, 2012 (Esther Arroyo i Amayuelas).–Cámara Lapuente, S. (dir.) - Arroyo Amayuelas, E. (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores (Más allá de la Directiva sobre Derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho Europeo de La Compraventa de octubre de 2011)*, Madrid, Civitas, 2012 (Paloma Saborido Sánchez).–Conti, Natalia: *Eine Grenzüberschreitende Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in Europa. Eine Untersuchung der neuen EG- Unterhaltsverordnung*, Munich, Sellier, 2011 (Cristina González Beilfuss).–Lurger, Brigitta - Faber, Wolfgang (eds): *Acquisition and Loss of Ownership of Goods (Principles of European Law)*, Munich, Sellier, 2011 (José Antonio Martín Pérez).–Santucci, Gianni: *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 2010 (César Hornero Méndez).–Artz, Markus (Hrsg.): *Entwicklungen im Verbraucherprivatrecht-Deutschland und Europa. Symposium aus Anlass der Verabschiedung von Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Büllof*, Heidelberg, Müller, 2007 (Esther Arroyo Amayuelas).

Presentación

Esta 17.^a crónica se cierra el 15 de noviembre 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 Amayuelas (Universidad de Barcelona) que es quien también ha traducido (del italiano) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

EDITORIAL

Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz)

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO*

I. EL PROBLEMA PLANTEADO

La STJUE de 16 de junio de 2011¹ trata de dar respuesta a una cuestión que no resulta evidente en la letra de la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, cual es la de decidir si la responsabilidad del vendedor ante el consumidor por falta de conformidad del bien entregado incluye, cuando el saneamiento se produzca a través de la sustitución del bien, la obligación de retirar el bien no conforme que haya sido instalado por el propio consumidor después de la entrega, así como la de instalar el bien conforme entregado en sustitución del defectuoso (o, en su caso, sufragar los costes de ambas obligaciones). A mayores y para el caso de que la pregunta anterior reciba una respuesta positiva, se cuestiona si esas obligaciones son exigibles al vendedor incluso en el caso de que, siendo imposible la reparación del bien defectuoso, los costes de retirada e instalación sean claramente desproporcionados en relación con el valor del bien.

El problema tiene su origen en dos asuntos surgidos en los tribunales alemanes y que finalmente fueron acumulados por el Tribunal de Justicia. En el primero de ellos, el Sr. Wittmer y la empresa Hermanos (Gebrüder) Weber

* Catedrática de Derecho civil. Universidad de Santiago de Compostela. El presente comentario ha sido realizado contando con una Ayuda del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas, subvencionado por la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia y el FEDER.

¹ Asuntos acumulados C-65/09 (Gebrüder Weber GmbH y Jürgen Wittmer) y C-87/09 (Ingrid Putz y Medianess Electronics GmbH).

realizaron un contrato de compraventa sobre unas baldosas pulidas al precio de 1.382,27 euros. Cuando llevaba colocado alrededor de dos tercios de dichas baldosas en su casa, el comprador, Sr. Wittmer, detectó en las baldosas unos sombreados que se percibían a simple vista, por lo que presentó la pertinente reclamación a la empresa vendedora. El perito designado en el litigio dictaminó que los sombreados eran restos de lijado que no podían desaparecer, de modo que la reparación era imposible, por lo que la sustitución por otras baldosas libres de defectos parecía la única forma de saneamiento disponible; el mismo perito estimó que los gastos de levantar las baldosas instaladas, entregar y colocar unas nuevas ascendían a 5.830,57 euros. Tras dos sentencias discrepantes, el asunto llegó al Bundesgerichtshof que, ante el tenor literal del § 439.3 BGB, en relación con el artículo. 3.3 de la Directiva 1999/44, acordó suspender el curso de las actuaciones y plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Para sentar las bases del problema, conviene dejar ya constancia del texto de ambas normas.

El artículo 3 de la Directiva, en los párrafos que aquí interesan, bajo la rúbrica «Derechos del consumidor», establece (cursiva añadida):

1. El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien.
2. En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6.
3. En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado. *Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables*, teniendo en cuenta: el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad, –la relevancia de la falta de conformidad, y– si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor. Toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor.
4. La expresión «sin cargo alguno» utilizada en los apartados 2 y 3 se refiere a los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales (...).

Por su parte, el § 439 BGB, bajo la rúbrica «Corrección del cumplimiento» («Nacherfüllung») dispone (cursiva añadida):

1. El comprador podrá, a su elección, en concepto corrección del cumplimiento, solicitar la reparación del defecto, o bien la entrega de un bien libre de defectos.
2. El vendedor deberá hacer frente a los gastos necesarios para la corrección del cumplimiento, en particular, al coste relativo al transporte, a las comunicaciones, a la mano de obra y a los materiales.

3. [Sin perjuicio de lo dispuesto en el § 275, apartados 2 y 3] *El vendedor (...) podrá negarse a la forma de corrección del cumplimiento elegida si esta solo es posible con gastos desproporcionados.* Deberá tenerse en cuenta especialmente el valor del bien libre de defectos, la importancia del defecto y si es posible la otra forma de ejecución a posteriori sin inconvenientes mayores para el comprador. En tal caso, el derecho del comprador se limitará a la otra forma de ejecución a posteriori; *el vendedor conservará el derecho a negarse igualmente a esta forma si concurren los requisitos de la primera frase.*

4. En el supuesto de que el vendedor entregara un bien no defectuoso a modo de ejecución a posteriori, podrá exigir del comprador la restitución del bien defectuoso (...).

En el segundo de los casos mencionados, la Sra. Putz y Medianess Electronics celebraron a través de Internet un contrato de compraventa de un lavavajillas por 367 euros, más gastos de entrega por valor de 9,52 euros. Las partes acordaron que la entrega se produciría delante de la casa de la Sra. Putz, lo que se produjo al mismo tiempo que el pago del precio pactado. Después de que la Sra. Putz hubiese instalado el aparato se comprobó que este era defectuoso y que no era posible la reparación, por lo que procedía la sustitución por uno nuevo. La Sra. Putz exigió entonces que el vendedor, además de entregar un lavavajillas nuevo, procediese a la retirada del defectuoso y a la instalación del entregado en sustitución, o bien que sufragara los gastos de retirada y nueva instalación. En este caso, fue el primer tribunal en conocer del asunto quien entendió que podía haber alguna discrepancia entre el Derecho alemán y la Directiva, ya que el primero no dispone que el vendedor no culposo que no haya asumido contractualmente esta obligación esté obligado a retirar el bien defectuoso e instalar uno nuevo, ni siquiera en el caso de que el consumidor haya hecho una instalación del bien defectuoso adecuada a su finalidad, mientras que del artículo 3.3. de la Directiva puede derivarse la impresión contraria, toda vez que si no se le reembolsan al consumidor los gastos de retirada y nueva instalación, el consumidor soportará gastos extras (particularmente, los de dos instalaciones en lugar de una). Ante esta duda, el Amtsgericht acordó suspender el procedimiento y plantear cuestión prejudicial al TJUE.

La similitud de ambas cuestiones justificó su acumulación; finalmente fueron resueltas, como ya se ha dicho, por la STJUE de 16 de junio de 2011. Se trata de una sentencia que ha causado un gran revuelo en Alemania, sobre todo porque la decisión finalmente adoptada por el tribunal europeo convertía en papel mojado la jurisprudencia del BGH existente sobre la materia². No debe extrañar pues el abundante rimer de comentarios generados por la literatura jurídica alemana sobre la citada resolución judicial, lo que contrasta con la poca atención que, pese a su importancia, ha merecido hasta ahora a nuestra doctrina, si bien es cierto que, como trataré de mostrar a continuación, la situación en Derecho español no es idéntica a la derivada de la aplicación literal del BGB.

² LORENZ, S., «Ein- und Ausbaupflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung. Ein Paukenschlag aus Luxemburg und Seine Folgen», *NJW*, 2011, pp. 2241-2245, esp. p. 2241.

II. LA DECISIÓN DEL TJUE

Sucintamente, la decisión sobre los dos asuntos mencionados, tal y como se resume en el apartado 62 de la sentencia, señala que los artículos 3.2 y 3.3 de la Directiva 1999/44 deben interpretarse en el sentido de que, si un bien de consumo no conforme hubiera sido instalado de buena fe por el consumidor antes de que se manifestase el defecto y, posteriormente, hubiera sido puesto en conformidad mediante su sustitución, el vendedor estará obligado a proceder por sí mismo a la retirada de ese bien del lugar en el que hubiera sido instalado y a colocar en ese lugar el bien de reemplazo, o bien a cargar con los gastos necesarios para dicha retirada y para la instalación del nuevo bien. Esta obligación del vendedor existe, añade el Tribunal, independientemente de si, en virtud del contrato de compraventa, este se hubiera comprometido a instalar el bien de consumo comprado inicialmente. Debo señalar ahora que en ninguno de los dos casos que dieron origen a la decisión el contrato incluía la obligación del vendedor del instalar el bien objeto del contrato, cuestión sobre la he de volver más adelante. También matizo, por su importancia, que, como señala el apartado 57 de la sentencia, esa obligación del vendedor existe aun cuando, como parecía ocurrir en las situaciones enjuiciadas, no pueda imputarse a ninguna de las dos partes contratantes una actuación culposa.

La sentencia se alinea así con la opinión de la Comisión, similar a la de los gobiernos español y polaco, según la cual la sustitución debe efectuarse de tal manera que el nuevo bien se coloque en la misma situación en que se encontraba el bien defectuoso, con independencia de los costes que ello ocasione y siempre, eso sí, que el bien no conforme hubiera sido inicialmente instalado de acuerdo con su naturaleza y finalidad. Contradice, sin embargo, la opinión del Abogado General, Sr. Ján Mazák, que en sendas conclusiones a los dos Asuntos citados, presentadas el 18 de mayo de 2010, se situaba más bien en la tesis de los gobiernos alemán, belga y austriaco, según la cual el término «sustitución» contenido en el artículo 3.2 de la Directiva, se refiere únicamente a la entrega de un bien conforme al contrato de compraventa y, por consiguiente, de él no puede derivar la imposición de obligaciones al vendedor que no hubieran estado previstas en dicho contrato. Estima que las obligaciones del vendedor no pueden ampliarse de modo que incluyan la retirada de los bienes defectuosos que han sido utilizados por el consumidor después de la entrega, añadiendo como argumento que sería difícil que el vendedor pudiese prever el uso que un consumidor puede hacer de los bienes una vez entregados, pues aunque dicho uso pueda ser conforme con su naturaleza y finalidad, los costes de retirada del mismo producto pueden variar mucho de un supuesto a otro. A juicio del Abogado General los derechos del consumidor reconocidos por la Directiva han de limitarse a las obligaciones contraídas por el vendedor en el contrato de compraventa y deben interpretarse en función de los derechos y obligaciones estipulados en dicho contrato. Ello no quiere decir que el vendedor no haya de responder en ningún caso de otro tipo de consecuencias dañosas derivadas del cumplimiento defectuoso o de los daños resultantes, si bien esa responsabilidad queda al margen de la Directiva y será exigible con arreglo a la normativa correspondiente³ en materia de responsabilidad por daños y perjuicios, siempre que concurren los requisitos pertinentes, entre ellos, señaladamente, la culpa del deudor (que no parecía suceder ni en Weber ni en Putz)⁴.

³ En los casos de origen, el Derecho alemán.

⁴ No debe extrañar que, por ejemplo, para SCHULTE-NÖLKE, H, «Der EUGH gestaltet das Kaufrecht radikal um», *ZGS*, 7/2011, p. 289, la decisión del TJUE suponga una

Tan divergentes opiniones nacen del alto nivel de vaguedad que presenta el texto de la Directiva en torno al alcance del deber de sustitución del vendedor, problema que se ve además agravado por el distinto campo semántico de sus diversas versiones lingüísticas. En efecto, tanto el apartado 54 de la sentencia del TJUE, como una de las conclusiones del Abogado General (párrafo 44 en las del Asunto Weber y 45 en las del Asunto Putz) hacen referencia al hecho de que el término usado en algunas lenguas para significar la sustitución del bien no conforme parece aludir a la operación sustitutoria en su integridad, obligando al vendedor a llevar a cabo todo lo necesario para realizar dicha operación de modo satisfactorio para el comprador; así sucede en las lenguas española (sustitución), inglesa (replacement), francesa (remplacement), italiana (sostituzione), neerlandesa (vervanging) y portuguesa (substituição). Por el contrario, en otras versiones lingüísticas y particularmente en la versión alemana el término «Ersatzlieferung» («suministro de reemplazo») parece sugerir una interpretación más restrictiva⁵.

Tampoco la Directiva es suficientemente precisa en torno a los límites que pueda tener el derecho del consumidor a pedir la sustitución del bien no conforme. Sobre ello se detiene también la STJUE cuando señala que mientras que el párrafo primero del artículo 3.3 de la Directiva se formula de manera suficientemente abierta como para poder englobar los casos en los que la exigencia de sustitución del bien (entendida en su sentido más amplio) sea desproporcionada en relación con cualquier otro remedio a disposición del consumidor, esto es, la llamada «desproporción absoluta», lo cierto es que el párrafo segundo del mismo artículo 3.3 al establecer cuándo se ha de considerar desproporcionada una forma de saneamiento lo hace exclusivamente en relación con «la otra forma de saneamiento», esto es, con la reparación, limitándolo así a los casos de la llamada «desproporción relativa». Sin embargo, también aquí existe un problema de discrepancia entre las distintas versiones lingüísticas de la Directiva, en concreto, cuando su Preámbulo explica en el Considerando número 11 el alcance de la desproporción. Así, se reconoce que en las versiones en inglés, francés, italiano, neerlandés y portugués se alude también en singular a la otra forma de saneamiento; por el contrario en la versión alemana –y lo que, por cierto, pasa desapercibido al TJUE, en la versión española de dicho Considerando– la concreción de cuándo una forma de saneamiento es desproporcionada se produce cuando «impone gastos que no son razonables en relación con otras formas de saneamiento», plural que parece incluir la comparativa tanto con la reparación, como con la rebaja del precio y la resolución.

Conviene dejar ya apuntado que esta segunda fue, sin duda, la interpretación que el legislador alemán consideró más adecuada, pues como se ha transcrito más arriba, el § 439 BGB incluye en el término «costes desproporcionados» tanto los referidos a la desproporción absoluta, como a la relativa. No ha de extrañar pues la intensidad de la reacción que la sentencia del TJUE ha provocado en la doctrina alemana, en general más conforme con la interpretación de la Directiva consagrada en su ordenamiento y reconocida por la

verdadera sorpresa y vaya a traer consigo un giro radical en el derecho de la compraventa, al desdibujar las fronteras entre responsabilidad objetiva por falta de conformidad, y la responsabilidad por daños y perjuicios, basada en la culpa.

⁵ También en la eslovaca se usa el término «sa...nahradi» de alcance similar al alemán. Insiste en el distinto alcance del término en las diferentes lenguas, KRESSE, B., «Anmerkung zu Hugh C-65/09 (Gebr. WeberGmbH/Wittmer) u. C-87/09 (Putz/Medianess Electronics GMBH v. 16.6.2011), ERPL, 1-2012, pp. 255-262, esp., pp. 256-257.

jurisprudencia interna⁶. Conviene apuntar ya que el legislador español en su normativa de consumidores, a diferencia del alemán, no atendió al Considerando número 11 y se limitó a seguir el dictado en singular del artículo 3.3 de la Directiva; así, el vigente artículo 119.1 del TRLGDCU comienza diciendo que:

«Si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada [...]»

A lo que hay que añadir el inicio del párrafo segundo del mismo artículo, conforme al cual:

«Se considerará desproporcionada la forma de saneamiento que en comparación con la otra [...]»

El derecho del consumidor parece limitado, por tanto, únicamente en caso de desproporción relativa; sin embargo, un análisis de la práctica de nuestros tribunales parece poner en evidencia que en un buen número de casos se rechaza la forma de saneamiento exigida *prima facie* por ser desproporcionada, no solo en relación con la otra de la primera jerarquía, sino también por serlo en relación con la rebaja del precio o incluso con la resolución⁷.

En fin, el tribunal llega a la conclusión de que el legislador de la Unión, en la Directiva 1999/44, pretendió otorgar al vendedor el derecho a negarse a la reparación o a la sustitución del bien defectuoso únicamente en caso de imposibilidad o de desproporción relativa, pero no en caso de desproporción absoluta. Por ello, añade que, cuando solo resulte posible una de estas formas de saneamiento, el vendedor no puede negarse a ejecutar la única otra forma posible; en caso de que esta sea la sustitución deberá además hacerse cargo de todos los gastos que acarree; ha de entenderse, además, la sustitución en su sentido más amplio, incluyendo, si proceden, los gastos de retirada y nueva instalación, aunque la instalación por parte del vendedor no hubiera estado prevista en el contrato. Ello supone, como veremos a continuación, cargar sobre el vendedor, incluso cuando no le sea imputable el incumplimiento, daños sufridos por el consumidor con posterioridad a la entrega, aspecto que merece pormenorizado comentario.

Consciente de lo gravosa que puede llegar a ser para el vendedor esta inteligencia de la Directiva, termina diciendo el tribunal que su artículo 3.3, no se opone a que el derecho del consumidor al reembolso de los gastos rela-

⁶ LORENZ, *NJW*, 2011, p. 2241; BÜDENBENDER, U. - BINDER, M., «Der Umfang des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs nach § 439 BGB im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zu Aus- und Einbaukosten», *Der Betrieb*, 05.08.2011, 31, pp. 1736 ss.

⁷ Véanse, por ejemplo, los casos citados por TORRELLES TORREA, E., comentario al artículo 119 TRLGDCU en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), 2011, pp. 1094-1095; la propia autora, al comentar el artículo 119.2 TRLGDCU parece olvidar que el texto menciona únicamente la desproporción relativa y señala que una forma de saneamiento es desproporcionada cuando impone gastos que no son razonables en comparación con otras formas de saneamiento.

tivos a la retirada del bien defectuoso y a la instalación del bien de sustitución se limite, en caso necesario, a una cantidad proporcional a la importancia de la falta de conformidad y al valor que tendría el bien si fuera conforme, dejando una puerta abierta para limitar el alcance de la responsabilidad del vendedor en el caso de que tales gastos fueran muy abultados. Señala, eso sí, que la posibilidad de proceder a tal reducción no puede dar lugar, en la práctica, a que quede sin sustancia el derecho del consumidor al reembolso de tales gastos cuando este hubiera instalado de buena fe y conforme a su naturaleza y finalidad el bien defectuoso. Añade finalmente que si es procedente tal reducción en el reembolso, debe reconocerse al consumidor la posibilidad de exigir, en lugar de la sustitución del bien no conforme, una reducción adecuada del precio o la resolución el contrato.

III. LA CUESTIÓN EN OTROS TEXTOS DEL MODERNO DERECHO CONTRACTUAL

Para calibrar el alcance de la decisión Weber/Putz es oportuno situarla en el contexto general de los remedios puestos a disposición del comprador en caso de incumplimiento, para lo cual voy a traer a colación los textos de derecho contractual que vienen siendo considerados paradigma de las más recientes y mejores soluciones en la materia.

Simplificando bastante, la doctrina comparatista suele señalar que, en principio, existe en este punto una diferencia notable entre los sistemas del common law y los del civil law, pues mientras en estos últimos la exigencia del cumplimiento específico es el remedio primario en caso de incumplimiento (así ocurre, por ejemplo en Derecho español), esto no sucede en los primeros, en los que la exigencia de cumplimiento solo procede en los casos en los que no resulta adecuada la indemnización de daños⁸. Aunque también se suele destacar que en la los resultados a los que se llega en ambos sistemas terminan siendo muy parecidos, al menos en apariencia parece que la solución del civil law ha sido la preferida en los textos internacionales y europeos que vienen siendo referencia del moderno derecho contractual. Veamos hasta dónde y con qué consecuencias.

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías no trata de manera directa nuestro problema, aunque sí reconoce en su artículo 45.1 que si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá: a) ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52; b) exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77. Precisamente el artículo 46 alude a la sustitución (modalidad del cumplimiento específico) cuando después de señalar en su párrafo primero que el comprador podrá exigir al vendedor el cumplimiento de sus obligaciones, a menos que haya ejercitado un derecho o acción incompatible con esa exigencia, establece en el segundo que si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquellas solo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato y la petición de sustitución de las mercaderías

⁸ SCHELHAAS, H., *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial contracts (PICC)*, VOGENAUER, S.- KEINHEISTERKAMP, J. (eds.), 2009, p. 784.

se formula al hacer la comunicación a que se refiere el artículo 39 o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento. Además, según el párrafo tercero del propio artículo 46, si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir al vendedor que las repare para subsanar la falta de conformidad, *a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias*⁹. Aunque no se diga expresamente nada parecido en relación con la sustitución, la doctrina considera que el interés del comprador en cualquier modalidad de cumplimiento específico debe tomar en cuenta también el interés del vendedor y con ello la existencia de costes imprevisibles, de modo que si existe una gran disparidad entre el interés del comprador y los gastos del vendedor, decae el derecho del primero a exigir ese gravoso cumplimiento¹⁰. Ninguno de los preceptos establece la relación entre las dos formas de saneamiento derivadas del derecho a exigir el cumplimiento específico de una prestación no conforme, ni tampoco entre estas y los otros posibles remedios disponibles para el comprador en caso de incumplimiento, aunque los comentaristas estiman que si se dan las precondiciones exigibles para cada uno de los remedios¹¹, el comprador puede elegir cualquiera de ellos (por tanto también la indemnización de daños o la resolución), con los límites derivados de la imposibilidad o la irrazonabilidad.

Por su parte, los Principios Lando o Principios de Derecho europeo de contratos dedican su artículo 9:102 a regular los remedios disponibles por el acreedor ante el incumplimiento de obligaciones no pecuniarias. Establece en su párrafo primero que la parte perjudicada tiene derecho a reclamar el cumplimiento en forma específica de las obligaciones no pecuniarias y a la reparación del cumplimiento defectuoso de las mismas. Sin embargo, el párrafo segundo matiza que el cumplimiento en forma específica no podrá obtenerse, entre otras razones cuando: (a) [...] resulte ilícito o imposible; (b) [...] fuera a provocar en el deudor esfuerzos o gastos irrazonables. Como se deduce de esta última excepción, el eventual derecho a exigir la sustitución del bien no conforme no sería exigible en caso de «*gastos o esfuerzos irrazonables*» lo cual, como en el caso de la Convención de Viena, parece ponerlo en relación con todos los posibles remedios a disposición del acreedor; o lo que es lo mismo, incluyendo también los casos de «desproporción absoluta»¹².

También los Principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales consagran en el artículo 7.2.2, relativo al cumplimiento de obligaciones no dinerarias, el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento específico. Este precepto dispone que si una parte no cumple, la otra parte puede reclamar la prestación, a menos que: (a) tal prestación sea jurídica o físicamente imposible; (b) la prestación o, en su caso, la ejecución forzosa, sea excesivamente gravosa u onerosa [...]. Así pues, el derecho al cumplimiento específico se establece como remedio primario¹³, pero, al igual que sucede en los

⁹ La cursiva es añadida por mí.

¹⁰ MÜLLER-CHEN, M., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.^a ed., 2010, p. 709.

¹¹ Establecidas en el artículo 46 (derecho a exigir el cumplimiento específico), artículo 49 (resolución del contrato) y artículo 50 (reducción del precio).

¹² Téngase también en cuenta que según el artículo 9:503 Previsibilidad: «La parte que incumple solo responde de las pérdidas que haya previsto o que hubiera podido prever razonablemente en el momento de la conclusión del contrato como consecuencia lógica de su incumplimiento, salvo que el incumplimiento sea deliberado o gravemente negligente».

¹³ A pesar de que esta prioridad es en principio conforme con la tradición del civil law y contraria a la del common law, SCHELHAAS, 2009, p. 784 destaca que el texto del

Principios Lando, este derecho en cualquiera de sus modalidades¹⁴ no puede ser exigido por el acreedor si resulta excesivamente gravoso u oneroso para el deudor en relación con (*todos*) los otros remedios disponibles.

Similar es la regulación contenida en el DCFR donde, conforme a lo establecido en el artículo III - 3:302, el acreedor tiene derecho a exigir coactivamente el cumplimiento específico de una obligación que no consista en el pago de dinero y este cumplimiento específico incluye la subsanación sin cargo alguno de un cumplimiento no realizado conforme a los términos que regulan la obligación. No obstante, añade el precepto que el derecho del acreedor al cumplimiento específico no es exigible cuando dicho cumplimiento fuera ilícito o imposible, o fuera irrazonablemente gravoso o costoso o el cumplimiento sea de una naturaleza personal tal que sería poco razonable reclamarlo. En los comentarios a este texto se pone de relieve que no puede establecerse una norma precisa respecto a qué se considera excesivamente oneroso o costoso, así como que el término oneroso no significa únicamente financieramente oneroso, sino que es más amplio y contempla cualquier cosa que suponga un esfuerzo desproporcionado o incluso algo que pudiera causar gran angustia, irritación o molestias a la otra parte contractual.

Por consiguiente, a pesar de que todos ellos parecen elevar a la condición de remedio primario a disposición del comprador insatisfecho el derecho a exigir el cumplimiento específico, también parece que según los textos mencionados hasta ahora sería inadmisibles que el comprador de un bien que haya resultado no conforme con lo pactado pueda exigir del vendedor la sustitución por otro libre de defectos, cuando esta supone una operación que incluye gastos tales como los derivados de la retirada del bien defectuoso y de la instalación del entregado en sustitución, los cuales, a la postre, derivan en una situación irrazonable por excesivamente gravosa, costosa u onerosa para el vendedor¹⁵.

artículo 7.2.2 de los Principios Unidroit representa un compromiso (middle ground) entre ambos sistemas, pues establece como regla el derecho a exigir el cumplimiento de acuerdo con la tradición, civil, pero recoge numerosas excepciones que limitan considerablemente tal derecho.

¹⁴ Entre ellas la sustitución, como señala el artículo 7.2.3 de los mismos Principios Unidroit (Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa): «El derecho al cumplimiento incluye, cuando haya lugar a ello, el derecho a reclamar la reparación, el reemplazo u otra subsanación de la prestación defectuosa. Lo dispuesto en los artículos 7.2.1 y 7.2.2 se aplicará según proceda».

¹⁵ No me queda del todo clara la opción tomada por la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos presentada por la Sección civil de la Comisión General de Codificación en 2009. El que se presenta como artículo 1482 Cc señala que en caso de falta de conformidad, el comprador podrá por su sola declaración dirigida al vendedor, exigirle el cumplimiento, reducir el precio o resolver el contrato, *además de poder exigir la indemnización de los daños y perjuicios, si procediere*; el precepto siguiente recuerda que el derecho al cumplimiento permite al comprador elegir entre que el vendedor subsane la falta de conformidad de la cosa o que entregue otra conforme con el contrato, añadiendo en su párrafo tercero que el vendedor «*correrá con los gastos de ejecución de la modalidad elegida*», entre los que incluye (pero sin excluir otros) los de transporte y los de mano de obra y materiales. Las normas generales de indemnización de daños acogen la resarcibilidad de los no dolosos según el criterio de su previsibilidad (art. 1208 de la Propuesta), mientras que según el mencionado artículo 1483.3 de la Propuesta, la posibilidad de que el comprador sea cargado con los gastos no contiene limitación alguna. Para mayor complicación, el artículo 1192 de la Propuesta reconoce que el acreedor no podrá exigir el cumplimiento de una obligación no dineraria si este resulta excesivamente oneroso para el deudor, lo que parece coherente con el primer párrafo del artículo 1484 de la Propuesta, que ya en materia de compraventa dice que «El vendedor *puede oponerse a cualquier modalidad de cumplimiento que sea imposible, que sea excesivamente onerosa o que resulte desproporcionada*»; aunque des-

Si, por el contrario, la sustitución se entiende en su sentido restringido de operación de reemplazo del bien, sin más aditamentos, los textos mencionados ponen a disposición del acreedor, además de la posibilidad de reclamarla, el derecho a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento¹⁶; pero se trata de un remedio distinto, compatible con la sustitución y que tiene sus propios presupuestos de aplicación como la culpa¹⁷ o la previsibilidad del daño¹⁸.

Frente a todos estos textos, la interpretación del artículo 3.3 de la Directiva 1999/44 dada por la STJUE Weber/Putz pone en evidencia el salto cualitativo que da el tribunal en beneficio del comprador del bien y en detrimento, por decirlo así, del vendedor¹⁹. Claro que, a diferencia de los textos anteriores, la Directiva se sitúa en un contexto de protección efectiva de los derechos del comprador-consumidor que, en caso de cumplimiento no conforme, da clara prioridad a las dos formas de ejecución específica frente a la reducción del precio o la resolución del contrato. La cuestión es si ese contexto justifica la extensión de las obligaciones del vendedor en los términos descritos, toda vez que esos gastos que se ve llamado a soportar se han producido a instancia del comprador y una vez entregado el bien. Téngase también en cuenta que la Directiva desistió de incluir en su texto toda referencia al resarcimiento de los daños²⁰, si bien reconoció la compatibilidad de los derechos que confiere con otros que el consumidor pueda invocar en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual (art. 8).

pués describa el carácter desproporcionado en términos relativos, aludiendo a la modalidad de cumplimiento alternativa, lo cierto es que el carácter excesivamente oneroso, por sí solo derivado de la norma general contenida en el artículo 1192, parece excluir la posibilidad de exigir la sustitución en casos como los descritos en Weber y Putz.

¹⁶ Artículos 45.1 (b) y 45.2 Convención de Viena; artículo 9:501 y concordantes de los Principios Lando; artículos 7.4.1 Principios Unidroit y III.-3:701 DCFR.

¹⁷ No parece considerar la exigencia de culpa, en el caso de la Convención de Viena, Müller-Chen, 2010, p. 698.

¹⁸ Precisamente aplaudiendo la decisión de la Directiva 1999/44, de no incluir la indemnización de daños y perjuicios en la garantía legalmente exigida, señalaba GÓMEZ, F., «Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica», *InDret*, octubre 2001 (disponible en www.indret.com) que es notablemente difícil para el vendedor estimar la probabilidad de que un defecto en el producto pueda causar un posterior daño económico al consumidor, así como la magnitud de este daño, estimando que los compradores están en mejor posición para realizar estas estimaciones y de este modo tomar las medidas más adecuadas para protegerse frente al riesgo de pérdida o desplazarlo mediante una póliza de seguro.

¹⁹ Salto que se produce justo en el sentido contrario al que pretendía hacer la fallida Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores (Bruselas, 8.10.2008 COM(2008) 614 final). En el artículo 26.2 de esta Propuesta la elección entre la reparación y la sustitución correspondía al vendedor comerciante, añadiéndose además en el párrafo siguiente «Si el comerciante demuestra que la subsanación de la falta de conformidad mediante reparación o sustitución es ilícita o imposible, o le supone un esfuerzo desproporcionado, el consumidor podrá optar por una rebaja en el precio o por la resolución del contrato. *El esfuerzo de un comerciante es desproporcionado si le impone costes excesivos en comparación con una rebaja del precio o con la resolución del contrato*, teniendo en cuenta el valor de los bienes en ausencia de falta de conformidad y la importancia de la falta de conformidad». Reconocimiento, pues, de la posibilidad de eludir el cumplimiento en los supuestos de desproporción absoluta.

²⁰ Remedio indemnizatorio que sí se barajó en la consulta hecha al Parlamento sobre la Propuesta de Directiva, como recuerda PIGNARRE, G., «Les droits légaux de l'acheteur», en *Garantías en la venta de bienes de CONSUMO. Les garanties dans la vente de biens de consommation*, Lete Achirica, J. (ed.), 2004, p. 93.

En realidad, la interpretación (extensiva) que hace el Tribunal de Justicia sobre que la puesta en conformidad del bien se realice «sin cargo alguno» para el consumidor (art. 3.2 Directiva), de alguna manera desmiente lo que se acaba de decir²¹, pues al imponer al vendedor todos los gastos de retirada del bien no conforme y de instalación del entregado en sustitución, está poniendo a cargo del vendedor los daños que la falta de conformidad le ha causado al consumidor, si bien lo hace en los términos objetivos que son propios de la responsabilidad impuesta al vendedor en la Directiva. Lo hace además de una manera que no termina de convencer. Por un lado, porque recuérdese que en los dos casos citados está imponiendo al vendedor obligaciones de hacer que no estaban en el contrato de compraventa (básicamente la de instalar el bien o la de sufragar los gastos de una nueva instalación del bien de sustitución); de algún modo está alterando el contenido del contrato²² en aras a la indemnidad del consumidor que de otro modo tendría que costear dos veces la instalación (una para el bien no conforme; otra para el conforme). Por otro lado, porque ante la imposibilidad de la reparación, la obligación de sustituir se entiende en un sentido muy amplio que incluye la de retirar el producto no conforme originalmente entregado, sea cual sea su coste. A mi juicio, esta última afirmación, más comprensible en el caso Putz, es especialmente discutible en el caso Weber. Es cierto que ambos compradores instalaron el bien de acuerdo con su naturaleza y finalidad, pero también lo es que mientras dicha instalación en el caso Putz supuso, por decirlo así, una ejecución instantánea que, solo una vez realizada, permitió comprobar la falta de conformidad del bien, la situación en el caso Weber fue bien distinta. Según los hechos, en este último caso el comprador, Sr. Wittmer, detectó los sombreados irreparables de las baldosas cuando ya se llevaban colocadas en su casa alrededor de dos tercios de dichas baldosas; a mi juicio esto significa que el Sr. Wittmer no hizo nada en absoluto por mitigar el daño derivado de la falta de conformidad, pues no comprobó (como pudo haber hecho, a diferencia de la Sra. Putz con el lavavajillas) que las baldosas tenían sombreados antes de comenzar a colocarlas, lo que sin duda hubiera rebajado notablemente los costes de su retirada, pues ya no habría que levantarlas, para colocar las nuevas; lejos de hacerlo, no se percató del defecto hasta que la instalación, que no era instantánea sino que requería un tiempo de ejecución, se había realizado en dos terceras partes, lo que incrementaba de manera significativa los costes de retirarlas para colocar las nuevas. En definitiva, entiendo que aun aceptando la generosa interpretación de los términos «sin cargo alguno» que postula la STJUE de 16 de junio de 2011, la decisión de ambos casos no debería haber sido la misma. En concreto, la obligación de la compañía Weber de sufragar los gastos de retirada de las baldosas se debería haber limitado a los gastos derivados de llevarse las no conformes, pero a mi juicio no debería haber incluido los costes de despegarlas del suelo; evidentemente, tampoco los de costear la primera instalación que no estaban en el contrato, aunque probablemente sí los de la segunda si se mantiene la concepción de indemnidad del comprador que hace el TJUE.

²¹ De modo que termina siendo el TJUE y no el legislador europeo el que toma la decisión de cargar sobre el vendedor los costes de retirada del bien no conforme y de instalación del entregado en sustitución; estoy de acuerdo con LORENZ, *NJW*, 2011, p. 2245 en que opciones de política legislativa de este calibre deberían ser tomadas de manera directa y clara por el legislador europeo y no dejarlas en manos de la interpretación del Tribunal.

²² Apunta esta idea, KREBE, *ERPL*, 2012, p. 258.

Recuérdese que incluso el artículo 5.2 de la Directiva faculta a los Estados miembros para imponer al consumidor la carga de informar al vendedor de la falta de conformidad y que, a pesar de las reticencias al respecto de la propia Directiva²³, la mayor parte de los Estados han optado por incluirla²⁴. No se trata, en el caso Weber, de que el Sr. Wittner haya incumplido el plazo bimensual señalado, sino de resaltar que la antedicha es una carga del consumidor derivada de los deberes de buena fe y cooperación entre las partes de los que, a mi juicio, también deben derivarse deberes de examen de la cosa y denuncia de la falta de conformidad más inmediatos, cuando esto sirva para evitar daños que puedan terminar cargando a la otra parte contractual. En este sentido resulta de interés recordar que el artículo 1489 de la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos, presentada por la Sección civil de la Comisión General de Codificación en 2009 señala que (cursiva añadida):

«El comprador que no comunique la falta de conformidad de la cosa al vendedor *en un plazo razonable desde que la hubiese conocido o hubiera debido conocerla, solo tendrá derecho a reducir el precio o a exigir la indemnización de daños y perjuicios, excluido el lucro cesante*; pero si el vendedor conociere o no hubiere podido ignorar la falta de conformidad, el comprador conservará todos los derechos que correspondan.»

Obsérvese que, con buen criterio, aquí no se alude a un término concreto para comunicar la falta de conformidad, sino a un plazo razonable; razonabilidad del plazo que dependerá de las circunstancias del caso y que será tanto más breve cuanto más evidente sea la falta de conformidad. Repárese, a mayores, en que de no cumplir tal carga de comunicación, el comprador pierde el derecho a exigir el cumplimiento del contrato. Todo ello, a mi juicio, perfectamente coherente, pero bastante distinto de lo sustentado por el TJUE en la decisión que se comenta.

Creo que la distribución de los costes producidos por la falta de conformidad que propongo en el caso Weber es, no solo más justa, sino también mucho más clara que esa difusa apelación realizada por la propia sentencia a que el derecho del consumidor al reembolso de los gastos relativos a la retirada del bien defectuoso y a la instalación «se limite, en caso necesario, a una cantidad proporcional a la importancia de la falta de conformidad y al valor que tendría el bien si fuera conforme»²⁵; sobre todo porque a continuación el propio Tribunal señala que:

«la posibilidad de proceder a tal reducción no puede dar lugar, en la práctica, a que quede sin sustancia el derecho del consumidor al reembolso de tales gastos en los casos en los que hubiera instalado, *de buena fe*, el

²³ El Considerando 19 de la Directiva recordaba que los Estados miembros podrán garantizar un mayor nivel de protección del consumidor renunciando a establecer dicha obligación.

²⁴ Entre otros, el artículo 123.4 TRLGDCU que señala «El consumidor y usuario deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella. El incumplimiento de dicho plazo no supondrá la pérdida del derecho al saneamiento que corresponda, *siendo responsable el consumidor y usuario, no obstante, de los daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación*» (la cursiva es añadida).

²⁵ Párrafo 75 de la sentencia.

bien defectuoso conforme a su naturaleza y a su finalidad *antes de que se manifieste el defecto.*»²⁶

¿De verdad se puede considerar que el Sr. Wittmer actuó de buena fe dejando que se instalaran las dos terceras partes de las baldosas defectuosas? Como queda claro en el relato de los hechos, el defecto de las baldosas era evidente con anterioridad a la ejecución de la instalación parcial del bien defectuoso; a diferencia, insisto, de lo sucedido con el lavavajillas de la Sra. Putz, cuya falta de conformidad solo se hizo patente una vez instalado; en consecuencia y como antes señalé, la respuesta a ambos casos nunca debió ser la misma y el Tribunal de Justicia comete un patente error al tratar ambos casos de manera idéntica²⁷.

IV. LAS CONSECUENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVO A UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA

A estas alturas ya es de sobra conocido que el otrora proyecto de codificación europea del derecho de contratos ha quedado reducido de manera drástica, siendo su última derivación «jibarizada» la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea²⁸. No siendo esta la sede adecuada para analizar este texto, me limitaré a señalar el reflejo que en él tiene el tema que nos viene ocupando a lo largo de este comentario; se trata, como veremos, de uno bastante intenso en el que también está presente la sombra de la sentencia Weber/Putz.

Comenzaré por señalar que en los considerandos explicativos situados en el pórtico de la Propuesta, se incluye el número 33 con el texto siguiente:

«La normativa común de compraventa europea debe encontrar soluciones equilibradas teniendo en cuenta los intereses legítimos de las partes al determinar y ejercer los remedios disponibles en caso de incumplimiento del contrato. En los contratos entre empresas y consumidores, el sistema de remedios debe reflejar el hecho de que la falta de conformidad de los bienes [...] se inscribe dentro de la esfera de responsabilidad del comerciante.»

¿Cómo se concreta esta declaración de principios en el punto que nos ocupa, relativo al derecho del consumidor a exigir el cumplimiento específico en caso de un primer incumplimiento del vendedor, consistente en la entrega de un bien no conforme? ¿Incluye esa esfera de responsabilidad la

²⁶ El énfasis es añadido por mí.

²⁷ No extraña así que autores como LORENZ, *NJW*, 2011, p. 2245, reclamen la necesidad de reforzar la presencia de civilistas en el Tribunal, señalando que la infrarrepresentación de juristas privatistas que ahora lo caracteriza se compadece mal con la creciente importancia del Derecho europeo de contratos; incluso se atreve a plantear para el futuro la necesidad de una jurisdicción europea para las cuestiones civiles.

²⁸ Bruselas, 11.10.2011, COM (2011), 635 final.

obligación, por parte del vendedor, de correr con todos los gastos que imponga la sustitución del bien defectuoso por otro que no lo sea, cuando no es posible su reparación y los costes de dicha sustitución son excesivamente onerosos para el vendedor?

La respuesta a estas cuestiones exige el análisis de varios preceptos de la Propuesta. Según el artículo 106, ante el incumplimiento del vendedor, el comprador, entre otros remedios y, a diferencia de la Directiva 1999/44, de manera no jerarquizada²⁹, tendrá derecho a reclamar el cumplimiento, incluidas la prestación específica, la reparación o la sustitución de los bienes en el que se incluye, si bien –y esto en una nota de gran importancia– este remedio queda excluido si el incumplimiento es excusable con la consiguiente exoneración del deudor (art. 106.4)³⁰. Insistiendo en ello, el artículo 110.2³¹ señala que el cumplimiento que podrá reclamarse incluye la subsanación gratuita del cumplimiento que no sea conforme con el contrato; no obstante, a continuación el artículo 110.3 reconoce que el cumplimiento no podrá reclamarse cuando (a) resulte imposible o haya dejado de ser lícito; o (b) sea desproporcionadamente gravoso y oneroso respecto del beneficio que obtendría el comprador. Parece pues claro que cualquier modalidad de cumplimiento desproporcionadamente gravosa y onerosa (se entiende, para el vendedor) respecto del beneficio que podría alcanzar el comprador, puede ser rechazada por ser económicamente ineficiente; se incluye pues la llamada «desproporcionalidad absoluta» que el caso Weber/ Putz había excluido de la Directiva 1999/44³², de suerte que si el remedio propiamente indemnizatorio o la rebaja del precio son más adecuados y causan menos inconveniente al vendedor, sin dañar al comprador, estos deben ser preferidos.

A continuación el artículo 111 de la Propuesta, únicamente aplicable para el caso de que se trate de una compraventa de bienes de consumo, otorga al consumidor el derecho a optar entre la reparación o la sustitución «salvo que la opción escogida fuera ilícita o imposible o, comparada con la otra opción disponible, impusiera costes al vendedor que fueran desproporcionados teniendo en cuenta: (a) el valor que tendrían los bienes en caso de que no hubiese falta de conformidad; (b) la importancia de la falta de conformidad; y (c) si se podría completar la subsanación alternativa sin inconveniente importante para el consumidor». Esto es, aquí únicamente se contempla que el coste (de la sustitución, por ejemplo) sea desproporcionado en relación con la otra opción (de la reparación), esto es, la llamada «desproporción relativa». No se alude, pues, a la desproporción *tout court*, esto es, absoluta o en relación con el resto de los remedios. La cuestión es si no se mencionada la

²⁹ Para ZOLL, F, en el comentario al artículo 106, en *Common European Sales Law (CESL), Commentary*, 2012, p. 491, la Propuesta, siguiendo la tradición de textos como la Convención de Viena o el DCFR, el derecho a reclamar el cumplimiento no es visto como un remedio primario derivado del incumplimiento, sino como uno más de ellos.

³⁰ En el sentido del artículo 88.1 de la misma Propuesta de Reglamento, según el cual «Una parte quedará exonerada del incumplimiento de una obligación si el incumplimiento se debiera a un impedimento que escapa a su control y si cupiera suponer que, en el momento de la celebración del contrato, no podía tener en cuenta el impedimento o no podía evitar o superar dicho impedimento y sus consecuencias».

³¹ Conviene matizar que el artículo 110 se aplica a todo tipo de contratos, tanto entre empresarios como con consumidores.

³² Considera más razonable la solución de la Propuesta, ZOLL, 2012, p. 504, aunque en p. 507 el mismo autor considera justificada la divergencia de soluciones tomando en consideración el distinto contexto de ambos textos.

desproporción absoluta, porque es irrelevante y no limita los derechos del comprador-consumidor a optar por cualquiera de las modalidades de cumplimiento, o más bien no se hace porque cualquier remedio desproporcionadamente gravoso y oneroso³³ queda excluido *ex ante* en virtud del precepto anterior. A mi entender, esta segunda es la opción más plausible y la que mejor coherente con el hecho de que, a diferencia de lo que sucede en la Directiva 1999/44 y tal y como he recordado, en la Propuesta de Reglamento de compraventa, los remedios ante el incumplimiento están todos en el mismo plano y no se hallan jerarquizados³⁴.

De ser así, queda también reducido a su justa medida el alcance del artículo 112 de la Propuesta que, bajo la rúbrica «Devolución del artículo sustituido» pudiera parecer que consagra precisamente lo acordado en la sentencia Weber/Putz. En efecto, conforme al primer párrafo de este último precepto «Cuando el vendedor haya subsanado la falta de conformidad mediante sustitución, el vendedor tendrá el derecho y la obligación de aceptar el objeto sustituido corriendo con los gastos». Leído de manera aislada parece que no existe limitación alguna en el alcance de los gastos que han de ser soportados por el vendedor como consecuencia del proceso de reemplazo del bien no conforme. Interpretado en el contexto de los artículos precedentes, ese proceso de reemplazo nunca se hubiera producido si los previsibles costes para el vendedor hubieran sido desproporcionadamente gravosos y onerosos en relación con otros posibles remedios; en consecuencia, tales gastos, de existir, serían por hipótesis gastos proporcionados. La sentencia que nos ocupa tendría así únicamente un reflejo parcial en el texto transcrito.

Finalizaré señalando que el segundo párrafo del mismo artículo 112 de la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea resulta también inspirado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, el texto del precepto reconoce que «Al comprador no se le podrá reclamar ningún pago por el uso hecho del objeto sustituido durante el periodo previo a la sustitución», que fue precisamente lo que dictaminó la STJUE de 17 de abril de 2008 en el caso *Quelle* basándose en que fue voluntad del legislador comunitario (de la Directiva 44/1999) hacer de la gratuidad de la puesta en conformidad del bien por el vendedor un elemento esencial de la protección que dicha Directiva otorga al consumidor³⁵. Parece que la Propuesta sigue el mismo criterio, debiendo interpretarse que la referencia al uso hecho del objeto alude a su uso adecuado y no a un uso abusivo que hubiera dañado el bien sustituido³⁶.

³³ Repárese en que ha de tratarse de ambas cosas a la vez.

³⁴ En similar sentido, ZOLL, 2012, p. 507.

³⁵ Resulta curioso constatar que en la misma Sentencia del caso *Quelle*, el Tribunal dice en uno de sus últimos párrafos «Además, los intereses económicos del vendedor están protegidos, por una parte, por el plazo de prescripción de dos años previsto en el artículo 5.1 de la Directiva y, por otra parte, por la facultad que le atribuye el artículo 3.3, párrafo segundo, de la Directiva de negarse a sustituir el bien en el caso de que dicho modo de saneamiento resulte desproporcionado por imponerle costes que no son razonables»; resalto que esta última afirmación se hace sin referencias a otra forma concreta, y sin matizaciones respecto a la no razonabilidad de los costes.

³⁶ Zoll, 2012, p. 513.

Rapports nacionales de Derecho Privado Europeo,
Comparado y Comunitario

ALEMANIA, AUSTRIA Y SUIZA

Bibliografía (2012)

MARTIN EBERS*

I. NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (INSTRUMENTO OPCIONAL)

- JANSEN, Nils: *Revision des Verbraucher-Acquis? Zwölf Thesen zum Kommissionsvorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts und zur Zukunft des europäischen Vertragsrechts. Referat im Rahmen der Vortragsreihe «Rechtsfragen der Europäischen Integration», Bonn, den 30. Januar 2012*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Bonn, 2012.
- SCHULZE, Reiner (ed.): *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Nomos, Baden-Baden, München, 2012.

II. DERECHO PRIVADO EUROPEO - CUESTIONES GENERALES

- AHMLING, Rebecca: *Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012.
- DÖLEMEYER, Barbara - MOHNHAUPT, Heinz (eds.): *200 Jahre ABGB (1811-2011). Die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext*, Klostermann, Frankfurt a.M., 2012.
- DREXLER, Alexander: *Die richtlinienkonforme Interpretation in Deutschland und Frankreich*, Nomos, Baden-Baden, 2012.
- DRYGALA, Tim - HEIDERHOFF, Bettina - STAAKE, Marco (eds.): *Private autonomy in Germany and Poland and in the common European sales law*, Sellier, München, 2012.
- HEIDERHOFF, Bettina: *Europäisches Privatrecht*, 3. Aufl., Müller, Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, 2012.
- JANSEN, André (ed.): *Auf dem Weg zu einem europäischen Privatrecht. Beiträge aus 20 Jahren von Reiner Schulze*, Nomos, Baden-Baden, 2012.
- MÜLLER, Friedrich - CHRISTENSEN, Ralph: *Juristische Methodik. Band II: Europarecht*, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2012.

* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.

- PERNER, Stefan: *EU-Richtlinien und Privatrecht*, Manz, Wien, 2012.
- RAINER, Johannes Michael: *Das Römische Recht in Europa. Von Justinian zum BGB*, Manz, Wien, 2012.
- RÖSLER, Hannes: *Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts. Strukturen, Entwicklungen und Reformperspektiven des Justiz- und Verfahrensrechts der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- SCHLOSSER, Hans: *Neuere europäische Rechtsgeschichte. Privat- und Strafrecht vom Mittelalter bis zur Moderne*, Beck, München, 2012.
- SCHWARZE, Jürgen (ed.): *EU-Kommentar*, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2012.

III. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

- AXER, Constantin: *Rechtfertigung und Reichweite der AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr*, Lang, Frankfurt am Main, 2012.
- BODENHEIMER, Rouven F.: *Allgemeine Geschäftsbedingungen im Unternehmensverkehr im englischen und deutschen Recht*, Lang, Frankfurt a.M., 2012.
- HARŁACZ, Ewa: *Die Bedeutung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Handelsverkehr zwischen Deutschland und Polen nach dem Beitritt Polens zur Europäischen Union*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2012.
- HAUSMANN, Ludwig: *Europäische Fluggastrechte im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung und großer Verspätung von Flügen. Verordnung (EG) 261/2004*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2012.
- KÄHLER, Lorenz: *Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- KÖTZ, Hein: *Vertragsrecht*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- NIESSE, Susanne: *Die leistungsstörungenrechtlichen Grundstrukturen des deutschen, französischen und englischen Unternehmenskaufrechts im Vergleich*, Lang, Frankfurt a.M., 2012.
- REDEKER, Philipp: *Beschaffenheitsbegriff und Beschaffenheitsvereinbarung beim Kauf. Der Anwendungsbereich des Gewährleistungsrechts und die Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung*, Beck, München, 2012.
- TRÖGER, Tobias: *Arbeitsteilung und Vertrag. Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten Dritter in Vertragsbeziehungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

IV. DERECHO DE CONSUMO

- AUGENHOFER, Susanne (ed.): *Verbraucherrecht im Umbruch*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- REICH, Norbert: *Individueller und kollektiver Rechtsschutz im EU-Verbraucherrecht. Von der «Nationalisierung» zur «Konstitutionalisierung» von Rechtsbehelfen*, Nomos, Baden-Baden, 2012.
- HOFMEISTER, Lisa Katharina: *Online Dispute Resolution bei Verbraucherverträgen. Rechtlicher Rahmen und Gestaltungsmöglichkeiten*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

- SAUERLAND, Mirja: *Die Harmonisierung des kollektiven Verbraucherschutzes in der EU. Eine Analyse bezüglich der Kompetenz der Europäischen Union zur Schaffung von einheitlichen auf Leistung gerichteten Kollektivklagemechanismen*, Lang, Frankfurt a.M., 2012.
- SEDLMEIER, Kathleen: *Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- TAMM, Marina - TONNER, Klaus - BERGMANN, Stefanie (eds.): *Verbraucherschutz. Rechtliches Umfeld, Vertragstypen, Rechtsdurchsetzung; Beratungshandbuch*, Nomos, Baden-Baden, 2012.
- WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, Aneta: *Consumer Sales Guarantees in the European Union*, Sellier, München, 2012.

V. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

- KAISER, Eva: *Tarifverträge und Altersdiskriminierungsschutz. Prominente tarifvertragliche Klauseln auf dem Prüfstand des Allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes unter besonderer Berücksichtigung der europäisch- und verfassungsrechtlichen Grundlagen*, Nomos, Baden-Baden, 2012.
- WENCKEBACH, Johanna: *Antidiskriminierungsrechtliche Aspekte des Kündigungsschutzes in Deutschland und England*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

VI. DERECHO DE DAÑOS - RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

- JASCHKE, Frank Josef: *Der kartellrechtliche Schadensersatzanspruch*, Heymann, Köln, 2012.
- REMIEN, Oliver (ed.): *Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht. Würzburger Tagung vom 11. und 12.6.2010*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

VII. DERECHO EUROPEO DE BIENES

- Gebel, Klaus: *Immobilienwerb in Frankreich*, 3. Aufl., Interna, Bonn, 2012.

VIII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- COESTER-WALTJEN, Dagmar - MÄSCH, Gerald: *Übungen in Internationalem Privatrecht und Rechtsvergleichung*, 4. Aufl., De Gruyter, Berlin, 2012.
- HEINE, Dorothea: *Das Kollisionsrecht der Forderungsabtretung. UNCITRAL-Abtretungskonvention und Rom I-Verordnung*, Lang, Frankfurt a. M., 2012.
- KIENINGER, Eva-María (ed.): *Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

ESPAÑA

Bibliografía

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

I. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

- CÁMARA LAPUENTE, Sergio (dir.) - ARROYO AMAYUELAS, Esther (coord.): *La revisión de las normas nacionales y europeas de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Madrid, Thomson - Civitas, 2012. ISBN 978-84-470-3981-4.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.^a Carmen (coord.): *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil. Principios europeos y Draft*, Madrid, Dyckinson, 2012. ISBN 8415455356.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María: *Las reglas de interpretación de los contratos en el proceso de construcción del Derecho Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. ISBN 13:9788490045664.
- VAQUER ALOY, Antoni - BOSCH CAPDEVILA, Esteve - SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz (coords.): *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, vols. I y II, Barcelona, Atelier, 2012. ISBN 978-84-92788-85-9 (obra completa).
- YANGUAS GÓMEZ, Roberto: *Contratos de conexión a internet, «hosting» y búsqueda. servicios de intermediación en red con consumidores*, Madrid, Civitas, 2012. ISBN8447039326.

II. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión europea. Estudio y jurisprudencia*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2012. ISBN. 8447035724.
- DÍEZ HOHLEITNER, Javier *et alii* (dirs.): *Últimas tendencias de la jurisprudencia de la Unión europea (2008-2013)/Recent trends in the case Law of the Court of Justice of the European Union*, Madrid, La Ley, 2012. ISBN 9788490200513.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES / HUMANOS

- MONEREO ATIENZA, Cristina - MONEREO PÉREZ, José Luis: *La Europa de los Derechos estudio sistemático de la carta de los Derechos fundamentales de la Unión europea*, Granada, Comares, 2012. ISBN 9788498369564.

* Prof. Titular de Derecho civil. Universidad de Barcelona. Miembro del Grupo de investigación consolidado de la Generalitat de Cataluña, 2009 SGR 221.

CANOSA USERA, Raúl *et alii*: *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Madrid, Cívitas, 2012. ISBN 978-84-470-3969-2.

IV. DERECHO PROCESAL

ARIZA COLMENAREJO, M. José: *La acción de cesación como medio de protección de consumidores y usuarios*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012. ISBN 8490141021.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: *La e-justicia en la Unión europea*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012. ISBN: 978-84-9903-982-4.

OLIVA SANTOS, Andrés de la (dir.) - CEDEÑO HERNÁN, Marina (coord.): *La armonización del Derecho procesal tras el Tratado de Lisboa*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2012. ISBN 978-84-9903-959-6.

ITALIA

Bibliografía

MIRKO FACCIOLI, BARBARA PASA,
MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO

I. DERECHO PRIVADO EUROPEO (MIRKO FACCIOLI*, MAURO TESCARO**, STEFANO TROIANO***)

1. Artículos de revista

AA.VV.: *Rassegna di diritto civile*, 2012, núm. 2. Entre otros, el fascículo contiene artículos de ALOJ, N.: «Diritto di recesso e tutela del contraente debole nei contratti di distribuzione» (p. 275 ss.) y LEHMANN, M. - DE FRANCESCHI A.: «Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori» (p. 419 ss).

AA.VV.: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2012, núm. 3. La revista contiene artículos de BESSO C.: «L'attuazione della direttiva europea núm. 52 del 2008: uno sguardo comparativo» (p. 863 ss.) y PAGLIETTI, M. C.: «La protezione del consumatore tra diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e tentativo obbligatorio di conciliazione» (p. 987 ss).

AA.VV.: *Rivista di diritto privato*, 2012, núm. 2. Destacan las contribuciones de ZACCARIA, A.: «Garantías comerciales: en particular, plazos y protección del consumidor» (p. 183 ss.), TESCARO, M.: «L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento di direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012» (p. 195 ss.), y PALMIGIANO, A.:

* Ricercatore di diritto privato. Università di Verona.

** Ricercatore di diritto privato. Università di Verona.

*** Professore ordinario di diritto privato. Università di Verona.

- «Pratiche commerciali scorrette: la legittimazione ad agire delle associazioni di consumatori ed utenti ex artículo 139 ed il relativo procedimento ex artículo 140 del d. lgs. 206/2005» (p. 251 ss).
- AA.VV.: *Rivista di diritto privato*, 2012, núm. 3. Deben señalarse los artículos de BALLARINO, T.: «Verso una disciplina europea della vendita» (p. 341 ss.) y ZUCCARO, D.: «La forma del contratto di subfornitura tra finalità di protezione ed esigenze di certezza» (p. 409 ss).
- AA.VV.: *Contratto e impresa*, 2012, núm. 4-5. En particular conviene destacar los artículos de BLASCO, B.: «Spam e pratiche commerciali scorrette» (p. 967 ss.), PROSPERI, F.: «I diritti fondamentali nel sistema integrato di protezione europeo» (p. 1001 ss.) y VETTORI, G.: «Il contratto senza numeri e senza aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole» (p. 1190 ss).
- AA.VV.: *Le nuove leggi civili commentate*, 2012, núm. 3. Se hallan diversos comentarios a leyes recientes en materia de derecho privado europeo y, especialmente, de FINESI, A., sobre la disciplina del contrato de multipropiedad (arts. 69-81 *bis* Codice del consumo) (p. 501 ss.) y de INERVINI, E., sobre el nuevo artículo 37 *bis* Codice del consumo, a propósito de la tutela administrativa contra cláusulas abusivas (p. 563 ss.).
- AA.VV.: *Le nuove leggi civili commentate*, 2012, núm. 4. En particular, véase, BOLOGNINI, S., a propósito del Reglamento UE núm. 1169/2011 de 25 octubre del 2011, sobre suministro de información en los alimentos destinados a consumidores (p. 613 ss.) y PAGLIANTINI, S.: «Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale» (p. 751 ss).
- FACCIOLI, M.: «Gli art. 1469-bis c.c. e 38 c. cons.: il coordinamento tra le norme del codice civile e la disciplina di tutela del consumatore», in *Studium Iuris*, 2012, núm. 7-8, p. 840 ss. Se publica la contribución presentada en el *Simposio Ítalo-Brasileiro - Direito do Consumidor* (Belo Horizonte, 20-22 junio) que ilustra al lector brasileño y, en general, extranjero, la relación entre los remedios del CC italiano y los propios del derecho de consumo.
- TESCARO, M.: *Le clausole vessatorie tra codice civile e codice del consumo*, in *Studium Iuris*, 2012, núm. 6, p. 681 ss. Se publica la contribución presentada en el *Simposio Ítalo-Brasileiro - Direito do Consumidor* (Belo Horizonte, 20-22 junio) que ilustra al lector brasileño y, en general, extranjero, la disciplina italiana de las cláusulas abusivas y, en particular, a partir de un ejemplo de cláusula penal.
- SIRENA, p. – ADAR, Y.: «La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo», in *Rivista di diritto civile*, 2012, núm. 3, p. 359 ss. La contribución pone de relieve que la europeización de los derechos civiles nacionales exige que la doctrina jurídica no tenga en cuenta meramente la exégesis de los textos, sino una reconstrucción sistemática. Es una perspectiva que tiene muy en cuenta el ordenamiento jurídico mixto de Israel.

2. Libros

- PAGLIANTINI, S.: *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Giappichelli, Torino, 2012, 340 pp. ISBN 978-88-348-2925-7. Tal y como se destaca en la introducción de C. Scognamiglio, el libro que es una colección de textos ya editados y, en parte, refaccionados, presenta la materia referida

- al derecho de consumo desde la perspectiva de la interpretación jurisprudencial, pero también a propósito del papel de la autonomía de la voluntad.
- PASSAGNOLI, G.: «Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione», en *Obbligazioni e contratti*, 2012, núm. 6, p. 409 ss.
- ROSI CARLEO, L. (a cura di): *Diritto dei consumi. Soggetti, contratti, rimedi*, Torino, Giappichelli, 2012. 256 pp. ISBN 978-88-348-2836-6. Se trata de un manual breve y deliberadamente sencillo, sin notas, que ofrece al lector una visión completa sobre el derecho de los consumidores, tanto en lo que se refiere a los conceptos básicos (principalmente, el de consumidor), como a los contratos típicos y los remedios (individuales y colectivos y sus alternativas).
- ROSSI CARLEO, L.: *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, núm. 7, p. 492 ss. La autora comenta críticamente el nuevo artículo 37 bis Codice del consumo.

II. DERECHO COMPARADO (BÁRBARA PASA)*

- AMODIO, C.: *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Sezione Manuali, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 298, ISBN 978-88-348-2812-0.
- ANTONIOLLI, L. - BENACCHIO, GA. - TONIATTI, R. (a cura di): *Le nuove frontiere della comparazione*, Atti del I Convegno Nazionale della SIRD Milano, 5-6-7 maggio 2011, Collana Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Vol. núm. 100, Università degli Studi di Trento, 2012, pp. 360, ISBN 978-88-8443-409-8.
- BANCONE, V.: *Il trust dalla Convenzione de L'Aja al Draft Common Frame of Reference*, ESI, Napoli, 2012, pp. 400, ISBN 9788849524567.
- BARSOTTI, V. - VARANO, V. (a cura di): *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale*, collana Anuario di diritto comparato e studi legislativi - Quaderni, ESI Napoli, 2012, pp. 184, ISBN 9788849524598.
- CARBONI, G.G. (a cura di): *La salute negli Stati composti, tutela del diritto e livelli di governo*, Atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Sassari, Università degli studi, 1 luglio 2011, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 200, ISBN 978-88-348-2843-4.
- CERCHIA, R.: *Quando il vincolo contrattuale si scioglie. Unicità e pluralità di temi e problemi nella prospettiva europea*, Università degli studi di Milano, Facoltà di giurisprudenza, Studi di diritto privato, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 344, ISBN 9788814175688.
- CERRINA FERONI, G. - FERRARI, F. (a cura di): *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Atti del Convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Firenze, 18 novembre 2011, in collaborazione con la Fondazione Cesifin Alberto Predieri, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 300, ISBN 978-88-348-2909-7.
- CERRINA FERONI, G. - PALERMO, F. - PARODI, G. - RIDOLA, p. (a cura di): *I 60 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro, 60 Jahre Grundgesetz zwischen Herkunft und Zukunft*, Atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, Milano, Università Commer-

* Professore Associato. U. Torino.

- ziale L. Bocconi, 5-7 novembre 2009, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 362, ISBN 978-88-348-2839-7.
- DI GREGORIO, A. - FILIPPINI, C. - GANINO, M.: *Governi e parlamenti nei paesi dell'Europa orientale (Polonia, Lituania, Ungheria, Repubblica Ceca): l'equilibrio innanzitutto*, Giappichelli, Torino, 2012, E-book, ISBN 978-88-348-3629-3.
- FERRARI, M. - IZZO, U.: *Diritto alimentare comparato*, il Mulino; Bologna, 2012, pp. 324, ISBN 978-88-15-23956-3.
- FERRARI, F. (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Quaderni di diritto pubbl. comparato ed europeo diretto da REPOSO, Antonio, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 210, ISBN 978-88-348-2861-8.
- FOGLIA, A., *Introduzione linguistica (ma non solo) al diritto svizzero*, Collana Le Lingue del Diritto collana a cura di B. Pozzo, iuffrè, Milano, 2012, pp. 222, ISBN 9788814172120.
- FORMICHELLA, L. - TOTI, E.: *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese. VI. Legge sulla sicurezza alimentare, Diritto cinese e sistema giuridico romanistico*, SCHIPANI, S. - TERRACINA, G. (dirs.), Giappichelli, Torino, 2012, pp. 80, ISBN 978-88-348-2888-5.
- GAMBINO, S.: *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nord-americana*, Università degli Studi della Calabria - Dipartimento di Scienze Giuridiche, Area Giuspubblicistica, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 446, ISBN 9788814174063.
- INFANTINO, M.: *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, Studi di diritto comparato, ESI Napoli, 2012, pp. 385, ISBN 9788849523140.
- LANCHESTER, F. (a cura di): *La Costituzione degli altri. Dieci anni di trasformazioni in alcuni ordinamenti costituzionali stranieri*, Quaderni di Nomos - Le Attualità nel Diritto, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 406, ISBN 9788814173936.
- LANNI, S.: *L'inadempimento dell'obbligazione*, ESI, Napoli, 2012, pp. 224, ISBN 9788849524642.
- MORBIDELLI, G. - PEGORARO, L. - REPOSO, A. - VOLPI, M.: *Diritto pubblico comparato*, 4 ed., Giappichelli, Torino, 2012, pp. XVI-528, ISBN 978-88-348-3582-1.

Legislación

MIRKO FACCIOLI, MAURO TESCARO,
STEFANO TROIANO

Art. 36, comma 4, Decreto Legge, 18 ottobre 2012, núm. 179 (*Decreto de desarrollo*). La norma modifica el artículo 3.4 ter, del Decreto-ley de 10 febrero 2009, núm. 5, convalidado por la ley 9 abril 2009, núm. 33, en materia de contratos en red, es decir, uno de los instrumentos a través del cual Italia aplica las recomendaciones de la Comisión Europea (y recogidos en la «*Small Business Act*») a favor de la promoción de pequeñas y medianas empresas en Europa. Los últimos cambios introducidos se refieren a la subjetividad jurídica y la representatividad de la red de empresas

Espacio judicial europeo, Derecho procesal, Derecho de contratos, Derechos reales, Derecho de familia, Derecho antidiscriminación, Derecho de autor, Derecho de responsabilidad extracontractual y Derecho de *trusts* en la Unión Europea

I. Espacio judicial europeo

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS*

1. Enmiendas del Parlamento Europeo a la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida) 2010/0383(COD)

Como señalaba hace justamente un año (crónica de octubre 2011) el tema estrella en el ámbito del Espacio Judicial Europeo continúa siendo la futura reforma del Reglamento 44/2001 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En dicha crónica comentaba el Proyecto de Informe del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, realizado por el ponente Tadeusz Zwiefka. El 25 de septiembre de 2012 la Comisión de Asuntos jurídicos del Parlamento Europeo ha publicado un documento de enmienda (Enmienda 121) en el que se contienen las enmiendas del Parlamento Europeo a la Propuesta de la Comisión de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Versión refundida) y que deberá discutir el Parlamento Europeo.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de ESA-DE-Ramón Llull.

2. **European Consumer Centres Network (ECC-Net): European Small Claims Procedure Report (September 2012)**

El proceso europeo de escasa cuantía está previsto en el Reglamento (EC) núm. 861/2007 del Parlamento europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, y pretende mejorar y simplificar los procedimientos civiles y comerciales por demandas de cuantías no superiores a 2000 euros. El proceso de escasa cuantía se basa en formularios formalizados. Es escrito, salvo que el Tribunal juzgue necesaria una vista oral. A fin de acelerar los trámites, el Reglamento impone plazos máximos a las partes y el Tribunal.

Los EECs (*European Consumer Centres*) de Italia, Lituania, Estonia y Polonia han llevado a cabo un estudio conjunto sobre cómo los procesos europeos de escasa cuantía funcionan, desde un punto de vista práctico, en los veintisiete Estados miembros. Los resultados de dicho estudio se recogen en el documento que comentamos.

En primer lugar se señala que uno de los problemas respecto del procedimiento europeo de escasa cuantía es su desconocimiento por parte de jueces y consumidores. Como consecuencia es difícil, por parte de los consumidores, obtener la información necesaria y el asesoramiento para iniciarlo. Es imprescindible mejorar ambos aspectos. Otro de los temas que dificultan el éxito del proceso europeo de escasa cuantía es el coste que puede suponer la necesidad de traducción de los documentos que acompañan a la demanda. Ante ello, se propone establecer una lengua común aceptable por los tribunales de los distintos Estados miembros. Sin duda el principal problema es el tema de la ejecución de la sentencia. En la mayoría de los casos la sentencia suele ser favorable al consumidor pero eso no significa que la misma llegue a ejecutarse. En muchos casos será necesario un proceso de ejecución en un Estado miembro distinto del Estado del domicilio del consumidor cuyo coste será en muchos casos superior a la cuantía reclamada. Ello desincentiva enormemente cualquier acción por parte del consumidor. Es necesario, como indica el estudio, simplificar los procedimientos de ejecución en el ámbito de un procedimiento de escasa cuantía.

II. Derecho de obligaciones y contratos en la Unión Europea

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

I. LEGISLACIÓN, INFORMES, DICTÁMENES, LIBROS VERDES

1. **Propuesta de Reglamento europeo del Parlamento y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea**

Como es bien conocido, el objetivo de la Propuesta de la Comisión es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante un conjunto de normas de derecho contractual sobre la compraventa, los contenidos digitales

* Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Barcelona.

y los servicios relacionados, que, de aplicarse en lugar de los derechos nacionales, permitiría reducir los obstáculos al comercio transfronterizo (sobre el particular, *vid.* L. Paula San Miguel - Máximo J. Pérez, en el editorial de la última crónica, ADC, 2012, 3, 1246-1259). El CESL (siglas en inglés) es ambicioso, pero todavía incompleto y plantea dificultades de comprensión, además de otros problemas de coordinación con las normas de Derecho internacional privado (*vid.* B. Añoveros, en la crónica correspondiente, en ADC, 2012, 1, pp. 312-313). A continuación se hace referencia a dos documentos, de procedencia y naturaleza bien distinta (política y académica, respectivamente), que ponen de relieve la necesidad de seguir avanzando en el estudio de este instrumento.

1.1 *Presidencia del Consejo de la Unión Europea. Primera Lectura de la Propuesta de Reglamento. Debate político (Bruselas, 1 de junio de 2012. Doc. 10611/12)*

La Presidencia del Consejo se hace eco de los pasos seguidos hasta la aprobación de la Propuesta de Reglamento, de los pros y contras de tal instrumento y su carácter opcional y también de las críticas vertidas por los Estados miembros, contrarios a basar la competencia en el artículo 114 TFUE (*vid.* resumen de E. Arroyo, en la crónica publicada en ADC, 2012, 3, 1275-1276). El informe establece los puntos que deberían centrar los futuros debates. Entre ellos, el ámbito material (¿solo contratos de venta, servicios relacionados y servicios digitales *on line*?) y personal del instrumento (¿sólo contratos entre empresas y consumidores?), la necesidad de promulgarlo en forma de reglamento, pero solo si se respeta el principio de autonomía de la voluntad y siempre que su contenido no vaya más allá de lo estrictamente necesario para mejorar el funcionamiento del mercado interior (delimitación que, por supuesto, no está exenta de problemas) y, finalmente, el carácter opcional del texto, condicionado a que no lo impida las normas de conflicto y de protección de los consumidores del derecho interno (aunque el CESL es, en general, muy protector de estos últimos y no parece que ello sea en detrimento de la protección que a estos dispensan los derechos nacionales). Se invita al Comité de Justicia y Asuntos de Interior a reflexionar sobre la mejor manera de continuar las discusiones con la Comisión en torno a esos puntos concretos.

1.2 *Informe del Instituto de Derecho Europeo (ELI)*

El pasado 7 de septiembre de 2012, el Consejo rector del Instituto de Derecho europeo (ELI - *European Law Institut*), de cuya creación dieron cuenta en esta revista C. Jerez Delgado (ADC, 2011, 3, pp. 1075-1077) y R. Zimmermann (ADC 2011, 3, pp. 1079-1098) aprobó un informe sobre el CESL, realizado por un grupo de trabajo presidido por Sir John Thomas (Presidente de la *Queen's Bench Division* de la *Hight Court of Justice* y juez de la *Court of Appeal of England and Wales*), que estaba integrado por los siguientes miembros: John Sorabji (*University College*, London), Matthias Storme (U. Lovaina), Christiane Wendehorst (U. Viena) –todos ellos miembros del Comité de redacción de la propuesta–, Lars Edlund (Tribunal Supremo,

Suecia), Paul Gilligan (*High Court of Ireland*), Rafael Illescas (U. Carlos III, Madrid), Pilar Perales Viscasillas (U. Carlos III, Madrid), Peter Limmer (notario, Würzburg) y Fryderyk Zoll (*Jagellonien U. Krakau* - U. Osnabrück). Otros profesores formaron parte del equipo asesor.

El informe, que puede leerse en: <http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/completed-projects/>, formula críticas y plantea alternativas en numerosos aspectos, que van desde la necesidad de evitar la presentación del CESL como un mero apéndice y facilitar el sistema de elección de estas reglas por parte del consumidor, pasando por la de mejorar la terminología, redacción, sistemática y contenido de determinados preceptos, incluidas algunas definiciones, hasta la de ampliar el ámbito de aplicación subjetivo de la norma. Una selección de algunas de las propuestas de mejora, claramente expuestas en el informe en un resumen preliminar (Part A, *Summary of the Proposed Changes*) y, con detalle, en un cuadro sinóptico comparativo-explicativo, a tres columnas (Part C, *The Detail of Suggested Changes*), exige referirse, por lo menos, a las siguientes: tratar las pequeñas y medianas empresas, que no son ni consumidores ni empresarios (según las definiciones incorporadas), como empresarios; mejorar la definición de consumidor (y aun otras regulaciones), en la línea de lo dispuesto en la Dir. 2011/83; perfilar mejor el ámbito de aplicación de los contratos fuera de establecimiento mercantil; reconsiderar la naturaleza de los servicios digitales como contratos de compraventa (y, además, adaptar algunas otras normas a sus peculiaridades, como por ejemplo la relativa al deber del comprador de tomar posesión); no vincular directamente la infracción del deber de actuar de buena fe con los remedios por incumplimiento y, en concreto, con la obligación de indemnizar; limitar el efecto de invalidez del contrato realizado por teléfono que no consta por escrito; añadir una nueva norma sobre dolo de tercero; introducir la posibilidad de anular el contrato concluido en virtud de una práctica comercial desleal; eliminar los tratos preliminares como criterio de interpretación del contrato; mejorar la confianza del consumidor que contrata por vía electrónica, a propósito del valor que debe darse a la confirmación de la orden de pedido por parte del empresario; mejorar la protección de los consumidores frente a cláusulas negociadas; clarificar las normas sobre la obligación de resultado del empresario, así como las relativas al cumplimiento y remedios; redactar *ex novo* normas sobre pago de lo indebido. Merece la pena destacar la nueva redacción alternativa del capítulo sobre restitución de las prestaciones.

El informe contiene también recomendaciones para la efectiva aplicación del CESL (Parte B, *Recommendations for Effective Implementation*). Se advierte la necesidad de publicar un comentario oficial exegético que oriente la interpretación y explique la opción de política jurídica que subyace en cada artículo y, como refuerzo, la de constituir un consejo asesor oficial (análogo al que existe, entre otros, en relación con el CSIG), que pudiera actuar tanto de oficio como a instancia de parte. Otras recomendaciones tienen que ver con la base de datos que pretende crear la Comisión con la colección de sentencias de los tribunales nacionales y el TJUE que apliquen los preceptos del CESL, así como con el acceso a todos esos materiales e información a través de una página web. Finalmente, se añaden sugerencias sobre la necesidad de mejorar la cooperación judicial en la UE y la potenciación de sistemas alternativos de resolución de conflictos.

2. **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el programa de los consumidores 2014-2020 (DOUE C 225, de 27 de julio de 2012)**

El Comité de las Regiones ha emitido su dictamen sobre la norma. Aparte de las recomendaciones de enmienda al artículo 5, interesan las observaciones que las preceden. El Comité apoya decididamente la continuación de la política de refuerzo de los derechos de los consumidores, como medida *sine qua non* para conseguir el funcionamiento del mercado único, y, por tanto, más necesaria, si cabe, que la protección a las empresas y, en particular las PYMES. Lamenta que el presupuesto asignado al programa sea reducido, de sólo 197 millones de euros, que equivale tan sólo a cinco céntimos de euro por consumidor europeo. Aplauda que los principales objetivos del Programa sean la seguridad y la defensa de los intereses económicos de los consumidores. A propósito de la detección de problemas de seguridad de los productos, y a la vista de que los mecanismos de cooperación entre países no logran poner fin a todos los problemas, el Comité sugiere una intervención a escala de la UE, que permita participar a los organismos de prevención de terceros países para poder realizar una mejor labor de prevención. También pide que se garantice un margen de maniobra suficiente a los Estados en cuestiones como la educación y la atención sanitaria y considera fundamental reforzar el apoyo a las asociaciones de consumidores, tanto porque estas son las que pueden garantizar una representación fuerte y eficaz a escala europea, como porque son las que mejor pueden proporcionar a la Unión europea datos necesarios para la toma de decisiones. Pide que se refuerce la educación a los consumidores desde la escuela y que se elabore material pedagógico armonizado. En otro orden de consideraciones, el Comité señala que puesto que dejan de percibirse más de 20.000 millones de euros al año, derivados de la infracción de la legislación europea en materia de prácticas restrictivas de la competencia, debería acelerarse la regulación del recurso colectivo (*class actions*), en la modalidad *opt-in*, que estima muy útil para gestionar las reclamaciones de los consumidores que afecten a un gran número de personas con carácter transfronterizo (*v. gr.* cancelación de vuelos, productos defectuosos, asesoramiento financiero irresponsable). Con todo, entiende que las propuestas de la Comisión deben limitarse a una legislación marco. Añade la ineludible necesidad de crear una interfaz en línea para la resolución de conflictos, así como el acceso internacional a los organismos extrajudiciales. Aplauda la existencia de la red de Centros Europeos del Consumidor, financiada por la Comisión y los Estados miembros, pero lamenta constatar que los centros europeos de consumidores siguen sin poder tomar medidas concretas para resolver los litigios en que están envueltos los consumidores. Por último, el Comité insta a la Comisión a tomar medidas concretas para fomentar el papel de las organizaciones de consumidores locales y, además, solicita que se apoye a los centros universitarios regionales que desarrollen investigaciones en este ámbito, porque sólo así las organizaciones locales pueden aplicar eficazmente la política de protección regional.

3. **Informe del Parlamento europeo sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables (2011/2272(INI)), aprobada el 22 de mayo de 2012 (P7_TA-PROV(2012)0209)**

El Informe considera que el mercado único debe velar también por un elevado nivel de protección de los consumidores vulnerables y engloba den-

tro de este grupo a una heterogeneidad de hipótesis que tienen en cuenta tanto las situaciones más o menos permanentes (discapacidad mental, física o psicológica, edad, credulidad, género, educación) como otras causas que colocan al consumidor en una situación que le hace acreedor de especial protección (acceso a internet, excesivo endeudamiento). Por ello invita a la Comisión y alienta a los Estados miembros a que analicen constantemente los comportamientos sociales y de consumo (*v. gr.* a partir del análisis de las quejas de los consumidores) para adoptar medidas específicas. A este respecto, señala el limitado ámbito de la Dir. 2005/29, que sólo toma en cuenta los intereses económicos de los consumidores; y el de la Dir. 2011/83, que no incluye el sector financiero o de transporte. Señala que la vulnerabilidad de muchos consumidores nace precisamente de su falta de comprensión de la información que reciben o del desconocimiento de los sistemas de reclamación existentes o de la deficiente o engañosa información que reciben, obstáculos que se multiplican en el caso del consumo transfronterizo y la venta a domicilio, incluido el comercio transfronterizo en línea. De ahí que considere necesario que tanto la Unión Europea como los Estados miembros presten más atención e inviertan más en campañas de información y educación y sugiere a las empresas que promuevan iniciativas de autorregulación (*v. gr.* en relación con la publicidad dirigida a niños y a jóvenes y, cuando se trata de información sobre seguridad en los productos, también mujeres embarazadas). Recuerda, además, la necesidad de que los Estados miembros firmen y ratifiquen el Convenio de 13 de enero de 2000, sobre la protección internacional de adultos. El Parlamento también invita a la Comisión y a los Estados miembros a que se aseguren de que la propuesta de Directiva sobre la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y la propuesta de Reglamento sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo proporcionen a los consumidores vulnerables su acceso efectivo, esto es, que sea gratuita o al menor coste posible.

4. **Libro verde de la Comisión Europea: Hacia un mercado europeo integrado de pagos mediante tarjeta, pagos por Internet y pagos móviles (COM) 2011, 941 final, Bruselas, 1 de enero de 2012)**

El Libro Verde presenta el estado de la cuestión sobre los pagos con tarjeta, pagos móviles y por Internet en Europa y establece cuáles son los obstáculos en el camino hacia una plena integración. El objetivo es abrir un proceso de consulta para contribuir a la mejora de la integración del mercado. El pago mediante tarjeta, a pesar de su incremento, no ha comportado disminución significativa de los costes para los consumidores, las comisiones interbancarias o las tasas de descuento aplicadas a los comerciantes. Además, no todos los sistemas nacionales aceptan las tarjetas de débito y la utilización fraudulenta de las tarjetas de pago continúa siendo problemática en las transacciones a distancia. Los pagos electrónicos (realizados a través de Internet), ya sea mediante tarjeta, transferencias vía servicios bancarios *on line*, o proveedores de pagos electrónicos con los que el consumidor ha abierto una cuenta particular, también ofrece obstáculos que dificulta el crecimiento del comercio electrónico y, en particular, referidos a la diversidad de métodos de pago en los Estados miembros, los costes de su utilización y la seguridad. Los pagos móviles, esto es, aquellos en los que los datos y la orden de pago se cursan a través de un teléfono o un dispositivo móvil, son los que experi-

mentan un mayor crecimiento, pero en Europa no existe un marco europeo que establezca las normas técnicas, la seguridad, la interoperabilidad o la cooperación entre los participantes en el mercado. La Comisión analiza los obstáculos a estas nuevas tecnologías teniendo en cuenta el Espacio Único de Pagos en euros.

En resumen, los principales problemas definidos en el documento tienen que ver con el acceso y entrada al mercado de proveedores de servicios nuevos y ya existentes, la seguridad en los pagos y la protección de datos, la fijación transparente de los precios de los servicios de pago y la interoperatividad entre los proveedores de servicios.

Las respuestas a la consulta ya han sido publicadas en la página web de la Dirección General sobre mercado interior (http://ec.europa.eu/internal_market/payments/cim/index_en.htm). *Vid.* también: Parlamento Europeo. Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios. Hacia un mercado europeo integrado de pagos mediante tarjeta, pagos por Internet o pagos móviles [COM (2011) 0941 - 2012/2040 (INI). Proyecto de informe Sampo Terho, PE491.085v01-00].

II. JURISPRUDENCIA

1. **STJUE 5 julio 2012, Asunto C-49/2011, Content Services/Bundesarbeitskammer**

El TJUE declara que «el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, debe interpretarse en el sentido de que una práctica comercial que consiste en dar acceso a la información prevista en esta disposición sólo mediante un hipervínculo a un sitio de Internet de la empresa en cuestión no cumple lo exigido por dicha disposición, ya que tal información no es ni “facilitada” por esa empresa ni “recibida” por el consumidor, en el sentido de esta misma disposición, y un sitio de Internet como del que se trata en el litigio principal no puede considerarse un “soporte duradero” a efectos de dicho artículo 5, apartado 1.»

Sobre la noción de soporte duradero recuérdese también la Decisión *Inconsult-Anstalt*, de 27 de enero de 2010, del Tribunal de la Asociación Europea de Libre comercio (AELC o EFTA, según las siglas en inglés de *European Free Trade Association*), referenciada por error como STJUE, en la crónica correspondiente a ADC, 2011, 1, p. 288.

2. **Conclusiones de la Abogado General, Juliane Kokott, presentadas en 8 de noviembre de 2012, Asunto C-415/11 Mahamed Aziz contra CatalunyaCaixa**

Se redactan en respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, ante quien el actor había solicitado que se declarara abusiva una cláusula del contrato de préstamo hipotecario y, en consecuencia, también nulo el procedimiento ejecutivo, que, iniciado tras el impago de varias mensualidades, ya había finalizado con

la adjudicación de la vivienda familiar al prestamista. En concreto, el juez de lo mercantil (nótese que no es el juez ante quien se había despachado antes el procedimiento ejecutivo) pregunta si la limitación de motivos de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria causa indefensión al consumidor y si son abusivas las cláusulas del contrato que prevén el vencimiento anticipado del préstamo cuando se dejan de pagar algunas cuotas (a pesar de tratarse de un contrato de muy larga duración), el cálculo unilateral de los intereses (sin que sea posible al deudor oponerse en el procedimiento ejecutivo) y la fijación de intereses de demora que superan ampliamente el límite establecido para otros contratos de crédito al consumo.

La Abogado General propone al TJUE que este resuelva de la siguiente manera:

En relación con la primera cuestión, señala que no es posible obtener una tutela judicial efectiva, por ejemplo, mediante la suspensión provisional de la ejecución forzosa, si el procedimiento de ejecución de bienes hipotecados restringe las posibilidades de oposición del deudor. En consecuencia, la regulación es contraria a la Dir. 93/13 porque en ese procedimiento no puede apreciarse la abusividad de las cláusulas del contrato de préstamo, ni el hecho de que puedan apreciarse en un procedimiento declarativo posterior impide la continuación de la subasta. El resultado es que la normativa procesal sobre ejecución hipotecaria infringe el principio de efectividad del derecho de la Unión europea. No así el principio de equivalencia y la razón es que las normas procesales que deberían hacer posible la eficacia de este derecho no son más perjudiciales que las que permitirían hacer efectivo cualquier otro, ya que los preceptos procesales examinados impiden cualquier oposición basada en la nulidad del título.

A propósito de las cuestiones relacionadas con la abusividad de las cláusulas (art. 3.1 y 3.3 Dir. 93/3), las respuestas son menos contundentes y remiten al criterio del juez nacional, aunque la Abogado General proporciona algunas pautas que este deberá tener en cuenta:

a) El juez debe examinar si la cláusula que permite dar por vencido un préstamo de larga duración por impago en un período limitado (una o varias cuotas) supone una grave desviación respecto de la normativa legal que por defecto sería aplicable, si esa desviación estaría justificada y si, a pesar del desequilibrio que tal cláusula pudiera comportar, el consumidor no queda desprotegido. En relación con este último extremo señala la necesidad de tener en cuenta que el artículo 693.3 LEC permite evitar la ejecución por la totalidad de la deuda mediante el pago de las cuotas vencidas.

b) El juez debe analizar si la cláusula en la que se pactan los intereses de demora (en el caso en examen, el 18,75%) se desvía groseramente del tipo de interés legal que a falta de pacto sería aplicable. La Abogado general estima que puede ser un indicio el hecho de que en otros contratos de crédito al consumo tales intereses no puedan superar 2,5 veces el interés legal del dinero, así como el hecho de que los costes de refinanciación de las entidades de crédito, en los préstamos hipotecarios –debido a la garantía concedida– son mucho menores, por regla general, que en los demás créditos al consumo. De todas maneras, inmediatamente añade que es preciso analizar la finalidad que cumplen los intereses de demora: si únicamente suponen la fijación anticipada de los daños (entonces son abusivos si claramente exceden de los efectivamente producidos) o si son disuasorios del incumplimiento (en ese caso solo serían abusivos si son claramente más elevados de lo necesario para alcanzar

ese objetivo). La Abogado General admite que la Directiva no pretende nivelar las diferencias que cada Estado miembro pueda arrojar en torno a esos extremos.

c) En relación con la determinación unilateral del importe de la deuda, a lo que el deudor no puede oponerse si no es en un procedimiento declarativo que, con todo, no suspende el curso de la oposición, el juez debe tener en cuenta cuál sería la situación si no existiera esa cláusula. La Abogada General entiende que el acreedor debería iniciar un litigio para determinar la cantidad pendiente, de manera que si se suprime esa posibilidad, a pesar de que la determinación unilateral no sea vinculante y pueda discutirse en un litigio posterior, se vulnera la tutela del consumidor y puede producirse desequilibrio si sólo existen ventajas para el prestamista. Ahora bien, si es evidente que una cláusula de estas características le permite realizar más rápidamente la garantía, también lo es que esto incrementa su valor en beneficio del deudor. Por otra parte, el deudor se ve expuesto al riesgo de perder la vivienda antes de que haya quedado definitivamente fijada la cuantía debida. Ello, junto con el hecho de no existir otros motivos de oposición del deudor, puede ser determinante de la abusividad. Pero, según la Abogado General, tampoco cabe olvidar otros detalles: cómo está determinado el procedimiento de determinación unilateral del importe de la deuda, qué posibilidades de comprobación tiene el notario interviniente, y cuál es la trascendencia del hecho de que sólo las entidades de crédito sometidas al control bancario del Estado estén legitimadas para utilizar la cláusula controvertida.

III. Derecho de familia en la Unión Europea

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

El nuevo Reglamento europeo en materia de sucesiones

El 27 de julio de 2012 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el nuevo Reglamento sobre las sucesiones por causa de muerte (Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo). Se trata de un nuevo instrumento en materia de cooperación civil que contiene normas de Derecho internacional privado sobre la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de decisiones, transacciones judiciales y documentos públicos, y establece adicionalmente un certificado europeo de heredero. Se pretende con ello facilitar la vida al creciente número de ciudadanos a los que afectan sucesiones en las que concurre un elemento internacional. Como subraya el Preámbulo se trata de que los ciudadanos puedan organizar su sucesión y de garantizar de manera eficaz los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia (apartado 7).

* Catedrática de Derecho Internacional Privado. Universidad de Barcelona.

El nuevo Reglamento se aplica a los aspectos civiles de las sucesiones por causa de muerte refiriéndose tanto a las sucesiones voluntarias como a las sucesiones *ab intestato*. No se incluyen en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria las cuestiones tributarias. Por tanto, corresponde al Derecho nacional determinar las modalidades de cálculo y pago de los tributos, ya se trate de tributos adeudados por el causante a fecha del fallecimiento, o de cualquier tipo de tributo relacionado con la sucesión que deba ser abonado con cargo a la herencia o por los beneficiarios (apartado 10 del Preámbulo). Tampoco se incluyen en el ámbito material del Reglamento cuestiones estrechamente relacionadas con la sucesión, como por ejemplo, la liquidación del régimen económico matrimonial o la creación, administración y disolución de *trusts* (apartados d, j del art. 1.2).

El Capítulo II del Reglamento contiene normas de competencia judicial internacional. En relación a las mismas ha de tenerse especialmente en cuenta que el Reglamento define de manera autónoma el concepto de tribunales de manera que abarca también a los notarios españoles. Conforme establece el apartado 2.º del artículo 3.º el concepto de tribunal comprende a órganos judiciales y a todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o que actúen bajo su control. En este último supuesto tales autoridades y profesionales del Derecho han de ofrecer garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas. Es asimismo necesario que sus resoluciones, dictadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan: *a*) puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y *b*) tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia. Los Estados miembros notificarán a la Comisión las autoridades y los profesionales del Derecho de conformidad con el artículo 79.

Frente al modelo de la fragmentación, que atiende a la naturaleza de los bienes relictos y a su ubicación, y, por tanto, desemboca en la tramitación de distintos procedimientos, el nuevo Reglamento comunitario opta por el modelo de la unidad. Se establece que, con carácter general, son competentes internacionalmente las autoridades correspondientes a la última residencia habitual del causante, para resolver respecto a la totalidad de la sucesión (art. 4). Se abre, sin embargo, la posibilidad de que el causante estipule la competencia judicial internacional de las autoridades correspondientes a su nacionalidad siempre que la sucesión se rija por la ley nacional y la ley elegida sea la de un Estado miembro. El acuerdo relativo a la elección del foro ha de constar por escrito, con expresión de su fecha, y ser firmado por las partes interesadas (art. 5). En virtud del mismo los tribunales del Estado correspondiente a la residencia habitual del causante deberán, de oficio, abstenerse de conocer.

En ausencia de acuerdo de prorrogación de foro y si el causante ha sometido su sucesión a su ley nacional, siendo ésta la de un Estado miembro, el tribunal correspondiente a la última residencia habitual podrá abstenerse de conocer, a instancia de una de las partes en el procedimiento, si considera que los tribunales del Estado miembro cuya ley fue elegida están en mejor situación para pronunciarse sobre la sucesión, habida cuenta de las circunstancias prácticas de ésta, tales como la residencia habitual de las partes y la ubicación de los bienes.

El Capítulo III del Reglamento regula la ley aplicable a la sucesión mediante normas de conflicto de carácter universal, que pueden resultar en la aplicación del Derecho de un Estado tercero, no miembro de la Unión Europea. La regla general es que rige la ley correspondiente a la última residencia habitual del causante. Se establece, no obstante, una cláusula de escape de forma que si resulta claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado de su residencia habitual, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado.

Cabe asimismo la elección de ley. De acuerdo con el artículo 22 del Reglamento el causante puede designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. La elección debe hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo.

El Reglamento regula de forma expresa los supuestos de plurinacionalidad y dispone, que una persona, que posea varias nacionalidades, puede elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. En relación a los Estados plurilegislativos, esto es si el Estado de la nacionalidad tiene más de un ordenamiento jurídico, se establece que corresponde a las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinar qué normas jurídicas regulan la sucesión. En cuanto a los conflictos internos, cuando no interviene un elemento internacional, el Reglamento es inaplicable. Por consiguiente puede finalmente decirse que el Reglamento no altera el funcionamiento del artículo 9.8 del Título Preliminar del Código civil español, contrariamente a lo que inicialmente se había propuesto.

El artículo 23 del Reglamento especifica el ámbito de aplicación de la ley rectora de la sucesión. Dicha ley regula *a)* las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión; *b)* la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites; *c)* la capacidad para suceder; *d)* la desheredación y la incapacidad de suceder por causa de indignidad; *e)* la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado; *f)* las facultades de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la herencia, en particular en orden a la venta de los bienes y al pago de los acreedores, sin perjuicio de las facultades contempladas en el artículo 29, apartados 2 y 3; *g)* la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia; *h)* la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*, así como las reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos; *i)* la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios, y *j)* la partición de la herencia.

En relación a los derechos reales son de interés algunas de las consideraciones que contienen los apartados (15) y (16) del Preámbulo así como lo dispuesto en el artículo 31. La ley aplicable a la sucesión, determinada conforme el Reglamento, permite la creación o la transmisión mediante sucesión de un derecho sobre bienes muebles e inmuebles tal como prevea la ley aplicable a la sucesión. No obstante, no debe afectar al número limitado (*numerus*

clausus) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros. Para permitir que los beneficiarios disfruten en otro Estado miembro de los derechos que hayan sido creados o les hayan sido transmitidos mediante sucesión, el Reglamento prevé en su artículo 31 la adaptación de un derecho real desconocido al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese otro Estado miembro. En el contexto de esa adaptación, se deben tener en cuenta los objetivos y los intereses que persiga el derecho real de que se trate y sus efectos. A fin de determinar el derecho real equivalente más cercano del Derecho nacional, se podrá entrar en contacto con las autoridades o personas competentes del Estado cuya ley se haya aplicado a la sucesión para obtener más información sobre la naturaleza y los efectos de ese derecho. Se menciona especialmente a las redes existentes en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil.

El Capítulo IV regula el reconocimiento, la fuerza ejecutiva y la ejecución de las resoluciones en materia de sucesiones. Se sigue en este ámbito el modelo de anteriores Reglamentos. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. Las resoluciones no se reconocerán: *a*) si el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido; *b*) si se dictasen en rebeldía del demandado sin que se le haya entregado a este la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo; *c*) si fueran inconciliables con una resolución dictada en una causa entre las mismas partes en el Estado miembro requerido; o *d*) si fueran inconciliables con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido. En relación a los documentos públicos se dispone, que los documentos públicos, que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, pueden ser declarados, a petición de cualquiera de las partes interesadas, documentos con fuerza ejecutiva en otro Estado miembro de conformidad con el procedimiento previsto en los artículos 45 a 58.

El Capítulo VI regula el certificado sucesorio europeo. Este documento ha de permitir que los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia puedan probar fácilmente su cualidad de tales o sus derechos o facultades en otro Estado miembro, por ejemplo, en el Estado miembro en que estén situados los bienes relictos. Se trata de un documento cuyo uso es facultativo y que no sustituye a documentos similares que puedan existir en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros. El certificado podrá utilizarse, en particular, como prueba: *a*) de la cualidad y/o los derechos de cada heredero o, en su caso, de cada legatario mencionado en el certificado y de sus respectivas cuotas hereditarias; *b*) de la atribución de uno o varios bienes concretos que formen parte de la herencia al heredero o a los herederos o, en su caso, al legatario o a los legatarios mencionados en el certificado y/o *c*) de las facultades de la persona mencionada en el certificado para ejecutar el testamento o administrar la herencia.

El artículo 69 del Reglamento especifica los efectos del certificado. El certificado surte sus efectos en todos los Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial. Se presume que la persona que figure en el certificado como heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador

de la herencia tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos o de las facultades que se expresen sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado. Asimismo se considera que cualquier persona que, en virtud de la información contenida en un certificado, efectúe pagos o entregue bienes a una persona que figure facultada en el certificado para recibir tales pagos o bienes ha tratado con una persona autorizada para ello. Cuando una persona que figure facultada en el certificado para disponer de bienes de la herencia disponga de los mismos en favor de otra persona, se considerará que esta, si actúa en virtud de la información contenida en el certificado, ha tratado con una persona facultada para disponer de los bienes en cuestión. El certificado será además en principio un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro.

Las disposiciones del Reglamento se aplicarán a la sucesión de las personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha. En esa misma fecha deviene aplicable el Reglamento, pese a su entrada en vigor transcurridos veinte días desde su publicación en el DOUE. Esta curiosa distinción entre la fecha de entrada en vigor y la fecha de aplicación no es ninguna novedad. Concede a los Estados miembros tiempo suficiente para realizar las reformas necesarias para una correcta aplicación del instrumento comunitario.

IV. Derechos reales en la Unión Europea

HÉCTOR SIMÓN MORENO*

1. Normativa europea

La norma más relevante en este período es el Reglamento 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 27 julio 2012, núm. 201, p. 107), que será aplicable (con algunas excepciones) a partir del 17 de agosto de 2015. El Reglamento prevé 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 (art. 21.1). En cuanto a los derechos reales, la Exposición de Motivos prevé que el Reglamento «no debe aplicarse a ámbitos del Derecho civil distintos de la sucesión» (Considerando 11). En consecuencia, quedan fuera de su ámbito de aplicación las cuestiones relativas a la creación, administración y disolución de *trusts*, la naturaleza de los derechos reales y la inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro (art. 1.2 apartados j), k) y l), si bien permite la creación o la transmisión mediante la sucesión de un derecho real sobre bienes muebles e inmuebles de acuerdo con la ley aplicable a la sucesión. No obstante, esta posibilidad no debe afectar al número limitado de derechos reales reconocidos en algunos Estados miembros (principio de

* Investigador Postdoctoral de Derecho Civil. Universidad Rovira i Virgili.

numerus clausus). Esto es, a un Estado miembro no se le puede exigir que reconozca un derecho real constituido sobre bienes ubicados en su territorio si su ordenamiento jurídico desconoce este derecho. Sin embargo, el Reglamento prevé un proceso de «adaptación» de ese derecho real desconocido, es decir, se buscará en el ordenamiento jurídico del Estado miembro donde esté situado el bien el derecho real «equivalente» o más cercano a ese derecho real desconocido. Esta adaptación deberá tener en consideración tanto los objetivos como los intereses que persiga el derecho real de que se trate y sus efectos (art. 31).

Tal y como ya comentábamos en la crónica anterior, el Reglamento no acoge 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 *Grundschild* alemana (§ 1196 BGB), que tiene una naturaleza contractualmente accesorio, 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 aquella. Esta normativa, de nuevo, constata la conveniente armonización de los derechos reales en la Unión Europea.

Finalmente, destacar la creación por parte de este Reglamento de un «Certificado Sucesorio Europeo» (arts. 62 a 73). Este certificado va a permitir a herederos y legatarios acreditar en otros Estados miembros tanto su condición como la atribución de uno o varios bienes concretos (art. 63), pero lo cierto es que no va a tener únicamente una función probatoria (art. 69.2). En efecto, el artículo 69.5 prevé que «El certificado será un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, letras k) y l)». De esta manera, el certificado es una prueba fehaciente de los bienes y derechos que corresponden a cada heredero o legatario y, además, es un título que puede inscribirse en el Registro de la Propiedad de otro Estado miembro. Ello no impide, empero, la aplicación de la *lex rei sitae* (art. 10 CC) al resto de elementos que configuran la inscripción y los efectos del Registro de la Propiedad (por ejemplo, los efectos declarativos del Registro de la Propiedad español).

2. Grupos y Proyectos de investigación

2.1 *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), tuvo 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 han discutido de nuevo los cuestionarios sobre el derecho de propiedad, derecho de contratos y responsabilidad civil, que serán objeto de una publicación en un futuro próximo.

2.2 Proyecto EUFides

El Consejo del Notariado de la Unión Europea (CNUE, <http://www.cnue.be/>) ha lanzado el proyecto EUFides en septiembre de 2012 con la finalidad de facilitar las transacciones inmobiliarias transfronterizas. Este proyecto pretende que los adquirentes de una vivienda puedan ponerse en contacto con su notario habitual, quien se encargará de su enajenación en colaboración con el notario del Estado miembro donde el inmueble esté situado. Los notarios informarán y asesorarán tanto al comprador como al vendedor acerca de las consecuencias fiscales y de los bienes de la transacción en virtud del derecho nacional, y se harán cargo de los trámites administrativos pertinentes. Se espera que esta colaboración tenga lugar casi en su totalidad por medios electrónicos. Esta iniciativa se suma a los esfuerzos de otros grupos de investigación que buscan facilitar las transacciones inmobiliarias transfronterizas, como el Proyecto EULIS (*vid. infra*).

2.3 Eulis

El Proyecto EULIS (*European Land Information Service*, <http://eulis.eu>), cuyo principal objetivo es la creación de un portal web que ofrezca una amplia información sobre el Registro de la Propiedad, la cartografía y el catastro en toda Europa (enlace a los sitios web nacionales, personas de contacto, etc.) ha renovado su aplicación, lo que supone la finalización del Proyecto LINE. Las novedades, entre otras, son las siguientes: *a*) la prestación de una información más detallada; *b*) la incorporación de un glosario multilingüe; y *c*) el hecho de que España ya es un Estado miembro «conectado» a la plataforma EULIS, con lo que es posible consultar el Registro de la Propiedad español desde cualquier Estado miembro de la Unión Europea (para acceder a la plataforma: <http://service.eulis.eu/eulis20/home>).

3. Libros

En el ámbito de los derechos reales podemos destacar las siguientes publicaciones:

Otmar Stöcker y Rolf Stürner publican la 3.^a edición de la obra «*Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*» (Band 50, Berlín, 2012), que recoge los resultados de los trabajos que el Grupo de la *Runder Tisch*, que se reúne semestralmente en la sede de la *Verband deutscher Pfandbriefbanken* (impulsora del grupo), lleva a cabo sobre los sistemas hipotecarios de más de 22 países europeos, incluido Japón.

Después de seis años de trabajo por fin ha visto la luz la esperada obra *Cases, Materials and Text on Property Law, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe on Property Law* (Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012), dirigida por Sjeff van Erp y Bram Akkermans. El libro parte de la formulación de una serie de preguntas previas relativas al derecho de propiedad que posteriormente intenta responder de acuerdo con la metodología del grupo de investigación: en qué consiste el derecho de propiedad; qué es un derecho real; de qué manera se puede ser titular de estos derechos; y cómo pueden constituirse, transmitirse o extinguirse. En este sentido, el Grupo no pretende crear unos principios comunes ni un código civil europeo,

sino poner de manifiesto las similitudes y divergencias entre los diversos ordenamientos jurídicos con base en las decisiones de los tribunales, la doctrina científica y las leyes (*vid.* sobre este grupo <http://www.casebooks.eu/property>). El último capítulo está dedicado a la unificación o armonización del derecho de propiedad a nivel europeo.

4. Jurisprudencia

En este período podemos destacar: la STJUE de 5 de julio de 2012, Caso ERSTE Bank Hungary, en la que se plantea la siguiente cuestión prejudicial: la aplicación del artículo 5.1 del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre, sobre la Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 16 enero 2001, núm. 12, p. 1) a un procedimiento judicial relativo a la existencia de un derecho real (un depósito en garantía) si el país en el que se encontraba el título valor que servía de garantía y posteriormente la cantidad en metálico que lo sustituyó todavía no era un Estado miembro en el momento de apertura del procedimiento de insolvencia, pero sí en el momento de interposición de la demanda. El tribunal resuelve que el Reglamento 44/2001 también se aplica a los procedimientos de insolvencia abiertos antes de la adhesión de la República de Hungría a la Unión, tal y como tiene lugar en el litigio principal (apartado 45).

Otra resolución de interés del TJUE es la de 12 de julio de 2012, Asunto C-602/10, en la que se discute la normativa rumana sobre crédito al consumo que transpone a su ordenamiento jurídico la Directiva 2008/48, de 23 de abril, de Crédito al Consumo (DO L 22 mayo 2008, núm. 133, p. 66). El artículo 2.2 de esta Directiva establece que quedan fuera de su ámbito de aplicación «los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble». Además, el artículo 22 prevé que «los Estados miembros no podrán mantener o adoptar en su legislación nacional disposiciones diferentes de las que en ella se estipulan». Pues bien, la normativa rumana en materia de crédito al consumo va un paso más allá que la Directiva 2008/48. En efecto, este Estado miembro prevé que esta normativa se aplique a los contratos de crédito garantizados con hipoteca o con un derecho sobre un bien inmueble, así como a los contratos de crédito que tengan por objeto la adquisición o conservación de los derechos de propiedad sobre un bien inmueble construido o en proyecto, o la renovación, acondicionamiento, consolidación, rehabilitación, ampliación o incremento del valor de un bien inmueble, cualquiera que sea el importe total del crédito. Por lo tanto, una de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia era dilucidar la compatibilidad de la normativa rumana con el Derecho europeo, en particular con la Directiva de crédito al consumo. El Tribunal concluye que la Directiva 2008/48 no impide a los Estados miembros incluir en la normativa nacional los contratos de crédito garantizados con un bien inmueble, a pesar de que tales contratos estén expresamente excluidos del ámbito de aplicación material de dicha Directiva *ex* artículo 2.2 (apartados 43 y 44). Esta resolución reviste especial interés dado que permite a los Estados miembros aplicar las disposiciones de la Directiva 2008/48 a los contratos de crédito garantizados con garantía real inmobiliaria, que a día de hoy no tienen una regulación específica en el Derecho comunitario (a la espera de la aprobación definitiva de la Propuesta de Directiva Propuesta de

Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, adoptada el pasado 31 de marzo de 2011, COM(2011) 142 final).

Finalmente, a nivel nacional podemos destacar la Sentencia del TS de 19 de junio de 2012 (RJ 2012\8008), en la que discute el acceso de una compraventa formalizada ante notario alemán al Registro de la Propiedad español. Esta posibilidad fue rechazada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 2005 (RJ 2005\2452). No obstante, el Juzgado de Primera instancia de Santa Cruz de Tenerife de 2 marzo de 2006 (JUR 2009\59463) revocó esta Resolución, que fue confirmada posteriormente por la Audiencia Provincial de 22 de noviembre de 2006 (AC 2007\188). Pues bien, el alto tribunal confirma la sentencia de la Audiencia Provincial con base en los siguientes razonamientos:

1. En primer lugar, la sentencia analiza la primera cuestión planteada por el Abogado del Estado: la necesidad de que los títulos otorgados en un país extranjero tengan efectivamente la consideración de documentos públicos. Ello implica que estos títulos deben ser otorgados con las solemnidades mínimas que se exigen al Notario español, lo cual, a su vez, supone la equivalencia en la concepción de la función notarial en cada país, formalidades y equivalencia que en el caso del Notario alemán no tendrían lugar. El Tribunal Supremo afirma sobre este particular que la compraventa es perfectamente válida respecto a la forma en tanto que cumple con los requisitos previstos en el artículo 11 del Reglamento 593/2008, de 17 de junio, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (DO L 4 julio 2008, núm. 177 [p. 1]). Además, la Sentencia pone de relieve que «en el seno de la Unión Europea se tiende a evitar la duplicidad en la exigencia de requisitos de carácter predominantemente formal», y cita expresamente el Libro Verde que lleva por título «Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil» (COM(2010) 747 final). En definitiva, exigir de nuevo la formalización de la compraventa ante notario español supondría una «reiteración en la exigencia y una duplicidad innecesaria».

2. En segundo lugar, el Abogado del Estado alegaba que la escritura pública autorizada por Notario español constituye no solo el instrumento de un contrato sino también un título traslativo de la propiedad, lo que posibilita la inscripción registral *ex* artículo 33 del Reglamento Hipotecario; mientras que el documento alemán solo es un contrato y, por lo tanto, no tiene efecto traslativo de la propiedad ni con arreglo al derecho alemán ni al español (debido a que el sistema español de transmisión por contrato de la propiedad y demás derechos reales es muy diferente al alemán). El Tribunal argumenta que la aplicación de la *lex rei sitae* (art. 10.1 CC) se aplica en lo relativo a la transmisión de la propiedad. Es decir, que «aceptado que la escritura de compraventa autorizada por un notario alemán queda integrada en el concepto de «escritura pública» a que se refiere el artículo 1462 del CC, han de aplicarse los efectos que a la misma reconoce dicha norma respecto de la entrega de la cosa que constituye su objeto». Por este motivo, no hace falta acudir al Derecho alemán para analizar la transmisión de la propiedad, que ha tenido lugar conforme al Derecho español.

V. Derecho antidiscriminación en la Unión Europea

ALEJANDRA DE LAMA AYMÀ*

I. DIRECTIVAS

Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre (LCEur 2011/2235), que establece un procedimiento único de solicitud de permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen en un Estado miembro (DOL 23 diciembre 2011, núm. 343)

En el artículo 12 de la Directiva se establece que los trabajadores de terceros países que sean admitidos o soliciten la residencia con el fin de trabajar gozarán de igualdad de trato con los trabajadores nacionales en el Estado miembro en que residan en lo referido a condiciones laborales, libertad de asociación y afiliación y participación en organización de trabajadores o cualquier organización profesional, educación y formación profesional, reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos profesionales, ramas de la seguridad social, beneficios fiscales si tiene su residencia fiscal en el Estado de que se trate, acceso a bienes y servicios y servicios de asesoría en las oficinas de empleo.

En determinadas condiciones, los Estados miembros pueden restringir los derechos a la educación (excluyendo créditos y becas), en la rama de la seguridad social, beneficios fiscales y en el acceso a bienes o servicios.

El derecho a la igualdad de trato se entenderá sin perjuicio de la posibilidad del Estado miembro a retirar o denegar la renovación del permiso de residencia expedido con arreglo a esta Directiva, el permiso de residencia expedido con fines distintos del trabajo o cualquier otra autorización para trabajar en un Estado miembro.

Los trabajadores de terceros países que se trasladen a un tercer país, o sus supérstites que residan en terceros países y sean titulares de derechos generados por estos trabajadores, recibirán las pensiones legales por vejez, invalidez o fallecimiento derivadas del empleo anterior de tales trabajadores en las mismas condiciones y cuantías que los nacionales de los Estados miembros de que se trate cuando se trasladan a un tercer país.

Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre (LCEur 2011/1901), derechos de los consumidores que modifica la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993/1071), del Consejo y la Directiva 1999/44/CE (LCEur 1999/1654), del Parlamento Europeo y del Consejo y derogan la Directiva 85/577/CEE (LCEur 1985/1350), del Consejo y la Directiva 97/7/CE (LCEur 1997/1493) del Parlamento Europeo y del Consejo (DOL 22 noviembre 2011, núm. 304)

En el considerando 32 la Directiva establece respecto de servicios financieros que debe animarse a los Estados miembros a que se inspiren en la

* Profesora Lectora de Derecho Civil. Universidad de Barcelona.

legislación de la Unión vigente en este ámbito cuando legislen en ámbitos no regulados a escala de la Unión de manera que se garantice una igualdad de condiciones para todos los consumidores y todos los contratos relativos a servicios financieros.

II. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE (Gran Sala) de 12 de junio de 2012, (TJCE/2012/135), Asuntos acumulados C-611/10 y C-612/10 que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Bundesfinanzhof* (Alemania), mediante resoluciones de 21 de octubre de 2010, recibidas en el Tribunal de Justicia el 23 de diciembre de 2010 en los procedimientos entre Waldemar Hudzinski contra *Agentur für Arbeit Wesel-Familienkasse* (C-611/10) y Jaroslaw Wawrzyniak contra *Agentur für Arbeit Mönchengladbach-Familienkasse* (C-612/10).

El Sr Hudzinski es de nacionalidad polaca y reside en Polonia donde trabaja como agricultor por cuenta propia y está afiliado al sistema de seguridad social de dicho Estado. Del 20 de agosto al 7 de diciembre de 2007 estuvo empleado como trabajador de temporada en una empresa de horticultura en Alemania. Durante este tiempo solicitó el pago de la asignación por hijo a cargo respecto de sus dos hijos, que residen también en Polonia, a razón de 154 euros al mes por cada hijo, con arreglo a los artículos 62 y ss. de la *Einkommensteuergesetz*. La *Agentur für Arbeit Wesel-Familienkasse* denegó dicha solicitud. El Sr. Hudzinski recurrió dicha resolución y, cuando el recurso fue desestimado, interpuso recurso de casación.

El Sr. Wawrzyniak vive con su esposa e hija en Polonia donde está afiliado al régimen de seguridad social. Estuvo trabajando en Alemania desde febrero hasta diciembre de 2006 como trabajador destacado donde se le consideró sujeto en el ejercicio 2006, junto con su esposa, al impuesto sobre la renta por obligación personal. Solicitó el pago de la asignación por hijo a cargo respecto de su hija a razón de 154 euros al mes, con arreglo a los artículos 62 y siguientes de la *Einkommensteuergesetz*. La *Agentur für Arbeit Mönchengladbach-Familienkasse* denegó su solicitud, también se denegó el recurso interpuesto contra la resolución por lo que se interpuso recurso de casación.

En ambos casos, el tribunal remitente pide esencialmente que se dilucide si el artículo 14, punto 1, letra a), y el artículo 14 bis, punto 1, letra a) del Reglamento núm. 1408/71 (LCEur 1997, 199) debe interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro, que no es designado como Estado competente en virtud de tales disposiciones, conceda la asignación por hijo a cargo conforme a su Derecho nacional a un trabajador migrante que realiza un trabajo temporal en su territorio en circunstancias como las controvertidas. Y ello incluso en los casos en que el trabajador no ha sufrido ninguna desventaja de carácter jurídico por ejercitar su derecho a la libre circulación, al conservar su derecho a obtener prestaciones familiares de la misma naturaleza en el Estado miembro competente y en que, ni el trabajador ni el hijo respecto del que se solicita la asignación, residen habitualmente en el territorio del Estado miembro donde se realiza el trabajo temporal.

La finalidad de las disposiciones del título II del Reglamento núm. 1408/71 (LCEur 1997, 199) que determinan la legislación aplicable a los trabajadores que se desplazan dentro de la Unión Europea, consiste, concretamente, en que los interesados queden sujetos a un único régimen de seguridad social.

Sin embargo, aunque las autoridades alemanas no están obligadas por el derecho de la Unión a reconocer la asignación por hijo a cargo de que se trata en los litigios principales, se plantea la cuestión de si tal Derecho se opone a la posibilidad del reconocimiento, máxime cuando, en virtud de la legislación alemana, los recurrentes pueden beneficiarse de dicha asignación por el mero hecho de haber estado sujetos al impuesto sobre la renta por obligación personal.

Por ello, el TJUE entiende que no cabe excluir de la interpretación del artículo 14, punto 1, letra a) y del artículo 14 bis, punto 1, letra a), del Reglamento núm. 1408/71 (LCEur 1997/199) que permite a un Estado miembro conceder prestaciones familiares en una situación en la que el trabajador migrante no ha perdido el beneficio de las prestaciones de seguridad social ni ha sufrido una reducción de la cuantía de éstas por haber ejercitado su derecho a la libre circulación al conservar su derecho a obtener prestaciones familiares de la misma naturaleza en el Estado miembro competente ya que tal interpretación puede contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de los trabajadores migrantes reconociéndoles una protección social más amplia que la dimanante de la aplicación de dicho Reglamento y contribuye también, de este modo, a la finalidad de esas disposiciones consistente en facilitar la libre circulación de los trabajadores.

Por otra parte, debe examinarse en el asunto C-612/10 si el artículo 76 del Reglamento núm. 1408/71 (LCEur 1997, 199) y el artículo 10 del Reglamento núm. 574/72 (LCEur 1997, 200) así como las normas del Tratado en materia de libre circulación y el principio de no discriminación, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la aplicación de una norma como la prevista en el artículo 65 de la Einkommensteuergesetz, que excluye el derecho a la asignación por hijo a cargo, cuando debe abonarse, o deba abonarse si se solicita, una prestación diferente en otro Estado.

La aplicación de tal norma de Derecho nacional, que prohíbe la acumulación a un asunto como el ventilado en el procedimiento principal, en la medida en que no implica una disminución de la cuantía de la prestación hasta alcanzar la de una prestación equivalente a la de otro Estado, sino la exclusión de dicha prestación, puede suponer una desventaja considerable que afecte, en realidad, a un número mucho mayor de trabajadores migrantes que de trabajadores no migrantes que han realizado todas sus actividades en el Estado miembro de que se trate.

Una desventaja de este tipo no resulta justificada por cuanto la asignación se financia mediante ingresos fiscales y en el litigio el recurrente tiene derecho a dicha prestación por haber estado sujeto al impuesto sobre la renta en Alemania por obligación personal.

Los artículos 45 y 48 TFUE (RCL 2009, 2300) tienen por objeto evitar que un trabajador que haya ejercitado su derecho a la libre circulación sea tratado sin justificación objetiva de modo menos favorable que aquél que haya efectuado toda su actividad profesional en un solo Estado miembro.

En consecuencia, la citada norma nacional se opone al Derecho de la Unión europea en la medida en que no implica una disminución de la cuantía sino la exclusión de dicha prestación.

STJUE (Sala Segunda) de 28 de junio de 2012 (TJCE/2012/164), Asunto C-172/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE (RCL 2009, 2300), presentada por el *Arbeitsgericht Ludwigshafen am Rhein* (Alemania), mediante resolución de 4 de abril de 2011, recibida en el tribunal de Justicia el 11 de abril de 2011, en el procedimiento entre Georges Erny y Daimler AG-Werk Wörth.

El Sr. Erny es un trabajador fronterizo en el sentido del Convenio celebrado entre la República francesa y la República federal de Alemania para prevenir la doble imposición fiscal. Los ingresos que percibía en Alemania están sujetos al impuesto en Francia tras deducir las cotizaciones sociales en Alemania. Puesto que la imposición sobre los salarios es inferior en Francia, el Sr. Erny percibe unos ingresos netos superiores a los que recibe un trabajador comparable en Alemania.

El 17 de noviembre de 2006 el Sr. Erny celebra un contrato de trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación por el que recibe un incremento del 85% que está exento de tributación conforme a la ley alemana de tributación (*Einkommensteuergesetz*). La empresa contratante Daimler deduce las cotizaciones a la seguridad social realmente devengadas y con carácter ficticio el impuesto alemán sobre los salarios.

El Sr. Erny alega que el incremento está sujeto al impuesto sobre la renta en Francia y que la doble imposición de hecho que nace del método de cálculo de Daimler da lugar a discriminación dado que situaciones iguales se tratan de forma diferente.

El tribunal remitente pregunta si los artículos 45 TFUE (RCL 2009, 2300) y 7.4 del Reglamento núm. 1612/68 (LCEur 1968, 84) deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la cláusula de convenios colectivos y acuerdos individuales según la que un incremento que paga el empleador como consecuencia de un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación debe calcularse de modo que el impuesto sobre los salarios a cargo del trabajador en el Estado miembro de empleo se deduce de manera ficticia al determinar la base de cálculo de ese incremento en tanto que, conforme a un convenio para evitar la doble imposición fiscal, los salarios, retribuciones y percepciones pagados a los trabajadores que no residen en el Estado miembro del empleo están sujetos a imposición en el Estado miembro de residencia de éstos.

El artículo 45.2 TFUE prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. Ello se aplica a la actuación de las autoridades públicas pero también a los convenios colectivos pues será nula cualquier cláusula de ellos que suponga una discriminación (art. 7.4 del Reglamento núm. 1612/68 (LCEur 1968, 84)).

La regla de igualdad de trato del artículo 45 TFUE y del artículo 7 del Reglamento 1612/68 prohíbe no sólo discriminaciones basadas en la nacionalidad sino también cualquier otra forma de discriminación encubierta. El principio de no discriminación no sólo exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables sino también que situaciones que son diferentes no sean tratadas de forma idéntica.

A menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo legítimo perseguido, una disposición de derecho nacional o una cláusula convencional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales e implique el riesgo de perjudicar a los primeros.

En el presente caso, el cómputo de forma ficticia del impuesto alemán sobre los salarios tiene una incidencia desfavorable en la situación de los trabajadores fronterizos ya que la deducción ficticia de este impuesto al determinar la base de cálculo del incremento desfavorece a las personas que residen y están sujetas a imposición de un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania en relación a los trabajadores residentes y sujetos a imposición este último Estado miembro.

En efecto, los trabajadores a tiempo parcial antes de la jubilación sujetos a imposición en Alemania perciben un importe que corresponde aproximadamente al 85% de los ingresos netos que percibían anteriormente en virtud de su último empleo a tiempo completo.

En cambio, en el caso de los trabajadores fronterizos el importe percibido es muy inferior al 85% de los ingresos netos que percibían anteriormente porque los tipos de gravamen alemanes son más altos que los franceses. El método de cálculo del incremento se apoya en una situación fiscal ficticia que carece de relación alguna con los ingresos que esos trabajadores fronterizos percibían anteriormente en virtud del último empleo que ejercieron a tiempo completo.

En el caso de los trabajadores fronterizos la aplicación con carácter ficticio del tipo de gravamen del impuesto alemán sobre los salarios impide que el importe pagado corresponda aproximadamente al 85 % de la retribución neta percibida con anterioridad a un empleo a tiempo completo a diferencia de lo que sucede en general con los trabajadores residentes en Alemania.

A juicio del tribunal, no justifica la aplicación de este modo de cálculo a los trabajadores trasfronterizos las dificultades administrativas que surgirían de la aplicación de distintos modos de cálculo.

De todo ello se deduce que los artículos 45 TFUE y 7.4 del Reglamento núm. 1612/68 se oponen a cláusulas como las analizadas en el litigio principal.

VI. Derecho de autor en la Unión Europea

JAVIER POU DE AVILÉS SANS*

1. LEGISLACIÓN

Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas (DOUE L 299/5 de 27 de octubre de 2012).

El 25 de octubre de 2012 el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron la Directiva 2012/28/UE sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

La directiva parte de la labor, de interés público, efectuada por: bibliotecas, centros de enseñanza, museos, archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y los organismos públicos de radiodifusión establecidos en los estados miembros, consistente en la digitalización, a

* Abogado. Prof. Asociado U. Autónoma de Barcelona.

gran escala, de sus colecciones o archivos a fin de crear bibliotecas digitales europeas.

De conformidad al derecho exclusivo que asiste a los titulares de derechos reproducir sus obras y otras prestaciones protegidas y de ponerlos a disposición del público, es necesario el consentimiento previo del titular de derechos para la digitalización y puesta a disposición del público de una obra. En el caso de obras huérfanas no es posible obtener ese previo consentimiento, por lo que se dificulta la labor de digitalización de las referidas entidades.

En méritos de lo anterior, la directiva regula lo que debe entenderse por obra huérfana y los usos autorizados de las mismas.

Respecto al concepto de obra huérfana, el artículo 1 de la directiva señala que se considerará que una obra o un fonograma son obras huérfanas si ninguno de los titulares de los derechos sobre las mismas está identificado o bien si ninguno de ellos está localizado a pesar de haber efectuado una «*búsqueda diligente*». Respecto a este último concepto, el artículo 3 de la directiva nos expone lo que debe entenderse, a efectos de la directiva, como búsqueda diligente.

En cuanto a los usos autorizados de las obras huérfanas, los mismos están recogidos en el artículo 6 de la directiva, señalando dentro de ellos: La puesta a disposición del público de la obra huérfana, reproducción a efectos de digitalización, indexación, catalogación o restauración, todos ellos únicamente con finalidades de interés público y de conformidad a las disposiciones que la propia directiva establece.

Por último señalar que la directiva establece un plazo de transposición a los estados miembro hasta el 29 de octubre de 2014.

Propuesta, de 11 de julio de 2012, de la Comisión, de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior (2012/0180 COD)

La Propuesta de Directiva presentada por la Comisión europea persigue dos objetivos complementarios: Fomentar una mayor transparencia y una mejor gobernanza de las entidades de gestión colectiva, mediante el reforzamiento de sus obligaciones de información y el control de sus actividades por los titulares de derechos, y alentar y facilitar la concesión de licencias multiterritoriales y multirrepertorio de derechos de autores de obras musicales para su utilización en línea UE/EEE.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE (Sala 4.^a), de 21 de junio de 2012, asunto C-5/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el BGH (Alemania), en el procedimiento penal contra Titus Alexander Jochen Donner

Un comerciante que dirige su publicidad al público residente en un Estado miembro determinado y que crea o pone a su disposición un sistema de entrega y un modo de pago específicos, o que permite hacerlo a un tercero, poniendo de este modo a ese público en condiciones de que se le entreguen copias de

obras protegidas por derechos de autor en ese mismo Estado miembro, realiza, en el Estado miembro en que tiene lugar la entrega, una «distribución al público», en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

Los artículos 34 TFUE y 36 TFUE deben ser interpretados en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro, aplicando el Derecho penal nacional, incoe diligencias por complicidad en la distribución no autorizada de copias de obras protegidas por derechos de autor, en el supuesto de que las copias de tales obras se distribuyan al público en el territorio de dicho Estado miembro en el marco de ventas, que, dirigidas específicamente al público de este Estado, se realizan desde otro Estado miembro en el que las mencionadas obras no están protegidas por derechos de autor o en el que la protección de la que gozan no puede ser válidamente opuesta a terceros.

STJUE (Gran Sala), de 3 de julio de 2012, asunto C-128/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Bundesgerichtshof* (Alemania), en el procedimiento entre *UsedSoft GmbH* contra *Oracle International Corp*

El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24 debe interpretarse en el sentido de que el derecho de distribución de la copia de un programa de ordenador se agota si el titular de los derechos de autor, que ha autorizado, aunque fuera a título gratuito, la descarga de Internet de dicha copia en un soporte informático, ha conferido igualmente, a cambio del pago de un precio que le permita obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario, un derecho de uso de tal copia, sin límite de duración.

El derecho de distribución del titular de los derechos de autor se agota, conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, en el momento de la primera venta en la Unión, por dicho titular o con su consentimiento, de cualquier copia –material o inmaterial– de su programa de ordenador. De ello se infiere que, en virtud de la citada disposición y pese a la existencia de disposiciones contractuales que prohíban la cesión posterior, el titular de los derechos de que se trate no podrá ya oponerse a la reventa de esa copia.

El adquirente inicial de una copia material o inmaterial de un programa de ordenador respecto de la que se ha agotado el derecho de distribución del titular de los derechos de autor, conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2009/24, que procede a la reventa de la misma, debe hacer inutilizable la copia descargada en su ordenador en el momento de revenderla para no violar el derecho exclusivo del titular a la reproducción de su programa de ordenador, previsto en el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 2009/24.

El artículo 4, apartado 2, y el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2009/24 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de reventa de una descargada de la página web del titular de los derechos de autor, licencia que había sido concedida inicialmente al primer adquirente por dicho titular sin límite de duración a cambio del pago de un precio que permitía a este último obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de su obra, el segundo adquirente de tal licencia, así como todo adquirente posterior de la misma, podrá invocar el agotamiento del derecho de distribución previsto en el artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva y podrá ser considerado, por tanto, adquirente legítimo de una copia de un programa de ordenador, a efectos del artículo 5, apartado 1, de la referida Directiva, y gozar del derecho de reproducción previsto en esta última disposición.

VII. Derecho de daños en la Unión Europea

BELÉNTRIGO GARCÍA*

I. LEGISLACIÓN

A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, sobre evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DO L 28 enero 2012, núm. 26, p. 1)

La presente Directiva pretende refundir la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, modificada en diversas ocasiones y de forma sustancial (Cdo. 1); Directiva 85/337/CEE que ahora queda derogada (art. 14). Al respecto, el Cdo. 3 recuerda que resulta necesario que los principios de evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente estén armonizados en lo que se refiere principalmente a los proyectos que deberían someterse a una evaluación, así como las principales obligaciones de los promotores y el contenido de la evaluación. Los Estados miembros pueden establecer normas más estrictas para proteger el medio ambiente.

De acuerdo con el artículo 2, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud, entre otras cosas, de su naturaleza, dimensiones o localización, se sometan al requisito de autorización de su desarrollo y a una evaluación con respecto a sus efectos. Se prevé que los Estados miembros podrán establecer un procedimiento único para cumplir los requisitos de la presente Directiva y los requisitos de la Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación.

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 15).

Directiva 2012/18/UE, de 4 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas y por la que se modifica y ulteriormente deroga la Directiva 96/82/CE (DO L 24 julio 2012, núm. 197, p. 1)

La Directiva 96/82/CE del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas establece normas para la prevención de los

* Profesora Contratada Doctora de Derecho civil. Universidad de Santiago de Compostela.

accidentes graves que podrían resultar de determinadas actividades industriales y la limitación de sus consecuencias para la salud humana y el medio ambiente. Aunque, en conjunto, las disposiciones existentes son adecuadas para los fines perseguidos, se precisan algunos cambios para reforzar en mayor medida el nivel de protección, en particular en lo que se refiere a la prevención de accidentes graves. Asimismo, el sistema establecido por la Directiva 96/82/CE debe adaptarse a los cambios introducidos en el sistema de la Unión de clasificación de sustancias y mezclas. Además, otras disposiciones deben aclararse y actualizarse (Cdo. 3). La Directiva 96/82/CE queda derogada con efecto a partir del 1 de junio de 2015 (art. 32, *Derogación*).

De esta forma, en la presente Directiva se establecen normas para la prevención de accidentes graves en que intervengan sustancias peligrosas, así como para la limitación de sus consecuencias en la salud humana y el medio ambiente, con miras a garantizar de forma coherente y eficaz un nivel elevado de protección en toda la Unión (art. 1, *Objeto*).

El artículo 5 establece las obligaciones de carácter general del industrial; así, los Estados miembros velarán por que el industrial esté obligado a tomar cuantas medidas sean necesarias para prevenir accidentes graves y limitar sus consecuencias para la salud humana y el medio ambiente. Igualmente, los Estados miembros velarán por que el industrial esté obligado a demostrar ante la autoridad competente, en cualquier momento, especialmente con motivo de los controles e inspecciones, que ha tomado todas las medidas necesarias previstas en la presente Directiva.

Ha de tenerse en cuenta que, por lo general, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, es pertinente en el caso de daños ambientales causados por un accidente grave (Cdo. 13). De manera similar, de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio de Aarhus, es necesario contar con la participación efectiva del público interesado cuando se tomen decisiones para que este pueda expresarse y para que los responsables tengan en cuenta las opiniones y preocupaciones suscitadas por las decisiones previstas, lo cual aumentará el grado de responsabilidad y transparencia del proceso de toma de decisiones y contribuirá a la sensibilización pública respecto a los problemas de medio ambiente y al apoyo a las decisiones tomadas (Cdo. 21).

Ahora bien, en el contexto de la legislación pertinente de la Unión, la Comisión podrá examinar la necesidad de abordar la cuestión de la responsabilidad económica del industrial en relación con los accidentes graves, incluidas las cuestiones relativas a los seguros (art. 29, *Presentación de informes y revisión*).

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 33, *Entrada en vigor*). Se prevé que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 31 de mayo de 2015. Aplicarán dichas disposiciones a partir del 1 de junio de 2015 (art. 31, *Incorporación en el ordenamiento nacional*).

Directiva 2012/19/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) (DO L 24 julio 2012, núm. 197, p. 38)

Ante la necesidad de modificar sustancialmente la Directiva 2002/96/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 2003, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE) y en aras de una mayor claridad, se procede a refundir dicha Directiva (Cdo. 1; vid. art. 25 que dispone su derogación con efectos a partir del 15 de febrero de 2014).

En concreto, se contempla como el mercado sigue expandiéndose y los ciclos de innovación se hacen más breves, la sustitución de los aparatos se acelera, contribuyendo a la creciente acumulación de residuos (Cdo. 5).

La presente Directiva completa la normativa general de la Unión sobre gestión de residuos, como la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos (Cdo. 4).

Su objetivo es contribuir a la producción y consumo sostenibles mediante, de forma prioritaria, la prevención de la generación de RAEE y, además, la reutilización, el reciclado y otras formas de valorización de dichos residuos, a fin de reducir su eliminación y contribuir al uso eficaz de los recursos y a la recuperación de materias primas secundarias valiosas (Cdo. 6). Asimismo, pretende mejorar el comportamiento medioambiental de todos los agentes que intervienen en el ciclo de vida de los AEE, como, por ejemplo, productores, distribuidores y consumidores. En particular, la distinta aplicación nacional del principio de responsabilidad del productor puede hacer que los agentes económicos soporten cargas financieras muy desiguales. La existencia de políticas nacionales dispares en materia de gestión de los RAEE reduce la eficacia de las políticas de reciclado. Por ese motivo deben establecerse criterios fundamentales a escala de la Unión y deben elaborarse normas mínimas relativas al tratamiento de los RAEE.

Las disposiciones de la presente Directiva deben aplicarse a productos y productores con independencia de la técnica de venta empleada, inclusive la venta a distancia y la venta electrónica (Cdo. 7). De manera semejante, el ámbito de aplicación de la presente Directiva debe comprender todos los AEE, tanto los de consumo como los de uso profesional (Cdo. 9).

El establecimiento, mediante la presente Directiva, de la responsabilidad del productor es uno de los medios para estimular el diseño y producción de AEE que tenga plenamente en cuenta y facilite su reparación y su posible actualización, así como su reutilización, desmontaje y reciclado (Cdo. 12).

Se pretende que el pago por la recogida de estos residuos no corresponda a los contribuyentes en general sino a los consumidores de AEE, de acuerdo con el principio «quien contamina paga». A fin de dar el máximo efecto al principio de responsabilidad del productor, cada productor debe ser responsable de financiar la gestión de los residuos procedentes de sus propios productos. El productor debe poder optar por cumplir dicha obligación individualmente o adhiriéndose a un programa colectivo (Cdo. 23). La presente directiva se aplica sin perjuicio de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (Cdo. 28).

Los Estados miembros podrán imponer a los productores que informen a los compradores, en el momento de la venta de productos nuevos, sobre los

costes de recogida, tratamiento y eliminación de forma respetuosa con el medio ambiente. Estos costes no deberán superar las mejores estimaciones de los costes reales en que se haya incurrido (art. 14, *Información para los usuarios*).

La presente directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 26 *Entrada en vigor*). Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente directiva a más tardar el 14 de febrero de 2014 (art. 24, *Incorporación a la legislación nacional*).

Reglamento delegado (UE) 862/2012, de 4 de junio, modifica el Reglamento (CE) núm. 809/2004, en cuanto a la información relativa al consentimiento para la utilización del folleto, a la información sobre índices subyacentes y a la exigencia de un informe elaborado por contables o auditores independientes (DO L 22 septiembre 2012, núm. 256, p. 4)

A fin de tener en cuenta la evolución de los mercados financieros desde el punto de vista técnico, y particularmente la creciente utilización de índices como subyacentes de valores estructurados, se ha creído conveniente revisar y clarificar algunas exigencias del Reglamento (CE) núm. 809/2004. Al conferir la responsabilidad de componer el índice a otra entidad del grupo, los emisores podrían eludir la obligación de incluir en el folleto una descripción del índice compuesto por el emisor y, de esta forma, eludir su responsabilidad cuando la descripción sea inexacta. Por consiguiente, esta exigencia debe ampliarse también a los índices compuestos por una entidad perteneciente al mismo grupo que el emisor (Cdo. 4). El presente Reglamento entrará en vigor el día de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (art. 3 *Entrada en vigor*).

B. LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS

Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio (BOE, núm. 266, de 4 de noviembre de 2011, pp. 115059 a 115129)

La Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 84/253/CEE, de 10 de abril de 1984, del Consejo, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables, regulando por primera vez en España la actividad de auditoría de cuentas, configurando dicha actividad como aquella que, mediante la utilización de determinadas técnicas de revisión y verificación adecuadas, tiene por objeto la emisión de un informe que contenga una opinión técnica e independiente acerca de la fiabilidad de la información económica financiera auditada, cumpliendo con ello con una función de interés público, y así ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional cuando se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley de Auditoría de Cuentas.

Dicha Ley ha sido objeto de modificaciones, destacando, entre ellas, la Ley 12/2010, de 30 de junio, que tuvo por objeto la incorporación a nuestra normativa interna de la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas.

En materia de responsabilidad, el artículo 9 (*Actuación conjunta de auditores*) dispone que cuando sean nombrados varios auditores de cuentas para la realización de un trabajo de auditoría de cuentas, el informe de auditoría será único y se emitirá bajo la responsabilidad de todos ellos, quienes firmarán el informe y quedarán sujetos a lo previsto en la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas (vid. también el art. 13, *Documentación de la revisión y evaluación del trabajo realizado por auditores de cuentas y sociedades de auditoría*).

Por su parte, el artículo 19 (*Normas de ética*) recuerda que la responsabilidad y actuación de los auditores de cuentas debe estar presidida por el principio de interés público que conlleva la actividad de auditoría de cuentas. En este sentido, los auditores de cuentas en el ejercicio de su actividad han de tener en consideración y actuar en todo caso con sujeción a los siguientes principios éticos: competencia profesional, diligencia debida, integridad y objetividad, sin perjuicio de lo establecido respecto al deber de independencia.

Finalmente, el artículo 55 (*Fianza*) dispone que la fianza a que se refiere el artículo 23 del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas se constituirá en forma de depósito en efectivo, valores de deuda pública, aval de entidades financieras inscritas en los registros especiales del Ministerio de Economía y de Hacienda y del Banco de España o seguro de responsabilidad civil, y tendrá que garantizar el resarcimiento de la responsabilidad personal y directa derivada de los daños y perjuicios económicos que los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría pudieran causar, derivados del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en el ejercicio de la actividad de auditoría de cuentas, por las reclamaciones que se planteen antes de que transcurra el plazo de prescripción. La fianza constituida deberá ser suficiente y, en su caso, actualizarse para responder en cada momento por el límite exigido, y deberá mantenerse durante el plazo en el que pueda ejercitarse la acción de responsabilidad. En el caso de cese de la actividad de auditoría de cuentas, el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría deberá mantener asimismo durante el citado plazo la fianza constituida, pudiendo solicitarse la devolución de la misma una vez transcurrido dicho plazo (vid. disposición transitoria cuarta. *Fianza*).

Real Decreto 1616/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula el seguro de los propietarios de los buques civiles para reclamaciones de derecho marítimo (BOE, núm. 275, de 15 de noviembre de 2011, pp. 117603 a 117606)

El artículo 254 del texto refundido de la Ley de puertos del Estado y de la Marina Mercante (RD Leg. 2/2011, de 5 de septiembre), establece que las empresas navieras españolas estarán obligadas a tener asegurada la responsabilidad civil en la que puedan incurrir en el curso de las explotaciones de sus buques mercantes, en los términos que reglamentariamente se determinen por el Gobierno, de acuerdo con las coberturas usuales de este ramo en el mercado internacional. La norma pretende establecer y regular la

cobertura de la responsabilidad de que deben disponer los propietarios de los buques civiles para cubrir las reclamaciones de derecho marítimo (art. 1, *Objeto*). Se incorpora así al ordenamiento jurídico español lo dispuesto por la Directiva 2009/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al seguro de los propietarios de los buques para las reclamaciones del derecho marítimo. El Real Decreto entró en vigor el 31 de diciembre de 2011.

II. JURISPRUDENCIA

Responsabilidad por productos

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 20 de diciembre de 2011. Se atribuye a la compañía suministradora la responsabilidad íntegra por la muerte por inhalación de monóxido de carbono debida a la obstrucción de la evacuación de humos de un calentador de gas butano instalado en una vivienda. El tribunal entiende que la compañía incumplió sus obligaciones como garante de la seguridad de la instalación y por haber seguido suministrando gas a quien figuraba como «cliente no activo» sin control alguno de esa situación.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 27 de febrero de 2012. Daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la rotura de una prótesis; ésta se califica como «producto sanitario», no un medicamento, ni una especialidad farmacéutica (vid. RD 414/1996, de 1 de marzo; RD 1591/2009, de 16 de octubre; y Directiva 93/42/CEE). El tribunal entiende que no es posible poner a cargo del paciente las dudas sobre la resistencia del material con el que está fabricado cuando es el fabricante el que dispone de los datos sobre la fatigabilidad. Con base en la Ley 22/1994, de 6 de julio, rechaza la aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicando la normativa sobre responsabilidad civil extracontractual.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 6 de junio de 2012. Se declara la responsabilidad del laboratorio que comercializaba el medicamento *Agreal* por los daños producidos por su consumo. El prospecto con el que fue comercializado en España no informaba de la totalidad de los efectos secundarios que podía derivarse de su ingesta ni especificaba la duración del tratamiento, lo que dio lugar a efectos adversos suficientemente acreditados. *Vid.* también la STS de 28 de mayo de 2012.

Responsabilidad medioambiental

STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) 11 de junio de 2012. En relación con los gastos de descontaminación de terrenos sobre los que antiguamente hubo una fábrica de productos químicos, el tribunal señala la falta de responsabilidad de la sociedad anónima que desarrolló legalmente desde principios del siglo XIX la actividad de gran industria, cesó en ella y vendió los terrenos; en definitiva, no procede trasladar retrospectivamente los costes de la descontaminación con base en normas medioambientales.

VIII. Derecho de *trusts*

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN*

Loi núm. 2010-658, du 15 juin 2010, relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

1. Introducción

El artículo 1 de la ley 2010-658, de 15 de junio, ha introducido una nueva sección 2 en el capítulo VI del Título II, Libro IV del código de comercio francés que lleva por título «Del empresario individual con responsabilidad limitada». Esta nueva regulación permite a todo empresario individual crear uno o varios patrimonio(s) afectado(s) o adscrito(s) a alguna de sus actividades profesionales (comerciales, artesanales, agrícolas o profesiones liberales), al margen de su patrimonio personal y sin tener que constituir una sociedad. De acuerdo con los dos primeros párrafos del artículo L.526-6, párrafos primero y segundo:

«Todo empresario individual puede afectar a su actividad profesional un patrimonio separado de su patrimonio personal, sin crear una persona jurídica. Este patrimonio está compuesto por el conjunto de bienes, derechos, obligaciones o garantías de las que es titular el empresario individual, necesarios para el ejercicio de su actividad profesional. Puede comprender igualmente los bienes, derechos, obligaciones o garantías de las que es titular el empresario individual, utilizados para el ejercicio de su actividad profesional y que decide afectar a la misma. Un mismo bien, derecho, obligación o garantía no puede entrar sino en la composición de un solo patrimonio afectado.»

Durante la tramitación parlamentaria de la ley en el Senado se introdujo la posibilidad de que una misma persona pudiera constituir más de un patrimonio afectado. No obstante el artículo 14.II del texto definitivo aplaza esta posibilidad hasta el 1 de enero de 2013 (a pesar de que el resto del texto legal entró en vigor el 1 de enero de 2011) y se prohíbe que un mismo bien pueda ser objeto de más de un patrimonio.

La figura del patrimonio afectado del empresario individual representa una medida más, entre las que ha ido adoptando el legislador francés en los últimos años, dirigidas a preservar los bienes que integran el patrimonio de los empresarios individuales, limitando la propagación de las deudas sociales al mismo. El artículo L. 313-21 del código monetario y financiero ya retomó una antigua disposición del año 1984 dirigida a permitir al empresario individual, que por necesidades de su actividad tiene que recurrir a financiación externa y a quien la entidad crediticia exige la constitución de una garantía, proponer (aunque con carácter no vinculante) que la misma recaiga con carácter preferente sobre los bienes necesarios a la explotación de su actividad. Y la ley 2003-721 de 1 de agosto de 2003, para la iniciativa económica,

* Prof. Titular. Universidad de Cantabria.

junto con la *ordonnance* 2006-346 de 23 de marzo de 2006 y la ley 2008-776 de 4 de agosto de 2008 recogieron en los artículos L. 526-1 y siguientes del código de comercio la posibilidad de declarar inembargables la residencia principal y cualesquiera otros bienes inmuebles no afectados a la actividad profesional de comerciantes, artesanos, agricultores y ejercientes de profesiones liberales. Esta posibilidad se encuentra recogida hoy en el Libro V, Título II, Capítulo VI del código de comercio, que lleva por título «De la protección del empresario individual y del cónyuge». El capítulo VI se divide a su vez en dos secciones, la primera dedicada a regular «De la declaración de inembargabilidad» y la segunda destinada a regular la medida objeto de esta Crónica, bajo el título «Del empresario individual con responsabilidad limitada».

Con todo, de acuerdo con los textos de los trabajos preparatorios (fundamentalmente el *Rapport* realizado por Mme. Laure de la Raudière y presentado ante la Asamblea Nacional y l'*Etude d'Impact* (<http://www.legifrance.gouv.fr>), la ley 210-658 obedece a una necesidad social que no se ha visto resuelta por las reformas legislativas anteriores. «La mitad de los empresarios franceses ejercen su actividad profesional en nombre propio y se exponen así a que la totalidad de su patrimonio –profesional y personal– se vea embargado en caso de dificultades. Tales dramas, que se producen cada día y en cualquier sitio en Francia, constituyen una profunda injusticia. Si bien el alea profesional debe ser un riesgo, no puede conducir a la ruina de las familias». Añade el *Rapport* que la voluntad de crear un patrimonio afectado se ha ido constituyendo lentamente (ya se puso de manifiesto con ocasión de la tramitación de la ley de modernización de la economía de 2008) y que los dispositivos anteriores se han revelado insuficientes para ello.

Uno de los dispositivos dirigidos a preservar los bienes que integran el patrimonio personal ha sido precisamente el contrato de *fiducie*, que instauró la ley 2007-211, de 19 de febrero y que la ley 2008-776 de modernización de la economía, de 4 de agosto, desarrollada por la *ordonnance* 2009-112 de 30 de enero de 2009, sobre diferentes medidas relativas a la *fiducie*, han hecho extensible a las personas físicas, con la salvedad de los menores y las personas sometidas a tutela (arts. 408-1 y 509.5 CC). Como tuvimos la ocasión de ver en la Crónica publicada en ADC, 3, 2007, 1379-1383, la *fiducie* permite la constitución de un patrimonio separado afectado a un fin de gestión o garantía pero, a día de hoy, la administración de dicho patrimonio no puede ser desempeñada por el constituyente. La *fiducie* exige encomendar la gestión del patrimonio a un fiduciario que ha de reunir las cualidades previstas en el artículo 2015 CC:

«Solo pueden ser tener la calidad de fiduciarios los establecimientos de crédito mencionados en el artículo L. 544-1 del código monetario y financiero, las instituciones y servicios enumerados en el artículo L. 518-1 del mismo código, las compañías de inversión mencionadas en el artículo L. 531-4 del mismo código así como las compañías aseguradoras reguladas en el artículo L. 310-1 del código de seguros. Los miembros de la abogacía pueden tener también la calidad de fiduciarios.»

Asimismo, la constitución de la *fiducie* requiere cumplir con una serie de formalidades (arts. 2018 y 2019 CC) que dificultan y encarecen su utilización.

2. Flexibilidad en la constitución del patrimonio afectado

La constitución del patrimonio separado del empresario individual resulta más sencilla y menos costosa que la transmisión de bienes en *fiducie* o la creación de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada. El empresario individual –que puede ser incluso un menor ya que el art.389.8 CC. reconoce la posibilidad de constituir patrimonios afectados a quienes han cumplido 16 años y cuentan con la autorización de sus progenitores o su representante legal, con autorización del juez tutelar– debe declarar, ante el Registro profesional en que figura inscrito o en su defecto ante el Registro del juzgado mercantil correspondiente al lugar en que tiene su sede principal, los bienes, derechos, obligaciones o garantías que quedan afectos a su actividad profesional y el objeto de tal actividad. Deberá incluirse una descripción de la naturaleza, calidad, cantidad y valor de los bienes, pudiendo incluirse todos aquellos que resulten necesarios o útiles al desempeño de la actividad (art. L. 526-8). A estos efectos se proporciona un modelo de declaración de afectación en los registros competentes y en la web oficial destinada al empresario individual con responsabilidad limitada (www.eirl.fr). Sólo la afectación de determinado tipo de bienes requiere el cumplimiento de ulteriores formalismos, bajo sanción de inoponibilidad de la afectación y consiguiente tratamiento unitario del patrimonio del empresario individual. Así, la afectación de un bien inmobiliario requiere el otorgamiento de acto notarial al que hay que dotar de publicidad por medio de su inscripción en el *Bureau del Hypothèques* (art. L. 526-9). La afectación de un bien de valor superior a 30.000 euros (valor establecido por Decreto núm. 2010-1706, de 29 de diciembre 2010 relativo al empresario individual con responsabilidad limitada) debe ir acompañada de una valoración efectuada por autoridad competente (art. L. 526-10). Y la afectación de un bien común o en régimen de pro indiviso exige contar con el consentimiento del cónyuge o cotitulares e informar acerca de cuáles son los derechos que tienen los acreedores del patrimonio afectado (art. L. 526-11).

3. Separación patrimonial a efectos de responsabilidad

El interés del patrimonio afectado radica sin duda en la posibilidad de hacer valer la separación frente a los acreedores del empresario individual cuyos créditos son de fecha posterior a su creación. Hasta la entrada en vigor de la ley 2010-658, esto sólo era posible en derecho francés a través de la creación de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada porque ni tan siquiera el régimen jurídico de la *fiducie* garantizaba la estanqueidad entre el patrimonio fiduciario y los restantes bienes del constituyente y/o fiduciario. Recordemos que a pesar de proclamarse la separación de patrimonios bajo la titularidad del fiduciario (arts. 2011 y 2025.1 CC) «en caso de insuficiencia del patrimonio fiduciario, el patrimonio del constituyente constituye la prenda común de sus acreedores, salvo estipulación contraria del contrato de *fiducie* que ponga todo o parte del pasivo a cargo del fiduciario. El contrato de *fiducie* puede igualmente limitar la obligación al pasivo fiduciario al sólo patrimonio fiduciario. Tal cláusula sólo es oponible a los acreedores que la hayan aceptado expresamente». Es decir que a no ser que las partes hubiesen limitado la responsabilidad por las deudas derivadas de la

conservación o gestión de dicho patrimonio a los bienes existentes en el mismo (lo que exige el consentimiento expreso de los acreedores del patrimonio fiduciario), el patrimonio del constituyente o el del fiduciario responden subsidiariamente de tales deudas.

La separación patrimonial se encuentra asegurada sin embargo con la ley 2010-658. La afectación es oponible, en todo caso, a los acreedores cuyos derechos han nacido posteriormente al depósito de la declaración de afectación e incluso a aquellos cuyos derechos son anteriores si, habiendo sido debidamente informados, no se han opuesto a la afectación. Tanto la información como la oposición deben efectuarse en la forma prevista reglamentariamente. La oposición a la declaración de afectación por parte de los acreedores con derechos anteriores a la misma no impide la constitución del patrimonio afectado pero da lugar a un pronunciamiento judicial que, en caso de resultar favorable a dichos acreedores, ordenará que se proceda al reembolso de sus derechos de crédito. O alternativamente, y siempre que el empresario individual las ofrezca y se consideran suficientes, a que se constituyan garantías a favor de esos acreedores (art. L. 526-12).

Con el fin de hacer posible esta separación patrimonial, el artículo L. 526-12 CCom. Deroga expresamente el principio de responsabilidad patrimonial universal establecido en los artículos 2284 y 2285 CC:

«Por derogación de los artículos 2284 y 2285 del código civil: 1.º Los acreedores a quienes la declaración de afectación es oponible y cuyos derechos han nacido con ocasión del ejercicio de la actividad profesional a la que se encuentra afecto el patrimonio tienen por única garantía general el patrimonio afectado. 2. Los demás acreedores a quienes la declaración de afectación es oponible tienen como única garantía general el patrimonio no afectado.»

No obstante, como excepción a la estanqueidad del patrimonio afectado, el mismo artículo L. 526-12 añade que el empresario individual con responsabilidad limitada deberá responder con la totalidad de sus bienes y derechos en caso de fraude o incumplimiento grave de las reglas referentes a la afectación y separación del patrimonio. Y, en caso de insuficiencia del patrimonio no afectado, sus acreedores podrán satisfacer sus derechos sobre el beneficio obtenido por el empresario individual durante el último ejercicio. De esta forma se evita que una situación de declaración de concurso personal por parte del empresario pueda coexistir con una situación profesional boyante.

La oposición de la afectación a los acreedores del empresario y a los terceros con quienes éste se relacione, con carácter general, exige dotar de las debidas medidas de publicidad a la creación y evolución del patrimonio afectado. La ley 2010-658 exige a estos efectos, junto a la obligación de publicar la declaración de afectación en el registro profesional correspondiente (ver *supra* art. L. 526-7), la de que el empresario utilice su nombre, precedido o seguido de las palabras «empresario individual con responsabilidad limitada» o la sigla «EIRL», en toda la documentación relativa al desempeño de su actividad profesional (art. L. 526-6). El incumplimiento de dicha obligación puede ser objeto de una sanción económica (art. L. 526-20). Asimismo, el empresario deberá llevar una contabilidad autónoma de la actividad profesional a la que se encuentra afectado el patrimonio –de acuerdo con las reglas aplicables a los comerciantes y por medio de la apertura de cuentas bancarias destinadas exclusivamente a la actividad profesional que

ha originado la creación del patrimonio afectado— que deberá depositar anualmente ante el Registro en que se efectuó la declaración de afectación (arts. L. 526-13 y L. 526-14).

4. Régimen fiscal

El patrimonio afectado del empresario individual no sólo se caracteriza por la sencillez en su constitución y la separación patrimonial a efectos de responsabilidad por deudas sino también por un atractivo régimen fiscal. La ley 2010-658 ha modificado el artículo 1655 sexies del código general de impuestos a efectos de reconocer al empresario individual —siempre que éste no sea un auto-emprendedor— la posibilidad de optar por declarar los beneficios derivados de su actividad profesional conforme a las reglas del Impuesto de Sociedades. En caso de ejercer tal opción, irrevocable, el régimen impositivo será el mismo que el previsto para las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada. Es decir, una tasa reducida del 15% hasta 38.120 euros y 33, 33% a partir de esa cantidad. De no utilizarse la opción, se aplicarán por defecto las normas del Impuesto sobre la Renta.

5. Modificación y extinción del patrimonio afectado

El contenido del patrimonio afectado se verá modificado por aplicación del principio de subrogación real o en el caso de que el empresario incorpore nuevos bienes al mismo. A estos efectos deben cumplirse las obligaciones contables anuales que permiten actualizar la composición y valor del patrimonio y las formalidades previstas para el caso de que los nuevos bienes aportados sean inmuebles, bienes de valor superior a 30.000 euros o bienes comunes o en régimen de pro indiviso. La modificación puede afectar también a la titularidad del patrimonio ya que la ley 2010-658 prevé la posibilidad de que el mismo pueda ser transmitido *inter vivos* (art. L. 526-17) o *mortis causa* (art. L. 526-16) a una persona física, manteniendo la afectación en el patrimonio del heredero o cesionario. Este cambio debe ir acompañado del depósito de una declaración de continuación de la actividad profesional por parte del heredero, o de transmisión del patrimonio afectado por parte del cesionario, ante el registro en que se efectuó la declaración de afectación.

En caso de no transmitirse *mortis causa* el patrimonio afectado tras el fallecimiento de su titular así como en el supuesto de renuncia a la afectación, la declaración de afectación dejará de producir efectos y con ello la separación entre patrimonio personal y profesional y la posibilidad de seguir tributando en el impuesto de sociedades. No obstante, en el caso de fallecimiento o de que la renuncia venga acompañada del cese en el desempeño de la actividad a la que se encontraba adscrito el patrimonio profesional, los acreedores profesionales sólo podrán dirigirse contra el patrimonio afectado. Deberá hacerse referencia a cualquiera de estas dos circunstancias en el mismo registro en que se inscribió la declaración de afectación (art. L. 526-15).

6. Conclusión

Con la ley 2010-658 el legislador francés ha querido estimular el espíritu empresarial, combinando las ventajas de la empresa individual (rapidez y

sencillez en la constitución y gestión de la actividad y no exigencia de un capital mínimo inicial) con las de la estructura societaria (separación patrimonial y régimen fiscal ventajoso). Para ello el legislador ha creado una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 2284 CC. La ley 2010-658 permite crear patrimonios adscritos al ejercicio de actividades empresariales y que absorben los riesgos de dichas actividades al sustraer los demás bienes del empresario individual de la obligación de responder de las deudas profesionales. La oportunidad de la medida es indiscutible en las actuales circunstancias económicas aunque su éxito dependerá en gran parte de la reacción de las entidades financieras a la hora de conceder crédito. Tratándose de pequeños empresarios con pocos bienes que adscribir a su actividad profesional, será difícil impedir que se condicione la concesión de crédito a la constitución de ulteriores garantías que sigan poniendo en riesgo el patrimonio personal del empresario.

Han sido nuevamente circunstancias de orden económico –estimular el emprendimiento– las que han acallado parte de las reticencias que tuvieron los parlamentarios franceses al aprobar y reformar la ley sobre la *fiducie*. Efectivamente, con ocasión de la reforma realizada por la ley 2008-776, de 4 de agosto de 2008, se amplió la posibilidad de transmitir bienes en *fiducie*, con la consiguiente separación patrimonial, a las personas físicas. Pero a día de hoy la utilización de la figura sigue exigiendo que la afectación vaya acompañada de la transmisión de los bienes a un tercero (el fiduciario), que ha de reunir las cualidades del artículo 2015 CC. Por medio de la ley 2010-658 se ha dado un paso más al permitir la constitución de varios patrimonios empresariales bajo la titularidad del mismo constituyente. Confiamos en que sea cuestión de tiempo el que desaparezcan los recelos hacia la posibilidad de crear patrimonios de afectación a título de liberalidad.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (junio-octubre 2012)

GUILLEM CANO PALOMARES*

Asunto Martínez Martínez y Pino Manzano c. España (demanda 61654/08), sentencia de 3 de julio de 2012. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y del domicilio)

Los demandantes habitan una casa situada a 200 metros de una cantera. La casa se utiliza también en parte como taller textil. Mediante decreto de 19 de junio de 1996, la municipalidad de Redovan (Alicante) decidió no renovar la adjudicación de la cantera a la empresa «A» por incumplimiento de las condiciones impuestas para su explotación. En octubre de 1996, la empresa «B» solicitó a la municipalidad la cesión de la explotación de la cantera, aduciendo que había comprado la fábrica y la maquinaria de la empresa «A». El Ayuntamiento acordó la cesión a «B» por un periodo determinado, que fue renovado posteriormente.

Los demandantes presentaron en vano varias denuncias quejándose del ruido ambiental y del polvo que padecían en el interior de su domicilio. Según un informe psicológico, padecían alteraciones en el sueño causadas por la contaminación acústica nocturna procedente de la cantera. En el marco del procedimiento penal entablado por los demandantes por un delito contra el medio ambiente, el Servicio de protección de la naturaleza (SEPRONA) de la Guardia Civil realizó un informe que describía los niveles de ruido y polvo observados dentro del domicilio de los demandantes. Entre las 22:00 y 8:00 horas, el ruido superaba en cuatro a seis decibelios el límite de los 30 decibelios establecido en la legislación. El procedimiento penal acabó con un auto de sobreseimiento dictado el 24 de marzo de 2000.

Los demandantes presentaron una reclamación previa de responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento. Ante la denegación de esta reclamación, interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra el municipio y la empresa «B» ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. En fecha no determinada del año 2005, la cantera cesó definitivamente en su actividad. Mediante sentencia de 7 de abril de 2006, el Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso. Consideró que el Ayuntamiento había actuado correctamente en lo referente a la explotación de la cantera, expidiendo las autorizaciones y exigiendo todos los permisos necesarios. Además, señaló que la casa de los demandantes fue construida sin autorización en una zona califi-

* 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>).

cada de suelo urbanizable programado industrial. En consecuencia, el Tribunal consideró que los demandantes se habían colocado por propia voluntad en la situación de tener que soportar las probables inmisiones sonoras y de polvo procedentes de la cantera. En cualquier caso, el Tribunal apuntó que las molestias denunciadas no tenían la amplitud alegada por los demandantes, ya que el informe elaborado por la Guardia Civil permitía solamente reconocer la existencia de una superación mínima del nivel de ruido durante la noche. Tras solicitar la nulidad de actuaciones, los demandantes formularon un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Mediante resolución notificada el 30 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional declaró el recurso de amparo inadmisibile, al carecer de contenido constitucional.

La demanda fue presentada ante el TEDH el 22 de mayo de 2008. Invocando los artículos 2 y 8 del CEDH, los demandantes se quejaban de los trastornos causados por los ruidos procedentes de la cantera sobre su salud psíquica.

El TEDH considera más conveniente examinar las quejas de los demandantes únicamente desde la perspectiva del artículo 8 CEDH. Recuerda que las vulneraciones del derecho al respeto del domicilio no contemplan solamente las materiales o corporales, sino también las inmateriales o incorpóreas, tales como los ruidos, las emisiones, los olores, etc. En el presente caso, no está en juego una injerencia de las autoridades públicas en el derecho en cuestión, sino una supuesta inactividad de estas cuando se trata de poner término a las agresiones llevadas a cabo por terceros. El TEDH señala que el SEPRONA comprobó el nivel acústico dentro del domicilio de los demandantes, así como el nivel de polvo. Ni el nivel acústico durante el día ni el nivel de polvo planteaban problemas. Solo los valores nocturnos de ruido superaban de entre 4 y 6 decibelios el límite autorizado. El TEDH constata también que los demandantes ubicaron su domicilio en un edificio del cual una parte de las dependencias se utiliza para su actividad profesional, a saber como taller textil. Este edificio se construyó sobre un terreno inicialmente calificado como rústico y luego como suelo de uso programado industrial. Dicha calificación prohibía la construcción de una vivienda. Por lo tanto, los demandantes se colocaron voluntariamente en una situación de irregularidad y les corresponde asumir las consecuencias de esta situación. Los demandantes no deberían quejarse pues de una contaminación acústica procedente de una cantera de piedra instalada legalmente sobre un terreno legalmente destinado a actividades industriales. Una zona de uso industrial no puede gozar de la misma protección medioambiental que las zonas residenciales. En conclusión, habida cuenta de la instalación irregular de los demandantes y del nivel de los ruidos detectados, el TEDH concluye que no puede considerarse que el proceder de las autoridades haya provocado una vulneración del derecho de los demandantes al respeto de su domicilio, así como de su vida privada y familiar (véase, *a contrario*, *Martínez Martínez c. España*, Crónica junio 2011-octubre 2011, ADC, 2012, I). El TEDH falla que no ha habido vulneración del artículo 8 CEDH y que no ha lugar de examinar la queja dimanada del artículo 6.1 CEDH.

Asunto B.S. c. España (demanda 47159/08), sentencia de 24 de julio de 2012. Artículo 3 (prohibición de la tortura y de tratos inhumanos o degradantes) y 14 (prohibición de discriminación) del CEDH

La demandante, de origen nigeriano, reside legalmente en España desde 2003. El 15 de julio de 2005, B.S. se encontraba en la calle en la zona de El Arenal cerca de Palma de Mallorca, donde ejercía la prostitución. Dos

agentes de policía se acercaron a ella, le pidieron que se identificara y le dijeron que abandonara el lugar. La demandante se marchó del lugar inmediatamente. Un poco más tarde, al volver al mismo lugar, vio a los mismos agentes de policía e intentó huir. Según la demandante, los policías la agredieron, golpeándola con una porra en el muslo izquierdo y en la muñeca. Uno de los agentes la insultó diciéndole «puta negra fuera de aquí».

El día 21 de julio de 2005, la demandante estaba en la calle cuando el mismo agente de policía le dijo que no podía trabajar allí y tras discutir con ella, la golpeó con la porra en la mano. La demandante presentó una denuncia ante el Juzgado de Instrucción de Palma de Mallorca y fue a un hospital. El parte médico constató una inflamación y un hematoma de carácter leve en la mano izquierda. El Juzgado de Instrucción núm. 9 de Palma solicitó un informe a la Jefatura Superior de Policía. El Jefe Superior de Policía explicó que los controles policiales eran habituales en la zona en cuestión, debido a la existencia de numerosas denuncias por robos y agresiones presentadas por los vecinos. Señaló que la demandante había sido objeto de un control y había intentado huir, pero que en ningún momento los agentes la habían insultado o habían utilizado la fuerza física contra ella. Por medio de auto de 17 de octubre de 2005, el Juzgado de Instrucción acordó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, alegando que no aparecía justificada la perpetración del delito. La demandante interpuso un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. La Audiencia anuló el auto de sobreseimiento y ordenó abrir un procedimiento por faltas contra los dos agentes de policía que habían realizado el control policial según el informe de la Jefatura Superior de Policía. En el marco de este procedimiento, la demandante solicitó que se practicara una rueda de reconocimiento para identificar a los presuntos autores de los hechos. Dicha solicitud fue denegada, habida cuenta del tiempo transcurrido desde el incidente y del hecho de que los agentes llevaban un casco durante el control policial. En fecha de 11 de marzo de 2008, el Juzgado de Instrucción núm. 9 absolvió a los dos agentes tras la celebración de una vista durante la cual la demandante no pudo identificarlos. Además, el Juzgado tuvo en cuenta que el informe médico aportado por la demandante no precisaba la fecha en la que fue realizado. La demandante interpuso un recurso de apelación contra esta decisión, que fue desestimado mediante sentencia de 6 de abril de 2009.

Según la versión de la demandante, fue objeto de otro control policial el día 23 de julio de 2005. El mismo día, la demandante acudió al servicio de urgencias de un hospital público. El médico dejó constancia de la existencia de dolores abdominales y de una contusión en la mano y en la rodilla. La demandante presentó una nueva denuncia ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Palma, alegando ser víctima de discriminación racial por parte de la policía. Solicitó que se remitieran los números de placa de los policías que se encontraban en servicio los días 15 y 23 de julio, o subsidiariamente, la práctica de una rueda de reconocimiento con todos los agentes que patrullaban en la zona en esas fechas. El Juzgado de Instrucción pidió otro informe a la Jefatura Superior de Policía, que respondió diciendo que no había ningún control policial registrado en fecha de 23 de julio de 2005. Mediante auto de 22 de febrero de 2006, el Juzgado de Instrucción núm. 11 de Palma acordó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa. Dicha decisión fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Palma, que desestimó el recurso de apelación en fecha de 7 marzo de 2007.

Los dos recursos de amparo interpuestos por la demandante fueron rechazados por el Tribunal Constitucional en fechas de 22 de diciembre de 2009 y 14 de abril de 2008.

La demanda fue presentada ante el TEDH el día 29 de septiembre de 2008. La demandante invocaba los artículos 3 y 14 del CEDH, denunciando las agresiones físicas y verbales de la policía, la discriminación sufrida por razón de sexo, profesión y raza, así como la falta de investigación efectiva sobre los hechos.

El TEDH recuerda que cuando un individuo afirma de manera defendible haber sufrido, a manos de la policía o de otros servicios comparables del Estado, malos tratos graves y contrarios al artículo 3 CEDH, esta disposición, combinada con el deber general impuesto al Estado por el artículo 1 del Convenio de «reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción, los derechos y las libertades definidos (...) en el Convenio», requiere, por implicación, que se realice una investigación oficial efectiva. Esta investigación debe poder conseguir la identificación y el castigo de los responsables. En el caso concreto, por un lado, el TEDH observa que los Juzgados de Instrucción se limitaron a pedir informes a la Jefatura Superior de Policía para fundamentar sus decisiones de sobreseimiento. Además, estos informes fueron remitidos por el Jefe Superior de la Policía de las Islas Baleares, superior jerárquico de los agentes supuestamente implicados. Por otro lado, los jueces denegaron la solicitud de la demandante de realizar una rueda de reconocimiento para identificar a los presuntos autores, prueba que no puede considerarse como superflua según la jurisprudencia del TEDH. La vista pública celebrada el 11 de marzo de 2008 no puede considerarse suficiente para cumplir con las exigencias del artículo 3 CEDH, en la medida en que no permitió identificar a los agentes implicados.

El TEDH observa asimismo que los jueces se limitaron a descartar como prueba los informes médicos de la demandante, debido a que no estaban fechados y que no eran concluyentes en cuanto al origen de las lesiones denunciadas. Para el TEDH, los elementos de estos informes justificaban la realización de nuevas investigaciones por parte de las autoridades judiciales. Por último, el TEDH también critica que los jueces de instrucción no hicieran nada para identificar y oír a los testigos que supuestamente presenciaron los hechos (dos taxistas y guardias de seguridad de una discoteca) ni para investigar las alegaciones de la demandante sobre un supuesto traslado a la comisaría de policía. Por todo ello, el TEDH considera que las investigaciones llevadas a cabo en el presente caso no han sido suficientemente profundas, ni efectivas, para cumplir con las exigencias del artículo 3 CEDH. En consecuencia, el TEDH declara que ha habido una vulneración del artículo 3 CEDH en su dimensión procesal.

Sin embargo, en cuanto a los malos tratos denunciados por la demandante, el TEDH estima que los informes médicos no son concluyentes sobre el origen de las lesiones. Además, la imposibilidad de concluir sobre el origen de las lesiones es en parte consecuencia de la ausencia de investigación eficaz y profunda sobre las alegaciones de malos tratos. El TEDH no puede determinar, en estas circunstancias, la existencia de una violación material del artículo 3 CEDH.

En lo que se refiere a la queja derivada del artículo 14 CEDH, en combinación con el artículo 3 CEDH, el TEDH recuerda que las autoridades tienen la obligación de investigar los posibles motivos racistas de una agresión y de esclarecer si los prejuicios o el odio de tipo étnico pudieron tener alguna

influencia en los incidentes violentos. El TEDH constata que la demandante denunció ante las autoridades judiciales españolas los insultos racistas de la policía, así como el hecho de haber sido discriminada en relación con otras mujeres prostitutas de origen europeo. En la medida en que los tribunales españoles no investigaron los móviles supuestamente racistas de las agresiones y no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante (mujer africana ejerciendo la prostitución), el TEDH considera que no cumplieron con las obligaciones exigidas por los artículos 14 y 3 del CEDH.

El TEDH decide conceder a la demandante 30.000 euros en concepto de daño moral y la cantidad de 1.840,50 euros por todos los gastos del procedimiento.

Asunto Otamendi Egiguren c. España (demanda 47303/08), sentencia de 16 de octubre de 2012. Artículo 3 del CEDH (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes)

El demandante, periodista de profesión, era director del diario publicado en euskera *Euskaldunon Egunkaria*. El 20 de febrero de 2003, el demandante fue detenido en su domicilio por agentes de la Guardia Civil, en el marco de una investigación judicial sobre presuntos delitos de pertenencia y colaboración con ETA. Fue informado de su detención incomunicada y de su derecho a ser asistido por un abogado de oficio. El mismo día, el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional confirmó la detención incomunicada. En fecha de 21 de febrero de 2003, el titular de dicho Juzgado acordó la prórroga de la detención por un periodo de 48 horas. Durante la detención, el demandante fue examinado por un médico forense en cuatro ocasiones, los días 20, 21, 22 y 23 de febrero de 2003. En sus informes, el médico indicó que el demandante se había quejado de haber sido obligado a estar de pie durante largos periodos de tiempo, de haber sido amenazado con torturas, de haber sufrido golpes en sus órganos genitales. En cada visita, el demandante se había negado a ser examinado al no presentar ningún signo de violencia.

El 23 de febrero de 2003, el demandante fue presentado ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 6. El demandante denunció haber sido objeto de malos tratos durante la detención incomunicada: en particular, que no se le había dejado dormir; que durante dos días tuvo que estar de pie; que había sido obligado a realizar flexiones y a quedarse inmóvil durante dos horas, de pie, con la cabeza hacia abajo; que había sido objeto de insultos homófobos, obligado a desnudarse y a adoptar una posición sexual; que le habían colocado un objeto metálico en la sien y que habían simulado la detonación de una pistola; que le habían cubierto la cabeza con una bolsa de plástico en dos ocasiones; y finalmente, que le habían amenazado de muerte. El mismo día, el demandante fue liberado tras el pago de una fianza de 30.000 euros.

Una vez puesto en libertad, el demandante solicitó al Juzgado Central de Instrucción que remitiera al Juzgado de guardia de Madrid una copia de su declaración. Esta solicitud fue rechazada debido al carácter secreto de la instrucción. El 25 de marzo de 2003, el demandante presentó una denuncia ante los Juzgados de Instrucción de Madrid. El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Madrid ordenó la apertura de una investigación. En el marco de estas diligencias, el demandante pidió que se remitieran las copias de su declaración ante el Juzgado Central de Instrucción y una copia del video de sus declaraciones ante la cadena de televisión vasca. A solicitud del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Madrid, el demandante fue oído por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Tolo-

sa, ante el cual detalló de nuevo los malos tratos sufridos a manos de la policía durante su detención y viaje a Madrid. Aunque no podría reconocer a los autores de las agresiones denunciadas, el demandante afirmó ser capaz de reconocer la voz de uno de ellos.

En fecha de 22 de diciembre de 2003, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Madrid oyó al médico forense. Este declaró que no había encontrado al demandante especialmente cansado durante sus visitas, sino más bien todo lo contrario, perfectamente consciente y orientado. Recordó además que el demandante se había negado a ser examinado y afirmó tener la impresión de que las alegaciones del demandante no eran compatibles con lo que él había visto.

Mediante auto de 16 de febrero de 2004, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Madrid acordó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa. Consideró que a la vista de los informes y la declaración del médico forense, no había indicios de que los malos tratos denunciados fueran reales. Por lo tanto, la práctica de otras pruebas solicitadas por el demandante no aportaría indicios suplementarios. Los recursos de reforma y apelación del demandante contra esta decisión fueron desestimados, al igual que su recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (por falta de contenido constitucional).

Mediante sentencia de 12 de abril de 2010, la Audiencia Nacional absolvió al demandante y a otras cuatro personas del delito de pertenencia a un grupo terrorista por el que habían sido acusados. En cuanto a las denuncias de malos tratos, la Audiencia Nacional constató «que no había habido un control jurisdiccional suficiente y eficaz de las condiciones de la detención incomunicada».

La demanda fue presentada ante el TEDH el 9 de septiembre de 2008. Invocando el artículo 3 CEDH, el demandante denunciaba la falta de investigación efectiva sobre las alegaciones de torturas y malos tratos.

En primer lugar, el TEDH recuerda las obligaciones procesales derivadas del artículo 3 CEDH ante una alegación defendible de malos tratos (véase *Beristain Ukar c. España*, sentencia de 8 de marzo de 2011, Crónica noviembre 2010-mayo 2011, ADC, 2011). En segundo lugar, observa que el demandante permaneció en régimen de detención incomunicada durante 5 días, y que por ello durante este tiempo no pudo informar a nadie sobre su detención o lugar de detención, no pudo designar un abogado de su elección, ni entrevistarse personalmente con el abogado designado de oficio. En tercer lugar, el TEDH constata que el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 permaneció pasivo frente a las denuncias presentadas por el demandante durante su primera comparecencia. El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Madrid se limitó a oír al médico forense y a examinar sus informes, sin oír al demandante en persona, a los agentes implicados o a la persona que compartía la celda con el demandante, tal y como había solicitado el demandante. Por lo tanto, en opinión del TEDH, las investigaciones de los tribunales españoles no fueron suficientemente profundas ni efectivas para cumplir con las exigencias procesales del artículo 3 CEDH. Por último, el TEDH llama la atención sobre la importancia de adoptar las medidas recomendadas por el CPT (Comité para la Prevención de la Tortura) del Consejo de Europa para mejorar la calidad del examen médico-forense de las personas en régimen de detención incomunicada. En este sentido, estima que la situación de particular vulnerabilidad de estas personas justifica la adopción de medidas de supervisión judicial, previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para evitar los abusos y proteger la integridad física de los detenidos.

El TEDH concede al demandante 20.000 euros en concepto de daño moral y 4.000 euros por los gastos ocasionados por el procedimiento ante el Tribunal Constitucional y el TEDH.

Otras sentencias relevantes desde el punto de vista del Derecho Civil

Asunto Lindheim y otros c. Noruega (demandas 13221/08 y 2139/10), sentencia de 12 de junio de 2012. Artículo 1 del Protocolo núm. 1 (derecho al respeto de los bienes): derecho legal para los arrendatarios de pedir la prórroga indefinida del contrato de arrendamiento bajo las condiciones preexistentes

Asunto Herrmann c. Alemania (demanda 9300/07), sentencia de Gran Sala de 26 de junio de 2012. Artículo 1 del Protocolo núm. 1 (derecho al respeto de los bienes): obligación del propietario que se opone a la caza por razones éticas de tolerar la caza en su propiedad y de afiliarse a una asociación de caza

Asunto Björk Eidsdóttir c. Islandia (demanda 46443/09), sentencia de 10 de julio de 2012. Artículo 10 del CEDH (libertad de expresión): condena a una periodista por difamación a pagar una indemnización por publicar una entrevista con una bailarina de strip-tease en la que se acusaba al ex empleador de esta de una conducta criminal

Asunto B. c. Bélgica (demanda 4320/11), sentencia de 10 de julio de 2012. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): decisión de restitución de una niña a Estados Unidos después de que la madre la trasladara a Bélgica: Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

Asunto M.D. y otros c. Malta (demanda 64791/10), sentencia de 17 de julio de 2012. Artículos 6 (derecho a un proceso equitativo) y 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) del CEDH: privación automática y permanente de los derechos de autoridad parental de una madre tras haber sido condenada por malos tratos a sus hijos

Asunto Costa y Pavan c. Italia (demanda 54270/10), sentencia de 28 de agosto de 2012. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar): prohibición que impide a los padres portadores sanos de fibrosis quística seleccionar embriones para la fertilización *in vitro*, a pesar de la existencia en la legislación nacional del derecho al aborto terapéutico en caso de que el feto sea portador de la enfermedad

Asunto Godelli c. Italia (demanda 33783/09), sentencia de 25 de septiembre de 2012. Artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada): imposibilidad para un niño abandonado al nacer de acceder a cierta información sobre sus orígenes y su familia biológica o de solicitar que la madre renuncie a la confidencialidad

Asunto Arquidiócesis Católica de Alba Iulia c. Rumania (demanda 33003/03), sentencia de 25 de septiembre de 2012. Artículo 1 del Protocolo núm. 1 (derecho al respeto de los bienes): ausencia de mecanismos para implementar las regulaciones del Gobierno que establecen la obligación de restitución de bienes confiscados, en este caso una biblioteca y un museo de gran valor histórico y cultural que pertenecían a la Iglesia católica

Asunto Glykantzi c. Grecia (demanda 40150/09), sentencia de 30 de octubre de 2012. Artículo 6 (derecho a un proceso equitativo dentro de un plazo razonable) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del CEDH: existencia de un problema en el ordenamiento jurídico interno relativo a las dilaciones indebidas en los procedimientos civiles y ausencia de recurso efectivo para quejarse de las mismas

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

LIDIA ARNAU RAVENTÓS*

STJUE 14 de junio de 2012. Banco Español de Crédito S.A v. Joaquín Calderón Camino. Petición de decisión prejudicial. Audiencia Provincial de Barcelona (España). Interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Se pregunta, en primer lugar, si es conforme con la Dir. 93/13 una normativa nacional que impide al juez que conoce de una demanda examinar y apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula de intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, siendo así que este último no ha formulado oposición. El TJUE parte del reconocimiento del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, en cuya virtud pueden éstos libremente regular los mecanismos nacionales de cobro de créditos no impugnados. Tales normas, sin embargo, deben respetar los principios de equivalencia y de efectividad; así, en virtud del primero, tales normas no deben dispensar un trato mejor a las situaciones similares sometidas al Derecho interno. En este sentido, consta al TJUE que el sistema procesal español también impide al juez, en un proceso monitorio, apreciar de oficio si una cláusula resulta contraria a las normas nacionales de orden público. A tenor del segundo, aquellas normas nacionales no deben impedir en la práctica o dificultar excesivamente el ejercicio de los derechos reconocidos en el Derecho de la UE. Y, en este particular, el TJUE estima que excluir aquel control de abusividad de oficio puede menoscabar la efectividad de los fines perseguidos por la Dir. 93/13, especialmente por la alta probabilidad de que los consumidores no formulen oposición (ya sea por desconocer sus derechos, por los costes que ello podría acarrearles, por el brevísimo plazo del que disponen para ello, etc.). Se pregunta, en segundo lugar, si es conforme con la Dir. 93/13, un artículo, como el artículo 83 TR-LGDCU, que para el caso de apreciarse la nulidad de una cláusula abusiva ordena tenerla por no puesta e integrar el contrato conforme al artículo 1258 del Código civil y, especialmente, atendiendo al principio de buena fe. El TJUE estima que una disposición similar no es conforme con el artículo 6.1 Dir. 93/13 que ordena, simplemente, aplicar el contrato sin otra modificación que la supresión de la cláusula nula, si es que la persistencia de tal contrato es jurídicamente posible. Por el contrario, permitir la integración del contrato (así, en el caso a *quo*, declarada nula una cláusula de intereses moratorios del 29%, suplirla por otra que los reduce al 19%), elimina el efec-

* 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.

to disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, simplemente, la cláusula abusiva declarada nula no se aplique.

STJUE 21 de junio de 2012. Wolf Naturprodukte GmbH v. SEWAR spol. S r.o. Petición de decisión prejudicial. Nejvyšší soud (República Checa). Interpretación del artículo 66, apartado 2, del Reglamento núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Se pregunta si a fin de poder aplicarse el Reglamento es preciso que en el momento de dictarse la resolución de cuya ejecución se trata, estuviera en vigor tanto en el Estado miembro de origen como en el Estado miembro requerido. La cuestión surge a raíz del artículo 66.2 del Reglamento, que permite, excepcionalmente, que sus normas se apliquen a resoluciones dictadas con posterioridad a su entrada en vigor, aun cuando la acción se hubiere ejercitado antes de este momento. No precisa, sin embargo, si aquella «entrada en vigor» se predica del Estado de origen, del Estado requerido o de ambos. Así las cosas, el TJUE recuerda que el Reglamento contiene determinados mecanismos que garantizan, durante el procedimiento inicial en el Estado de origen, la protección de los derechos del demandado siempre y cuando se halle domiciliado en un Estado miembro de la UE. Por el contrario, si estuviere domiciliado en un tercer Estado, la competencia se determina conforme a las normas del Estado de origen y aquellos mecanismos de protección del demandado no resultan aplicables. De todo ello colige el TJUE que, a efectos de reconocimiento y ejecución de una resolución judicial, es preciso que el Reglamento estuviere en vigor al tiempo de dictarse tal resolución tanto en el Estado de origen como en el Estado requerido. De este modo se garantiza que el demandado tuvo la posibilidad real de participar de manera efectiva en el procedimiento judicial, y de ahí la confianza del juez del Estado requerido en el juez del Estado de origen que justifican que acceda al reconocimiento y ejecución de la resolución dictada.

STJUE 12 de julio de 2012. SC Volksbank România SA v. Autoritatea Natională pentru Protecția Consumatorilor-Comisariatul Județean pentru Protecția Consumatorilor Calarasi (CJPC). Petición de decisión prejudicial. Judecătoria Calarasi (Rumania). Interpretación de la Dir. 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo. Se pregunta en primer lugar si es conforme con la Dir. 2008/48 una medida nacional de transposición a través de la que se pretenda incluir en su ámbito de aplicación contratos de crédito excluidos de la Dir. (así, los garantizados mediante derechos reales). El TJUE recuerda que en lo referente a los contratos de crédito incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva rige el principio de armonización completa, de forma que los Estados no pueden dispensar un nivel de protección distinto al previsto en la Directiva. Ello no significa, sin embargo, que los Estados no puedan extender el régimen previsto en sus medidas nacionales a otros contratos. Se pregunta, además, si el principio de armonización plena se opone a una medida nacional de transposición que imponga a las entidades de crédito obligaciones no previstas en el texto europeo y relativas, en particular, a los tipos de comisiones aplicables a los contratos de crédito. El TJUE constata que la Directiva no incluye normas de fondo sobre los tipos de comisiones a percibir por el prestamista; de ello deduce la conformidad con el Derecho de la UE de una norma nacional sobre el particular. En respuesta a una nueva pregunta, el TJUE concluye también que la prohibición de percibir determina-

das comisiones bancarias no supone una restricción a la libre prestación de servicios contraria al Derecho de la UE. Constata el TJUE que, ciertamente, la actividad consistente en la concesión de créditos constituye un servicio a efectos de lo previsto en el artículo 56 TFUE, en el bien entendido que una normativa nacional no constituye una restricción de tal libertad por el simple hecho que otros Estados miembros apliquen medidas menos rigurosas y más interesantes para los prestadores de servicios. Por el contrario, el concepto de restricción apela a aquellas medidas que, adoptadas por un Estado miembro, pretenden aplicarse a los prestadores de servicios de otros Estados miembros que quieran operar en el territorio de aquél. En el litigio principal, la prohibición de determinadas comisiones bancarias no aparece impuesta en relación con la autorización para prestar servicios en el territorio del Estado miembro que impone tal prohibición, ni tampoco supone una injerencia real en la libertad contractual de tales entidades toda vez que tampoco conlleva moderación de precios respecto al importe de las comisiones permitidas. Se pregunta, en último lugar, si es conforme con el artículo 24, apartado 1.º, de la Dir. 2008/48 (a cuyo tenor los Estados miembros deben procurar el establecimiento de mecanismos eficaces de resolución extrajudicial de conflictos), una norma nacional que, en materia de litigios de consumo, permite a los consumidores dirigirse directamente a una autoridad en materia de consumo que, a su vez, puede imponer sanciones a las entidades de crédito por infringir una normativa nacional y, todo ello, sin recurrir previamente a los mecanismos de resolución extrajudicial previstos en la legislación nacional para tales litigios. Entiende el TJUE que corresponde a los Estados miembros desarrollar aquellos procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos de tal forma que será la legislación nacional la que deba incorporar su carácter obligatorio o no siempre que, en este último caso, se preserve igualmente el efecto útil de la Directiva. En este contexto, la posibilidad que se brinda al consumidor de recurrir directamente a una autoridad legitimada para imponer multas no tiene por sí misma, en opinión del Tribunal, el efecto de hacer inadecuados o ineficaces los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos.

STJUE 12 de julio de 2012. Solvay SA v. Honeywell Fluorine Products Europe BV, Honeywell Belgium NV, Honeywell Europe NV. Petición de decisión prejudicial. Rechtbank's-Gravenhage (Países Bajos). Interpretación de los artículos 6.1, 22.4 y 31 del Reglamento núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En litigios con pluralidad de demandados, el artículo 6.1 permite, a fin de evitar resoluciones inconciliables si los asuntos se juzgaren separadamente, que una persona domiciliada en un Estado miembro pueda ser demandada ante el tribunal del domicilio de cualquiera de los otros demandados. Al tratarse de una excepción a la regla general del domicilio del demandado, debe ser objeto de interpretación estricta, correspondiendo al juez nacional apreciar si existe o no riesgo efectivo de que se dicten resoluciones contradictorias si las demandas se juzgan por separado. La petición de decisión prejudicial se plantea en el marco de un litigio en el que se demandan, ante un mismo órgano jurisdiccional, a distintos demandados por vulneración, respecto de los mismos productos, de las mismas partes nacionales de una misma patente europea. Dado que la parte nacional de una patente europea se rige por la normativa nacional correspondiente a cada uno de los Estados para los que fue concedida, si no se permitiera aplicar la regla del artículo 6.1

del Reglamento, resultaría que distintos órganos jurisdiccionales (los correspondientes al domicilio de cada uno de los demandados) deberían aplicar el mismo derecho nacional infringido (a saber: el correspondiente a la parte nacional de la patente europea infringida o de otro modo, el derecho nacional correspondiente al territorio en el que se produce la vulneración de la patente europea) por razón de unos mismos hechos. Ante tales circunstancias, el TJUE estima que concurre aquel riesgo de resoluciones irreconciliables dado que, teóricamente, serían varios tribunales los que deberían juzgar unos mismos hechos aplicando el mismo derecho. Se pregunta, además, si el artículo 22.4 del Reglamento impide la aplicación del artículo 31 del mismo texto. El primero establece que, en materia de inscripciones o validez de patentes, son competentes de forma exclusiva los tribunales del Estado miembro en el que se hubiere solicitado o efectuado el depósito o registro conforme algún instrumento comunitario o convenio internacional. El segundo permite al tribunal de un Estado miembro, distinto al competente para conocer del fondo de un asunto, pronunciarse sobre una demanda de medidas provisionales o cautelares. Siendo ello así, el TJUE concluye que el primero no implica necesariamente desplazar la aplicación del segundo. En el caso *a quo*, en el que frente a una demanda de medida provisional se exceptiona la validez de la patente europea supuestamente infringida, el juez que debe conocer de dicha medida debe limitarse a valorar el sentido en el que se pronunciaría el tribunal competente según el artículo 22.4 acerca de aquella validez y, en su caso, debe abstenerse de adoptar tal medida provisional si considera que existe una posibilidad razonable de que la patente sea anulada por el tribunal que debería conocer del fondo.

STJUE 19 de julio de 2012. Ebookers.com Deutschland GmbH v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV. Petición de decisión prejudicial. Oberlandesgericht Köln (Alemania). Interpretación del artículo 23.1 del Reglamento núm. 1008/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad. El precepto, relativo a la información que en todo caso debe incluirse en las tarifas y fletes aéreos publicados bajo cualquier forma, se refiere también a los suplementos opcionales del precio. En relación a éstos, el artículo 23.1 ordena que se comuniquen de forma clara y transparente al comienzo de cualquier proceso de reserva. Mediante la cuestión prejudicial se pregunta si el concepto de «suplementos opcionales del precio» incluye el precio de prestaciones como el seguro de anulación del vuelo controvertido en el litigio principal, ofrecidas por una parte distinta a la compañía aérea y facturadas al cliente por el vendedor del viaje junto a la tarifa aérea, en forma de un precio global. El TJUE estima que sí. La respuesta parte de la previa constatación de la finalidad perseguida por aquel precepto, que es la de garantizar la información y transparencia de los precios de los servicios aéreos. Tratándose de servicios que no son ni obligatorios ni indispensables, deben ser objeto de una opción de inclusión por el consumidor, sin que pueda deducirse su consentimiento a fin de contratarlos de opciones por defecto que el cliente debe rechazar para evitar ese pago adicional. Considera el TJUE que el precepto no distingue (luego no resulta relevante) según sea la misma compañía aérea o un prestador vinculado a ella quién proponga el servicio y su coste.

STJUE 19 de julio de 2012. Ahmed Mahamdia v. República Argentina Democrática y Popular. Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg (Alemania). Interpretación de los artículos 18.2 y 21 del Reglamento núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En materia de contratos individuales de trabajo celebrados con un empresario que no tiene su domicilio en un Estado miembro pero sí una sucursal, agencia o establecimiento, el artículo 18.2 considera, para todos los litigios derivados de la explotación de tal sucursal o agencia, que dicho empresario tiene su domicilio en el Estado miembro en el que se encuentre dicho establecimiento. Se pregunta, en particular, si una embajada es un «establecimiento» a efectos del artículo 18.2 y, en consecuencia, si cabe aplicar el Reglamento a fin de determinar el tribunal competente para conocer de una demanda interpuesta contra una embajada de un Estado no miembro de la UE situada en el territorio de un Estado miembro. El TJUE recuerda que la finalidad del artículo 18.2 es la de proteger a la parte contratante más débil (así, al trabajador) estableciendo reglas de competencia más favorables a sus intereses. A fin de interpretar los conceptos de «sucursal», «agencia» y «establecimiento», el TJUE retoma la interpretación vertida a propósito del Convenio de Bruselas, haciendo hincapié en dos circunstancias: la primera es que aquellas categorías presuponen un centro de operaciones, dotado de dirección y debidamente equipado, que se manifiesta de forma duradera; la segunda es que el litigio debe referirse a actos relativos a la explotación de tales entidades o bien a obligaciones asumidas por ellas y que deban cumplirse en el territorio del Estado en que se encuentran. Una y otra concurren en el supuesto de un contrato de trabajo celebrado con personas que no desempeñan funciones públicas, sino de gestión de una embajada. En el ámbito de estos actos realizados *iure gestionis* no rige el principio consuetudinario de inmunidad de jurisdicción de los Estados. La segunda pregunta versa acerca del artículo 21 del Reglamento. En su apartado 2 declara, frente a las reglas de competencia establecidas en el propio texto, la prevalencia de los acuerdos atributivos de competencia posteriores al nacimiento del litigio o que permitan al trabajador acudir a tribunales distintos a los previstos en el Reglamento. Se pregunta si tal disposición comprende una cláusula de sumisión procesal pactada antes del nacimiento del litigio y por que la se reconoce competencia exclusiva a un tribunal que se encuentra fuera del ámbito de aplicación de dicho Reglamento. El TJUE recuerda que el artículo 21 debe interpretarse a la luz de la finalidad de proteger adecuadamente al trabajador y que, en su caso, la cláusula que se hubiere pactado en ningún caso podría implicar excluir la competencia de los tribunales que fueren competentes según el Reglamento; por el contrario, la cláusula de sumisión procesal ampliaría las posibilidades de elección del trabajador, que podría optar por el tribunal competente según el Reglamento o por el que lo fuera a tenor de dicha cláusula.

STJUE 6 de septiembre de 2012. Trade Agency Ltd v. Seramico Investments Ltd. Petición de decisión prejudicial. Augstakās tiesas Senats (Letonia). Interpretación del artículo 34.1 y 2 del Reglamento núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El precepto relaciona los supuestos en los que cabe no reconocer una decisión adoptada en otro Estado, a saber: si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, o cuando se hubiese dictado en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado al

mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que, pudiendo hacerlo, no hubiese recurrido dicha resolución. Se pregunta, en primer lugar, si la citada disposición permite que cuando el demandado interpone un recurso contra el otorgamiento de la ejecución de una resolución dictada en rebeldía en el Estado miembro de origen, alegando que no recibió la notificación de la cédula de emplazamiento, el juez del Estado miembro requerido, que conoce de dicho recurso, es competente para comprobar la concordancia entre la información contenida en la certificación que acompaña a la resolución y las pruebas. El TJUE recuerda que en el sistema establecido en el Reglamento el otorgamiento de la ejecución, en el Estado miembro requerido, de una resolución dictada en otro, sólo puede implicar un mero control formal de los documentos exigidos para el otorgamiento de la ejecución. En una segunda fase del procedimiento, cabe que el demandado interponga recurso contra el otorgamiento de la ejecución. En caso de alegarse la circunstancia prevista en el artículo 34.2, el hecho de que la resolución extranjera venga acompañada de certificación de haberse notificado la cédula de emplazamiento al demandado no limita en modo alguno la facultad del juez del Estado requerido de valorar si tal notificación se ha practicado en tiempo suficiente como para que el demandado pudiera defenderse adecuadamente. El TJUE presta atención, además, a dos circunstancias: la primera sería que la certificación no tiene por qué haberla expedido el mismo órgano que dictó la resolución; la segunda es que en ella sólo debe indicarse la fecha de notificación de la cédula de emplazamiento, pero no otras informaciones útiles. De todo ello colige el TJUE que el juez del Estado miembro requerido es competente para apreciar autónomamente el conjunto de los elementos de prueba y comprobar la concordancia entre éstos y la información que consta en la certificación y, todo ello, a fin de valorar la concurrencia o no de las circunstancias descritas en el artículo 34. En segundo lugar, se pregunta si esta misma disposición permite al juez del Estado requerido oponerse al reconocimiento de una resolución dictada sin examinar ni el objeto ni los fundamentos de la demanda. El TJUE recuerda que la cláusula de orden público debe aplicarse sólo en casos excepcionales y que si bien corresponde a cada Estado miembro definir aquel concepto, corresponde en cambio al TJUE controlar los límites dentro de los que los tribunales de un Estado miembro pueden recurrir a él a fin de oponerse al reconocimiento requerido. Esta posibilidad sólo existe en caso de que tal reconocimiento implique desconocer o vulnerar una norma o un derecho considerados fundamentales en el Estado miembro requerido. Merece tal consideración el derecho a un proceso equitativo. Con todo, en opinión del TJUE, los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas sino que admiten restricciones siempre que estén justificadas por razones de interés general y no impliquen una limitación desproporcionada de tales derechos. Corresponde apreciar tales circunstancias al tribunal del Estado requerido que deberá considerar, en cualquier caso, las garantías procesales que acompañaban a la resolución y, en especial, la posibilidad real que tuvo el afectado de recurrirla de manera útil y efectiva.

STJUE 6 de septiembre de 2012. Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens, Gilbert Georges Henri Mittler, Jean Paul François Carolina Votron v. Hendrikus Cornelis Kortekaas, Kortekaas Entertainment Marketing BV, Kortekaas Pensioen BV, Dirk Robbard De Kat, Johannes Hendrikus Visch, Euphemia Joanna Bökkerink, Laminco GLD N-A, Ageas NV. Petición de decisión prejudicial. Hoge Raad der Nederlanden

(Países Bajos). Interpretación del Reglamento núm. 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. Se pregunta si el órgano jurisdiccional de un Estado miembro que pretenda citar como testigo a quien reside en otro Estado miembro debe siempre, para llevar a cabo dicho interrogatorio, aplicar los procedimientos de obtención de pruebas previstos en el Reglamento o, por el contrario, puede citar e interrogar al testigo con arreglo a su Derecho nacional. El TJUE se remite al artículo 1.1 de aquel texto, a cuyo amparo resultará de aplicación en materia civil y mercantil en aquellos casos en que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro solicite la práctica de pruebas al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro o la realización de pruebas directamente en ese último Estado. Por el contrario, el Reglamento no contiene disposición alguna que permita o prohíba a un órgano jurisdiccional citar a una parte residente en otro Estado miembro a fin de que comparezca ante él y sea interrogada. De todo ello colige el TJUE no sólo la conformidad de dicha actuación con el Derecho de la UE, sino además la libertad de que dispone también el órgano jurisdiccional que practica tal prueba de deducir de la incomparecencia injustificada del testigo las consecuencias previstas por su propio Derecho nacional.

STJUE 6 de septiembre de 2012. Daniela Mühleitner v. Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi. Petición de decisión prejudicial. Oberster Gerichtshof (Austria). Interpretación del artículo 15.1, c) del Reglamento núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El artículo 15 contempla los contratos celebrados entre un consumidor y un contratante que ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiera tales actividades a dicho Estado y el contrato estuviere comprendido en el marco de tales actividades. En tales supuestos se declaran competentes, a elección del consumidor, los tribunales correspondientes al domicilio del demandante o del demandado. Con ello se altera tanto la regla general de la competencia del tribunal correspondiente al domicilio del demandado, como la especial en materia de contratos atributiva de la competencia a los tribunales del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirve de base a la demanda. Se pregunta si el precepto resulta sólo aplicable a los contratos a distancia. El TJUE destaca la excepcionalidad del precepto y su necesaria interpretación restrictiva. Con todo, resuelve que no se condiciona su aplicación a que el contrato se haya celebrado a distancia. Ello cohonesta con la finalidad de otorgar mayor protección a los consumidores, en especial si se compara aquel precepto con el artículo 13 del Convenio de Bruselas, que incorporaba más requisitos y más rígidos que los previstos en el artículo 15 del Reglamento 44/2001.

STJUE 18 octubre de 2012. Purely Creative Ltd, Strike Lucky Games Ltd, Winners Club Ltd, McIntyre & Dodd Marketing Ltd, Dodd Marketing Ltd, Adrian Williams, Wendy Ruck, Catherine Cummings, Peter Henry v. Office of Fair Trading. Petición de decisión prejudicial. Court of Appeal (England & Wales, Reino Unido). Interpretación del punto 31 del anexo I de la Directiva 2005/29/CE, 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. El punto 31 del anexo citado describe como «Práctica comercial agresiva», la de «crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad: no existe tal ventaja o premio equivalente, o la realización de la actividad relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación del consumidor de efectuar un pago o incurrir en un gasto». Se solicita, en primer lugar, que el TJUE se pronuncie acerca del concepto de «impresión falsa» y su relación con los dos supuestos descritos en el punto 31. En concreto, se pregunta si siempre se creará una impresión falsa cuando concurra uno de ellos o si, tratándose de un concepto autónomo, no la habrá, por ejemplo, cuando se informa adecuadamente acerca del gasto necesario para reclamar el premio. Atendiendo a la estructura de la frase, el TJUE resuelve que la «impresión falsa» no es un elemento constitutivo de la práctica desleal independiente de tales supuestos sino que, contrariamente, se producirá en tanto concurren uno u otro. Se llega a la misma conclusión atendiendo a la interpretación de la norma en su contexto. Tal conducta es reputada como práctica agresiva, no engañosa; de ahí que no sea necesario comprobar la existencia de una intención engañosa más allá de los dos supuestos descritos en el punto 31. Por lo demás, la expresión «incurrir en un gasto» no se acompaña de ninguna excepción, de forma que incluye tanto los gastos insignificantes como aquellos que no reportan ningún beneficio al profesional (por ejemplo, el gasto de un sello de correos). También resulta irrelevante que el profesional ofrezca distintas opciones al consumidor a fin de conseguir el premio, si al menos una de ellas implica incurrir en un gasto.

STJUE 4 de octubre de 2012. Finnair Oyi v. Timy Lassooy. Petición de decisión prejudicial. Korkein oikeus (Finlandia). Interpretación de los artículos 2, letra j), 4 y 5 del Reglamento núm. 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. El artículo 2 del texto define la «denegación de embarque» como la negativa a transportar pasajeros en un vuelo, pese a haberse presentado al embarque, salvo que haya motivos razonables para denegarlo, tales como razones de salud o de seguridad o la presentación de documentos de viaje inadecuados. A propósito del precepto y los motivos por los que se puede denegar el embarque, el TJUE responde a la cuestión planteada afirmando que en aquella definición se prescinde de los motivos o razones por las que un transportista deniega el transporte a un pasajero; de ahí que el precepto no resulte aplicable sólo a los casos de denegación de embarque por exceso de cabida, sino también a los que obedezcan a otros motivos. En cuanto a los que razonablemente justifican la denegación, el precepto alude sólo a algunos («tales como»), sin pretender ser exhaustivo. Siendo ello así, no sería un motivo razonable de la denegación de embarque a un pasajero la reatribución de su plaza a otro cuyo vuelo se haya cancelado por circunstancias extraordinarias, siendo así que tal reasignación de plazas se efectúe a fin de que los afectados por la cancelación no sufran más tiempo de espera. Por lo demás, no hay disposición alguna en el Reglamento que exima al transportista aéreo de compensar a los pasajeros en caso de denegación de embarque relacionada con circunstancias extraordinarias.

STJUE 25 de octubre de 2012. Folien Fischer AG, Fofitec AG v. Ritrama SpA. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del artículo 5, núm. 3, del Reglamento núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Tal disposición establece que, 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 si el precepto incluye una acción declarativa negativa que tiene por objeto que se declare la inexistencia de responsabilidad delictual. El TJUE recuerda que la finalidad de esta regla especial de competencia es acercar el litigio al juez más adecuado para conocer el asunto, sobre todo por motivos de proximidad del asunto y de facilidad para la práctica de la prueba. En este contexto, el TJUE resuelve que, tal y como aparece redactada aquella regla, no es posible excluir de su ámbito de aplicación una acción declarativa negativa. Tampoco exige que quien interponga la acción deba ser necesariamente la víctima.

STJUE 23 de octubre de 2012. Vítor Hugo Marques Almeida v. Companhia de seguros Fidelidade-Mundial, S.A, Jorge Manuel da Cunha Carvalheira, Paulo Carvalheira, Fundo de Garantía Automóvel. Petición de decisión prejudicial. Tribunal da Relação de Guimaraes (Portugal). Interpretación del artículo 3.1 de la Directiva 72 /166/CEE, del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos motores, así como sobre el control de la obligación de asegurar dicha responsabilidad («Primera Directiva»), y Directiva 84/5/CEE, del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, sobre la misma materia («Segunda Directiva»). Se pregunta si resulta conforme con tales disposiciones una norma nacional que para el caso de colisión de dos automóviles que haya provocado daños personales al pasajero de uno de ellos permite limitar o excluir la responsabilidad civil de los asegurados por el único motivo de que tal pasajero ha contribuido a la producción del daño. El TJUE recuerda que la finalidad de las Directivas no es armonizar los regímenes de responsabilidad civil de los Estados miembros, sino la de garantizar que la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor que resulte aplicable según el derecho nacional, esté cubierta por un seguro conforme con las disposiciones de las Directivas. Ahora bien, el Derecho nacional no puede privar al Derecho de la UE de su efecto útil. Y esto último es lo que acontecería si una normativa nacional, basándose en la participación de la víctima en la producción del daño y definida dicha participación en términos generales y abstractos, le denegara el derecho a ser indemnizada con cargo al seguro obligatorio. Este derecho, por el contrario, sólo puede limitarse en circunstancias excepcionales y sobre la base de una apreciación individual.

STJUE 23 de octubre de 2012. Emeka Nelson, Bill Chinazo Nelson, Brian Cheimezie Nelson v. Deutsche Lufthansa AG; TUI Travel plc, British Airways plc, easyJet Airline Company Ltd, International Air Transport Association v. Civil Aviation Authority. Petición de decisión prejudicial. Amtsgericht Köln (Alemania) y la High Court of Justice (England & Wales). Interpretación y validez de los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento núm. 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y

asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque, de cancelación o gran retraso de los vuelos. Se pregunta si los vuelos que sufran retraso tienen derecho a ser compensados y, de ser así, en qué circunstancias. El artículo 5 del Reglamento atribuye el derecho a una compensación económica a los pasajeros que se encuentren en las circunstancias que en él se describen (así, que se les haya cancelado el vuelo sin ser informados o que hayan sido informados de ello con menos de siete días de antelación con respecto a la hora de salida prevista y a los que el transportista no pueda ofrecer un vuelo alternativo que les permita salir con no más de una hora de antelación respecto a la hora de salida prevista del vuelo cancelado y llegar al lugar de destino con menos de dos horas de retraso respecto de la hora prevista). Nada se dice, en cambio, acerca de los pasajeros que se enteran *in extremis* antes del vuelo, o incluso durante el propio vuelo, que éste va a sufrir un retraso y que se llegará con tres o más horas de retraso al destino final. El principio de igualdad, en cuya virtud situaciones comparables no deben recibir injustificadamente un trato diferente, permiten reconocer a los pasajeros de vuelos que sufren un retraso de tres o más horas el mismo derecho a una compensación económica que los pasajeros a quienes se cancela un vuelo. En ambos casos, sin embargo, debe reconocerse al transportista aéreo la facultad de eximirse de aquel pago si acredita que el retraso o la cancelación obedieron a circunstancias extraordinarias que no hubieran podido evitarse. Tal obligación resulta compatible con lo dispuesto en el artículo 29 del Convenio de Montreal (o Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, concluido en Montreal, el 28 de mayo de 1999), que se refiere a la reclamación por los daños individuales que haya provocado el retraso. Asimismo, aquella obligación resulta compatible con el principio de seguridad jurídica y con el de proporcionalidad. Con el primero porque está perfectamente delimitado el concepto de gran retraso (existente a partir de las tres horas) y con el segundo porque dado el carácter irreversible, objetivo y fácilmente cuantificable de la pérdida de tiempo sufrida, la medida consistente en reconocer a los pasajeros afectados por esta molestia el derecho a una compensación económica resulta adecuada.

Jurisprudencia Nacional (mayo-octubre de 2012)

MIRIAM ANDERSON*

TRIBUNAL SUPREMO

Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL)

STS (Sala Civil) de 8 de mayo de 2012 (RJ 2012\6117). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Compraventa de acciones: interpretación del contrato. Con posterioridad a la compraventa, aparece un pasivo de la sociedad que los compradores alegaban no conocer. Los vendedores, por su parte, sostenían que los compradores no adquirieron basándose únicamente en la información proporcionada por los vendedores, sino que era preciso tener en cuenta también documentos anteriores a la operación –en concreto, el *memorandum* y la *due diligence*– puesto que de otro modo se permitiría que los compradores fuesen contra sus propios actos. El TS desestima el recurso interpuesto por la vendedora, con base en la siguiente argumentación (FJ 2.º): «[E]n nuestro sistema, la interpretación del contrato no puede quedarse en el análisis de lo que se manifestó querer y de si la expresión es clara, ya que, sin perjuicio de que puedan entrar en juego reglas interpretativas y el principio de autorresponsabilidad por lo declarado, prevalece lo realmente querido por las partes. En tal sentido son de destacar las tendencias doctrinales sobre la función de la interpretación contractual puestas de manifiesto en el artículo 4, de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales –[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 –[e]l contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras– y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación de 2009 –[l]os contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras–. 38. Lo expuesto no priva de todo valor a lo expresado por los contratantes si fuera claro, pues, de acuerdo con el principio de normalidad, cristalizado en el principio *id quod plerumque accidit* (lo que suele acontecer en la mayoría de los casos), la literalidad de lo manifestado constituye una muy valiosa herramienta para investigar lo que realmente aquellos querían, aunque para ello sea preciso acudir a factores ajenos a lo expresado para comprobar si lo que se quiso se expresó de forma ajustada. [...] 40. El silencio de la norma [art. 1282 CC] sobre el valor interpreta-

* Profesora agregada de Derecho civil. Universidad de Barcelona.

tivo de los actos anteriores a la celebración del contrato no ha significado obstáculo para que se admita el mismo, ya que la norma no los excluye y, de hecho, la expresión “principalmente” referida al comportamiento coetáneo y posterior, supone la admisión implícita de la posibilidad de tenerlos en cuenta –en este sentido, las sentencias 210/2000, de 8 de marzo (RJ 2000, 1511), y 294/2008, de 29 de abril (RJ 2008, 3525)– pese a que, como ha puesto de relieve la doctrina, se trata de una “voluntad contractual aún itinerante”. 41. Esta posición, de nuevo, coincide con las corrientes doctrinales actuales manifestadas en el artículo 5:102 de los principios de Derecho europeo de los contratos – “[p]ara interpretar el contrato se atenderá en especial a lo siguiente: (a) Las circunstancias de su conclusión, incluidos los tratos preliminares”– y el número 1 del artículo 1279 de la Propuesta de Anteproyecto de modernización – “[p]ara interpretar el contrato se tendrán en cuenta: 1. Las circunstancias concurrentes en el momento de su conclusión, así como los actos de los contratantes, anteriores, coetáneos o posteriores”. 42. En el caso enjuiciado, no es dudoso que los contratantes, a fin de evitar malentendidos, pueden prever de forma expresa la ineficacia de los actos anteriores o formular precisiones sobre su alcance –en este sentido, el apartado 3 del artículo 2:105 de los principios de Derecho europeo de los contratos dispone que “[l]as declaraciones anteriores de las partes pueden utilizarse para interpretar el contrato. Esta regla sólo puede excluirse o restringirse a través de una cláusula negociada de manera individual”–. 43. Esto es lo acontecido en el caso enjuiciado en el que los contratantes estipularon que “[d]ebido al hecho de que los inversores firmarán el presente contrato basándose en las informaciones facilitadas por los accionistas, éstos responderán de forma solidaria, personal e ilimitada, de todos los daños y perjuicios producidos a consecuencia de la falsedad de las informaciones facilitadas a los inversores y sus asesores en el procedimiento de negociación del presente Contrato”, lo que no puede ser interpretado sino en el sentido de que los litigantes estipularon que todos los actos previos –singularmente el *memorandum* y las *due diligence*– carecían de eficacia susceptible de variar el recto significado de lo expresamente manifestado».

STS (Sala civil) de 16 de mayo de 2012 (RJ 2012\6351). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Se resuelve un contrato de compraventa de acciones con base en una causa de resolución convencional: el comprador no desempeñó de forma satisfactoria sus funciones de dirección de la empresa durante el período de permanencia pactado. Tras considerar válida la condición así establecida, al ser simplemente (y no puramente) potestativa, la Sala también estima admisibles las causas de resolución fijadas por voluntad de las partes, incluso cuando los incumplimientos que contemplan no puedan ser calificados como objetivamente graves. En este sentido, en el FJ 2.º, párrafos 38 y siguientes, se señala que: «Para que pueda entrar en juego la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas, la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado decididamente por exigir la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, prescindiendo de la «voluntad deliberadamente rebelde», exigida en etapas anteriores, lo que, como declara la sentencia 1000/2008, de 30 de octubre (RJ 2008, 5806), “se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980 (a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990), cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el com-

prador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49) diciendo que “el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”. En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual “el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte”. 39. Dicho de otra forma, la libertad autonormativa que inspira nuestro derecho contractual privado permite a las partes configurar libremente causas de resolución, y al amparo de la libertad de pactos –siempre, claro está, que no se rebasen los límites que impone el artículo 1255 del Código Civil– atribuir la naturaleza de obligación principal a determinadas prestaciones o a su exacta ejecución, de tal forma que su incumplimiento –incluida la modalidad de cumplimiento inexacto– tenga trascendencia resolutoria por expresa decisión de las partes». En estos casos resultan de aplicación los artículos 1124 y 1156 CC. En sentido parecido, puede verse la STS (Sala Civil) de 5 de septiembre de 2012 (JUR 2012\345612), del mismo ponente.

STS (Sala Civil) de 30 de junio de 2012 (RJ 2012\9006). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Contrato de franquicia: incumplimiento esencial por infracción del pacto de exclusiva, resolución por parte de las empresas franquiciadas y alcance de la retroactividad de los efectos de la resolución en caso de contratos de tracto continuo. El incumplimiento por parte de la franquiciadora en que se basaba la resolución consistió en promocionar directamente, en un establecimiento comercial muy conocido, los productos objeto de franquicia. A la hora de valorar si ese incumplimiento constituía frustración del fin del negocio y era, por consiguiente, fundamento suficiente para la resolución, la Sala se refiere a los mismos preceptos que en el FJ 2.º, párrafo 38, de la STS de 16 de mayo de 2012 (RJ 2012\6351), citada unas líneas más arriba, para concluir que: «En el caso enjuiciado se ha acreditado la vulneración por el franquiciador del pacto de exclusiva, cuya importancia en el conjunto del contrato no se cuestiona, sin que opere a modo de excusa absolutoria la escasa incidencia económica de la grave infracción, ya que la vulneración de tal deber básico comporta una deslealtad suficiente para destruir la confianza en la contraparte singularmente exigible en los contratos de colaboración de ejecución continuada en el tiempo, constituyendo un incumplimiento esencial» (FJ 5.º, párrafo 40). A renglón seguido, la sentencia aborda la cuestión relativa al efecto retroactivo de la resolución en contratos de tracto continuo, entendiendo que, si bien en principio la resolución opera hacia el futuro, tal y como viene señalando la jurisprudencia del propio TS y recogen también el artículo 1458 del CC italiano y el artículo 9:305 (1) PECL, esta doctrina tiene excepciones, respecto de prestaciones que no son contrapartida o contravalor de las recibidas mientras estuvo vigente el contrato, lo que se desprende del artículo 1204 de la Propuesta de Anteproyecto de Modernización del Derecho de obligaciones y

contratos elaborada por la Comisión General de Codificación y del artículo 434.2 CC portugués. De ahí se concluye que procede restituir a las franquiciadas el canon de entrada satisfecho, puesto que no se ha acreditado que se trate de una contraprestación recíproca agotada y diferente al ingreso en la cadena de franquicias que ha quedado resuelto (FJ 6.º, párrafos 44 a 48). En cambio, se estima el recurso presentado por la franquiciadora en el sentido de que no puede estimarse como lucro cesante la cantidad señalada en el informe facilitado a las franquiciadas durante la fase de negociación (FJ 7); el Tribunal alude, por un lado, a que la indemnización por daños pretende colocar al perjudicado por el incumplimiento en una posición lo más próxima posible a la que hubiera disfrutado de haberse ejecutado correctamente el contrato (art. 9:501 PECL, que también se refiere al daño emergente y al lucro cesante), y, por otro, remite a los artículos 1211 del Proyecto de modernización del derecho de obligaciones y al artículo 9:505 PECL, en tanto que vienen a establecer que la parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables, cosa que, según la Sala, tiene «especial importancia en los contratos mercantiles, ya que cuando el perjudicado observa la más absoluta pasividad frente al incumplimiento de la contraparte, y no acude a un negocio de reemplazo, singularmente cuando se trata de bienes fungibles o existen en el mercado otros equivalentes, el lucro cesante no puede imputarse exclusivamente a quien incumplió» (párrafo 54).

STS (Sala Civil) de 18 de julio de 2012 (JUR 2012\254013). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Se discute la resolución de un contrato de franquicia. La Sala considera que, de conformidad con la jurisprudencia más moderna, que se aparta de los precedentes del artículo 1124 CC, la resolución no necesariamente debe solicitarse judicialmente. A mayor abundamiento, señala, en el FJ 8.º, párrafo 72: «Aunque sin ser derecho positivo, con un innegable valor doctrinal, en esta dirección apuntan la propuesta de anteproyecto de modernización del derecho de obligaciones elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009, al disponer, en el artículo 1199, que “cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial. La facultad de resolver el contrato ha de ejercitarse mediante notificación a la otra parte”. Lo propio acontece con los principios de derecho contractual europeo que, en el apartado 1 del artículo 9:303, disponen “[que] el ejercicio del derecho de resolución del contrato requiere una comunicación al respecto a la otra parte”».

Propiedad intelectual

STS (Sala Civil) de 27 de septiembre de 2012 (JUR 2012\329989). Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos. La tutela del diseño. La diseñadora de una farola destinada al Eixample barcelonés, ganadora de un premio, suscribió un contrato de cesión de los derechos de explotación del diseño con una empresa. A raíz de discrepancias surgidas durante la ejecución del contrato, la diseñadora lo resolvió y cedió los derechos de explotación a otra empresa que, junto con la diseñadora, son las demandantes en los pleitos origen de este recurso de casación. Las demandas se dirigieron, por un lado,

a la reclamación de las regalías percibidas por la primera empresa y, por otro, a la protección del diseño frente al uso que del mismo hizo la demandada con posterioridad a la resolución del contrato. La primera de estas pretensiones fue admitida en las instancias inferiores, pero no así la segunda, que es objeto de casación. Se trató, por tanto, de discernir si el diseño de la farola debe ser protegido como propiedad intelectual. Las demandantes alegaron infracción de la doctrina de los actos propios (art. 7 CC, en su interpretación jurisprudencial), puesto que entendían que la demandada había venido actuando de modo que reconocía que el diseño tenía la condición de obra de propiedad intelectual. Esta cuestión, conexas a la interpretación del contrato inicial entre la diseñadora y la empresa demandada, se resuelve por la Sala por referencia la jurisprudencia que da prevalencia a la intención de las partes por encima de lo expresamente declarado, cuando aquélla sea obvia, y a los siguientes textos de *soft law*: «En este sentido hemos declarado, entre otras en la sentencia 285/2012, de 8 de mayo (RJ 2012, 6117), que las tendencias doctrinales sobre la función de la interpretación contractual puestas de manifiesto: en el artículo 4, de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales –“[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 –“[e]l contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras”–; y el primer párrafo del artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación de 2009 –“[l]os contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras”–, de tal forma que la literalidad de lo manifestado constituye una herramienta, muy valiosa pero nada más, para investigar lo que realmente aquellos querían, aunque para ello sea preciso acudir a factores ajenos a lo expresado para comprobar si lo que se quiso se expresó de forma ajustada» (FJ 4.º, párrafo 35). A continuación, la Sala entra en la cuestión acerca de si el diseño es tutelado por el derecho de autor. En primer lugar, repasa los distintos sistemas básicos desarrollados en distintos países a este respecto (FJ 5.º, párrafo 40). A continuación, analiza cuál es la situación en España, a la luz del Derecho de la Unión Europea (párrafos 41 a 46): «41. De entre los diferentes sistemas, el Derecho de la Unión Europea excluye el de separación absoluta, al disponer en el artículo 17 de la Directiva 1998/71/CE, de 13 de octubre, de Protección jurídica de los dibujos y modelos que “[l]os dibujos y modelos protegidos por un derecho sobre un dibujo o modelo registrado en un Estado miembro o respecto al mismo de conformidad con lo previsto en la presente Directiva, podrán acogerse asimismo a la protección conferida por las normas sobre derechos de autor de dicho Estado a partir de la fecha en que el dibujo o modelo hubiere sido creado o fijado sobre cualquier soporte. Cada Estado miembro determinará el alcance y las condiciones en que se concederá dicha protección, incluido el grado de originalidad exigido”, y en el 96.2 del Reglamento (CE) 6/2002, de 12 de diciembre, Dibujos y modelos comunitarios, que “[l]os dibujos y modelos protegidos por un dibujo o modelo comunitario podrán acogerse asimismo a la protección conferida por las normas sobre derechos de autor de los Estados miembros a partir de la fecha en que el dibujo o modelo hubiere sido creado o fijado sobre cualquier soporte. Los Estados miembros determinarán el alcance y las condiciones en que se concederá dicha protección, incluido el grado de originalidad exigido”. 42. En nuestro ordenamiento, el artículo 10.1 del Texto Refundido de la Ley de

Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, dispone que «[s]on objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: [...] e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas», prescindiendo de la intención del creador y del destino de la obra, y sin exigir para las obras plásticas ningún requisito o mérito que singularice las “obras de arte aplicadas” de las “obras de arte simple” u “obras de arte puro”, lo que ha llevado a algún autor a sostener que nuestro ordenamiento se adscribe a los [sistemas] de acumulación total de protección de los derechos subjetivos de naturaleza intelectual e industrial –sin perjuicio de que su estatuto patrimonial sea inferior a tenor de los artículos 19.5 y 24.1 de la Ley de Propiedad Intelectual–, de tal forma que serían protegibles como propiedad intelectual los diseños que tengan un nivel de originalidad que les haga distinguibles de los anteriores, sin necesidad de altura artística, creatividad o individualidad configurativa. 43. Esta interpretación choca con lo afirmado en la Exposición de Motivos de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, en la que se afirma que “[e]l diseño industrial se concibe como un tipo de innovación formal referido a las características de apariencia del producto en sí o de su ornamentación. Ello no impide que el diseño original o especialmente creativo pueda acogerse además a la tutela que le brinda la propiedad intelectual, ya que ambas formas de protección son, como es sabido, independientes, acumulables y compatibles”. Y con lo previsto en la Disposición adicional décima de la propia Ley, al disponer que “[l]a protección que se reconoce en esta Ley al diseño industrial será independiente, acumulable y compatible con la que pueda derivarse de la propiedad intelectual cuando el diseño de que se trate presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística según las normas que regulan la propiedad intelectual”. Forma que ha dado paso a una línea doctrinal [según la] que para la tutela del diseño por derecho de autor, a los requisitos de novedad y singularidad que para el registro exige el artículo 5 de la citada Ley 20/2003, de 7 de julio, añade la necesidad de que sea “original o especialmente creativo” o tenga “el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística”. 44. Nuestra decisión debe partir de que las finalidades de las normas que tutelan derecho de autor y diseño son muy distintas. Como indica el artículo 1 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 9 de septiembre de 1886, el derecho de autor tiene por objeto “la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas”. También [lo] reconoce el preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual de 17 noviembre de 1987, al indicar que su finalidad es “otorgar el debido reconocimiento y protección de los derechos de quienes a través de las obras de creación contribuyen tan destacadamente a la formación y desarrollo de la cultura y de la ciencia para beneficio y disfrute de todos los ciudadanos”. Mientras que el bien jurídicamente protegido por la propiedad industrial de las innovaciones formales referidas a las características de apariencia de los productos en sí o de su ornamentación, según indica la Exposición de Motivos de la Ley 20/2003, se inspiran en la idea de tutelar “ante todo, el valor añadido por el diseño al producto desde el punto de vista comercial, prescindiendo de su nivel estético o artístico y de su originalidad”. 45. Está

expresamente admitida por el Ordenamiento de la Unión Europea la posibilidad de exigir para la tutela del diseño por derecho de autor, además de la novedad y la singularidad, cierto grado de “originalidad”. Ello supuesto, el reconocimiento del haz de derechos característicos del derecho de autor – además de los referidos a la explotación de la obra, otros morales–, sin necesidad de registro, y durante el largo período de tiempo que fija la normativa de propiedad intelectual. Y alguno sin límite, no puede proyectarse, sin más, a las formas nuevas –la novedad de creación estética a que se refieren las sentencias 1166/2001, de 4 de diciembre (RJ 2001, 10048) y 778/2010, de 24 de noviembre (RJ 2011, 579)–, que aportan un valor añadido por el diseño al producto desde el punto de vista comercial, pero carecen de cierto nivel de originalidad o/y creatividad dentro de la libertad relativa que impone su aplicación a un objeto. Se trata de requisitos necesarios para ser protegidas como obra artística, de tal forma que a la “novedad” precisa para el modelo industrial se acumula la exigencia de un plus de creatividad. 46. Consecuentemente, cabe diferenciar entre las obras plásticas puramente artísticas (con independencia de que puedan ser explotadas con fin industrial), las obras de arte aplicadas a la industria y los diseños propiamente dichos, o creaciones formales diseñadas o utilizadas para ser reproducidas artesanal o industrialmente en serie, que produzcan una impresión general en el usuario informado que difiera de la producida por cualquier otro diseño que haya sido hecho accesible al público». El párrafo 47 explica que ello no contraviene en absoluto la doctrina contenida en anteriores sentencias del propio TS. Se desestima el motivo, por no reunir la farola los requisitos que la harían merecedora de protección conforme a la legislación de propiedad intelectual.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Siguen siendo muy numerosas las resoluciones que aluden a los PECL, con frecuencia por remisión a decisiones del TS, especialmente en materia de resolución contractual, pero en ocasiones también de modo autónomo (véase, por ejemplo, la SAP de Valencia (Sección 8.ª) de 8 de mayo de 2012, JUR 2012\249389, ponente: Eugenio Sánchez Alcaraz). En esta edición nos hacemos eco, por un lado, de una sentencia que alude al criterio general sostenido en el Marco Común de Referencia sobre contratos de servicios y, por otro, de sentencias relativas a *swaps*, en las que se hace intensa referencia al concepto de error recogido en los PECL.

Marco Común de Referencia

SAP Barcelona (Sección 16.ª) de 7 de junio de 2012 (JUR 2012\257857). Ponente: Jordi Seguí Puntas. Unos arquitectos se comprometieron, frente a la empresa propietaria del suelo, a elaborar una propuesta de modificación del planeamiento (cambio de uso de suelo urbano) para ser presentada ante la autoridad administrativa competente. Las partes habían suscrito un contrato en que se detallaban minuciosamente las obligaciones asumidas por los arquitectos y se establecía un plan de retribución escalonado, en virtud del cual solo un 30% de la remuneración se supeditaba a la aprobación de la propuesta por parte del ayuntamiento. Los arquitectos reclamaron judicialmente el 70% restante, a lo que se opuso la comitente por estimar que

se había convenido una obligación de resultado y que este no se había conseguido. La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia, atendiendo al hecho de que el detalle del contrato y el plan de pagos previsto, junto con la tendencia doctrinal y normativa más moderna, que evita la distinción entre contratos de actividad y de resultado, hace estéril el debate. En este sentido, puede leerse en el FJ 2.º que: «[L]a tendencia doctrinal y normativa más moderna (véase el Marco Común de Referencia elaborado por el Grupo de estudio del Código civil europeo) aboga por una regulación unitaria de los contratos de servicios que prescinda de la clásica distinción –calificada de evanescente por algún autor– entre los contratos de actividad y los de resultado aún vigente en Derecho español, configurando el cometido del prestador de servicios –arquitectónicos o médicos, de construcción, o toda clase de asesoramiento profesional– como una obligación de hacer consistente en la realización de una tarea que requiere una formación y unos conocimientos y unos medios materiales y humanos. De hecho, el contrato litigioso no se aparta de esa tendencia desde el momento en que impone a los arquitectos elegidos por [la comitente] para la elaboración del proyecto de modificación puntual del Plan General Metropolitano (PGM) para el desarrollo del sector [...], la obligación de ejecutar los trabajos encomendados siguiendo el programa de necesidades facilitado por la propiedad y ajustándose a la normativa urbanística vigente en materia de uso y aprovechamiento del suelo (cláusula 1.ª, II contrato), de la misma manera que la Ley de Ordenación de la Edificación preceptúa que el proyectista debe redactar el proyecto “con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato” (art. 10.2, b/ LOE)».

Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL)

SAP Barcelona (Sección 1.ª) de 25 de julio de 2012 (JUR 2012\335613).

Ponente: Adolfo Lucas Esteve. Swaps. La entidad financiera ofreció a la empresa actora *swaps* por un valor nominal mucho más elevado que el crédito dispuesto y con unas condiciones que beneficiaban claramente a la entidad ante las variaciones del tipo de interés. Además, los *swaps* se suscribieron por medio de un documento que inducía a error, por cuanto manifestaba que era mera «transmisión» de los principales términos y condiciones de la operación suscrita, que iría seguido de un contrato «oficial» posterior que nunca llegó. Al intentar desligarse de la operación, la entidad informó a la actora que ello tenía un coste muy elevado (más de 120.000 euros, cuando el crédito dispuesto eran aproximadamente 4.000.000 de euros). Para cancelar los *swaps* sin coste, se suscribió un contrato de collar bonificado, sin que se firmase el MIFID, por entender que la actora tenía suficiente experiencia en este tipo de operaciones. Las condiciones de cancelación del collar bonificado no constaban en el contrato, donde se establecía simplemente que la cancelación anticipada vendría determinada por las condiciones de mercado en el momento de aplicarla, sin más especificaciones. La Audiencia imputa claramente a la entidad financiera el inadecuado asesoramiento al cliente, el desequilibrio entre las prestaciones pactadas y la oscuridad de cláusulas como la que se acaba de mencionar, así como el incumplimiento de la normativa MIFID. Finalmente, se declara la nulidad del contrato por error en el consentimiento. La doctrina del error se explicita con referencias a la jurisprudencia del TS, a las tesis sostenidas por De Castro y a los PECL (FJ 6.º):

«Estamos por tanto ante un supuesto de error provocado del que expresamente se ocupa el artículo 4:103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), que vienen siendo utilizados por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, STS, Sala 1.^a, 17 diciembre 2008), reconociendo tal precepto el derecho de las partes de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada, y es claro que en nuestro caso la mercantil actora no hubiera celebrado el contrato de swap de haber conocido que podía sufrir una pérdida económica relevante, como así finalmente ha sido. Se trata por tanto de establecer quién debe asumir el riesgo de la inexactitud, decantándose los PECL por imputar tal riesgo al contratante que facilitó la información errónea, en nuestro caso, a la entidad demandada. Obsérvese que el concepto de error que ofrecen los PECL ha sido recogido en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LXIII Enero 2009), y así el artículo 1298 CC presenta la siguiente redacción: “1. El contratante que en el momento de celebrar el contrato padezca un error esencial de hecho o de derecho, podrá anularlo si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que el error hubiera sido provocado por la información suministrada por la otra parte. 2.º Que esta última hubiera conocido o debido conocer el error y fuere contrario a la buena fe mantener en él a la parte que lo padeció. 3.º Que la otra parte hubiera incidido en el mismo error 2. Hay error esencial cuando sea de tal magnitud que una persona razonable y en la misma situación no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas. 3 Los contratos no serán anulables por error cuando sea inexcusable y cuando la parte que lo padeció, de acuerdo con el contrato, debía soportar el riesgo de dicho error...”». También se refiere sentencia de la Corte Federal Alemana de 22 de marzo de 2011 (BGH XI ZR 33/10, Deutsche Bank/Ille Papier Service) que advierte de la situación de desequilibrio de las partes en este tipo de contratos swap y del conflicto de intereses en que incurre el banco asesor. En sentido muy parecido, de la misma audiencia, sección y ponente, pueden verse las sentencias de 6 de julio (JUR 2012\280099) y de 25 de julio (JUR 2012\335728).

Libros sobre Derecho Privado Europeo. Recensiones y notas

SCHULZE, Reiner (ed.): *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden-Baden, C.H. Beck - Hart - Nomos, 2012, pp. 780. ISBN 978-3-8329-7205-9 (Nomos), 978-3-406-63418-5 (Beck), 978-1-84946-365-2 (Hart)

El lector ya está al corriente de la ya no tan reciente aprobación de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea (COM (2011) 635 final, de 11 de octubre de 2011) (en adelante, CESL, siglas en inglés). De ella se ha dado noticia en distintas crónicas de derecho europeo, incluida la publicada en este número. En el anterior, Martin Ebers incluía en su *report* de derecho nacional las numerosas publicaciones que ya se habían dado a conocer en Alemania sobre este instrumento opcional, completadas ahora con las más recientes apariciones y, entre ellas, el libro que aquí se recensiona. Sin embargo, esta obra se distingue de cualquier otra monográfica dada a conocer hasta la fecha, por su carácter internacional, tanto en la edición (participan 2 editoriales alemanas y 1 inglesa), como en la autoría (participan 15 investigadores de hasta 7 nacionalidades distintas y procedentes de distintas universidades, aunque es claro el predominio de las alemanas), el estilo (que es exegético, artículo por artículo) y el idioma (que es íntegramente el inglés).

Como es sabido, el CESL pretende ser, para los consumidores y empresas, una alternativa a las legislaciones nacionales aplicables a los contratos transfronterizos sobre compraventa, contratos sobre contenidos digitales y servicios relacionados. Si la norma llega a aprobarse, el camino hacia la armonización cederá el paso a una nueva vía de europeización del derecho privado, puesto que el CESL está llamado a coexistir con los derechos nacionales y, por supuesto, a competir con ellos. En la estructura de la norma se aprecian dos partes fundamentales: el Reglamento propiamente dicho, cuyas reglas establecen el ámbito de aplicación personal, material y territorial (16 artículos); y el Anexo I, que contiene el régimen jurídico sustantivo aplicable a los citados contratos (186 artículos) y que supone la opción «política» que prácticamente ha desmantelado el proyecto «académico» en qué consistía el DCFR, a pesar de que mucho de lo incorporado tiene su origen en él (a veces con algunos cambios y, en ocasiones, significativos). El CESL es el resultado de un proceso largo y tortuoso que aun no ha finalizado y por eso es importante que la comunidad científica se emplee en estudiarlo para detectar lagunas o defectos o, en su caso, ensalzar sus virtudes. Esa es la pretensión del libro que ahora se recensiona, que condensa en aproximadamente 800 páginas un comentario exegético de las normas del citado texto, incluidos los correspondientes índices de voces, los repertorios de jurisprudencia y bibliográficos, así como la reproducción de los textos que se analizan y de todos los que acompañan la Propuesta (dos apéndices al Anexo I, el Anexo II y la Memoria explicativa).

Los comentarios son muy sucintos y, por lo general, cada autor comenta los que se refieren a un mismo tema, en cada capítulo o sección. En negrita se resalta lo que es relevante. El comentario se estructura en 4 partes: (A) función que cumple la norma, (B) contexto (relación con otras normas europeas o internacionales y textos de *soft law*), (C) explicación de su contenido, y (D) crítica (positiva y negativa), aunque, excepcionalmente, algún autor no siga escrupulosamente ese esquema. En ocasiones, las explicaciones asumen algunos de los planteamientos que ya se han hecho explícitos en el Informe evacuado por el ELI (*vid.* E. Arroyo en la sección de Derecho de contratos, en esta misma crónica).

A pesar de su concisión y comedimiento, los comentarios proporcionan una excelente guía para la interpretación del CESL, que, vaya por delante, no es tarea fácil. Pueden apreciarse críticas de diferente tono: algunas sobre la sistemática, otras sobre los contenidos, aun otras de política jurídica.

En cuanto a la sistemática, aparte de señalarse la conveniencia de incorporar el texto del CESL en el cuerpo del Reglamento y no en un apéndice (art. 1, Wendehorst), son muchos los autores que detectan ubicaciones incorrectas o reiteraciones evidentes en las normas que analizan. Ejemplo de lo primero es el artículo 77 CESL, que, a pesar de regular el derecho a resolver/desistir de un contrato de duración indeterminada, forma parte del capítulo que regula los contenidos y efectos de contrato (Kieninger). Ejemplo de lo segundo, los artículos 166.3 y 168.6 CESL, que, por duplicado, establecen la posibilidad de reclamar daños distintos a los intereses de demora (Možina).

Las más de las veces se denuncia incompletitud de las definiciones, el uso no consistente de los conceptos o la ausencia de significado claro de algunos términos. Una primera muestra de ello se lee ya a propósito de algunas de las definiciones que contiene el artículo 2 CESL (Wendehorst) pero, en mayor o menor medida, esos son problemas evidentes a lo largo de todo el articulado. Baste citar el ejemplo del artículo 67 CESL, a propósito de la expresión «usos y prácticas en contratos entre empresarios» (Kieninger), o el que proporcionan los artículos 126, 127, 130 CESL, que no definen lo que deba entenderse por «interés legítimo» (Dannemann). Generalmente se señala la divergencia entre algunas normas del CESL y las que son sus precedentes, contenidas en el DCFR, los PECL o los PICC y, no pocas veces, para denunciar su peor calidad. Por ejemplo, en el comentario a los artículos 48, 50 CESL, a propósito de la diferente formulación de los requisitos del error y las amenazas para poder ser considerados vicios del consentimiento (Pfeiffer). En ocasiones, lo que se lamenta es que las normas sean demasiado largas y complicadas. Así, en el comentario del artículo 85 CESL, sobre cláusulas que se presumen abusivas (Mazeaud / Sauphanor-Brouillard). También se denuncia la inconsistencia que representa no regular uniformemente materias que son idénticas. Es claro el ejemplo que proporcionan los artículos 166 y 168 CESL, que deben traerse de nuevo a colación, esta vez para señalar lo absurdo que parece fijar intereses de demora distintos en función de cuál sea el tipo de pretensión ejercida (Možina). O, todo lo contrario, se critica la regulación idéntica de casos que merecen trato distinto. Así, los artículos 123 y 132 CESL, que imponen al comprador la obligación de tomar posesión tanto si se trata de un bien como de contenidos digitales (Dannemann).

Otras críticas son de política legislativa. Alguna positiva, como la que puede leerse en el comentario al artículo 40 CESL, que sale al paso de las opiniones contrarias a la imposición obligatoria de un derecho desistimiento en los contratos a distancia (Schulze). Otras, las más, son negativas, como la

vertida contra el artículo 176 CESL, que permite dejar sin efecto las reglas sobre restitución de prestaciones (Lehmann). Sin duda son polémicos los comentarios al artículo 86 CESL, donde se lamenta la utilización de diferentes parámetros según el tipo de contrato, B2C o B2B, a la hora de apreciar la abusividad de las cláusulas no negociadas (Mazeaud/Sauphanor-Brouillard). Y, ciertamente, es opinable la regulación en el artículo 160 CESL del derecho al resarcimiento del daño moral en caso de incumplimiento contractual, así como su alcance (Možina).

Podrían ponerse muchos otros ejemplos y detenerse con detalle en algunas cuestiones especialmente problemáticas, entre las cuales también podría citarse la prescripción (comentada por Møgelvan-Hansen), cuya regulación es lagunosa y, por de pronto, no se sabe muy bien si limitada a los contratos regulados en el CESL o de alcance más general. Es tarea que queda para el lector que, sin duda, encontrará en este libro un magnífico ejemplo de colaboración entre juristas en pro de la armonización del Derecho en Europa.

Esther ARROYO AMAYUELAS
Universidad de Barcelona

CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.) – ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.),
La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores (Más allá de la Directiva sobre Derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho Europeo de La Compraventa de octubre de 2011), Madrid, Civitas, 2012, 572 pp.
ISBN 978-84-470-3981-4

Los días 1 y 2 de marzo de 2012 tuvo lugar en la Universidad de La Rioja un espléndido Congreso al que tuve la oportunidad de asistir. El debate de ideas que se ofreció por parte de los ponentes y asistentes demostró de manera clara el sentido y fundamento de la organización de los Congresos y Jornadas, acreditando con creces la justificación de las ahora escasas subvenciones en materia de investigación. Aun a sabiendas de que pueda exceder el cometido presente, debo aprovechar estas líneas para agradecer a director y coordinadores la labor realizada, porque la organización y esquema del mismo nos parecieron a la mayoría de asistentes un modelo a seguir.

La obra que aquí se reseña no es solo parte de lo que pudimos presenciar en aquellos días, porque dista considerablemente de lo que usualmente denominamos una recopilación de ponencias. Y es que nos encontramos con una cuidada y estudiada estructura, que ofrece una línea argumental por la que discurre el lector. La objección que en la mayoría de las ocasiones se realiza a este tipo de obras en la que cada capítulo se desarrolla de manera inconexa por ser responsabilidad de un autor diferente, se salva en este libro a través de un trabajado sumario. Presenta un esquema coordinado, organizado en cuatro partes bien diferenciadas, cada una con una conexión y una justificada ubicación. La sistemática adoptada nos conduce desde la revisión explícita de la actualidad reguladora europea del Derecho de Consumo, hasta la visión más particular centrada en el impacto sobre el Derecho Civil español. La médula sobre la que recae el presente libro se basa en la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores de 25 de octubre de 2011 (DDC), y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, aprobada el 11 de octubre de 2011 (CESL). Pero faltaría a la verdad si no se afirmase que la obra abarca

unos objetivos más amplios, al encontrar cabida en ella análisis de diferentes materias ya reguladas y otras que esperan su regulación por parte de la Comisión Europea.

El resultado conseguido es sin duda el ofrecimiento de una visión completa y transversal del actual *Acquis Communautaire* de consumo. La coherencia con la que se lleva a cabo la elección de los temas abordados y su ordenación que guía al lector a través de los mismos no debe sorprendernos, pues el Profesor Sergio Cámara como director de la obra, y la profesora Esther Arroyo, como coordinadora, siguen dando muestras de su profesionalidad, siendo esta obra un resultado más de su experiencia no sólo en el campo de la coordinación, sino además en el del conocimiento y desarrollo de la normativa civil europea.

Centrándonos en la obra, en la primera parte, a través de cinco capítulos, se exploran las dos normas actuales de protección del consumidor, como son la DDC y el CESL, para reconducirnos hacia lo que debe ser la construcción del derecho contractual europeo de consumo. En un primer capítulo, Fauvarque-Cosson presenta un análisis exhaustivo del CESL, criticando la carencia de regulación en distintos aspectos del mismo, a la par que se congratula del instrumento opcional empleado, beneficioso para obtener el equilibrio entre los derechos nacionales y el derecho europeo. Tras el mismo, Schulte-Nölke nos muestra un análisis diferente del CESL, a través de la dicotomía entre las normas aplicables a los consumidores y a los empresarios. Aborda el examen del nivel de protección de las normas contenidas en el CESL, concluyendo en el excepcional nivel de protección ofrecido, en tanto que se consigue mejorar la protección del consumidor, y de otro, la de las propias empresas al crear un marco único legal. El profesor Twigg-Flesner continúa la obra con un estudio sumamente crítico de la DDC, enmarcada como un logro muy reducido, sin que sea posible su encaje con otras Directivas de consumo, e impida el desarrollo de un Derecho de Consumo europeo. Varios autores, entre los que encontramos a Zimmermann, presentan un ambicioso análisis de diversas cuestiones del Derecho Contractual europeo de consumo, síntesis de las reflexiones recogidas en la contribución «*Revision des Verbraucher-aquis*» de 2011. Este capítulo nos ofrece la posibilidad de acercarnos a los principales resultados obtenidos en la obra mencionada, en la que partiendo de la crítica a la excesiva expansión legislativa y judicial, se abordan temas como la imperatividad de las normas de protección del consumidor, la regulación de las cláusulas abusivas, el derecho de desistimiento, las reglas de restitución de las prestaciones de contratos frustrados o el análisis de los presupuestos de los deberes de información. Esta primera parte se cierra con el capítulo de Stuyck relativo a las directivas en revisión, planteando la necesidad de una armonización futura a través del paso por lo alcanzado hasta ahora, lo que está siendo desarrollado por la comisión, y lo que aún falta por hacer.

En la segunda parte de la obra, se prosigue con el mismo esquema, ofreciendo una visión general de diferentes materias que han sido recogidas por la DDC y el CESL, para concluir con su tratamiento en derecho español. Comienza esta parte con una excelente investigación del profesor Basozabal Arrue sobre los deberes precontractuales de información, a través de la observación de los criterios de asignación del riesgo de información. No parte de la existencia de una obligación de informar sino de cuándo es razonable que el contratante pueda reaccionar ante la ausencia de información. Y todo ello, seguido de un recorrido a través del derecho español, el *Draft Common Frame of Reference*, la DDC y el CESL, sin abandonar la postura crítica en

torno a las cuestiones abordadas. El capítulo séptimo, cuya autoría corresponde al profesor Domínguez Luelmo, afronta el estudio de cuestiones generales sobre el derecho de desistimiento, su régimen jurídico con respecto a los plazos determinados en la DDC, y el planteamiento de propuestas de mejora, sin olvidar la regulación española en el TRLGDCU. Demostrando el conocimiento que ostenta en el desarrollo del Derecho Europeo de contratos, la profesora Arroyo Amayuelas nos relata en el capítulo siguiente el tránsito hacia la actual regulación de la DDC con respecto a la contratación a distancia, presentando la disparidad de contenidos entre esta regulación y el CESL. Desde un punto de vista crítico, se analiza el régimen jurídico que se beneficia de cierta seguridad jurídica pero que pierde coherencia. Una interesante última parte del capítulo muestra las divergencias con el TRLGDCU, y como es habitual en la autora, nos convence de la necesidad de los cambios que exige la trasposición de la Directiva. Tras ella, Reyes López aborda el examen de la DDC en materia de los contratos fuera de establecimiento comercial, centrado básicamente en el derecho de desistimiento y de información. La segunda parte se cierra con la revisión de la Directiva de 2011 y el tratamiento de diversas cuestiones por parte de Carrasco Perera, sobre la base del objetivo inalcanzado con la misma. El planteamiento del deber de información y del derecho de desistimiento se enmarcan en una visión crítica del avance legislativo pretendido.

La tercera parte de la obra insiste en el análisis del derecho comunitario, a través de las diferentes Directivas sobre cuestiones que inciden directamente en el derecho de consumo. Tres son los aspectos que se analizan: el crédito al consumo, los contratos de aprovechamientos de bienes inmuebles y los contratos de viajes combinados. Tras analizar las regulaciones contenidas en el CESL y en la DDC, Marín López continúa con un riguroso estudio que conduce desde la trasposición de la Directiva de 2008/48/CE en la Ley de contratos de crédito al consumo, hasta examen de los contratos vinculados o la propuesta de directiva sobre contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial. El profesor Munar Bernat, como no podía ser de otro modo, es el encargado de presentar la Directiva de 2008/122/UE. Demostrando sus conocimientos fruto de sus investigaciones precedentes, el autor examina los cambios producidos entre la Directiva de 1994 y la de 2008, entremezclando la Ley española de 1998 y, a su vez, el análisis de las diferentes modalidades de contratación surgidas como principal novedad legislativa. Por último, la profesora Gómez Calle despliega su trayectoria investigadora en la materia, que analiza en el último capítulo de esta parte, presentando no solo un riguroso estudio sobre la Directiva 90/314 relativa a los Viajes Combinados y del texto español, sino aportando sugerencias de revisión futura de la Directiva.

Una última parte nos presenta el estudio de diferentes materias, que en un principio pueda parecer algo deslavazada o de difícil encaje en la estructura hasta ahora desarrollada, pero que en cuanto nos sumergimos en la lectura encontramos justificada. En el primer capítulo de esta parte, Vaquer Aloy desgrana cada una de las perspectivas de la regulación de los contratos de servicios en la DDC y el CESL. El exhaustivo análisis conduce al autor a la negación de la existencia de un contrato de servicios europeo. Los dos capítulos restantes tratan sobre la presencia de los contenidos digitales en la regulación europea. Spindler nos aproxima a la figura de la compraventa de bienes con contenidos digitales en el CESL. A continuación, el profesor Yanguas Gómez presenta con rigor un novedoso trabajo de investigación en el que muestra el marco legal configurado, ofreciendo en la segunda parte una

visión sumamente práctica del ejercicio de dicho régimen. En el capítulo 17 se aborda el estudio de las cláusulas abusivas como instrumento principal en la protección del consumidor, por parte del profesor Whittaker. Aunque se eche en falta la presencia en esta obra de la magistral ponencia del profesor Miquel González sobre la regulación de las cláusulas abusivas para completar la visión ofrecida (o la del profesor Morales Moreno en cuanto a acciones y remedios del consumidor), sin embargo el trabajo presentado se encuentra a la altura de lo exigido por la materia, abordando el análisis del artículo 4.2 de la Directiva de 1993, y ahondando en el control de las cláusulas relativas a los precios. Se sumerge en la tesis de la exclusión del control a través de decisiones jurisprudenciales variantes que dotan de atractivo jurídico los argumentos expuestos. Dos últimos capítulos conforman el final de la obra. El profesor Zaccaria, tras una ingeniosa introducción, aborda aspectos concretos de las garantías comerciales, concretadas en los plazos de prescripción, aunque este capítulo realmente esconde una acertadísima reflexión sobre el proceder de la regulación europea y su realidad en las diversas trasposiciones nacionales. Por último, el profesor Hodges culmina la obra con la exposición del debate planteado en la actualidad con respecto a los medios alternativos de resolución de conflictos, y la deriva que estos nuevos enfoques pueden alcanzar.

Como se observa, la obra reseñada no se trata de una mera descripción de la regulación europea en materia de consumo, sino que los análisis que se desarrollan en ella vienen acompañados de valoraciones críticas, de proposiciones de mejora o incluso de rechazos fundamentados a ciertos aspectos concretos. La reiteración en el tratamiento de algunas cuestiones, que en ciertos momentos de la lectura puede resultar a priori innecesaria, se convierte sin embargo en visiones complementarias desde diferentes ángulos de una misma materia.

Varias razones acreditan la recomendación de la lectura de la presente obra: la coherente sistemática seguida; los autores como expertos de las materias tratadas, investigadores que avalan el estudio presentado en cada capítulo con su trayectoria profesional en la materia; los resultados obtenidos de las investigaciones presentadas en cada capítulo; y el logro del director y la coordinadora en plasmar la conclusión de un prestigioso congreso en una ya imprescindible obra colectiva.

Paloma SABORIDO SÁNCHEZ
Universidad de Málaga

CONTI, Natalia: *Grenzüberschreitende Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in Europa. Eine Untersuchung der neuen EG- Unterhaltsverordnung*, Munich, Sellier, 2011, 227 pp. ISBN 978-3-86653-202-1 - ISBN 3-86653-202-4

La presente monografía contiene una tesis doctoral que, dirigida por el Prof. Dennis Solomon, se defendió en la Universidad de Passau en el verano de 2011. Se ocupa del reciente *Reglamento 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* (DOUE L 7 de 10.1.2009). Este Reglamento entró en vigor a los veinte días de su publicación, aunque no ha sido aplicable con anterioridad al 18 de junio de 2011. El trabajo es, por tanto, de rabiosa actua-

lidad y puede resultar especialmente útil a quien se aproxime por primera vez a la norma europea.

La monografía consta de ocho partes. En la primera se estudia el *iter* que condujo a la aprobación del texto normativo y se define el objeto de la investigación. Se pretende, según indica la autora, estudiar la nueva normativa, haciendo especial hincapié en las novedades que ésta introduce y proponiendo soluciones para las dificultades interpretativas que se detecten en este estadio inicial tras su reciente promulgación. En la segunda parte se presenta el Derecho vigente en la materia, lo cual parece especialmente importante habida cuenta que se trata de un sector material en el que existe ya abundante normativa internacional, entre la que destacan los diferentes instrumentos adoptados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en la década de los cincuenta y setenta del pasado siglo así como recientemente en el año 2007, y el Convenio de Nueva York que Naciones Unidas elaboró en el año 1958. Seguidamente, en el tercer apartado se analiza la base competencial en virtud de la cual la Unión Europea ha adoptado el nuevo Reglamento. A continuación, la cuarta parte del estudio se dedica al ámbito de aplicación de la norma comunitaria, estudiándose en el quinto y sexto apartados, respectivamente, las normas de competencia de autoridades y de ley aplicable. A ello sigue el análisis de las normas de reconocimiento y ejecución de decisiones (sexta parte). Se concluye el trabajo con una especial atención a los supuestos en los que las prestaciones de alimentos han sido avanzadas por autoridades públicas (7.º apartado) y con una serie de consideraciones finales (8.ª parte).

Lo primero que llama la atención respecto a un trabajo, por lo demás serio y riguroso, es la omisión del análisis de las normas reglamentarias relativas a la cooperación de autoridades y a la asistencia judicial. No se explicita en ningún momento por qué estas cuestiones se dejan de lado, cuando tienen un evidente protagonismo en la norma comunitaria, y se trata probablemente de los capítulos más innovadores de la nueva normativa y que van a tener una mayor incidencia práctica. La explicación que se antoja plausible es que la autora no pudo dedicar más tiempo y energías al estudio de estas dos cuestiones, lo que a su vez es indicativo de una deficiente delimitación del objeto de la investigación que fácilmente se hubiera podido realizar a priori a fin de excluir estas materias. Tal y como lo realiza la autora, prácticamente de hurtadillas, da la sensación de que se trató de una decisión tomada a posteriori en función de circunstancias sobrevenidas.

En general, se advierten en el trabajo ciertos desequilibrios. Cuestiones como los antecedentes de la norma estudiada y la base competencial en virtud de la cual se adoptó, son objeto de extensas consideraciones, mientras que el estudio de algunos aspectos que son parte principal de la investigación, como la parte relativa al reconocimiento y ejecución de decisiones se ventilan de forma apresurada. De igual forma es de mucha mayor extensión y profundidad el estudio del ámbito de aplicación del Reglamento que el análisis de las normas que el mismo contiene. Ello corrobora la impresión de que se trata de una obra que se cerró de manera apresurada, esencialmente porque venció el plazo temporal del que la autora disponía.

Por lo demás, se trata de un trabajo esencialmente descriptivo en el que la autora presenta de manera ordenada y sistemática el contenido de la nueva regulación comunitaria en materia de alimentos. En algunos momentos se realizan análisis de cuestiones polémicas que no acaban de convencer. Se defiende, por ejemplo, una interpretación autónoma del matrimonio, inclusi-

va del matrimonio de parejas del mismo sexo, a partir del la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 2008 en el asunto «Maruko» (C-267/06). Esta interpretación es, sin embargo, discutible, pues era de aplicación al caso la normativa interna alemana de implementación de la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Fuera de ese contexto no puede afirmarse como hace la autora que el Derecho comunitario sea contrario al mantenimiento del concepto heterosexual de matrimonio o que tal interpretación ha sido superada. El posterior Reglamento Roma III sobre la ley aplicable al divorcio y a separación y las Propuestas de Reglamento en materia de régimen económico matrimonial y los efectos patrimoniales de las uniones registradas más bien indican que subsisten las enormes dificultades que al Derecho de la familia europeo crea el matrimonio homosexual. No puede, por tanto, hablarse de un concepto autónomo o comunitario de unión conyugal, siendo esta una noción que cada ordenamiento jurídico define conforme a sus concepciones y valores internos.

Estamos, por consiguiente, frente a un trabajo que responde claramente a lo que es en la tradición alemana una tesis doctoral. Una persona, que no necesariamente tiene vocación universitaria, estudia de manera detenida durante un tiempo limitado una determinada cuestión. Desbroza el terreno para posteriores investigaciones de mayor profundidad y ofrece al lector una primera aproximación a una cuestión de actualidad. En estos mismos términos el trabajo es también de utilidad para el lector español.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
Universidad de Barcelona

LURGER, Brigitta – FABER, Wolfgang (eds): *Acquisition and Loss of Ownership of Goods (Principles of European Law)*, Munich, Sellier, 2011. LXX+1.658 pp. ISBN: 978-3-935808-66-8

La obra que analizamos, incluida en la colección «Principles of European Law», constituye el principal resultado del grupo de trabajo sobre «Transfer of Movable» con base tanto en la Universidad de Graz (dirigido por B. Lurger) como en la Universidad de Salzburg (dirigido por W. Faber), el cual forma parte del Study Group on a European Civil Code que, como es sabido, asumió la ingente tarea de realizar el borrador de los principios europeos comunes para los aspectos más importantes del Derecho de obligaciones y para ciertas partes de la regulación de la propiedad de cosas muebles, dando lugar al denominado Marco Común de Referencia (DCFR).

En realidad, estamos ante un volumen que es una versión algo más extensa y parcialmente revisada de los comentarios y notas al Libro VIII del DCFR –que lleva el mismo título–, publicados en la «Full Edition» del año 2009 (Von Bar/Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference*, Full Edition, Sellier, Munich 2009, vol. V). Pretende ser una versión más completa, al incluir traducciones del articulado y extensas introducciones de Derecho comparado, y mejorada, al dar respuesta a algunas de las críticas que fueron lanzadas contra el Libro VIII y su primer comentario.

Ello explica la extensión de la obra, y la convierte en un instrumento imprescindible para comprender y desentrañar el Libro VIII, en la medida en que aporta las claves para conocer el porqué de las reglas y soluciones adop-

tadas en cada precepto. Lo cual es especialmente necesario teniendo en cuenta que el articulado no se limita a ser una condensación de los valores legales compartidos o adoptar posiciones que se consideran mayoritarias en el ámbito europeo, sino que apuesta también por diseñar principios de nuevo cuño, planteando algunas propuestas y conceptos que pretenden avanzar en el desarrollo del Derecho privado europeo.

Hay que recordar que uno de los aspectos en los que el DCFR supera a los Principles of European Contract Law (PECL), es al desarrollar reglas también para las cuestiones fundamentales de la regulación de los bienes muebles corporales, como es la transmisión de la propiedad (Libro VIII), las garantías mobiliarias (Libro IX) y el trust (Libro X). Por ello, el texto del Libro VIII carecía prácticamente de antecedentes.

En cuanto a su estructura, la obra se inicia con el texto del articulado del Libro VIII del DCFR, en inglés y traducido a otras diez lenguas de Estados de la Unión Europea (búlgaro, flamenco, estonio, francés, alemán, griego, húngaro, italiano, español y sueco).

Sigue después el estudio individualizado de cada precepto, compuesto principalmente por un comentario de unas cuantas páginas, y las notas referidas a la regulación, doctrina y jurisprudencia de los distintos ordenamientos nacionales. Las llamadas «National Notes», que constituyen la parte más extensa de la obra, proporcionan información de la regulación vigente en 28 sistemas legales europeos, dado que están basadas en los informes nacionales elaborados por expertos de los distintos países. Tales informes han sido objeto de publicación íntegra de forma separada (Faber/Lurger (eds.), *National Reports on the Transfer of Movable in Europe*, vol. I-VI, Sellier, 2008-2011).

Ello convierte a esta obra en un magnífico estudio de Derecho comparado, en la medida en que la investigación partió siempre de identificar la posición jurídica de cada uno de los Estados miembros, a lo que se añade el interés por reflejar tal investigación tanto en los comentarios como –especialmente– en las notas. Generalmente se dedica una nota a cada país, para analizar de forma exhaustiva la posición que mantiene respecto a la cuestión abordada en el precepto.

Las notas son especialmente interesantes en los preceptos que abordan los principales temas, añadiéndose anotaciones de carácter histórico. Así al abordar el derecho de propiedad (art. VIII.-1:202), se analiza el concepto, en primer lugar, desde la perspectiva histórica, donde de forma detenida se presta atención diferenciada a la evolución de los distintos sistemas (Civil law, Common law, Scandinavian legal systems) a lo largo de once páginas. Se aborda además cómo se realiza la garantía constitucional del derecho de propiedad en los distintos ordenamientos; para terminar con el análisis del concepto en la actualidad en los distintos países.

En cuanto al contenido, al igual que el DCFR, la obra se divide en 7 capítulos, advirtiendo en todo caso, que los temas abordados no se ciñen estrictamente a lo enunciado en el título «Adquisición y pérdida de la propiedad de bienes muebles», sino que incluye una cierta regulación del derecho de propiedad, que es el punto de atención principal, para tratar de forma secundaria la posesión, otros derechos reales limitados y la defensa procesal.

Pero hay que partir de que el Libro VIII del DCFR contiene sólo una parte de la regulación de la propiedad de bienes muebles, señalando von Bar que son aquellos aspectos especialmente relevantes para el funcionamiento del mercado común. Pero abundan las exclusiones y las remisiones a la ley

nacional. No se abordan las garantías reales sobre bienes muebles, dado que es materia de la que se ocupa el Libro IX DCFR.

Por supuesto, no se aborda nada relacionado con la propiedad o derechos sobre bienes inmuebles, al igual que en el resto del DCFR, al ser esta una materia más compleja donde la diversidad de los sistemas legales europeos hace más difícil la armonización.

Sólo analiza lo relativo a bienes muebles corporales, lo que incluye buques, aeronaves, animales, líquidos o gases (art. VIII.–1:201). Quedan excluidos los bienes inmateriales o intangibles. Quedan fuera la electricidad, los derechos de crédito (tratados en Libro III, cap. 5), y los derechos de propiedad intelectual o industrial. El dinero puede estar sometido al Libro VIII sólo en la medida en que esté incorporado a cosas corporales y muebles (monedas y billetes)[art. VIII.–1.101(5)] y no esté excluido expresamente (por ej., en la usucapión).

Partiendo de un capítulo 1 dedicado a las «Reglas generales», el capítulo 2 se ocupa del tema principal de la obra al ser la cuestión de mayor relevancia práctica y económica, la transmisión o adquisición derivativa de la propiedad, basada paradigmáticamente en un contrato de compraventa. Las demás formas de adquisición son consideradas situaciones en las que la transmisión efectiva de la propiedad ha fracasado por diversas razones: la adquisición *a non domino* por tercero de buena fe (Cap. 3, *Good faith acquisition of ownership*), y la usucapión (Cap. 4, *Acquisition of ownership by continuous possession*). Se contemplan además otras situaciones que pueden tener lugar en el contexto de las adquisiciones, para hacer referencia a la accesión, especificación, conmixción y adjunción (Cap. 5, *Production, combination and commingling*). El Capítulo 6 aborda los mecanismos y medidas procesales para la protección de la propiedad y de la posesión (*Protection of ownership and protection of possession*). Pero hay que aclarar que en el ámbito del DCFR no se incluye el Derecho procesal, por lo que la falta de tales normas reduce la coherencia del Libro VIII, si bien contiene múltiples referencias al proceso. Por último, se completa el análisis con la liquidación de las situaciones posesorias para los supuestos de restitución de los bienes a sus dueños (Cap. 7, *Consequential questions on restitution of goods*). No se tratan los demás modos de adquirir, como son la sucesión por causa de muerte, la expropiación, la ocupación, derelicción y hallazgo, etc., argumentando diversas causas, destacando su menor relevancia práctica. Hay que mencionar el estudio de Javier Fajardo Fernández (en E. Valpuesta (coord.), *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo. Marco común de referencia y Derecho español*, Bosch, 2011, págs. 499 ss.), en cuanto proporciona una guía muy útil de comparación del Libro VIII con el Derecho español.

Dadas las diferencias existentes entre los diferentes ordenamientos europeos en lo referido al derecho de propiedad, como los autores se ocupan de reiterar, a las reglas contenidas en el Libro VIII sólo de manera relativa puede atribuírseles el carácter de *restatements* o reglas europeas comunes. Son numerosos los preceptos con reglas sólo inspiradas en el Derecho comparado, o que sugieren soluciones novedosas, diseñadas tras sopesar los intereses de las partes que intervienen en una específica operación o conflicto, los intereses de los acreedores o de terceros, y los intereses generales tales como el funcionamiento del comercio y de la seguridad jurídica.

En lo relativo al derecho de propiedad, se mantiene el concepto tradicional unitario de propiedad –que conlleva que la transmisión de la misma lleva

consigo la de todas sus facultades—, justificándolo en que es el más generalizado en toda Europa, frente al concepto funcional de los países escandinavos.

El concepto de propiedad del Libro VIII conecta con la tradición romana: es el derecho más absoluto que pueda tenerse sobre una cosa, comprendiendo las facultades de usar, disfrutar, modificar, disponer y destruir la cosa (art. VIII.–1:202).

El concepto de posesión y sus tipos recogen el Derecho común continental europeo. Hay que destacar la regulación del mejor poseedor (*better possessor*), un poseedor actual o anterior, que en principio posee (o poseyó) de buena fe, a medio camino entre el titular y el poseedor, que reclama la restitución de la cosa (o que se le defienda frente a una intromisión ajena). En realidad, lo único que se le exige es que su derecho o posesión sea mejor que la de su contrincante, estableciendo diversos criterios para valorarlo (art. VIII.–6:301 (2)). Lo cierto es que con ello se está dando carta de naturaleza a la discutida acción publiciana, como se reconoce en los comentarios.

En todo caso, el grueso de la regulación se centra en los modos de adquirir la propiedad y en su protección. Pero, como reconocen los autores, la cuestión central es la determinación de los requisitos para que se produzca la adquisición derivativa de la propiedad, recogidos en el artículo VIII.–2:101 y los siguientes 14 preceptos que lo complementan. A pesar de la dificultad de proponer un texto armonizado, se opta por un sistema causal, al poner en evidencia que el abstracto resulta artificioso al imponer un trámite innecesario de más, como es el acuerdo traslativo abstracto. No se considera requisito el pago del precio para la adquisición del bien —salvo que se pacte la reserva de dominio—, ya que no es lo habitual en los ordenamientos europeos: el impago sólo permitirá al vendedor resolver el contrato sin efectos retroactivos [art. VIII.–2:202 (3)]. En cuanto al sistema de transmisión, los autores descartan el sistema consensual vigente en algunos países al ser su ámbito bastante reducido, dado que no se aplica en la venta de bienes futuros, genéricos, indeterminados, ajenos, etc. Y alaban el traspaso posesorio o entrega como mecanismos sencillo e intuitivo empleado desde antiguo para dar publicidad a la transmisión de la propiedad. Se adopta el denominado sistema «de entrega por defecto» (*delivery default rule*), que es un sistema de título y modo, en el que las partes pueden desplazar esa regla y decidir que la propiedad se transfiera aunque la entrega no se haya producido [art. VIII.–2:101 (1)(e)]. Por supuesto, se reconoce el mismo valor que a la entrega a los «equivalentes a la entrega», incluyendo los supuestos tradicionales como es la entrega de elementos adecuados para permitir el control de la cosa. En todo caso, la entrega y el acuerdo transmisivo no son equivalentes. La adquisición de la propiedad sólo surte plenos efectos frente a terceros cuando hay entrega o equivalente, como demuestran, entre otras, las reglas de la adquisición *a non domino* por tercero de buena fe (art. VIII.–3:101 y 3:102).

En materia de adquisición por usucapión no hay innovaciones relevantes, destacando que los plazos de posesión son más largos que en nuestro Derecho (bienes muebles, diez años si el poseedor es de buena fe y treinta años si no lo es) [art. VIII.–4:101(1)]. Ello contrasta con la reducción del plazo para la prescripción de las acciones (tres años, art. III.–7:201), lo cual es justificado por los autores como una protección al verdadero propietario frente a la expropiación privada sin indemnización que supone toda usucapión. Sin embargo, se protege al tercero adquirente *a non domino*, de forma instantánea y con criterio más amplio que en el Derecho español, porque ello supone proteger el tráfico.

En cuanto a la protección, se reconoce el derecho del poseedor a la auto-defensa (*self-help*) contra quien le prive ilícitamente de los bienes o interfiera en su posesión (art. VIII.-6:202); remedio que los autores recogen del Derecho alemán. El propietario dispone de tres acciones: una para recuperar la posesión, equiparable a la reivindicatoria; otra para que se declare su derecho, equiparable a la declarativa de dominio; y otra para protegerse frente a cualquier interferencia de hecho [art. VIII.-6:101 (1)(2)(3)]. Las acciones del poseedor son similares a las de nuestro ordenamiento.

En conclusión, ha de reconocerse el extraordinario esfuerzo colectivo que hay detrás de una obra de esta naturaleza, formada por una ingente labor de acopio de materiales a la que han contribuido expertos de todos los países, y una labor de análisis, reflexión y sucesivos debates por diversos grupos de juristas.

No cabe duda posible de la utilidad del resultado, al proporcionar un instrumento muy valioso para todo investigador que se acerque a alguno de los aspectos relacionados con los derechos sobre los bienes muebles, y no sólo porque el estudio de los PECL o el DCFR constituya hoy una tarea obligada, sino también por la cantidad de información de Derecho comparado que la obra proporciona. Desde este punto de vista, dado el riguroso análisis de la regulación en todos los países de la UE, puede ser una obra también muy útil para los profesionales del Derecho y, especialmente, a quienes que se enfrentan a litigios a nivel europeo. El principal reto, el que estos trabajos contribuyan a modelar el Derecho privado patrimonial de los distintos países europeos, es una apuesta de futuro; en todo caso, obras tan clarificadoras como la preparada por los Profesores B. Lurger y W. Faber contribuirán decisivamente a la tarea, al ser un buen punto de partida para el debate y aportar ideas valiosas para incorporar a los Derechos nacionales.

José Antonio MARTÍN PÉREZ
Universidad de Salamanca

SANTUCCI, Gianni: *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna, Il Mulino, 2010, 198 pp. ISBN 978-88-15-13876-7

Seguramente algunas de las cosas que les suceden a los romanistas, a algunos romanistas al menos, pueden explicarse con el llamado complejo de superioridad. Este concepto psicológico y el más conocido complejo de inferioridad –con el que está muy relacionado, hasta el punto de poder ser una consecuencia de otro– fueron elaborados por el psicoterapeuta austriaco Alfred Adler. Quienes sufren complejo de superioridad, explicó Adler, tratan de ocultar sus sentimientos de inferioridad y sus debilidades resaltando o poniendo de manifiesto constantemente sus cualidades y virtudes. Suelen presentar por ello una imagen deformada de sí mismos, una verdadera impostura. En sus versiones más acusadas, el complejo de superioridad puede desembocar en prepotencia, arrogancia o megalomanía. Quienes lo padecen –como sucede con casi toda alteración psicológica– tienen problemas para aproximarse a la realidad.

Pensamos que algo así padecen (y han padecido: ha sido algo muy habitual) aquellos romanistas a los que les resulta insoportable e incomprensible que en algunos momentos de la historia el Derecho romano no fuera apreciado como la solución perfecta de todos los males (los males, entiéndase, que

resuelven las normas jurídicas). Un complejo de superioridad que habría conducido a estos romanistas a subrayar, siempre de forma exagerada, las virtudes –por otro lado, evidentes– del Derecho romano y a exigir de éste lo que no debía ni podía dar: su permanencia en el tiempo y a través de la historia. Este complejo, creemos, es el que habría animado en parte a ese neopandectismo, tan popular hace unos años, ahora un tanto *démodè* y de capa caída, especialmente en su postulación como opción (o al menos como inspiración principal) de los intentos de unificación del Derecho privado europeo. Esta opción, comprensible desde un punto de vista, digamos, material –hay quien le ha sacado unos buenos rendimientos durante bastante tiempo–, ha resultado a la postre contraproducente para el propio Derecho romano o, mejor, para la romanística (es bueno hacer caso siempre de la distinción del gran Orestano). Aunque el neopandectismo haya sido sólo una corriente y aunque no toda la romanística la haya secundado ni seguido, sí ha habido un momento en que podía parecer la corriente hegemónica. Esa es la sensación que produce muchas veces lo que está de moda. Una vez más, la perjudicada habría sido la romanística en su conjunto, debilitada de nuevo en sus cimientos e impelida por enésima vez a justificar su propia existencia (con el agravante de que todo ello, en esta ocasión, habría coincidido con el cuestionamiento generalizado del propio Derecho romano como materia necesaria para la formación de los juristas en las universidades).

En un ambiente justificativo, de recuperación del terreno, de nuevo, perdido, de volver a poner las cosas en su sitio, en una fase que podríamos calificar como *post-neopandectista*, hay que situar este libro de Gianni Santucci. *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche* es un libro modesto y sencillo, que trata de hacer, en su parte más aprovechable, la introducción (pp. 9 a 50), recuento de una historia, la del Derecho romano, la romanística y sus vicisitudes, conocida y muchas veces contada pero que es conveniente –es lo que viene a decirnos Santucci– volver a recorrer de nuevo. El planteamiento del libro es previsible en un texto de estas características –se ha repetido por otros romanistas en muchas otras ocasiones y con la misma finalidad–. Tiene una primera parte, la introducción, en la que el autor despliega sus ideas sobre la cuestión fundamental: el Derecho romano y sus relaciones e influencia sobre los Derechos modernos y, señaladamente, sobre los Derechos europeos, en el pasado y en el presente. Luego, en varios capítulos (tres en este caso), el autor desarrolla las conclusiones propuestas. Son capítulos de puesta en práctica, de aplicación y demostración, con mayor o menor fortuna, de la tesis mantenida. Por tanto, frente al evidente carácter general y metodológico de la introducción, los otros tres capítulos son monográficos, dedicados a cuestiones concretas del Derecho romano y del Derecho civil. En el caso de Santucci hay que valorar positivamente la diversidad de estos trabajos monográficos, si bien se mueven todos ellos en el ámbito específico del Derecho de los contratos: los dos primeros versan sobre la responsabilidad contractual –*Il principio dell'utilità dei contraenti* (pp. 51 a 87) y *La «diligentia quam in suis»* (pp. 89 a 151)– y el tercero sobre una cuestión relativa al contrato de sociedad, todo un clásico para los estudiosos de esta especie contractual: *Il crédito «personale» del socio* (pp. 153 a 187).

Santucci se centra en la introducción, el texto de tesis, en la cuestión de la continuidad o la discontinuidad entre el Derecho romano y los Derechos modernos. Ésta es, como se sabe, la cuestión. En su opinión, la relación entre estos no es diferente de la que puede observarse en otros ámbitos culturales,

como por ejemplo la historia del pensamiento, entre el mundo antiguo greco-romano y la modernidad. Una relación que proporciona una doble perspectiva: la de la alteridad y la identidad entre lo antiguo y lo moderno. Ambas perspectivas, y ésta sería su propuesta trasladada a lo jurídico, son válidas rectamente combinadas: de un lado, aquella que nos liga en un *continuum* con la tradición clásica y de otro la que evidencia la radical diversidad entre nosotros y el pensamiento y el modo de ser de los antiguos. Ello supone y exige conocer perfectamente cuales son las alteridades y las identidades entre ambos Derechos, el romano y el moderno. Ello permitirá evitar esas aproximaciones (y esos distanciamientos) superficiales que tantas veces se dan, basadas en tantas ocasiones en engañosas similitudes lingüísticas. Habrá identidades y alteridades aparentes y las habrá reales, que puedan permitir de verdad la traslación de lo antiguo a lo moderno y de éste hacia aquél. En definitiva, continuidades y discontinuidades que permiten recorrer la historia en ambos sentidos, de atrás hacia delante y desde delante hacia atrás, y que hacen posible, sobre todo, entender mejor el presente. Con este planteamiento, y no es ninguna sorpresa ni ninguna propuesta revolucionaria, Santucci concluye que el conocimiento de la perspectiva histórica para el jurista, en particular del Derecho romano y de la tradición romanística, puede revestir un papel esencial en la comprensión de figuras de la experiencia jurídica moderna. Los tres capítulos del libro que siguen a esta conclusión son, como decíamos, tres ejercicios en los que el autor intenta probar este planteamiento. En ellos, lo que se dilucida es hasta dónde alcanza la continuidad (y también la discontinuidad) del Derecho romano o, como el propio Santucci resume, cómo ésta se manifiesta de manera diversa: bien como «una continuità che continua» (cap. I), como «una continuità che continua ma pure si transforma» (cap. II) o como «una continuità che ritorna» (cap. III).

Hay que agradecer el libro de Santucci. Su reivindicación de la continuidad y la discontinuidad se alza frente al burdo continuismo practicado por el neopandectismo y por cierto comparatismo histórico-jurídico. Estamos de acuerdo con Bretone, Caroni o, entre nosotros, con Cuenca Boy en reclamar siempre la historicidad del Derecho, de todo el Derecho, incluido el Derecho romano. Ese empeño por actualizar el Derecho romano, a base de un continuismo grosero, muchas veces incurriendo en el ridículo, ese ejercicio de *presentismo*, ha sido muy nefasto para la romanística hasta el punto de desfigurar su papel entre las disciplinas jurídicas y de desenfocar de forma irremediable el trabajo de muchos romanistas. Libros como el de Santucci, desde su sencillez y su apariencia poco pretenciosa, recuerdan algo que ya se sabe y sobre todo vuelven a señalar el camino correcto.

César HORNERO MÉNDEZ
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

Artz, Markus (Hrgs.): *Entwicklungen im Verbraucherprivatrecht-Deutschland und Europa. Symposium aus Anlass der Verabschiedung von Prof. Dr. Dr. h.c Peter Büllow*, Heidelberg, Müller, 2007, 88 pp. ISBN 978-8114-5369-2

El libro recopila las cuatro conferencias pronunciadas en el *Symposium* celebrado en la U. Trier, con motivo de la jubilación del Prof. Peter von Bülow al finalizar el semestre de invierno del curso 2005/2006. El volumen está dedicado al Derecho del consumo, que es una de las materias a las que el

homenajeado ha dedicado buena parte de su investigación, y destaca algunos aspectos relevantes de su desarrollo en el derecho alemán y europeo. Thomas Pfeiffer («*Die Rolle des Verbraucherrechts bei der europäischen Privatrechtsharmonisierung*», pp. 1-9) plantea el papel del Derecho de consumo en la construcción sistemática del Derecho privado europeo y realiza interesantes reflexiones metodológicas sobre la necesidad de sistematización y la posibilidad de generalización en el ámbito del Derecho civil de reglas y conceptos propios del Derecho de consumo. Las siguientes contribuciones focalizan más el análisis en el Derecho alemán. Desde una perspectiva de Derecho material y procesal, Ansgar Staudinger («*Austrahlung der Verbraucherschutzrichtlinien in das nationale Prozessrecht*», pp. 11-36) analiza la jurisprudencia del EuGH y BGH referida a las *Schrottimobilien* y estudia el encaje de la protección del consumidor con las normas de procedimiento. Günther Hönn («*Verbrauchervertrag-Verbraucherdelikt*», pp. 37-54) explica el tratamiento especial de la protección del consumidor en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Y, finalmente, Dieter Medicus («*Verbraucherschutzrecht und allgemeines Zivilrecht*», pp. 55-68) se ocupa, con abundantes ejemplos, de la integración del derecho de consumo en el derecho privado general y, entre otras cuestiones, aborda el problema del nivel de protección que debe acordarse al contratante en caso de «ultratransposición» de las directivas comunitarias. El libro está precedido de una introducción de Markus Artz y concluye con una relación bibliográfica de las obras de Peter Bülow. Sin duda, el lector interesado en profundizar, por un lado, en el alcance de la autonomía de la voluntad y, por otro, en la construcción de un derecho privado sistemático y coherente, encontrará en este volumen ideas y planteamientos muy sugerentes, que le permitirán acercarse con una perspectiva nueva a problemas que no son abordados de la misma manera en el propio ordenamiento jurídico.

Esther ARROYO AMAYUELAS
Universidad de Barcelona



BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**

Libros

ALLI TURRILLAS, Juan Cruz: *La fundación ¿una casa sin dueño? (Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, EE.UU., Alemania y Francia)*, ed. Iustel, Madrid, 2012, 735 pp

El profesor Alli Turrillas, especialista en fundaciones, aborda en este libro el Derecho comparado en los cuatro países que pudieran considerarse los más paradigmáticos en ese ámbito. Presenta por ello el estudio un interés especial: la posible comparación, en esta materia, del Derecho anglosajón con el derecho continental.

El autor confiesa en la «Introducción» que lo que empezó siendo un análisis sectorial sobre gobierno y control de las fundaciones le llevó (como era de esperar en un estudio serio y fundamentado) a un estudio completo, partiendo del concepto de fundación en cada uno de los ordenamientos estudiados.

1. Inglaterra. En ese país no existe la fundación como figura jurídica, pero sí como institución social. Crear una fundación es dotar económico-patrimonialmente un fin caritativo. La fundación ha sufrido una evolución muy peculiar. En Inglaterra la fundación es la *charity*.

No existe la abstracción conceptual «persona jurídica» salvo en el campo mercantil, en el que existe una figura semejante, la *artificial person*, que es una versión modernizada de la *persona ficta* medieval, que está siempre bajo el control del «levantamiento del velo».

No existe un concepto de *charity*, que es algo creado por y para la acción. Su simplicidad produce un modelo más complejo que el nuestro, pues, al no existir la abstracción conceptual, las lagunas tratan de evitarse mediante negocios muy detallistas y una legislación muy específica. La *charity* no es propiamente una institución jurídica, sino una finalidad que se sirve de formas jurídicas distintas como el *trust* o la *corporation*.

Después de un profundo estudio de la evolución histórica de la *charity*, el autor aborda el tema de su ordenamiento. Dejando de un lado los de Irlanda del Norte y Escocia, muy influidos –sobre todo el último– por el Derecho continental, rige en Inglaterra y Gales la *Charities Act* cuya última versión es de 2006. La legislación fiscal produce escasa incidencia en la figura, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos.

Existe en la *charity* un fuerte criterio de utilidad pública, la cual surge, desde su origen histórico, como una excepción autorizada al régimen anti-amortizatorio, con un fuerte control público.

Los tipos de *charities* son: el *trust*, que, en esencia es una fiducia sobre un conjunto de bienes a favor de un tercero, basado en la confianza, cuya concurrencia es esencial, y en la plena asunción de responsabilidad por el *trustee*, que carece de personalidad jurídica; la *Unincorporated (Charitable) association*, que es una asociación de personas unidas para una finalidad caritativa, con una gestión normalmente participativa y no basadas en un gran patrimonio inicial, que también carece de personalidad jurídica, por lo que responden los socios; la *Charitable Corporation*, con personalidad jurídica, sometida a control sobre su fin benéfico y la *Charitable Incorporated Organization (CIO)*, creada por la reforma de 2006, que es una fórmula dotada de personalidad independiente, con mayores requerimientos contables y exigencias financieras, pero sin tener una doble dependencia como una compañía comercial, y cuyo desarrollo todavía es pronto para que pueda ser apreciado.

En cuanto al gobierno, el *trust* se gobierna, con grandes poderes, por los *trustees*, que, de modo general, ejercen sus funciones con carácter gratuito; la *CIO* tiene un órgano de supervisión general (especie de asamblea) y un órgano de dirección; la *Unincorporated association* se rige por una asamblea general, un colegio de administradores y unos *trustees*, que son los depositarios del patrimonio, ya que este debe estar separado de la asociación.

El control de todas estas figuras lo lleva a cabo la *Charity Commission*, que pasó de ser un órgano delegado judicial a ser independiente, pero con poderes cuasi-judiciales. Dentro de su estructura existe un Registro, el cual no solo califica si se dan los requisitos necesarios para la existencia de la *charity*, sino que sigue fiscalizando el cumplimiento de tales fines durante el funcionamiento de la misma. Sus decisiones son recurribles en vía de alzada, con apelación a la *High Court*.

2. Estados Unidos. Como se ha dicho, el ciudadano norteamericano nace y desarrolla su vida rodeado de organizaciones sin ánimo de lucro, sean fundaciones de interés particular (aunque siempre con un cierto matiz de servir al bien general) o público. Se parte de un principio contrario al de nuestro Derecho o el francés: cualquier forma privada de perseguir el interés general tiene una presunción de validez, existiendo una general desconfianza en la intervención pública. El gran desarrollo de la figura parece ser, según autores prestigiosos, el *humus* en el que ha crecido la democracia norteamericana y deriva de la importancia en este país de la sociedad civil.

En esencia, la fundación (utilizando el término con cierta licencia) en USA es una institución exenta de impuestos, cuyos beneficios provienen de un patrimonio inicial que, más que tener un programa propio de actividades, se dedica a hacer donativos a otras instituciones. El régimen jurídico interno de la figura es bastante indiferente a la ley, a la que lo que más interesa es qué hace y cómo lo hace.

Después de abordar las formas y tipos de fundaciones públicas y privadas, las cifras del fenómeno fundacional y la historia de las fundaciones, el autor aborda el tema de su gobierno. Partiendo de la distinta legislación según cada Estado, existe un órgano de gobierno que se podría equiparar a nuestro Patronato, compuesto solo por personas físicas, y no jurídicas. Existe un control estatal sobre las actividades y sobre las personas que gobiernan, aunque el control paulatinamente se está «federalizando», atribuyéndose al

control federal potestad sancionadora. Termina el autor este estudio con el examen pormenorizado de la responsabilidad de las fundaciones.

3. Alemania. Dice el autor que, por paradójico que pueda parecer, existen similitudes entre la regulación alemana y la norteamericana en esta materia. Como primera característica que debe resaltarse es que sí existe la fundación como institución jurídico-civil de un modo semejante al nuestro, si bien con perfiles más amplios. El BGB dice que las fundaciones son *personas legales autónomas, dotadas de un patrimonio afectado a un fin perpetuo (más bien, según la doctrina, de carácter estable), establecido por sus estatutos según lo señalado por el fundador, y reconocidas por un acto de gobierno*.

Como vemos, el fin filantrópico no se establece en la legislación civil, sino solo en la fiscal, para otorgar los correspondientes beneficios fiscales, si bien un sector de la doctrina minoritario, pero influyente, entiende que debe darse tal fin para que exista la fundación. Se caracterizan por los siguientes elementos definitorios: 1) se basan en un patrimonio; 2) son privadas, separadas de formas públicas; 3) son estructuras auto-organizadas; 4) no distribuyen beneficios con ánimo lucrativo; 5) sirven a un interés general, y 6) tienen auto-percepción e identidad como tal fundación.

Sin perjuicio de que existan discusiones doctrinales, las fundaciones para fines familiares contravienen la legislación anti manos-muertas. Se admite la fundación-empresa, si bien con gran rigurosidad, para evitar el fraude fiscal.

Después de entrar en las cifras y la historia del fenómeno fundacional, así como la fiscalidad, aborda el autor el gobierno de las fundaciones después de las reformas 2000-2002. El § 86.2.II del BGB únicamente establece como necesario la existencia de un órgano que podríamos llamar Patronato, aunque pueden crearse otros, como de vigilancia o asesoramiento, y con ciertas particularidades en el caso de fundación-empresa, en la que existe la Asamblea General.

El sistema es abierto y tolerante, como reacción a los desmanes del Tercer Reich, aunque parece tender hacia formas más afinadas de intervención. Existe un control de los *Länder* en la autorización y registro; concurrencia de control estatal y federal en el fin institucional, y control federal sobre la finalidad fundacional.

4. Francia. Si en todos los países el concepto de fundación deriva en gran parte de su Historia, mucho más en Francia, donde la Revolución francesa trajo consigo consecuencias realmente importantes: el primero, fue la lucha contra los «cuerpos intermedios»; y también contra las vinculaciones de bienes. Estas consecuencias, que tienen su reflejo en el *Code* se han extendido a otros países como España e Italia.

En el *Code* no existe la fundación. El único resquicio por donde la fundación se «cuela» en el Código Civil es su vinculación a los establecimientos públicos o privados de beneficencia. La aceptación moderna de la fundación viene de un proceso de paulatina aceptación por parte del poder público, de la concurrencia privada en busca del interés general. Ello trae como consecuencia la necesidad de una declaración de interés público de la que pende el otorgamiento de la personalidad jurídica. Por ello, la fundación vive a imagen y semejanza de la asociación, pero fundamentada en un patrimonio en lugar de en un grupo de personas. La Ley de 1987, sobre desarrollo del mecenazgo, permite la existencia de la fundación, y la ley de 4 de julio de 1990 la acepta y la regula de forma bastante completa.

Existe un concepto claro de qué es la fundación. Dicha institución está vinculada no solo al «interés general» sino también a la «utilidad pública» (que no son conceptos idénticos), y, por tanto, a la declaración de interés público, que ha

sido un valladar casi infranqueable para las fundaciones. La ausencia en Francia de tejido fundacional deriva, además, de causas históricas (la lucha contra las manos muertas) políticas (el jacobinismo estatalista), sociales y culturales (la desaparición de un modelo de sociedad civil) y jurídicas (la existencia de normas sucesorias que dificultan los legados y herencias a las fundaciones).

Como en los apartados anteriores, después de describir los tipos de fundaciones, el autor entra en el estudio de los datos numéricos del fenómeno fundacional y de la historia del mismo, resaltando cómo la fundación ha subsistido a pesar de un régimen jurídico hostil.

En cuanto al gobierno de las fundaciones, su regulación es minuciosa. En primer lugar, cabe resaltar la necesidad de un reconocimiento administrativo de la utilidad pública de la fundación; en segundo, el sistema de supervisión especial para las fundaciones que, por ser menores, podrían escapar del control.

El gobierno de las fundaciones reconocidas de utilidad pública, que sirve de pauta a las demás se compone de un Consejo de Administración, órgano necesario y supremo y un Buró permanente, de creación automática *ex lege* que es una especie de miniconsejo delegado de aquel. A partir de 2003, desaparece este órgano, que es sustituido por un Directorio formado por cinco personas y un consejo de vigilancia. Las fundaciones-empresa tienen un Consejo de Administración, las fundaciones no autónomas tienen una mayor autonomía en su composición; los fondos de dotación tienen un Consejo de Administración, y las demás tienen similitudes con las anteriores.

El control de la fundación se lleva a cabo de la siguiente forma: autorización, con el control del fin y el otorgamiento de la personalidad jurídica, y el examen de patrimonio y organización; y luego, continuadamente, supervisión de la actuación, además de otros controles. No existe propiamente un Registro de fundaciones, pero corresponde al Ministerio del interior llevar el cómputo de todas ellas.

5. Se cierra la obra con unas conclusiones en las que el autor expone una visión de conjunto, así como de su idea de que no debe existir más regulación ni más estructuras sino mayor libertad con responsabilidad, pasando por un control pequeño pero riguroso, una unicidad mayor de criterios que vienen exigidos por el mecenazgo y los beneficiarios de las fundaciones.

El libro es importante. Ineludible su lectura y estudio para todo aquel que quiera profundizar en la figura. Especialmente son de resaltar dos aspectos muy característicos: el estudio pormenorizado de la evolución histórica de la fundación, que si es útil en cualquier institución jurídica, resulta totalmente imprescindible en esta, tan dependiente de la evolución de las ideas políticas y de quién tiene el poder en cada momento. El segundo aspecto es la introducción de datos sobre la importancia del fenómeno en cada país examinado.

Precede al libro un importante prólogo escrito por James J. Fishman, Professor of Law en la Pace University School of Law, White Plains N.Y. y autor de relevantes trabajos sobre la materia como *The Faithless Fiduciary And the Elusive Quest for Nonprofit Accountability 1200-2005, Nonprofit Organizations. Cases and Material*, «The Political Use of Private Benevolence: The Statute of Charitable Uses», «The Nonprofit Sector: Myths and Realities», y. «Charitable Accountability and Reform in Nineteenth-Century England: The Case of the Charity Commission. Y concluye el libro con una amplia bibliografía.

José POVEDA DÍAZ
Registrador de la Propiedad

CABANAS TREJO, Ricardo: Régimen de gananciales y concurso de la persona física. La división de masas en la Ley Concursal 38/2011, Bosch, Barcelona, 2012, 747 pp

La presente monografía aborda un problema particularmente importante en la coyuntura económica actual de severa crisis económica, como es el del concurso de persona física, y se centra en uno de sus aspectos más complejos desde el punto de vista técnico, como es el del supuesto de que el concursado se encuentre casado en régimen de gananciales. Es una obra valiente donde se tratan de manera exhaustiva no todos los aspectos que pueden verse involucrados en el concurso de la persona física, sino especialmente las dificultades de conexión y engarce entre la normativa civil reguladora del régimen de gananciales y la disciplina concursal, analizando de forma crítica las novedades que en esta materia se han introducido en la Ley Concursal tras la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, defendidas por mí en otra monografía publicada sobre el mismo tema (CUENA CASAS, *El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008).

Se trata de un tema *transversal* que exige conectar, pero sobre todo *respetar* dos materias que se inspiran en sus propios principios y que atienden a objetivos diversos como es la normativa atinente al régimen económico matrimonial y el procedimiento concursal que, con base en la *par conditio creditorum*, pretende atender a la satisfacción de los intereses de los acreedores del deudor concursado que ejercitan sus derechos en el marco de un procedimiento de ejecución colectiva. El problema es cuando la Ley Concursal solo pretende atender los intereses de éstos ignorando los del cónyuge no deudor y con ello, principios elementales del Derecho Civil, particularmente de las normas de régimen de gananciales colocando como interés supremo el de los acreedores. Ya en las primeras páginas de su trabajo el autor se hace eco del enfrentamiento en esta materia entre mercantilistas y civilistas que han provocado a su juicio «una pérdida de perspectiva global» en tanto que los mercantilistas ignoran con todo su detalle las singularidades del régimen de la sociedad de gananciales y los civilistas, por el contrario, sí lo dominan pero no así la filosofía del concurso haciendo propuestas que distorsionan este último.

Tras este planteamiento inicial, parece que el autor, notario de profesión, se propone brindarnos con esta brillante monografía el tratamiento del problema desde la perspectiva global que dice faltar en la doctrina, y así lo hace pues sin duda maneja con rigor toda la normativa atinente al régimen de gananciales y también la concursal. Pero su procedencia mercantilista le termina traicionando, adscribiéndose a la tesis que subordina el régimen de gananciales a favor de los intereses de los acreedores que parecen ser los únicos que deben ser atendidos en el procedimiento concursal. Su perspectiva es clara: no interesa mucho que el cónyuge del concursado reciba más o menos. «Relevante es qué van a recibir los distintos acreedores del concursado...» (p. 296). Yo creo que el cónyuge del concursado debe recibir lo que le corresponde: ni más ni menos y los acreedores verán satisfechos sus derechos en función de la entidad del patrimonio de su deudor y no del de su cónyuge.

Según manifiesta el autor, no pretende en esta obra abordar un tratamiento exhaustivo sobre el concurso de persona casada en régimen de gananciales, sino tan solo «poner de manifiesto algunas paradojas que emergen de la postura dominante y proponer soluciones». Si bien esta podía ser su inten-

ción inicial, lo cierto es que la obra constituye un tratamiento general del problema, profundo y extraordinariamente riguroso sobre un tema esencialmente complicado. La obra invita a la reflexión y a la provocación (así lo dice expresamente) y eso siempre es de agradecer.

El libro se divide en diez capítulos. Los dos primeros son introductorios y abordan generalidades acerca del presupuesto subjetivo del concurso y la noción de patrimonio. En el tercero se realiza una descripción del tratamiento legal que brinda la LC a las especialidades de régimen que suscita el concurso de persona casada en régimen de gananciales y de las posiciones doctrinales relativas a su interpretación. A pesar de ser esta la intención del autor, en realidad hay una aportación significativa en cuanto plantea todas las posibles hipótesis que pueden suscitarse incluso, por poner un ejemplo, la situación de matrimonios no inscritos en el Registro Civil y que se han celebrado fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración. Así mismo, se abordan las dificultades que en la práctica presenta la identificación exacta del régimen económico matrimonial, dadas las deficiencias de nuestro sistema de publicidad. La preterición procesal del cónyuge del concursado, los presupuestos de la inclusión de los bienes gananciales en la masa activa, el reflejo registral de la situación de concurso en los bienes comunes y sobre todo la posición jurídica de los acreedores gananciales que contrataron con el cónyuge del concursado y la modificación legislativa operada por la Ley 38/2011 son aspectos tratados en este capítulo que, insisto, no solo describe el régimen, sino que existe una importante aportación del autor tanto en la detección de problemas como la propuesta de soluciones sobre la base de las opiniones doctrinales manifestadas hasta la fecha.

En el capítulo cuarto se analiza pormenorizadamente la que denomina el autor «primera paradoja» y que constituye el eje fundamental sobre el que posteriormente construye su postura en relación con el objeto del trabajo: la clasificación de los créditos en el concurso y la preferencia de algunos acreedores sobre los bienes gananciales. La especial naturaleza de la sociedad de gananciales que genera un patrimonio común sobre el que no existen cuotas enajenables y embargables hasta que se proceda a su disolución, es la principal dificultad de engarce con la disciplina concursal en tanto que el legislador desechó la idea inicial de proceder a una disolución y liquidación previa del régimen e incluir en la masa activa del concurso la parte que sobre dicho patrimonio ganancial correspondía al concursado. Por el contrario, finalmente se optó por incluir la totalidad de los bienes gananciales en la masa activa concediendo la posibilidad al cónyuge del concursado de optar por la disolución del régimen conyugal, en cuyo caso el Juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con el convenio o liquidación del concurso (art. 77 LC). El principal problema pues, y así lo considera el autor, es determinar el alcance de tal mandato de coordinación, ya que la regulación del régimen de gananciales puede ir en contra de la esencia del proceso concursal.

En este cuarto capítulo, el autor denuncia varias disfunciones entre la normativa civil y concursal que dificultan sobremanera la determinación del alcance de tal mandato de coordinación. Especialmente crítico se muestra con la preferencia de los acreedores gananciales para cobrar sobre el patrimonio ganancial (art. 1399 Cc), lo cual provoca el contrasentido de que un acreedor ganancial subordinado pueda tener preferencia sobre un acreedor privativo privilegiado. Para el autor la LC clasifica los créditos por razón de su naturaleza, pero no por la adscripción a masas de bienes diferenciadas

dentro del procedimiento. Efectivamente, el legislador no tuvo en mente, desde luego, la posibilidad de que bienes de un no deudor entraran en la masa activa, pero lo cierto es que entran.

A mi juicio, el procedimiento de ejecución colectiva en que consiste el concurso de acreedores no puede suponer una alteración de las reglas de responsabilidad de los bienes gananciales, otorgándose por el mero hecho de la declaración de concurso una preferencia sobre esta masa patrimonial a un acreedor privativo y ello por muy privilegiado que sea. Tal resultado conculca las reglas básicas del sistema civil, para lo cual, carece de competencia el legislador estatal ya que se verían afectados incluso principios básicos de Derecho civil foral sin competencia legislativa para hacerlo. Ciertamente puede ser llamativo que un acreedor privativo privilegiado no cobre sobre la masa ganancial antes que un acreedor ganancial subordinado, pero no debe olvidarse que la masa ganancial no es propiedad exclusiva del concursado, que es un caso en el que la Ley concursal violenta el principio de responsabilidad patrimonial universal. La masa ganancial debe responder de las deudas gananciales y de las privativas debe hacerlo el patrimonio del deudor que será el privativo y ganancial adjudicado. El cónyuge del concursado es solo «cónyuge» y no socio, ni deudor y, probablemente, sea acreedor aunque de un crédito que la Ley considere subordinado.

En el capítulo 5 se trata con profundidad la que el autor denomina «segunda paradoja»: la situación de los acreedores del cónyuge no concursado, aspecto en el que ha incidido la reforma 38/2011 con la que el autor se muestra especialmente crítico. Con anterioridad a dicha reforma, el artículo 84 LC excluía expresamente del concurso a los acreedores gananciales que hubieran contratado con el cónyuge del concursado. De no hacerse una liquidación previa, contable, donde se tuvieran en cuenta sus derechos, la LC habría acabado con la garantía que sobre el patrimonio ganancial les concedía la legislación civil. El nuevo 49 LC reformado en 2011, permite la entrada de dichos acreedores en el concurso pues existe, a juicio del autor, un supuesto de «responsabilidad real»: por más que no sean técnicamente acreedores del concursado, los bienes gananciales están afectos al pago de las deudas gananciales contraídas por ambos cónyuges. A juicio del autor tal cambio legislativo es positivo siempre y cuando el cónyuge del concursado proceda a la disolución del régimen. Por el contrario, son muchos los problemas que se suscitan y se tratan con detenimiento, cuando la sociedad de gananciales sigue vigente, postulando que debería haberse optado por una disolución automática del régimen (p. 351), posición esta última que comparto absolutamente.

No falta un estudio específico del concurso del empresario casado en gananciales, tratado en el capítulo 7, en el que se postula la derogación de los artículos 6 y siguientes del Código de Comercio tal y como gran parte de la doctrina ha mantenido. Así mismo se analizan especialidades que plantean los derechos forales, de suma importancia en esta materia (capítulo 8), así como otros supuestos de submasas y preferencias crediticias: sociedad interna, uniones estables de pareja, patrimonio protegido del incapaz y la problemática del concurso del heredero.

En suma, en esta recensión crítica, me parece de justicia manifestar que se trata de una obra brillante, valiente que, sobre todo, realiza aportaciones que invitan a la reflexión.

Matilde CUENA CASAS
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense

VALÉS DUQUE, Pablo: *La responsabilidad precontractual*, ed. Reus, colección «Derecho Español Contemporáneo», Madrid, 2012, 334 pp

En los albores del s. XXI, en el seno del Derecho Civil podemos hallar todavía determinadas materias a cuyo estudio monográfico no destina grandes esfuerzos nuestra doctrina. Han sido tradicionalmente muy pocos los civilistas españoles que han disertado con profundidad en torno a lo que los autores del Derecho Común denominaron *tractatus* –es decir, los tratos preliminares o negociaciones contractuales–; al menos, hasta el último tercio del s. XX.

Tal circunstancia tiene su razón de ser tanto en la considerable dificultad inherente a esta materia como en la omisión de su regulación en nuestro Código civil. De hecho, son muy pocos los preceptos de dicho cuerpo legal donde se menciona la génesis contractual (cfr. arts. 1254, 1258, 1261 y 1262 Cc), y en ninguno de ellos se regula la fase de las negociaciones encaminadas a la perfección del contrato. Parece que, como directa consecuencia de la concepción del contrato por él consagrada, el legislador decimonónico consideró inexistente la fase de tratos preliminares, o bien entendió que su relevancia era despreciable.

La postura de nuestro legislador tiene su origen en la influencia que sobre él ejerció el *Code Civil* francés, si bien resulta absolutamente desorientada, al mismo tiempo que se antoja injustificable, pues ya en el año 1861 se había publicado el inigualable trabajo de Rudolf von Jhering «*Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*» [aus *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts* (Jhering-Jahrbücher) 4. Band (1861), Verlag Gehlen-Bad Homburg v.d.H., Berlin-Zürich, 1969, pp. 7 a 91], que significó la obra clave en relación con la responsabilidad precontractual. Pese a que la exigencia de observar una conducta adecuada a la buena fe en la fase precontractual fue ya prevista en Roma, donde aquella era exigida en los tratos preliminares con idéntica firmeza que en la relación contractual (Dig. 11, 7, 8, 1 y Dig. 18, 1, 23), la referida obra de Jhering supuso el verdadero germen de una nueva etapa en la configuración del contrato, que tiene en cuenta el *iter* formativo del mismo como fuente de responsabilidad.

Aunque no es imprescindible, resulta muy frecuente que las partes procuren aproximar sus posturas a través de todo tipo de actividades de relación (reuniones, discusiones, exploraciones, formulación de cláusulas concretas, acuerdos parciales, borradores...), y que traten de converger en lo que posteriormente constituirá el acuerdo de voluntades, tras haber evaluado la conveniencia acerca de la estipulación de dicho contrato. Como consecuencia de ello –según ha puesto de relieve la doctrina italiana–, las negociaciones representan «los materiales de construcción del futuro contrato». No obstante, estos tratos preliminares pueden no desembocar en la conclusión de un contrato, por no alcanzar las partes un acuerdo al respecto (no se verifica, pues, el *duorum vel plurium in idem placitum consensus*). La principal característica de esta fase es la libertad de quienes intervienen en ella: los tratos no obligan, ya que en ellos todavía falta el elemento volitivo de las partes, esto es, el *animus contrahendae obligationis*. Sin embargo, quienes participan en unas negociaciones, a pesar de no hallarse todavía vinculados y de gozar de independencia para decidir no contratar, deben conducirse en ellas con pleno respeto al principio de buena fe y con la lealtad requerida por las convicciones éticas imperantes. Dado que entre aquellos sujetos existe lo que la doctri-

na alemana denomina «contacto social», de la violación de estos deberes se derivará un supuesto de responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*; expresión, esta última, empleada por gran parte de la doctrina, pero que Pablo Valés elude para evitar confusión, ya que lleva ínsito el prejuicio de que la «culpa» es el título de imputación que rige en esta suerte de responsabilidad.

El primer mérito que hay que reconocer a Pablo Valés es, precisamente, la enorme valentía que demuestra al decantarse por la responsabilidad precontractual como materia objeto de su trabajo para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Civil. Como he advertido con anterioridad, no son muchas las investigaciones monográficas sobre este tema en nuestra doctrina, y, pese a que en los últimos años varios civilistas han vuelto su mirada hacia la fase precontractual, todavía nuestro caudal científico dista considerablemente del que podemos hallar en otros países de nuestro entorno (v.gr., Alemania e Italia). Pero la virtud de Valés no se ciñe a haber escogido un tema tremendamente complejo, conceptual, discutido y con tanta trascendencia práctica, sino que desarrolla su estudio con mucha solvencia y con la naturalidad y madurez de quien ha investigado con profusión la materia (de hecho, desde el año 2005 ha publicado otros cuatro trabajos sobre la responsabilidad precontractual).

La obra tiene un esquema bastante lógico, pues comienza con una exposición del origen y significado de la *culpa in contrahendo*, seguido por un repaso a la regulación de esta materia en los principales ordenamientos jurídicos europeos. A continuación, aborda el estudio de lo que Alonso Pérez denomina el «elemento objetivo» de la fase de tratos preliminares: los principales modelos conforme a los cuales se desarrollan las negociaciones. Seguidamente, el autor afronta el pormenorizado análisis de la buena fe en la fase precontractual, con especial interés, en primer término, en el concepto de buena fe «en sentido objetivo».

Comúnmente se asevera que la responsabilidad precontractual representa una institución con unos perfiles muy imprecisos, debido a que en ella tienen encaje hipótesis diferentes y carentes de conexión entre ellas. Esta heterogeneidad provoca enormes dificultades en aras a configurar una categoría sistemática única, de tal forma que constituye una ardua labor pretender ofrecer respuestas unívocas a los diversos supuestos. En la obra de Pablo Valés se analizan detenidamente las principales manifestaciones del contenido del deber de buena fe *in contrahendo*: el deber de información, el de protección (Schutzpflicht) y el de lealtad. Sin embargo, de manera cuestionable desde el punto de vista sistemático, estudia en un epígrafe posterior («La responsabilidad precontractual cuando el contrato no se celebra», en las pp. 233 a 238) la más importante y paradigmática manifestación del deber de buena fe en la fase preliminar: el deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa. En cualquier caso, como advierte el autor, el contenido y extensión de estos deberes no pueden establecerse *a priori*, y tampoco cabe efectuar una clasificación exhaustiva de los mismos; simplemente, constituyen meras manifestaciones de la regla que impone un comportamiento diligente y leal frente a la otra parte en las negociaciones.

Un aspecto particularmente difícil y controvertido es el referido a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual. En este ámbito son varias las posturas doctrinal y jurisprudencialmente sostenidas, no solo en nuestro país, sino también en el resto de ordenamientos de nuestro entorno geográfico y cultural. Las opiniones se pueden aglutinar en torno a cuatro posiciones:

a) quienes sostienen la naturaleza contractual de esta suerte de responsabilidad [principalmente, en Alemania, pero cada día con más adeptos en España, entre quienes amplían la concepción de la responsabilidad contractual, para incluir en ella el incumplimiento de deberes emanados del contrato y de otras fuentes, *ex arts. 7 y 1258 Cc*]; b) los defensores del carácter aquiliano de la misma [teoría dominante en los ordenamientos –como el nuestro– donde se incluye una noción amplia del ilícito civil]; c) los autores que identifican en esta fase preliminar un *tertium genus* de responsabilidad; y d) los que propugnan teorías de carácter mixto.

A esta incertidumbre coopera decisivamente nuestra jurisprudencia, ya que, como muestra Valés, es cambiante y confusa, y generalmente se halla guiada por el designio de lograr que la víctima resulte resarcida por los daños y perjuicios eventualmente soportados. En opinión del autor, la solución debería hallarse en «la unificación de nuestro régimen de responsabilidad civil, con pequeñas modulaciones o variaciones, que en ningún caso, justificarían la división bipartita, ni tripartita».

La vacilación doctrinal y jurisprudencial sobre esta cuestión provoca que resulte muy decepcionante que nuestro legislador, en el artículo 1245 de la «Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos» (2009) de la Comisión General de Codificación, guarde un equívoco silencio sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual. Quizás lo más atinado sea, como propone cierto sector de la doctrina, analizar de modo independiente cada concreto supuesto de violación del principio que impone en esta fase el comportamiento leal y conforme a la buena fe, si bien ello podría contribuir a impregnar la materia de una mayor indefinición e incertidumbre, como resultado de una acusada falta de homogeneidad.

Otro tema controvertido escrutado en profundidad por Valés es el concerniente al alcance del resarcimiento de los daños sufridos, con especial atención a la dicotomía tradicionalmente planteada entre el «interés negativo» (el «*negatives Vertrauensinteresse*» de la construcción de Jhering) y el «interés positivo». En relación con este asunto siguen siendo diversas las soluciones propuestas en nuestra doctrina.

La última parte de la obra se encuentra destinada a ofrecer una interesante revisión de la regulación que de la fase precontractual se lleva a cabo en las principales normas de ámbito internacional, ya sean vinculantes ya sean representativas del denominado «*soft law*», que han inspirado el anteriormente aludido texto de la Propuesta de Modernización de nuestro Código civil («Principles of European Contract Law», «Draft Common Frame of Reference», «Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», «Código europeo de contratos de la Academia de Pavía», el «Contract Code» de McGregor y la «Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías»). En alguno de estos textos se aprecian evidentes interferencias entre la responsabilidad precontractual y la disciplina de lo que tradicionalmente se ha conocido como «vicios del consentimiento», de tal forma que se contribuye, a mi modo de ver, a difuminar los contornos de sendas figuras y a alimentar el debate sobre la naturaleza de este tipo de responsabilidad.

Nos hallamos, pues, ante una obra muy completa, donde se acomete con habilidad y exhaustividad el examen de las cuestiones relevantes relacionadas con la polémica y oscura fase precontractual, y cuya lectura resultará verdaderamente útil para quien pretenda analizar los problemas que brotan

en torno a la misma. Se trata, en definitiva, de una obra en la que se desarrolla un serio y concienzudo estudio, cuyo interés no resulta reflejado, sin embargo, en un sobrio índice que no hace justicia al enorme esfuerzo del autor ni a la profundidad y meticulosidad de su contenido.

Carlos CUADRADO PÉREZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid - CUNEF

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia Europea*, ed. Tirant lo Blanch, Colección alternativa, 23. Valencia, 2012, pp. 471

La presentación de esta obra que no de su autora, la Dra. Valpuesta Fernández, jurista conocida y reconocida en el ámbito jurídico, responde a la necesidad imprescindible que se tiene de conocer «que hay detrás de la apariencia de la verdad» de esa verdad que esconde la realidad, siempre inquietante y contradictoria, especialmente en una disciplina jurídica como el Derecho de familia, que se resiste a ser dogmatizado en categorías cerradas que se instalen con vocación de permanencia. Estamos ante un trabajo que rezuma la madurez intelectual de la autora; sería suficiente con añadir que es una obra muy personal, que se aleja en cuanto a su contenido de lo que es un Tratado de Derecho de familia ya que como comprobará el lector ni se abordan todos los aspectos que conforman en la actualidad a esta rama jurídica pues ni fue esa su idea inicial ni por consecuencia podía ser ese el final, y para despejar cualquier duda el propio título lo aclara: disciplina constitucional de la familia en la experiencia Europea.

De los seis capítulos en los que la Dra. Valpuesta estructura su obra todos ellos giran en torno a la familia en sus diversas funciones pero como una realidad jurídica inacabada, en cuanto que desde las primeras disposiciones constitucionales sobre ella ya vinieron a cambiar el orden entonces vigente recogido en los vetustos Códigos civiles estando desde entonces la disciplina que la regula inmersa en un proceso de cambio pues aunque se siga interpelando a los respectivos textos constitucionales hoy debe hacerse también obligadas referencias al TEDH como al TJCE. ¿Qué técnica es la seguida para operar este cambio en la regulación de la familia que ha permitido una eclosión del modelo familiar? Después de dedicar los dos primeros capítulos a la familia en sus diversas manifestaciones, la respuesta a la cuestión planteada se inicia en el capítulo tercero, cuando la familia en la Constitución de Weimar de 1919 es considerada como asunto constitucional, dedicando a ello los artículos 119 a 121, referido uno a la persona individual y a la vida social el otro, poniéndose bajo la protección de la Constitución a la familia que entra así a formar parte de las figuras jurídicas que han de tener «un lugar» en los Textos Fundamentales hasta la actualidad, aunque como se señala en el texto su inclusión viene de la mano de fuerzas políticas conservadoras por el temor a que se extienda a la nación alemana los principios que en orden a la familia implanta la revolución rusa de 1917. Sin embargo y a pesar del avance que supuso en la democratización de la sociedad la Constitución no contenía instrumentos jurídicos que aseguraran su eficacia frente al legislador constituido y consagradas en la legislación ordinaria lo ya aprobado en el

texto fundamental. La doctrina para evitar ese deslizamiento a que podía llegarse, elabora la categoría conocida como Garantía institucional referida en concreto algunos derechos e instituciones que se querían blindar en el plano constitucional, de suerte que respecto de la familia conyugal en ella aludida significaba que tal fundamento de la vida familiar no podía ser derogado sin cambiar la Constitución y aunque esta Constitución no tenía eficacia directa, las tendencias imperantes en el derecho de familia vigente, si produjeron algunas novedades como la equiparación para ambos sexos de las causas para obtener el divorcio, año 1923; el reconocimiento a la madre del derecho de custodia de los hijos en paridad con el padre, año 1925; acceso de las mujeres a ser abogados, jueces y miembros del Parlamento, año 1919. Termina este capítulo con la familia democrática de la Constitución española de 1931, donde además de reconocer a las mujeres el derecho al voto, se pretende cambiar de raíz la concepción de la familia, los principios que la informan, la naturaleza de sus relaciones, toda vez que equipara sin paliativos a los hijos matrimoniales y a los no matrimoniales y profundeza en la autonomía de la voluntad con la disolución del matrimonio, artículo 43. Tales cambios se recogen en leyes especiales, la Ley de 2 de marzo de 1932 admite por primera vez el divorcio, la de 5 de mayo de 1932 por la que se reconoce todo tipo de filiación como legítima. Se aumentan las garantías constitucionales regulando el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y el de Amparo ante el Tribunal de Garantías constitucionales, claves en la implantación de los derechos Fundamentales.

Especial cuidado tiene la Dra. Valpuesta en el estudio de la influencia que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la Constitución Italiana de 1947 tienen en la familia, en cuanto que el valor normativo de ambos textos necesariamente la impregnaron de los principios en ellas consagrados. Los dos textos tienen disposiciones sobre la familia, la cual a partir de este momento deberá adaptarse a las exigencias del estado democrático, exigencias que al fin alcanzaran a la mujer y que resultan acompañadas por la incidencia que los Derechos fundamentales en ellas consagrados van a tener en la nueva ordenación de las relaciones familiares: artículo 3 y 6 LFB y artículo 29 y artículo 3 CI, siendo el principio de igualdad el que entró con más vigor a cambiar el orden jurídico entonces vigente y junto a él, el de libertad personal, ambos son los que más influyeron en la reforma del Derecho de familia, si bien estas no tienen lugar de manera inmediata aun cuando en el propio texto de la LFB fija en el artículo 117 que sea el año 1953 la fecha límite para adaptar el derecho vigente a las exigencias del principio de igualdad, sobrepasada esta fecha es en el año 1957 cuando se publicó la ley de igualdad de los esposos a la que siguen otras reformas sin solución de continuidad hasta la actualidad, proceso que en palabras de la autora se nos antoja inacabado tanto las reformas del mismo Código civil (BGB), como las que han quedado en leyes especiales (Ley de Unión estable homosexual, de 22 febrero 2001).

En el Derecho Italiano las reformas del Código, tanto las que tienen su base en el principio de Igualdad como en el de libertad personal, se retrasan en el tiempo siendo necesaria la intervención de la Corte constitucional que se concreta en las sentencias 79/1969, de 2 de abril, y 50/1973, de 30 de abril, por la que se declara aplicable directamente el principio constitucional de la igualdad de los hijos con independencia de su filiación que en el plano normativo se reconduce a la Ley de 1 de diciembre de 1970, que introduce el divorcio, y posteriormente a la Ley de 19 de mayo de 1975. Pero la autora

va mas allá en la implementación del principio de igualdad y el de libertad de los cónyuges del propio marco constitucional donde se centra la disciplina de la familia y la extiende al Derecho francés cuya Constitución carece de esa parte dogmática que por el contrario como hemos comprobado sí ostenta la LFB de 1949 o la CI 1947. Tampoco goza de un control de Constitucionalidad de las leyes como se tiene en los casos anteriores, por ello la influencia de las disposiciones constitucionales en su ordenamiento jurídico no es tan directa como lo es en las constituciones cuyos derechos fundamentales en ellas programados si la tienen. Esa carencia se suple al preceder al texto Constitucional como Preámbulo de la Constitución la adhesión a los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. A diferencia de las anteriores Constituciones, en el Derecho francés es la evolución de las costumbres y los usos sociales en lo que afecta al Derecho de familia las que han marcado la transformación de una legislación que en gran medida se debe al trabajo de J. Carbonnier el cual la fija en dos fases muy diferenciadas además de por el momento, por su contenido: una primera en la que las reformas se llevan a cabo por responder a las necesidades de adaptar el derecho vigente a las exigencias de la igualdad y la libertad; igualdad de los cónyuges, Ley de 15 de julio de 1965, 4 de julio de 1970, 11 de julio de 1975; igualdad de los hijos, Ley de 3 de enero de 1972, libertad personal, Ley de 11 de julio de 1975, y una segunda, en la que sin producirse cambios profundos se considera una prolongación de la primera, consolidándose en ella lo ya alcanzado anteriormente; así la Ley de 23 de diciembre de 1985 sobre igualdad de los cónyuges, la Ley de 26 de mayo de 2004 sobre el divorcio, sin embargo no admite la convivencia de hecho como familia siendo el Concubinato como unión libre y el llamado pacto de solidaridad civil «las familias que mas pudieran a ella acercarse».

Es en el capítulo V, bajo la rúbrica del «Segundo Impulso Constitucional: de la familia a las familias» se acerca al modelo por el que constitucionalmente se optó en nuestra Constitución de 1978. Se inicia con la regulación que se opera en el Derecho portugués como consecuencia de la Constitución aprobada después de la revuelta de los Coroneles de 1974, antecedente por ello de la nuestra de 1978. Positivamente ambas responden al hecho de que la elaboración de los respectivos Textos Constitucionales reciben la experiencia europea que se ha ido consolidando desde los años cincuenta. El dilema entre la defensa de unos pretendidos intereses de la familia que se imponen a los de los miembros que la integran por un lado, y por otro, la extensión de los derechos fundamentales a las relaciones entre sus titulares por otro, que habían marcado el debate constitucional sobre la familia, estaba ya resuelto por la primacía de los últimos. El impulso ahora es otro: se trata de dar cabida en el marco constitucional a nuevas formas de relación, a nuevos comportamientos respecto de la familia, amparados todos ellos en valores constitucionales que se adaptan a una nueva realidad, el impulso constitucional: que se plasma en los textos constitucionales de Portugal y España y se caracteriza por la idea de diversidad que preside la disciplina familiar tanto en los modelos de relación que surgen para el Derecho como en el comportamiento que se da en el seno de los mismos.

La Constitución portuguesa inaugura un nuevo tiempo en la disciplina constitucional de la familia al recoger una diversidad de soluciones en el ámbito de las relaciones familiares; se aborda la regulación de la familia como expresión de un derecho, y garantía institucional en su caso, y como objeto de protección por parte del Estado social, consagrando esa diversidad

de los modelos familiares al diferenciar entre familia y matrimonio, como dos realidades que pueden ser coincidentes pero pueden no serlo, radicando en esta distinción la gran aportación de la Constitución portuguesa.

Cierra este capítulo con la situación en que se regula el matrimonio y la familia en la Constitución de 1978; en ella surgen dos líneas de debate: una se centra en la implicación de los principios democráticos en la regulación del matrimonio, a lo que hay que añadir el específico tema del sistema matrimonial; la otra línea se refleja en la dualidad familia y matrimonio, que aunque ya aparece en la Constitución portuguesa también lo hace en la nuestra. El legislador cierra la cuestión con dos disposiciones, una referida al matrimonio, artículo 32, y la otra dirigida a la familia, artículo 39 CE, lo cual supone como ya ocurrió en la Constitución portuguesa en que es receptiva a esa dicotomía entre matrimonio y familia, cuyo tratamiento como cuestión de fondo es la diversidad de modelos familiares y su reconocimiento jurídico. El matrimonio, artículo 32, ubicado entre derechos fundamentales, y en el artículo 39 a la familia imponiendo a los poderes públicos su protección económica, jurídica y social; con un distinto grado de protección, artículo 53, párr. 2.º, CE y artículo 53, párr. 1.º, CE. No obstante, la aplicación de los principios constitucionales en especial la igualdad y la libertad a la normativa entonces en vigor propició importantes reformas del Código civil para adaptarlas a las normas constitucionales. En una primera época se puede reseñar la Ley 11/1981, de 13 mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, en ella se borra toda discriminación entre los hijos, se equipara a los padres en el ejercicio de la patria potestad, además de a los cónyuges poderes y potestades en el régimen económico familiar; por la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil, Tit. IV libro 1.º y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, modifica el sistema matrimonial e introduce el divorcio, no obstante en ella la separación ocupa un lugar estratégico por el que se debe pasar antes de llegar a la disolución del matrimonio; a ellas se añaden la reforma de la nacionalidad por la Ley 15/1982, de 13 julio, en la que se suprime el criterio de la dependencia familiar en su adquisición potenciando la autonomía de los esposos; también se reforma la tutela con un cambio de sistema, Ley 13/1983, de 24 de octubre, y la adopción por Ley 21/1987, de 11 noviembre. Todas estas modificaciones legales que se operan en el Código civil representan un cambio impensable en el concepto de familia que se aleja no solo del que ofertaba el Código civil del que hay mucha distancia, sino incluso del vigente en el momento de publicarse la Constitución: la familia hoy constituye un ámbito de relación en el que priman los derechos fundamentales de sus protagonistas; ahora, dice la autora se puede afirmar tranquilamente que la normativa sobre la familia responde plenamente a lo que es la tónica general en Europa, incluso algunos aspectos reformados colocan a nuestro país en la vanguardia del Derecho europeo (art. 44.2 Cc en la redacción de la Ley de 1 de julio de 2005). Transformación que ha sido asumida mayoritariamente por la doctrina y que tanto antes en «Familia, familias y derecho de familia» ADC 1990, pp. 1055 y ss., como ahora «Libertad y Familia», discurso leído el día 10 de diciembre de 2012 en el acto de recepción como Académica de número, pp. 21 y ss., ha sido recibido por la Dra. Encarna Roca, en cuya persona se añan el bagaje de su formación académica con la práctica jurisprudencial, acepta el cambio constitucional en relación tanto a la familia como al matrimonio.

Termina el trabajo con un capítulo VI dedicado como era de esperar al «Presente y futuro de las familias», así como señalar que familias son las constitucionalmente protegidas. Para ello se puede partir de lo que tradicionalmente se entendió por familia, la que tiene su origen en el matrimonio, sin embargo para analizar su significado actual hay que poner de relieve las causas que han influido de manera singular en la evolución del Derecho de Familia hacia los parámetros que hoy conocemos. A ellas no son ajenas el impulso de las mujeres en la consecución de la igualdad formal, a veces con carácter general, como ocurre con la Ley 11/1990, de 15 octubre, sobre la reforma del CC en la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, o particular, la reforma por la Ley de 5 de noviembre de 1999 por el que se modifica el régimen de atribución del apellido, artículo 109 CC o en las más completas, como son las reformas que consagran la igualdad sustancial y la perspectiva de género, como es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género o la Ley Orgánica 3/2007, de 23 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, destinada a abordar la consecuencia de la igualdad sustancial de mujeres y hombres, e igual tesitura se aprecia en relación con el matrimonio el cual según expresión de la autora pierde su rostro histórico y casi llega a ser regulado como un matrimonio de mínimos; eso sí, conservando aquello que merece la pena conservar. La impronta de la libertad en la relación de la pareja conyugal es innegable pues hace del matrimonio una opción de voluntad de la pareja que se manifiesta en el inicio mismo, permanece durante su vigencia configurando el contenido de la relación y se materializa en la disolución. Se ha pasado de «Los pactos conyugales de separación de hecho. Historia y presente» año 1982 de Valpuesta Fernández, R., a «Los acuerdos preventivos de crisis matrimonial» de García Rubio, M.^a P. ADC 2003, e igualmente de la ausencia de responsabilidad por los daños causados dentro de la relación matrimonial a ser indemnizables determinados daños. Por último poco que añadir a la identidad sexual y el derecho a contraer matrimonio en su visión de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas así como el derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo, artículo 44.2 CC del cual poco más se puede decir después de la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, al declarar la Constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo. ¿Pero todavía más?

¿Qué valor debe otorgarse a las uniones de hecho estables? ¿Qué protege nuestra Constitución? ¿Cuál es su relación con el matrimonio? La existencia en varias CCAA con legislación en la materia así como su implicación con otros temas jurídicos hace que en la actualidad proliferen las cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (Auto de 14 de diciembre de 2011, TS, Sala de lo Social). Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sobre el párrafo 5 del artículo 174.3 LGSS en la redacción dada al mismo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, por supuesta violación del derecho a la igualdad... dependiendo de la Comunidad autónoma donde se resida. Avanzando más, lo que sí suministra la Constitución son herramientas jurídicas para abordar la diversidad de modelos o tipos de relaciones familiares que se dan en la sociedad, pues en el fondo lo que se plantea dice la autora es la dialéctica entre autonomía y heteronomía en lo que concierne a las familias. No está de más recordar las palabras del Prof. Díez-Picazo, L (Prólogo a Familia y Cambio Social. De la Casa a la Persona Dra. E. Roca), año 1999 después de la publicación de los textos que modifican el Código

civil años 1981-1987 al decir que: «Con ello, podía pensarse que disponíamos de un Derecho de familia acorde con los tiempos y que con el se podía continuar viviendo tranquilamente durante al menos medio siglo. Evidentemente no fue así. Toda una serie de problemas –de retos y de fronteras– explotaron casi inmediatamente entre las manos».

A casi todo intenta poner una solución la Dra. Valpuesta ¿Cuántos han sido los problemas solucionados? ¿Y las fronteras traspasadas? ¿Y los retos alcanzados? Como muchas veces escribes esto es el inicio, pero no el fin ya que parafraseando a lo anterior «evidentemente no fue así». Porque ni debía ni podía ser.

Teodora F. TORRES GARCÍA
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

ZUMAQUERO GIL, Laura, *El derecho de acrecer entre coherederos*, ed. Dykinson, Madrid, 2011, 321 pp

La monografía constituye una tesis doctoral realizada bajo la dirección de Ana Cañizares Laso, Catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Málaga, cuya lectura puede resultar de interés para juristas tanto teóricos como prácticos.

Aborda el libro una de las figuras más necesitadas de un tratamiento actualizado en nuestro Derecho sucesorio por resultar compleja en su fundamento y efectos. Probablemente su densidad histórica, sus relaciones sistemáticas con muchas otras cuestiones de la sucesión *mortis causa* y la poca precisión de las normas que le dedica el Código han contribuido a hacerla difícil y oscura. La monografía colma los objetivos de la autora pues en sus páginas se exponen sistemáticamente las explicaciones doctrinales y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el acrecimiento, con lo que la institución en estudio queda mejor iluminada y puede ser aplicada más ajustadamente. Merece, pues, una valoración general positiva.

La obra se compone de siete capítulos dedicados respectivamente a la exposición de la evolución histórica (capítulo I); la construcción dogmática del derecho de acrecer: concepto, fundamento y naturaleza (capítulo II); el derecho de acrecer en la sucesión testada (capítulo III), intestada (capítulo IV), en la legítima, en la mejora y en el tercio de libre disposición (capítulo V); los efectos del derecho de acrecer (capítulo VI) y, finalmente, las perspectivas del derecho de acrecer en una futura reforma del derecho de sucesiones (capítulo VII). Como se puede advertir carece la obra de un tratamiento separado del Derecho autonómico y del extranjero, porque se ha tomado la decisión sistemática, acertada a mi juicio, de invocarlos como apoyo a la argumentación sobre los problemas de la regulación y aplicación de la figura en nuestro Código. Quizá cabe sugerir que hubiera sido adecuado reservar el mismo tratamiento al Derecho histórico, para poner en primer plano su función de apoyo a la interpretación de las normas del Código.

La obra no se limita a reproducir y ordenar opiniones ajenas, sino que con buen pulso y claridad expositiva argumenta sus propias tesis, incluso para sugerir determinadas reformas de los preceptos normativos que gobiernan el acrecimiento para hacerlos más precisos (p. 186). Destaca, por ejemplo, la

exposición acerca del concepto (pp. 101 a 103) y el fundamento del derecho de acrecer (pp. 127 a 130); y el tratamiento de algunas cuestiones propias del acrecimiento en la sucesión testamentaria como el llamamiento en estirpes (p. 143) y la institución en partes desiguales (p. 154). El análisis de las diferentes opiniones doctrinales alcanza la precisión necesaria propia de una obra de investigación. Por ejemplo, al tratar la opinión de Lacruz de que en caso de que la porción nueva sea más onerosa cabe repudiar el derecho de acrecer, la autora concluye con lucidez: «de seguirse esta tesis, (...), esta heterogeneidad excluiría el presupuesto de hecho que fundamenta el acrecimiento, presuponiendo de este modo que es voluntad del testador que el gravamen heterogéneo de las cuotas equivalga a una especial designación de partes y a la formación de un cuerpo de bienes separado excluyente del acrecimiento» (p. 249).

La investigadora no elude ningún punto en que el régimen del derecho de acrecer pueda presentar problemas, y quizá eso hace que la monografía contenga algunas cuestiones en las que sería posible discrepar. Enumero algunas.

En primer lugar, el alcance que se pueda dar al artículo 1016 CC. La doctora Zumaquero acepta una opinión bastante extendida según la cual el plazo de caducidad existente para el ejercicio del *ius delationis* coincidiría con el de prescripción de la acción de petición de herencia, y que ese plazo comenzaría a correr desde que se pudo aceptar, con lo que se hace teóricamente posible el juego del acrecimiento una vez transcurrido dicho lapso de tiempo sin que haya recaído aceptación ni repudiación (cfr. pp. 169-171). Sugiero que es preferible entender que entonces no cabe el derecho de acrecer. En efecto, literalmente el precepto establece que mientras estuviera viva una hipotética acción de petición de herencia, cabría la aceptación con beneficio de inventario o la petición por el llamado del plazo para deliberar. Si tenemos en cuenta que la acción petitoria empieza a correr cuando alguien contradice el derecho del llamado, y que dura treinta años según la tesis más extendida, resultaría que el transcurso de este plazo implica que todos los bienes de la herencia han sido ya adquiridos por otra persona y no existe vacante que cubrir. O dicho de otro modo, que mientras que exista vacante por falta de ejercicio del *ius delationis*, aunque el problema afecte a unos pocos bienes o derechos de los pertenecientes a la herencia, es posible la aceptación por el llamado y no juega el derecho de acrecer.

En segundo lugar, el último capítulo, cuando se refiere a la conveniencia de reformar el Código para ampliar la libertad de testar, estimo que requeriría más desarrollo por cuanto no parece que los juicios doctrinales a favor de la misma sean unánimes, ni que esta reforma venga imperada necesariamente por la evolución social. Los argumentos que se utilizan hoy contra la legítima siguen siendo básicamente los mismos que se utilizaron en los siglos XIX y XX, y así consta en buena parte de la doctrina utilizada por la autora. A mi juicio esto demuestra que no es tanto la evolución social la que impone los cambios, sino los puntos de partida y opiniones de cada autor. Asimismo, si se habla de modificaciones normativas, sería conveniente precisar si se quieren dirigir a una reducción de la cuantía de las legítimas, a un juego más amplio y flexible de las causas de desheredación o a otro tipo de cuestiones. En cualquier caso, estimo que el uso de alguna bibliografía complementaria como el magnífico estudio de María Angeles PARRA LUCÁN «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio» (*Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13, 2009, pp. 481-554), pudiera haber enriquecido esta parte de monografía.

En tercer lugar, a la autora parece evidente que el artículo 985 CC no admite la operatividad del derecho de acrecer en la mejora, pese a que admite que sería deseable un criterio contrario, y que ello resultaría más acorde con el fundamento del acrecimiento, piensa que esta solución debería contar necesariamente con la reforma del precepto (cfr. p. 219). Es verdad que la literalidad de la norma permite sostener esta tesis. No obstante, si se reconoce la falta de adaptación de este resultado a las bases técnicas del acrecimiento, ello podría haber justificado seguir interpretando, de acuerdo con la doctrina más reciente (salvo José María MIQUEL «Derecho de acrecer y mejora», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, II, Barcelona, 1993, pp. 1791 y ss.), que la falta de referencia en la misma a la mejora no implica el rechazo del derecho de acrecer cuando se den sus presupuestos. Ciertamente la voluntad del testador dará juego para ello: imagínese que el testamento instituye herederos a todos los hijos, salvo a uno al que reduce a su legítima estricta; o que se lega un bien para cubrir dicha legítima estricta, o se declara que no se deja nada en el testamento al legitimario por haber recibido su porción de legítima estricta mediante donaciones. Me parece claro que el acrecimiento se producirá en estos casos, si se dan sus otros presupuestos. Y, también que en otras ocasiones la interpretación de la voluntad del testador llevará a excluir el derecho de acrecer: tal como sucede en general con esta figura, tan dependiente de la voluntad del causante.

En cualquier caso, las particularidades de la mejora, que actúa a través de un acto atributivo, permitirían hacer, en teoría, la distinción que propuso Miquel: estimar permitido el acrecimiento en la atribución patrimonial hecha en concepto de mejora (por ejemplo el legado hecho a varios sin designación de parte), pero sin que el exceso percibido mediante el acrecimiento pueda imputarse a la mejora del legatario. Desde luego, esta sería una interpretación preferible a la que siguió la STS de 26.12.1989 (RJ 1989/8872) según la cual la vacante producida en un legado beneficia a los coherederos y no acrece a la colegataria.

Debo destacar, para concluir, la buena edición de la obra, como nos tiene acostumbrados su editorial, apenas afeada por algunas erratas y errores tipográficos menores, como la desaparición del espacio en blanco entre algunas palabras y la vacilación en el uso de mayúsculas o minúsculas en algunos términos (sobre todo: sentencia, tribunal supremo, derecho...). Cabe observar un error que afecta al sentido, aunque es fácilmente salvable en la lectura atenta: en la nota 793 (p. 258) se afirma que «existen autores que se manifiestan a favor de la operatividad del *acreimiento* para el caso de renuncia», y entiendo que debería leerse *derecho de representación*.

Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

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

AYLLÓN SANTIAGO, Héctor: «El problema de la prescripción extintiva en el ámbito de la propiedad intelectual», en *AC*, núm. 13-14, 2012.

BORETTO, Mauricio: «Relación entre Constitución y derecho privado: sus implicaciones en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico argentino», en *RGLJ*, núm. 3, 2012, pp. 395 ss.

CANTERO NÚÑEZ, Estanislao: «Vallet de Goytisolo y el arte del derecho», en *RJNot*, núm. Extra 2012, pp. 21 ss.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María: «El panorama del Derecho civil que Vallet de Goytisolo contempló», en *RJNot*, núm. Extra 2012, pp. 45 ss.

FLORES RODRÍGUEZ, Jesús y MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «Consideraciones sobre la modernización electrónica del Registro Civil mediante la Ley 20/2011, de 21 de julio», en *AC*, núm. 13-14, 2012.

GARCÍA CALDERÓN, Jesús María: «Un nuevo derecho a comprender», en *CDC*, núm. 57, 2012, pp. 141 ss.

La Comisión para la Modernización del Lenguaje Jurídico establece entre sus recomendaciones la urgente necesidad de articular en nuestro sistema actual de justicia un nuevo derecho a comprender. Esta iniciativa, completamente ajena al debate político, con la participación de todos los actores jurídicos y de la propia Real Academia Española, trata de aportar una solución urgente para un problema que ya ha sido abordado con eficacia en muchos países de nuestro entorno.

- GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel Ignacio: «De la bioética al bioderecho: retos para el jurista español», en *RGLJ*, núm. 1, 2012, pp. 7 ss.
- GARRIDO GÓMEZ, M.^a Isabel: «Criterios para medir la calidad de las leyes», en *RGLJ*, núm. 2, 2012, pp. 135 ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «Derecho. En torno a la obra de Vallet de Goytisolo», en *RJNot*, núm. Extra 2012, pp. 141 ss.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: «Eficacia en España de sentencias y transacciones derivadas del ejercicio de una *class action* en Estados Unidos», en *AFDUAM*, núm. 16, 2012, pp. 261 ss.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro: «Derecho y crisis económica», en *RJNot*, núm. Extra 2012, pp. 167 ss.
- MADRID PARRA, Agustín: «Respuestas jurídicas a la crisis financiera de 2008», en *CDC*, núm. 57, 2012, pp. 13 ss.
- En este trabajo se hace un repaso de las que son consideradas las principales causas de la crisis y de relevantes respuestas jurídicas a la misma, especialmente por lo que al mercado hipotecario se refiere.
- SOLÉ RESINA, Judith: «La prescripción en el Código civil de Cataluña», en *AC*, núm. 13-14, 2012.
- TENA ARREGUI, Rodrigo: «La doble vertiente obstaculizadora y reputacional del control de legalidad notarial», en *RJNot*, núm. Extra 2012, pp. 229 ss.
- VARELA FIGUERO, Rebeca: «El ámbito de aplicación temporal del Reglamento 44/2001, aplicación en los nuevos estados miembros de las normas relativas al reconocimiento de sentencias extranjeras: comentario a la STJUE 21 de junio de 2012, Asunto C-514/10», en *La Ley*, núm. 7976, 2012.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- ALMAGRO NOSETE, José: «Decadencia del derecho a la intimidad», en *La Ley*, núm. 7886, 2012.
- «El “honor” de la SGAE y la libertad de expresión», en *La Ley*, núm. 7931, 2012.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «La adquisición de la nacionalidad española por estudiantes extranjeros (1)», en *La Ley*, núm. 7979, 2012. 7979
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia: «Sentencia de 21 de septiembre de 2011. Legitimación del tutor para interponer una acción de divorcio en representación del incapacitado», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 413 ss.
- BERMEJO BOSCH, Reyes: «Régimen general de las transferencias internacionales de datos», en *RDNT*, núm. 29, 2012, pp. 83 ss.
- CALVO VIDAL, Isidoro Antonio: «La personalidad jurídica de la sociedad civil: déjà vu», en *La Ley*, núm. 7963, 2012.

- CAMARERO GONZÁLEZ, Gonzalo J.: «Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución», en *La Ley*, núm. 7910, 2012.
- CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «El delito de descubrimiento y revelación de secretos: (A propósito de un caso de vídeo-montaje). Comentario a la SAP Sevilla núm. 102/2012, de 23 de febrero (ARP 2012, 365)», en *RDNT*, núm. 30, 2012, pp. 194 ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: “intentos” de regulación y ninguna solución», en *RDCEP*, núm. 17, 2012, pp. 97 ss.
- DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Miguel Ángel: «Los derechos de autor de los materiales docentes», en *La Ley*, núm. 7957, 2012.
- FLORENSA I TOMÁS, Carles Enric: «La modificación del criterio de adquisición de la personalidad civil: un análisis desde el derecho civil catalán», en *InDret*, 4/2012.
- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús y MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «Consideraciones sobre la modernización electrónica del Registro Civil mediante la Ley 20/2011, de 21 de julio», en *AC*, núm. 13-14, 2012.
- FORMENTÍN ZAYAS, Yanixet Milagro: «Hacia un régimen legal de la firma electrónica en Cuba», en *RDNT*, núm. 29, 2012, pp. 111 ss.
- GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel Ignacio: «Derecho de la Unión, investigación embrionaria humana y patentes biológicas», en *RDCE*, núm. 41, 2012, pp. 161 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.
- GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, José María: «Función notarial, cláusula de nacionalidad y libre establecimiento», en *RJNot*, núm. 79, 2011, pp. 249 ss.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ: «Traducir derechos: la dignidad humana en el derecho constitucional de la comunidad internacional», en *AFDUAM*, núm. 16, 2012, pp. 91 ss.
- IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: «La intromisión del ruido en la intimidad domiciliaria: repercusiones jurisprudenciales», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2235 ss.
- LAMM, Eleonora: «Gestación por sustitución: Realidad y Derecho», en *InDret*, 3/2012.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.^a Asunción: «El principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos: el art. 49 de la nueva Ley del Registro Civil», en *AC*, núm. 15-16, 2012.
- «La nueva redacción del artículo 30 del Código civil y la creación de un archivo especial para hacer constar los fallecimientos con posterioridad a los seis meses de gestación en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil», en *RCDI*, núm. 731, 2012, pp. 1329 ss.

- «El estado civil y el principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos en la nueva Ley del Registro Civil», en *La Ley*, núm. 7886, 2012.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Olga: «Temas de actualidad a nivel Europeo en derechos de autor», en *La Ley*, núm. 7957, 2012.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Cesión incontestada de la imagen para un uso comercial distinto del autorizado», en *ACM*, 2011, núm. 4, 2011, pp. 85 ss.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional Privado español», en *RCDI*, núm. 731, 2012, pp. 1363 ss.
- NAVARRO CODERQUE, Fernando: «Implicaciones prácticas de la prenda de derechos de crédito configurada como prenda sin desplazamiento tras la reforma de la Ley Concursal introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre», en *La Ley*, núm. 7983, 2012.
- ORENES RUIZ, Juan Carlos: «Publicidad de sentencias, internet y protección de datos de carácter personal», en *RDNT*, núm. 30, 2012, pp. 69 ss.
- ORLANDO, Nicola: «Incapacidad, separación y divorcio: la reconstrucción de la voluntad presunta», en *InDret*, 3/2012.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: «El nuevo régimen de entrada, libre circulación, residencia y trabajo de ciudadanos comunitarios y “asimilados” en España, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 y el Real Decreto 1710/2011», en *RGLJ*, núm. 2, 2012, pp. 193 ss.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Registros de morosos: Derecho civil y nulidad (parcial) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de protección de datos», en *ACM*, 2011, núm. 3, 2012, pp. 81 ss.
- PÉREZ ESCALONA, Susana: «Sentencia de 12 de septiembre de 2011. Libertad de admisión en partidos políticos y derecho fundamental de asociación», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 399 ss.
- PONCE PEÑARANDA, Consuelo, MARTÍNEZ OTERO, Juan María, GARCÍA MOLINER, Lucía: «La legitimidad jurídica y deontológica del uso de cámaras ocultas en periodismo», en *RDNT*, núm. 30, 2012, pp. 21 ss.
- REQUEJO ISIDRO, Marta: «Derechos humanos y acciones colectivas», *AFDUAM*, núm. 16, 2012, pp. 313 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La prodigalidad y su problemática jurídica», en *La Ley*, núm. 7890, 2012.
- ROMÁN PÉREZ, Raquel de: «Acceso abierto a los resultados de investigación del profesorado universitario en la Ley de la Ciencia», en *La Ley*, núm. 7986, 2012.
- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, Miguel: «El derecho a la imagen y a la intimidad a raíz de la STC de 16 de abril de 2012», en *La Ley*, núm. 7990, 2012.
- SOTO GARCÍA, Mercedes: «Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH - Sentencia de 15.03.2011, Otegi Mondragón c. España, 2034/07 - “Artículo 10 del CEDH - Libertad de expresión - Límites - Delito de

- injurias contra el Jefe del Estado - Exhortación a la violencia y discurso de odio” - Los límites de la libertad de expresión en el debate político», en *RDCE*, núm. 42, 2012, pp. 575 ss.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Protección de datos personales, redes sociales y menores», en *RDNT*, núm. 29, 2012, pp. 21 ss.
- VERDA BEAMONTE, José Ramón de: «Sentencia de 20 de julio de 2011. Intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad familiar por parte de los propios familiares», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 351 ss.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar», en *RDP*, núm. 5, 2012, pp. 3 ss.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «Libertad de expresión e información: prevalencia frente al derecho al honor», en *La Ley*, núm. 7954, 2012.
- ZURILLA CARIÑANA, M.^a de los Ángeles: «Debate político, prensa rosa y telebasura en la jurisprudencia reciente», en *ACM*, 2011, núm. 11, 2012, pp. 67 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ALFONSO VELÁSQUEZ, Olga Lucía: «Protección de los consumidores y seguridad de los alimentos (Ley 17/2011, de 5 de julio)», en *RGLJ*, núm. 3, 2012, pp. 327 ss.
- ALONSO PÉREZ, M.^a Teresa: «La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho Contractual Europeo): En particular, sus diferencias con las obligaciones precontractuales de información y su función en orden a la determinación del objeto u objetos del contrato», en *InDret*, 3/2012.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Responsabilidad por daños derivados de actos legislativos», en *PDD*, núm. 108-109, 2012, pp. 114 ss.
- ARIAS POU, María: «El deber de información al consumidor en la contratación electrónica de productos de entretenimiento», en *La Ley*, núm. 7959, 2012.
- BARRIO, Natalia del: «Una visión comparatista de la buena fe contractual (I)», en *PDD*, núm. 106-107, 2012, pp. 6 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Dudas sobre los derechos de tanteo y retracto de los arrendatarios sometidos a la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *ACM*, 2011, núm. 8, 2011, pp. 17 ss.
- CABALLERO LOZANO, José M.^a: «Sentencia de 29 de febrero de 2012: Arrendamientos urbanos: daños causados al arrendatario de local de negocio por defecto en elemento común (propiedad horizontal); no es responsable el arrendador. Plazo de ejercicio de una acción: cuestión nueva; no procede», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 181 ss.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis: «El consentimiento informado», en *AC*, núm. 12, 2012.

- CARRASCO GARCÍA, Francisco Ángel: «Derecho de retracto arrendaticio de local de negocio: comentario a la STS 450/2012, de 11 de julio de 2012», en *La Ley*, núm. 7977, 2012.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Reservas de dominio sobre universalidades de bienes (stocks de vehículos) destinados a la reventa al público», en *La Ley*, núm. 7964, 2012.
- 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.
- CUESTA SÁENZ, José María de la: «Sistemas legales de actualización de las rentas arrendaticias. Estudio crítico», en *RJNot*, núm. 79, 2011, pp. 159 ss.
- DOS SANTOS MARTÍNS, Luis: «Exclusión y limitación de responsabilidad contractual: especial referencia a los contratos de tecnologías de la información», en *RDNT*, núm. 30, 2012, pp. 46 ss.
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «Sentencia de 26 de mayo de 2011. Responsabilidad de la empresa transitaria por daños en las mercancías transportadas en contenedores», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 97 ss.
- ESPINAR VICENTE, José María: «Contratación internacional y globalización: autonomía material, autonomía conflictual y marco imperativo», en *AC*, núm. 11, 2012.
- FERRER TAPIA, Belén: «El turista como usuario del servicio de transporte aéreo: normas comunitarias y convenios internacionales aplicables», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2045 ss.
- FLORES GONZÁLEZ, Begoña: «El pago del precio en el ejercicio del retracto arrendaticio rústico», en *AC*, núm. 10, 2012.
- «Los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico: principales problemas y soluciones propuestas», en *RCDI*, núm. 733, 2012, pp. 2543 ss.
- 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 CANTERO, Gabriel: «Una obra fundamental sobre responsabilidad civil», en *RJNot*, núm. Extra 2012, pp. 63 ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «Garantías financieras: las modificaciones introducidas en el Real Decreto-ley 5/2005», en *ACM*, 2011, núm. 7, 2011, pp. 49 ss.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia María Rosa: «La responsabilidad grupal o colectiva», en *RGLJ*, núm. 3, 2012, pp. 365 ss.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: «Acción colectiva de los usuarios frente a la entidad concesionaria de una autopista como consecuencia de las retenciones provocadas por una nevada (algunas consideraciones a la luz de la

- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010)», en *ACM*, 2011, núm. 6, 2011, pp. 51 ss.
- GELI FERNÁNDEZ-PEÑAFLORES, Eduardo y COLLDEFORNIS PAPIOL, Eloi: «La preferencia de los créditos futuros garantizados con prenda tras la reforma del artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal», en *InDret*, 3/2012.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: «Sentencia de 28 de julio de 2011. El privilegio especial del crédito correspondiente al leasing o arrendamiento financiero, aun cuando no se hubiese inscrito dicho contrato en el registro de Bienes Muebles», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 367 ss.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio: «Sentencia de 12 de diciembre de 2011: Archivos de actuaciones penales y prescripción de la acción civil de daños», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 93 ss.
- GONZÁLEZ POVEDA, Pedro: «Responsabilidad civil médica: aplicación del sistema de valoración de daños de accidentes de circulación», en *PDD*, núm. 106-107, 2012, pp. 68 ss.
- 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 *PDD*, núm. 108-109, 2012, pp. 14 ss.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio-Evaristo: «Ámbito material y límites de ejercicio del derecho de retención en la codificación civil de Cataluña: referencia a la incidencia de los aspectos procesales», en *InDret*, 4/2012.
- GUTIÉRREZ JÉREZ, Luis Javier: «Pérdida de la cosa usufructuada y contrato de seguro», en *PDD*, núm. 110-111, 2012, pp. 6 ss.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, M.ª del Pilar: «El Reglamento Opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación», en *DN*, núm. 265-266, 2012, pp. 9 ss.
- KELWAY, Steve: «Desarrollos recientes en la transmisión de bienes electrónicos en Inglaterra y Gales», en *RDNT*, núm. 29, 2012, pp. 133 ss.
- KOLB, Alexander y SERRANO ACITORES, Antonio: «La amortización anticipada de los préstamos participativos», en *DN*, núm. 265-266, 2012, pp. 69 ss.
- LA CASA GARCÍA, Rafael: «Sentencia del 15 de junio de 2011. Pago anticipado del crédito documentario por el banco intermediario y derecho de reembolso en la fecha del pago diferido frente al banco emisor», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 173 ss.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «Del reconocido por el Tribunal Constitucional resarcimiento integral del lucro cesante por incapacidad temporal al interpretado por el Tribunal Supremo resarcimiento ponderado por incapacidad permanente», en *ACM*, 2011, núm. 4, 2011, pp. 91 ss.
- «Sentencia de 17 de junio de 2011: Improcedencia de la calificación como donación mortis causa al producirse la transmisión inmediata de la

propiedad de las acciones donadas y mantener la donataria el poder de disposición sobre las mismas», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 411 ss.

LETE ACHIRICA, Javier: «Proceso monitorio y determinación de la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: Comentario a la STJUE de 14 de junio de 2012», en *La Ley*, núm. 7976, 2012.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier: «El crédito del fiador contra el deudor declarado en concurso», en *La Ley*, núm. 7963, 2012.

LÓPEZ MAZA, Sebastián: «Sentencia de 15 de octubre de 2011: La declaración unilateral como fuente de obligaciones y los daños derivados de la ruptura de los tratos preliminares», en *CCJC*, núm. 90, 2012, pp. 15 ss.

LORENZO-REGO, Irene: «La información alimentaria obligatoria en el Derecho de Daños por productos: comentarios a la reciente normativa europea», en *PDD*, núm. 108-109, 2012, pp. 6 ss.

LOZANO CUTANDA, Blanca: «¿El fin de la expropiación como negocio causal?: la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo del 2012 sobre la operación Chamartín», en *La Ley*, núm. 7983, 2012.

LYCZKOWSKA, Karolina Maja: «Breve análisis de la cobertura por retrasos, cancelaciones y contingencias del equipaje en un folleto de ofertas turísticas», en *ACM*, núm. 1, 2012, pp. 83 ss.

— «Sentencia de 12 de diciembre de 2011. La validez del enjuiciamiento de las cláusulas relacionadas con el objeto del contrato: la cláusula de servicefee o cargo por emisión», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 551 ss.

MARCOS FRANCISCO, Diana: «Hacia un derecho de consumo uniforme en la Unión Europea», en *AC*, núm. 12, 2012.

— «Principales novedades del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *AC*, núm. 15-16, 2012.

MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia: «El arbitraje electrónico», en *RDNT*, núm. 29, 2012, pp. 61 ss.

MARTÍN-CASALS, Miquel: «Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal (“baremo”): Líneas generales de los trabajos de la Comisión de expertos», en *InDret*, 4/2012.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: «Sentencia de 27 de abril de 2012: Arrendamiento de inmueble objeto de un derecho de superficie. ¿Puede modificarse el contenido del contrato en atención a la transformación económica del lugar de localización del inmueble?», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 361 ss.

MAYORGA TOLEDANO, M.^a Cruz: «Sentencia de 20 de junio de 2011. Acción de reclamación por resolución unilateral del contrato», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 223 ss.

MAZZILLI, Elisabetta: «La acción de *WrongfulLife* en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas», en *ACM*, 2011, núm. 10, 2012, pp. 79 ss.

- MÉNDEZ TOJO, Ramón: «Doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes», en *La Ley*, núm. 7970, 2012.
- MENDOZA LOSANA, Ana I.: «Particularidades de la contratación de servicios de telecomunicaciones por vía telefónica», en *ACM*, 2011, núm. 8, 2011, pp. 113 ss.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto y FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «Comentarios a la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico», en *AC*, núm. 17-18, 2012.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Sentencia de 28 de septiembre de 2011. Vicios del consentimiento en donaciones», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 437 ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «La Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles», en *RCD*, núm. 11, 2012, pp. 77 ss.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «Los Presupuestos de la responsabilidad concursal de los administradores sociales: cambio de orientación del Tribunal Supremo y la Audiencia Provincial de Barcelona», en *RJC*, núm. 3, 2012, pp. 745 ss.
- MÚÑOZ BENAVIDES, Carmen: «Procedimiento de venta extrajudicial de vivienda habitual hipotecada: novedades legislativas introducidas por Real Decreto-ley 6/2012», en *AC*, núm. 13-14, 2012.
- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 1969 ss.
- NAVARRO CODERQUE, Fernando: «Implicaciones prácticas de la prenda de derechos de crédito configurada como prenda sin desplazamiento tras la reforma de la Ley Concursal introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre», en *La Ley*, núm. 7983, 2012.
- NIEVA FENOLL, Jordi: «La mediación: ¿una “alternativa” razonable al proceso judicial?», en *AC*, núm. 15-16, 2012.
- NOVAL LLAMAS, Joaquín: «El derecho de información en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», en *RDBB*, núm. 126, 2012, pp. 215 ss.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Sentencia de 12 de mayo de 2011. Actualización de la renta transcurridos diez años de la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 79 ss.
- PABLOS PANÉS, Belén: «La prescripción de facturas de suministro eléctrico ¿análisis de su encaje en los distintos preceptos del Código civil?», en *La Ley*, núm. 7903, 2012.
- PALAU RAMÍREZ, Felipe: «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido», en *ACM*, 2011, núm. 4, 2011, pp. 125 ss.

- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «La mediación y las medidas cautelares», en *Indret*, 3/2012.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María: «La contratación electrónica en México», en *RDNT*, núm. 30, 2012, pp. 153 ss.
- PÉREZ GURREA, Rosana: «El contrato a favor de persona por designar: su régimen jurídico, el ejercicio de la facultad de designación y sus efectos», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2362 ss.
- PÉREZ VALLEJO, Ana María: «Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio», en *PDD*, núm. 110-111, 2012, pp. 14 ss.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M. Carmen: «Sentencia de 4 de julio de 2011. Forma del requerimiento en la resolución de la compraventa de bienes inmuebles con pago aplazado del precio», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 291 ss.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», en *ACM*, 2011, núm. 9, 2011, pp. 81 ss.
- «Sentencia de 7 de marzo de 2012: Venta de un heredero de un bien perteneciente a la comunidad hereditaria sin consentimiento de los demás coherederos», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 203 ss.
- PEDRAZA LAYNEZ, Julia: «El carácter de la responsabilidad medioambiental en la Ley 26/2007, de 23 de octubre», en *DN*, núm. 261-262, 2012, pp. 43 ss.
- QUICIOS MOLINA, M.^a Susana: «Sentencia de 15 de julio de 2011. Incumplimiento de contrato de edificación por constructora y directores técnicos de la obra. Reclamación del daño moral sufrido por los socios de la cooperativa de vivienda que encargó la obra. Inexistencia de daño moral en el caso», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 309 ss.
- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia y ALASCIO CARRASCO, Laura: «Pérdida del objeto vendido en poder del comprador no propietario: Comentario a las SSTs, 1.^a, 4.12.2008, RJ 6951 (MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) y 30.6.2011, RJ 5847 (MP: Juan Antonio Xiol Ríos)», en *Indret*, 3/2012.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Daños determinantes de responsabilidad médica», en *RGLJ*, núm. 1, 2012, pp. 29 ss.
- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Sentencia de 17 de junio de 2011. Doble cesión de derechos audiovisuales y tutela aquiliana del derecho de crédito», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 203 ss.
- RUEDA ESTEBAN, Luis: «La sucesión del fiador en España. Las nuevas tendencias de Derecho Comparado», en *RJNot*, núm. Extra 2012, pp. 203 ss.
- SANZ ACOSTA, Luis: «Daños causados por la compraventa de vehículos de segunda mano», en *PDD*, núm. 110-111, 2012, pp. 96 ss.
- SANZ POLO, Marta: «La acumulación de acciones en el proceso monitorio: obligaciones solidarias y mancomunadas», en *ACM*, 2011, núm. 11, 2012, pp. 91 ss.

- SERRANO FERNÁNDEZ, María: «Régimen jurídico de transmisión de los derechos de autor en el ordenamiento español y alemán», en *InDret*, 4/2012.
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: «Derecho Privado Comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil», en *RDCE*, núm. 42, 2012, pp. 543 ss.
- VAQUERO PINTO, M.^a José: «Sentencia de 9 de mayo de 2011. Contrato de arrendamiento de industria y abastecimiento de carburantes y combustibles, modalidad CODO», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 47 ss.
- VEGA JUSTRIBÓ, Bárbara de la: «Sentencia de 30 de junio de 2011. La transmisión del objeto asegurado y la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones del seguro de daños: revisión jurisprudencial de los presupuestos de la sucesión “ex lege” del artículo 34 de la Ley de Contrato de Seguro», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 253 ss.
- VICENTE DOMINGO, Elena: «Sentencia de 30 de abril de 2012: Concurrencia del perjudicado en la agravación del daño. Secuelas concurrentes. Daños morales complementarios», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 399 ss.
- VILALTA NICUESA, Aura Esther: «Contratación transnacional y acceso a la justicia: mecanismos de resolución electrónica de disputas», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2067 ss.
- VITERI ZUBIA, Ibon: «El reembolso anticipado en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo», en *RDP*, núm. 5, 2012, pp. 41 ss.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio: «Responsabilidad civil. Prescripción. Plazo aplicable a la acción ejercitada contra un médico que actúa como auxiliar en el cumplimiento de la obligación de la aseguradora», en *La Ley*, núm. 7954, 2012.
- «Contrato de agencia. Derecho a indemnización por resolución sin preaviso. Exige que se pruebe el daño causado», en *La Ley*, núm. 7954, 2012.
- «Validez en España de escritura pública de compraventa otorgada en Alemania», en *La Ley*, núm. 7954, 2012.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira: «Las unidades mínimas de cultivo y el Registro de la Propiedad», en *RJNot*, núm. 79, 2011, pp. 9 ss.
- ALMAGRO NOSETE, José: «La subrogación mortis causa en el contrato de inquilinato», en *La Ley*, núm. 7958, 2012.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «La titularidad de la hipoteca flotante», en *RDBB*, núm. 126, 2012, pp. 249 ss.
- ARRUÑADA, Benito: «La reforma de la responsabilidad hipotecaria», en *RCDI*, núm. 731, 2012, pp. 1259 ss.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012. Remuneración por comunicación pública de fonogramas», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 571 ss.
- «Sentencia de 3 de abril de 2012: Reproducción de página de Internet por el buscador Google», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 303 ss.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «Convenio concursal y Registro de la propiedad (RDGRN de 27 de febrero de 2012)», en *La Ley*, núm. 7883, 2012.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Reservas de dominio sobre universalidades de bienes (stocks de vehículos) destinados a la reventa al público», en *La Ley*, núm. 7964, 2012.
- CASTILLA BAREA, Margarita: «Sentencia de 9 de febrero de 2012: Uso exclusivo por un propietario de un elemento común del edificio en régimen de propiedad horizontal: tolerancia, consentimiento tácito y negación del uso exclusivo por parte de la comunidad de propietarios», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 153 ss.
- CAVALLÉ CRUZ, Alfonso: «Derechos y garantías del ciudadano en el procedimiento registral», en *RJNot*, núm. 79, 2011, pp. 11 ss.
- CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón: «Diferencia entre acuerdo para modificar la cuota de un elemento privativo y el simple acuerdo de distribución de gastos», en *RJC*, núm. 3, 2012, pp. 761 ss.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Enriquecimientos injustos y adjudicaciones inmobiliarias en procedimientos de ejecución», en *La Ley*, núm. 7953, 2012.
- Notas de urgencia sobre la paralización temporal de desahucios hipotecarios establecida en el Real Decreto-ley 27/2012», en *La Ley*, núm. 7973, 2012.
- DAVARA FERNÁNDEZ DE MARCOS, Miguel Ángel: «Los derechos de autor de los materiales docentes», en *La Ley*, núm. 7957, 2012.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 1845 ss.
- ECHVERRÍA SUMMERS, Francisco Manuel: «Sentencia de 10 de octubre de 2011. La legitimación procesal del presidente de la comunidad requiere de previo acuerdo habilitante de la Junta de propietarios», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 477 ss.
- FLORES GONZÁLEZ, Begoña: «El pago del precio en el ejercicio del retracto arrendaticio rústico», en *AC*, núm. 10, 2012.
- «Los derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario rústico: principales problemas y soluciones propuestas», en *RCDI*, núm. 733, 2012, pp. 2543 ss.
- GELI FERNÁNDEZ-PEÑAFLOR, Eduardo y COLLDEFORNIS PAPIOL, Eloi: «La preferencia de los créditos futuros garantizados con prenda tras la reforma del artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal», en *InDret*, 3/2012.

- GONZALES BARRÓN, Gunther: «Constitución y principios registrales», en *RJNot*, núm. 78, 2011, pp. 279 ss.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La constancia registral de la adscripción al culto de un inmueble», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2327 ss.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, Antonio-Evaristo: «Ámbito material y límites de ejercicio del derecho de retención en la codificación civil de Cataluña: referencia a la incidencia de los aspectos procesales», en *InDret*, 4/2012.
- GUTIÉRREZ JÉREZ, Luis Javier: «Pérdida de la cosa usufructuada y contrato de seguro», en *PDD*, núm. 110-111, 2012, pp. 6 ss.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra: el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2387 ss.
- KELWAY, Steve: «Desarrollos recientes en la transmisión de bienes electrónica en Inglaterra y Gales», en *RDNT*, núm. 29, 2012, pp. 133 ss.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael: «La ejecución de prenda en el Mercado Alternativo Bursátil (MAB) y la necesidad de requerir para ello al deudor», en *ACM*, 2011, núm. 9, 2011, pp. 45 ss.
- LÓPEZ FRÍAS, M.^a Jesús: «Una nueva reflexión sobre la singularidad jurídica de algunas propiedades inmobiliarias: especial referencia a los adarves, engalabernos y cobertizos. Cuestiones actuales y proyección de futuro», en *RCDI*, núm. 733, 2012, pp. 2567 ss.
- LOZANO CUTANDA, Blanca: «¿El fin de la expropiación como negocio causal?: la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo del 2012 sobre la operación Chamartín», en *La Ley*, núm. 7983, 2012.
- MADRID PARRA, Agustín: «Respuestas jurídicas a la crisis financiera de 2008», en *CDC*, núm. 57, 2012, pp. 13 ss.
- En este trabajo se hace un repaso de las que son consideradas las principales causas de la crisis y de relevantes respuestas jurídicas a la misma, especialmente por lo que al mercado hipotecario se refiere.
- MANZANO SOLANO, Antonio: «Investigación acerca de la publicidad registral y su estructura jurídica», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 1907 ss.
- MARTÍN BAUMEISTER, Bruno y SÁNCHEZ GRAELLS, Albert: «Algunas reflexiones en torno a las garantías pignoraticias sobre derechos de emisión de gases de efecto invernadero y su ejecución», en *RDBB*, núm. 127, 2012, pp. 191 ss.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Olga: «Temas de actualidad a nivel Europeo en derechos de autor», en *La Ley*, núm. 7957, 2012.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «De nuevo sobre la validez de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios», en *RDBB*, núm. 126, 2012, pp. 273 ss.

- MELGAREJO MORENO, Joaquín y MOLINA GIMÉNEZ, Andrés: «La gestión territorial de los recursos hídricos españoles: tensiones entre las fronteras físicas y administrativas», en *RDA*, núm. 21, 2012, pp. 61 ss.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «Sobre la adjudicación del inmueble hipotecado en pago de la totalidad de la deuda», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 1935 ss.
- MORENO FLÓREZ, Rosa María: «El “ius ad rem” y el artículo 1473 del Código civil», en *RCDI*, núm. 733, 2012, pp. 2601 ss.
- MUÑOZ BENAVIDES, Carmen: «Procedimiento de venta extrajudicial de vivienda habitual hipotecada: novedades legislativas introducidas por Real Decreto-ley 6/2012», en *AC*, núm. 13-14, 2012.
- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 1969 ss.
- NIEMI, Matti Ilmari: «El Registro electrónico de la propiedad en Finlandia», en *RDNT*, núm. 29, 2012, pp. 154 ss.
- PÉREZ RIVARÉS, Juan Antonio: «La regulación catalana del *timeshare* tras la Ley estatal 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico. Reflexiones en vísperas de la promulgación del futuro Libro sexto del Código civil de Cataluña, sobre obligaciones y contratos», en *ACM*, núm. 6, 2012, pp. 67 ss.
- PINAZO TOBES, Enrique: «La protección de la propiedad industrial por medio de medidas cautelares y diligencias preliminares», en *RCD*, núm. 11, 2012, pp. 203 ss.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «Participaciones preferentes: productos para profesionales en manos de consumidores», en *La Ley*, núm. 7970, 2012.
- REINA TARTIÈRE, Gabriel de: «El Derecho de cosas y los derechos reales», en *RJNot*, núm. 78, 2011, pp. 459 ss.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: «Protección de los terceros adquirentes y de los acreedores en los diversos sistemas transmisivos: un intento de valoración», en *RCDI*, núm. 733, 2012, pp. 2645 ss.
- RUIZ MORENO, José María: «La protección cautelar de la marca: dificultades interpretativas de una doble regulación», en *RDM*, núm. 284, 2012, pp. 227 ss.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María: «Prenda de créditos futuros y prenda en garantía de créditos futuros en el concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 17, 2012, pp. 31 ss.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Juicio al sistema español de compensación equitativa por copia privada: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a), de 2 de marzo de 2011 (“caso Padawan”)», en *ACM*, 2011, núm. 9, 2011, pp. 95 ss.
- «Enlazadores y seudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales», en *ACM*, núm. 5, 2012, pp. 91 ss.

- SÁNCHEZ PÉREZ, Luis: «La infracción del Derecho de marca a través del uso del *keywordadvertising*: aproximación al reciente posicionamiento jurisprudencial comunitario», en *RCD*, núm. 11, 2012, pp. 147 ss.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María: «Régimen jurídico de transmisión de los derechos de autor en el ordenamiento español y alemán», en *InDret*, 4/2012.
- SUÑOL LUCEA, Aurea: «El presupuesto de uso en el tráfico económico para productos o servicios en el actual derecho de marcas: ¿Un paso más hacia la protección ilimitada de las marcas?», en *InDret*, 4/2012.
- VELASCO FABRA, Guillermo José: «Régimen jurídico comunitario, concursal y tributario de la reserva de dominio», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2151 ss.
- VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: «Distribución de responsabilidad hipotecaria», en *RJNot*, núm. 79, 2011, pp. 403 ss.
- «Domicilio electrónico en la Ley de Propiedad Horizontal», en *RJNot*, núm. Extra 2012, pp. 251 ss.
- VIVES MARTÍNEZ, Gemma: «Ejecuciones hipotecarias y dación en pago, revisión jurisprudencial y problemas prácticos: dación en pago», en *La Ley*, núm. 7908, 2012.
- WILSCH, Harald: «El Registro electrónico de la propiedad en Alemania», en *RDNT*, núm. 29, 2012, pp. 141 ss.
- YÁÑEZ VIVERO, Fátima: «Cesión de bienes en concurso de acreedores e inscripción registral», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2426 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- AGUILERA RULL, Ariadna: «Sentencia de 18 de enero de 2012: Madres vulnerables y adopciones no queridas: mecanismos de reacción», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 137 ss.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia: «Sentencia de 21 de septiembre de 2011. Legitimación del tutor para interponer una acción de divorcio en representación del incapacitado», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 413 ss.
- BATUECAS CALETRÍO, Alfredo: «Separaciones de conveniencia», en *ACM*, núm. 2 2012, pp. 81 ss.
- BELTRÁ CABELLO, Carlos: «Problemas surgidos en relación al uso de la vivienda conyugal tras la disolución del matrimonio», en *La Ley*, núm. 7962, 2012.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La curatela como institución de protección en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2248 ss.
- BUSTO LARGO, José Manuel: «Sentencia de 2 de abril de 2012: Requisitos para el reconocimiento del derecho a las litis expensas cuando un cónyuge litiga contra el otro: exigencia de previa solicitud del beneficio de justicia gratuita», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 283 ss.

- CABALLOL I ANGELATAS, Lluís: «Consideraciones en torno a la constitucionalidad del art. 43 del Código de Familia de Cataluña con motivo de la sentencia del Tribunal Constitucional 21/2012, de 26 de febrero», en *InDret*, 3/2012.
- CABEZUDO ARENAS, Ana Laura: «Sentencia de 14 de julio de 2011. Compensación por trabajo doméstico. Su reconocimiento no se subordina al enriquecimiento del cónyuge deudor», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 271 ss.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana M.^a: «Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Especial referencia al resarcimiento de los daños morales», en *ACM*, 2011, núm. 6, 2011, pp. 111 ss.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «La protección de la vivienda familiar en situación de normal matrimonio en el ordenamiento jurídico civil», en *ACM*, núm. 4, 2012, pp. 73 ss.
- DUPLÁ MARÍN, M.^a Teresa: «La Regulación jurídica de las familias reconstituidas en Cataluña: del proyecto del libro 2.º del 2006 a la Ley 25/2010, de 29 de julio, de Libro 2.º del Código civil de Cataluña», en *RJC*, núm. 3, 2012, pp. 601 ss.
- FELIU REY, Manuel Ignacio: «Sentencia de 15 de noviembre de 2011: Separación *ad nutum* del partícipe en la Sociedad de Responsabilidad Limitada», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 47 ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La literatura actual sobre el Derecho de Familia», en *RJNot*, núm. 79, 2011, pp. 227 ss.
- GASPAR LERA, Silvia: «Los procedimientos de ejecución forzosa por deudas de persona casada en régimen económico de comunidad: insuficiencias técnicas y sustantivas del sistema», en *ACM*, 2011, núm. 4, 2011, pp. 45 ss.
- «Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés: Validez, eficacia y discrecionalidad judicial», en *InDret*, 3/2012.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «El derecho de los nietos a mantener relaciones personales con sus abuelos (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011)», en *RDF*, núm. 56, 2012, pp. 45 ss.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano Carlos: «Sentencia de 8 de julio de 2011: Contratos mixtos y acción directa del subcontratista de obra», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 453 ss.
- IGLESIA MONJE, M.^a Isabel: «Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar: análisis jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2298 ss.
- LAMM, Eleonora: «Gestación por sustitución: Realidad y Derecho», en *InDret*, 3/2012.
- LEGERÉN MOLINA, Antonio: «Sentencia de 30 de abril de 2012: Posibilidad de dividir materialmente la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial en base a lo establecido por el artículo 96 CC», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 377 ss.

- MAGRO SERVET, Vicente: «La extinción de la pensión compensatoria por la razón de “vivir maritalmente con otra persona”, la receptora de la misma», en *AC*, núm. 10, 2012.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «La mediación familiar en Castilla-La Mancha, a la luz del Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles», en *ACM*, 2011, núm. 5, 2011, pp. 45 ss.
- MARÍN VELARDE, Asunción: «La plasmación procesal de la regulación del Código civil sobre la ejecución de los bienes gananciales», en *ACM*, 2011, núm. 7, 2011, pp. 69 ss.
- MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa: «Consecuencias negativas de la relación pensión compensatoria-pensión de viudedad de separados y divorciados», en *RDF*, núm. 56, 2012, pp. 25 ss.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «Sentencia de 14 de junio de 2011. Alimentos para hijos menores. Devengo de la prestación cuando se reclaman en proceso judicial por ruptura de relaciones entre progenitores. Aplicación del artículo 148.1 del Código civil», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 153 ss.
- MARTOS CALABRÚS, M.^a Angustias: «La no separación de los hermanos en la crisis matrimonial o de pareja y en otras circunstancias», en *RDF*, núm. 55, 2012, pp. 27 ss.
- MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel: «Sentencia de 10 de octubre de 2011. Atribución del uso de la vivienda familiar en residencia distinta a la de la convivencia familiar durante el matrimonio», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 463 ss.
- NACLARES DEL VALLE, Javier: «La custodia de los hijos en el derecho civil de Navarra», en *ACM*, núm. 1, 2012, pp. 81 ss.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia: «La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España», en *La Ley*, núm. 7913, 2012.
- ORLANDO, Nicola: «Incapacidad, separación y divorcio: la reconstrucción de la voluntad presunta», en *Indret*, 3/2012.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código civil? Algunas referencias jurisprudenciales y legales», en *ACM*, 2011, núm. 84, 2011, pp. 25 ss.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «Sentencia de 4 de julio de 2011: Impugnación por el propio reconocedor de la filiación paterna no matrimonial determinada por medio de un reconocimiento de complacencia», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 427 ss.
- REYES GALLUR, Juan José: «Algunas consideraciones prácticas sobre los procesos de división judicial de patrimonios: herencias y gananciales», en *RDF*, núm. 55, 2012, pp. 43 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La capacidad de testar y su problemática jurídica», en *RDF*, núm. 56, 2012, pp. 289 ss.

- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel: «Panorama de la familia en la Constitución española de 1978 y su aplicación por el legislador ordinario», en *RGLJ*, núm. 2, 2012, pp. 223 ss.
- SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA, Anselmo: «Custodia compartida de los hijos en supuestos de divorcio: dictamen vinculante del Ministerio Fiscal para acordarla cuando lo solicita uno de los progenitores. Inconstitucionalidad del art. 92.8 del Código civil», en *La Ley*, núm. 7985, 2012.
- SANTOS MARTÍNEZ, Albert M.: «Efectos de la atribución de la vivienda familiar arrendada en las crisis matrimoniales», en *AC*, núm. 15-16, 2012.
- SEISDEDOS MUIÑO, Ana: «Sociedad de gananciales y sociedades cooperativas: los derechos sobre el capital y derivados en los casos de divorcio y separación (un análisis desde la ley vasca)», en *RGLJ*, núm. 3, 2012, pp. 423 ss.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Crisis de pareja, mediación familiar, y reconciliación: reseña de una oportunidad perdida», en *AC*, núm. 13-14, 2012.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «Sentencia de 19 de octubre de 2011: La posible pérdida del trabajo de la ex mujer en la empresa del ex marido no es una causa de desequilibrio económico», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 33 ss.
- VIÑAS, Dolors: «Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura.: Especial referencia a la guarda», en *InDret*, 3/2012.

DERECHO DE SUCESIONES

- ALMAGRO NOSETE, José: «La subrogación mortis causa en el contrato de inquilinato», en *La Ley*, núm. 7958, 2012.
- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan: «Pasado y futuro del albaceazgo», en *RJNot*, núm. Extra 2012, pp. 7 ss.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago: «Testamentos especiales de analfabetos, ciegos, sordos y mudos en el Derecho Romano y el Derecho español», en *RJNot*, núm. 79, 2011, pp. 71 ss.
- CERDÁ JIMENO, José: «2001: “Odisea de un Código” (en torno a un Código Sucesorio Interregional Comparado)», en *RJNot*, núm. 78, 2011, pp. 9 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Sentencia de 8 de junio de 2011. Partición hecha por contador partidor con intervención de herederos menores», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 131 ss.
- ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, Antonio de la: «Notas para un estudio sobre el derecho de acrecer», en *RJNot*, núm. Extra 2012, pp. 53 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del derecho catalán», en *RDM*, núm. 284, 2012, pp. 53 ss.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERA, M.^a Ángeles: «Objeto y alcance de la sustitución ejemplar en el Código civil», en *AC*, núm. 11, 2012.

- GARCÍA ÁLVAREZ, Belén: «Sentencia de 11 de abril de 2011. Inexistencia de factor mercantil y ausencia de perjuicios por el uso de información confidencial», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 115 ss.
- GARROTE FERNÁNDEZ-CID, Ignacio: «La influencia de las reglas sucesorias de la ley islámica en el derecho comparado. Perspectiva histórica y situación actual», en *ACM*, núm. 6, 2012, pp. 39 ss.
- HEREDIA CERVANTES, Iván: «El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones», en *La Ley*, núm. 7933, 2012.
- IRURZUN GOICOA, Domingo: «La aceptación tácita en el artículo 1000 del Código civil», en *RJNot*, núm. Extra 2012, pp. 155 ss.
- «Los supuestos de sustitución vulgar y el notario», en *RJNot*, núm. 79, 2011, pp. 279 ss.
- KARRERA EGIALDE, Mikel Mari: «Sentencia de 19 de julio de 2011. Legado de parte alícuota con asignación de bien inmueble», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 333 ss.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «La esencial revocabilidad de la dispensa de colación hereditaria», en *RCDI*, núm. 731, 2012, pp. 1291 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.
- LÓPEZ FRÍAS, M.^a Jesús: «La voluntad hipotética del testador en crisis matrimoniales sobrevenidas: estado legal y jurisprudencial», en *ACM*, núm. 5, 2012, pp. 61 ss.
- MARTÍN ARISTI, Pilar: «Sentencia de 22 de junio de 2011. Nulidad de la marca solicitada de mala fe», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 237 ss.
- MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos: «Sentencia de 14 de marzo de 2012: Ineficacia de legado. Enajenación de la cosa legada», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 237 ss.
- MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela: «Legados, revocación tácita y entrega del objeto: enajenación forzosa mediante ampliación de capital y renuncia preventiva al derecho de suscripción preferente», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2340 ss.
- OBARRIO MORENO, Juan Alfredo: «La primacía de la voluntad en el testamento bajo-medieval», en *RJNot*, núm. 78, 2011, pp. 9361 ss.
- PARDO MAYORGA, Cristina: «Algunes qüestions entorn a la preterició errònia a l'ordenament català», en *RJC*, núm. 3, 2012, pp. 677 ss.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «Ley aplicable a la sucesión "mortis causa" en la Unión Europea y creación del Certificado sucesorio europeo», en *La Ley*, núm. 7929, 2012.
- REYES GALLUR, Juan José: «Algunas consideraciones prácticas sobre los procesos de división judicial de patrimonios: herencias y gananciales», en *RDF*, núm. 55, 2012, pp. 43 ss.

- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La capacidad de testar y su problemática jurídica», en *RDF*, núm. 56, 2012, pp. 289 ss.
- RUEDA ESTEBAN, Luis: «La sucesión del fiador en España. Las nuevas tendencias de Derecho Comparado», en *RJNot*, núm. Extra 2012, pp. 203 ss.
- VICENTE DOMINGO, Elena: «Sentencia de 30 de abril de 2012: «Concurrencia del perjudicado en la agravación del daño. Secuelas concurrentes. Daños morales complementarios», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 399 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- ARROYO VENDRELL, Tatiana: «El plazo de prescripción en el derecho de marcas y la reciente doctrina jurisprudencial», en *ACM*, 2011, núm. 10, 2012, pp. 51 ss.
- BENAVIDES VELASCO, Patricia: «Sentencia de 16 de abril de 2012: Prácticas restrictivas de la competencia. Exención por categorías y acuerdos de mínimo», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 327 ss.
- FAJARDO GARCÍA, Isabel Gemma: «Las empresas de economía social en la Ley 5/2011, de 29 de marzo», en *RDS*, núm. 38, 2012, pp. 245 ss.
- FERNÁNDEZ, Cani: «Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España», en *GJ*, núm. 29, 2012, pp. 11 ss.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: «La terminación convencional en el procedimiento sancionador por conductas anticompetenciales», en *RCD*, núm. 11, 2012, pp. 35 ss.
- GARCÍA, Antón y PADILLA, Jorge A.: «Los efectos sobre la competencia de las cláusulas de Nación Más Favorecida», en *GJ*, núm. 30, 2012, pp. 40 ss.
- GARCÍA PÉREZ, Rafael: «El riesgo de confusión en el Derecho de marcas de la Unión Europea», en *ACM*, 2011, núm. 84, 2011, pp. 47 ss.
- GÓMEZ PÉREZ, Ana Cristina: «Análisis comparado sobre el régimen de gobierno de los fondos de inversión colectiva en Estados Unidos y España», en *RDBB*, núm. 127, 2012, pp. 211 ss.
- GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco Enrique: «El control de concentraciones paralelas en la Unión Europea: algunas reflexiones sobre la práctica reciente de la Comisión», en *GJ*, núm. 29, 2012, pp. 23 ss.
- GUTIÉRREZ GILSANZ: «Actos de competencia desleal de carácter duradero y prescripción de acciones», en *RDM*, núm. 284, 2012, pp. 103 ss.
- IBARRA IRAGÜEN, Jesús, y JIMÉNEZ BLANCO, Gonzalo: «Abuso de mercado: una panorámica de su normativa administrativa y penal vigente», en *RDBB*, núm. 126, 2012, pp. 49 ss.

- IRACULIS ARREGUI, Nerea: «Prácticas comerciales encubiertas», en *ACM*, 2011, núm. 4, 2011, pp. 133 ss.
- JIMÉNEZ-LAIGLESIA, Juan: «Examen de cuestiones de naturaleza práctica relativas a la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España», en *GJ*, núm. 30, 2012, pp. 26 ss.
- KOLB, Alexander, y SERRANO ACITORES, Antonio: «La amortización anticipada de los préstamos participativos», en *DN*, núm. 265-266, 2012, pp. »., en *DN*, núm. 265-266, 2012, pp. 69 ss.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos: «Regulación ambiental, mercado y competencia», en *RCD*, núm. 11, 2012, pp. 135 ss.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael: «El ilícito concurrencial por denigración tras la reforma del régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad», en *ACM*, 2011, núm. 3, 2011, pp. 47 ss.
- LÓPEZ JIMÉNZ, David: «El jurado de autocontrol en materia de publicidad interactiva: pronunciamientos frente a terceros ajenos al sistema», en *RDNT*, núm. 30, 2012, pp. 83 ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «Jueces nacionales y ayudas de Estado en la Unión Europea», en *GJ*, núm. 30, 2012, pp. 11 ss.
- RUIZ MORENO, José María: «La protección cautelar de la marca: dificultades interpretativas de una doble regulación», en *RDM*, núm. 284, 2012, pp. 227 ss.
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «La reforma institucional del Derecho de la competencia español (1)», en *La Ley*, núm. 7983, 2012.
- SÁNCHEZ GARRIDO, José Antonio: «Correlación entre infracciones y sanciones en la ley de defensa de la competencia de 1989», en *La Ley*, núm. 7985, 2012.
- SÁNCHEZ PÉREZ, Luis: «La infracción del Derecho de marca a través del uso del *keywordadvertising*: aproximación al reciente posicionamiento jurisprudencial comunitario», en *RCD*, núm. 11, 2012, pp. 147 ss.
- SANTOS ESTERAS, Iván y CHARRO NICOLÁS, Pablo: «La regulación de los oligopolios no competitivos en el sector de las telecomunicaciones», en *RCD*, núm. 11, 2012, pp. 177 ss.
- SUÑOL LUCEA, Aurea: «Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la ley de competencia desleal», en *RDM*, núm. 284, 2012, pp. 181 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- ALBA ISASI, Javier: «El aumento de capital necesario o potestativo en las fusiones por absorción», en *La Ley*, núm. 7949, 2012.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: «Sentencia de 7 de junio de 2011. Venta de acciones de sociedad anónima arrendataria y traspaso», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 115 ss.

- BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «La reforma del régimen de la representación del accionista en la Junta general de las sociedades cotizadas», en *CDC*, núm. 57, 2012, pp. 105 ss.
- CÁCERES CÁRCELES, Claudia: «Sentencia de 7 de diciembre de 2011: Acción de impugnación de los acuerdos sociales referidos a la aprobación de cuentas y a la aplicación del resultado contable», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 63 ss.
- «El ejercicio de derecho de separación del socio en caso de no distribución de dividendos. Las reformas introducidas por el art. 348 bis de la LSC», en *DN*, núm. 263-264, 2012, pp. 29 ss.
- CAMPINS VARGAS, Aurora: «Reforzamiento jurisprudencial del derecho de información de los accionistas en materia de cuentas anuales», en *RDM*, núm. 284, 2012, pp. 423 ss.
- CASTILLA CUBILLAS, Manuel: «Riesgo, información y error en la distribución de participaciones preferentes emitidas por entidades de crédito», en *DN*, núm. 265-266, 2012, pp. 49 ss.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis: «Presidente ejecutivo y gobierno corporativo de sociedades cotizadas en España: una aproximación al estado de la cuestión al hilo del reciente Libro Verde sobre Gobierno Corporativo de la Unión Europea», en *RDBB*, núm. 126, 2012, pp. 131 ss.
- DÍAZ GÓMEZ, M.^a Angustias: «La sociedad familiar de capital: reflexiones sobre su organización y la incidencia del concurso de acreedores», en *RDS*, núm. 38, 2012, pp. 199 ss.
- EMBED IRUJO, José Miguel: «Ante la regulación de los grupos de sociedades en España», en *RDM*, núm. 284, 2012, pp. 25 ss.
- ESCUI IBÁÑEZ, Irene: «El derecho de la minoría a ampliar el orden del día de la convocatoria de la Junta General de la Sociedad Anónima», en *RDM*, núm. 284, 2012, pp. 293 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «El protocolo familiar sucesorio y su ejecución societaria. Un examen especial del derecho catalán», en *RDM*, núm. 284, 2012, pp. 53 ss.
- FRADEJAS RUEDA, Olga María: «Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias». Una revisión en *CDC*, núm. 57, 2012, pp. 179 ss.
- GÁLLEGO LANAU, María: «La cesión global plural de activo y pasivo», en *RDS*, núm. 38, 2012, pp. 281 ss.
- GARCÍA GARNICA, M.^a del Carmen, y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Rafael: «Las sociedades cotizadas de inversión inmobiliaria: un nuevo instrumento impulsor del mercado inmobiliario y de alquiler en España», en *RCDI*, núm. 731, 2012, pp. 1395 ss.
- GARCÍA SANZ, Arturo: «Sentencia de 19 de diciembre de 2011: La constancia estatutaria de la retribución de los administradores sociales: interés de los socios e interés de los terceros», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 117 ss.

- «Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos», en *RDS*, núm. 38, 2012, pp. 55 ss.
- GARCÍA VIDAL, Ángel: «El control de la asistencia a la Junta de las sociedades de capital: Cuestiones competenciales», en *DN*, núm. 261-262, 2012, pp. 7 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.
- HERNADO CEBRIÁ, Luis: «La protección del socio externo en la operación acordeón», en *RDBB*, núm. 126, 2012, pp. 7 ss.
- HERRERO SUÁREZ, Carmen: «Sentencia de 7 de marzo de 2012: La irregularidad de las sociedades anónimas con objeto civil», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 219 ss.
- IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac: «La nueva regulación del derecho al dividendo en las sociedades de capital (no cotizadas)», en *DN*, núm. 263-264, 2012, pp. 7 ss.
- IRACULIS ARREGUI, Nerea: «La separación del socio sin necesidad de justificación: por no reparto de dividendos o por la propia voluntad del socio», en *RDS*, núm. 38, 2012, pp. 225 ss.
- IRIGARREN BLANCO, Miguel: «Los dividendos electivos o *scripdividends*», en *RDM*, núm. 284, 2012, pp. 141 ss.
- MAYORGA TOLEDANO, M.^a Cruz: «El problema de las participaciones preferentes: déficit regulatorio o apariencia de protección», en *ACM*, núm. 6, 2012, pp. 119 ss.
- MÉNDEZ TOJO, Ramón: «Doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes», en *La Ley*, núm. 7970, 2012.
- MORETÓN SANZ, M.^a Fernanda, LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela: «Legados, revocación tácita y entrega del objeto: enajenación forzosa mediante ampliación de capital y renuncia preventiva al derecho de suscripción preferente», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2340 ss.
- NIETO CAROL, Ubaldo: «Tipos societarios específicamente europeos», en *RJNot*, núm. 79, 2011, pp. 323 ss.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «Ejercicio del derecho de información y sociedades cerradas: (en torno a las SSTs de 30 de noviembre de 2011 y de 16 de enero de 2012)», en *AC*, núm. 17-18, 2012.
- PRATS ALBENTOSA, Lorenzo: «Participaciones preferentes: productos para profesionales en manos de consumidores», en *La Ley*, núm. 7970, 2012.
- RAMOS MUÑOZ, David: «Las participaciones preferentes y su contexto: resolviendo el sudoku», en *La Ley*, núm. 7970, 2012.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La nulidad de las adquisiciones derivativas de participaciones sociales en la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2012», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2443 ss.

- RIBAS FERRER, Vicenç: «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», en *RDS*, núm. 38, 2012, pp. 73 ss.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «La batalla de los dividendos en las sociedades de capital», en *CDC*, núm. 57, 2012, pp. 201 ss.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel: «Un apunte crítico sobre la Responsabilidad social Corporativa (RSC/RSE)», en *RDS*, núm. 38, 2012, pp. 155 ss.
- SÁEZ LACAVE, M.^a Isabel: «Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios», en *InDret*, 3/2012.
- SAGASTI AURREKOETXEA, Josu J.: «Las acciones preferentes en las sociedades cotizadas en el derecho italiano», en *RDM*, núm. 284, 2012, pp. 259 ss.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: «Autonomía y responsabilidad de las Comisiones del Consejo (Auditoría y Nombramientos y Retribuciones)», en *RDBB*, núm. 127, 2012, pp. 237 ss.
- TAPIA HERMIDA, Antonio: «Entre la proscripción y la justificación del mantenimiento de “acciones privilegiadas”, “acciones de oro” o “golden shares” por el Estado, directa o indirectamente, en empresas privatizadas», en *RDBB*, núm. 127, 2012, pp. 35 ss.
- VÁZQUEZ CUETO, José Carlos: «La reforma del Régimen de las Cuentas Anuales de la sociedad de capital en concurso», en *RDS*, núm. 38, 2012, pp. 19 ss.
- VÁZQUEZ RUANO, Trinidad: «Sentencia de 27 de octubre de 2011. Concurrencia de los cargos de consejero delegado y gerente, ¿son compatibles ambas relaciones jurídicas», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 533 ss.
- VILLACORTA HERNÁNDEZ, Miguel Ángel: «Evaluación de los requisitos para la emisión de las acciones rescatables», en *RDBB*, núm. 126, 2012, pp. 105 ss.
- VIÑUELAS SANZ, Margarita: «Sentencia de 24 de febrero de 2012: Conversión de administradores en liquidadores», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 169 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés: «Autoridad de la competencia y reguladores sectoriales en el contexto del mercado con posición de dominio: Ideas y reflexiones a partir de la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012 (asunto T-398/07, España/Comisión)», en *RCD*, núm. 11, 2012, pp. 17 ss.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «Las llamadas “pruebas de estrés” a la banca europea y su proceso de recapitalización diseñado por el Eurogrupo», en *RDBB*, núm. 127, 2012, pp. 163 ss.
- GUZMÁN ZAPATER, Clara, y LILLO ÁLVAREZ, Carmen: «La Ley de Defensa de la Competencia y las actuaciones de los colegios notariales», en *GJ*, núm. 28, 2012, pp. 23 ss.

LEÓN SANZ, Francisco José: «La reestructuración de las cajas de ahorros en la crisis del Sistema Financiero español», en *RDBB*, núm. 127, 2012, pp. 7 ss.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «La información exigida a los operadores como valor para la eficiencia del mercado de valores», en *RDBB*, núm. 126, 2012, pp. 161 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «Sentencia de 26 de mayo de 2011. Responsabilidad de la empresa transitaria por daños en las mercancías transportadas en contenedores», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 97 ss.

KOLB, Alexander, y SERRANO ACITORES, Antonio: «La amortización anticipada de los préstamos participativos», en *DN*, núm. 265-266, 2012, pp. », en *DN*, núm. 265-266, 2012, pp. 69 ss.

LÓPEZ GUTIÉRREZ, Javier: «Regulación actual del *productplacement*», en *ACM*, 2011, núm. 6, 2011, pp. 75 ss.

— «Aspectos jurídicos de las TV *movies*», en *ACM*, núm. 2, 2012, pp. 101 ss.

MARTÍ MIRAVALSS, Jaume: «Algunas reflexiones sobre el error invalidante como vicio del consentimiento en el contrato de franquicia», en *RDM*, núm. 284, 2012, pp. 399 ss.

NOVAL LLAMAS, Joaquín: «El derecho de información en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», en *RDBB*, núm. 126, 2012, pp. 215 ss.

VEGA JUSTRIBÓ, Bárbara de la: «Sentencia de 30 de junio de 2011. La transmisión del objeto asegurado y la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones del seguro de daños: revisión jurisprudencial de los presupuestos de la sucesión “ex lege” del artículo 34 de la Ley de Contrato de Seguro», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 253 ss.

DERECHO CONCURSAL

ARA, Carlos: «UTE. Efectos de la declaración de concurso de uno de sus miembros», en *ADCon*, núm. 26, 2012, pp. 105 ss.

ARANGUREN URRIZA, Francisco José: «Nuevos enfoques en la Ley Concursal introducidos por la Ley 38/2011, de 10 de octubre», en *RJNot*, núm. 79, 2011, pp. 37 ss.

AZOFRA VERAS, Fernando: «La agilización de la reestructuración del activo: “pre-pack” y procedimiento abreviado en la reforma de la Ley concursal», en *RDCP*, núm. 17, 2012, pp. 131 ss.

BONARDELL LENZANO, Rafael: «Las uniones temporales de empresas y el concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 17, 2012, pp. 51 ss.

- CABANAS TREJO, Ricardo: «Convenio concursal y Registro de la propiedad (RDGRN de 27 de febrero de 2012)», en *La Ley*, núm. 7883, 2012.
- CALATAYUD PRATS, Ignacio: «Sociedades de capital públicas locales y concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 27, 2012, pp. 137 ss.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «La concurrencia de los procedimientos tributario y concursal», en *ADCon*, núm. 27, 2012, pp. 11 ss.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando: «La contabilidad y las cuentas anuales en el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 27, 2012, pp. 9 ss.
- CARDENAL CARRO, Rafael: «Final del formulario. Sentencia de 28 de septiembre de 2010. Consecuencias de la falta de impugnación en tiempo y forma del inventario de la masa activa del concurso», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 15 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Sentencia de 17 de abril de 2012: Comunicación concursal del crédito de reembolso por pago por tercero y concurrencia con el crédito del acreedor originario», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 349 ss.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis: «El administrador concursal persona jurídica: su naturaleza jurídica en la Ley 38/2011», en *RDCP*, núm. 17, 2012, pp. 145 ss.
- CERRATO GURI, Elisabeth: «La discriminación negativa del consumidor ante la ejecución de garantías reales en la Ley concursal», en *ADCon*, núm. 26, 2012, pp. 239 ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: “intentos” de regulación y ninguna solución», en *RDCP*, núm. 17, 2012, pp. 97 ss.
- GARCÍA MANDALONIZ, Marta: «La “honda” de la legislación antimorosidad para evitar la declaración de concursos», en *RDCP*, núm. 17, 2012, pp. 67 ss.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Sentencia de 26 de marzo de 2012: Fianza y concurso: el crédito de reembolso o subrogación no puede considerarse como crédito contra la masa», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 271 ss.
- HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «Tratamiento del leasing financiero en el concurso del arrendatario», en *ADCon*, núm. 26, 2012, pp. 51 ss.
- IÑÍGUEZ ORTEGA, Pilar: «Los efectos del concurso del empresario en el sistema arbitral», en *ADCon*, núm. 27, 2012, pp. 179 ss.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo: «Efectos de la declaración de concurso sobre los convenios, los procedimientos y los laudos arbitrales», en *ADCon*, núm. 27, 2012, pp. 45 ss.
- MIRABELL GUERIN, Luis M.^a: «A vueltas con la responsabilidad concursal de los Administradores: ¿cambio de criterio? (SAP de Barcelona de 23 de abril de 2012)», en *La Ley*, núm. 7905, 2012.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «Los Presupuestos de la responsabilidad concursal de los administradores sociales: cambio de orientación del Tribunal

- Supremo y la Audiencia Provincial de Barcelona», en *RJC*, núm. 3, 2012, pp. 745 ss.
- MUÑOZ PAREDES, M.^a Luisa: «El derecho de separación de las compañías aéreas de los fondos que obran en poder de agencias de viajes declaradas en concurso obtenidos por la venta de billetes por cuenta de aquellas», en *ADCon*, núm. 26, 2012, pp. 11 ss.
- MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas: «El contrato marco de operaciones financieras en concurso», en *RDCP*, núm. 17, 2012, pp. 111 ss.
- NAVARRO CODERQUE, Fernando: «Implicaciones prácticas de la prenda de derechos de crédito configurada como prenda sin desplazamiento tras la reforma de la Ley Concursal introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre», en *La Ley*, núm. 7983, 2012.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «Los motivos de la reforma de la Ley concursal», en *RDCP*, núm. 17, 2012, pp. 23 ss.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Manuel María: «Prenda de créditos futuros y prenda en garantía de créditos futuros en el concurso de acreedores», en *RDCP*, núm. 17, 2012, pp. 31 ss.
- SANJUÁN MUÑOZ, Enrique: «El cese de los efectos de la declaración del concurso tras la aprobación del convenio con los acreedores: a propósito del auto de 14 de mayo de 2012 del Tribunal Supremo», en *La Ley*, núm. 7910, 2012.
- «La discutida autorización (1) de la administración concursal para interponer recursos en procesos concursales: una reinterpretación del precepto (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2012 y el voto particular emitido)», en *La Ley*, núm. 7950, 2012.
- VEIGA COPO, Abel B.: «Sentencia de 10 de octubre de 2011. Impugnación de la lista de acreedores por razón de calificación de crédito», en *CCJC*, núm. 89, 2012, pp. 493 ss.
- VELASCO FABRA, Guillermo José: «Régimen jurídico comunitario, concursal y tributario de la reserva de dominio», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2151 ss.
- YÁÑEZ VIVERO, Fátima: «Cesión de bienes en concurso de acreedores e inscripción registral», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2426 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «La generación de ciudad en zonas sensibles: la reducción o eliminación de espacios naturales protegidos y de espacios de la Red Natura 2000», en *RDA*, núm. 22, 2012, pp. 65 ss.
- ALLI ARANGUREN, Juan Cruz: «La Directiva 2011/92/UE, codificación del régimen de la evaluación de impacto ambiental de proyectos. Una ocasión perdida para mejorar el sistema», en *RDU*, núm. 275, 2012, pp. 127 ss.

- «La evaluación ambiental de los proyectos adoptados por acto legislativo nacional específico en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJCE de 16 de febrero de 2012)», en *RJN*, núm. 2, 2011, pp. 165 ss.
- ALONSO GARCÍA, M.^a Consuelo: «¿Hacia una articulación de licencias urbanísticas y ambientales?», en *RUE*, núm. 25, 2012, pp. 19 ss.
- ÁLVAREZ MARTÍN, Juan Antonio: «Urbanismo, suelo y vivienda. Problemas vigentes (Parte 2)», en *RDU*, núm. 275, 2012, pp. 177 ss.
- BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel: «Reversión expropiatoria y derecho transitorio», en *RUE*, núm. 25, 2012, pp. 55 ss.
- BENGOETYXEA ARRIETA, Francisco: «El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ampara la primera gran actuación de dotación del Ayuntamiento de Madrid», en *RDU*, núm. 274, 2012, pp. 105 ss.
- BENSUSAN MARTÍN, M.^a del Pilar: «El turismo religioso: régimen jurídico-administrativo. Especial consideración de factores artístico-culturales, urbanísticos y medioambientales», en *RDU*, núm. 276, 2012, pp. 93 ss.
- CANTÓ LÓPEZ, M.^a Teresa: «El régimen jurídico de los contratos territoriales del medio rural», en *RDA*, núm. 21, 2012, pp. 125 ss.
- CARRILLO MORENTE, José Antonio: «La innovación del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley de Suelo por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio. Una visión desde la perspectiva de la administración autonómica», en *RDU*, núm. 275, 2012, pp. 25 ss.
- CELI FRUGONI, Alina: «Actualidad y perspectiva de la bioseguridad de cultivos transgénicos en el sistema jurídico de Brasil», en *RDA*, núm. 22, 2012, pp. 141 ss.
- CHINCHILLA PEIONADO, Juan Antonio: «Disponibilidad de agua para nuevos desarrollos urbanos», en *RDU*, núm. 276, 2012, pp. 37 ss.
- CONDE ANTEQUERA, Jesús: «Un ejemplo práctico de relación entre sostenibilidad y justicia tributaria: la configuración de la tasa de basura desde postulados ambientales», en *RDU*, núm. 276, 2012, pp. 69 ss.
- DOMÍNGUEZ MARTÍN, Mónica: «La gestión municipal del urbanismo: las sociedades urbanísticas», en *RDU*, núm. 274, 2012, pp. 89 ss.
- FERNÁNDEZ-RUBIO HORNILLOS, Gonzalo: «Una visión jurisprudencial sobre las viviendas de protección oficial: la denegación de la calificación definitiva», en *RDU*, núm. 274, 2012, pp. 125 ss.
- GÓMEZ MANRESA, M.^a Fuensanta: «La influencia del Derecho Comunitario en la gestión cooperativista del entorno urbano», en *RDA*, núm. 22, 2012, pp. 109 ss.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Juan Felipe, MAGIDE HERRERO, Mariano: «El coste de urbanización de los sistemas generales», en *RDU*, núm. 274, 2012, pp. 13 ss.

- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía: «El Reglamento estatal de inundaciones y el avance en el enfoque holístico para la gestión de los riesgos naturales», en *RDU*, núm. 275, 2012, pp. 41 ss.
- MARTÍN VALDIVIA, Salvador, y CUESTA REVILLA, José: «La adaptación de la LOUA a la legislación estatal de suelo: un nuevo e inoportuno giro de tuerca hacia lo público. A propósito de la Ley 2/2012 de Andalucía (primera parte)», en *RUE*, núm. 25, 2012, pp. 81 ss.
- NOGUÉS GALDÓN, Héctor, y MUSTAFÁ TOMÁS, Yásser-Harbi: «La evolución del sistema de planeamiento urbanístico general y su integración en otros sectores de la acción pública: el ejemplo de las directrices definitorias de la estrategia de evolución urbana y ocupación del territorio», en *RUE*, núm. 25, 2012, pp. 115 ss.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: «Energía y medio ambiente: marco normativo y aplicación judicial», en *RDA*, núm. 21, 2012, pp. 23 ss.
- ROMERO ALOY, M.^a Jesús: «Equipamientos, dotaciones y zonas, por una necesaria clarificación conceptual», en *RDU*, núm. 276, 2012, pp. 13 ss.
- SALOM PARETS, Aina: «Reflexiones en torno a la limitación del crecimiento urbanístico: la importancia del factor poblacional. Referencias al *urban sprawl* en el marco del derecho urbanístico de los Estados Unidos de Norteamérica», en *RUE*, núm. 25, 2012, pp. 165 ss.
- SERENO ROSADO, Amparo: «Las confederaciones hidrográficas tras diez años de Directiva Marco de Aguas: el caso de la demarcación hidrográfica del Cantábrico oriental», en *RDA*, núm. 21, 2012, pp. 155 ss.
- SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «El tratamiento de las vías pecuarias en los procesos de gestión urbanística», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2472 ss.
- TARDÍO PATO, José Antonio: «Suficiencia y disponibilidad de agua para los desarrollos urbanísticos y la ineludible coordinación entre la planificación hidrológica y la planificación del territorio», en *RDA*, núm. 22, 2012, pp. 21 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, y LIÑÁN, Patricia: «Crítica a la jurisprudencia europea sobre imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales», en *REDE*, núm. 43, 2012, pp. 229 ss.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier: «El respeto a la diversidad lingüística a través del art. 22 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 43, 2012, pp. 185 ss.
- CANO PALOMARES, Guillem: «La existencia de un perjuicio importante como nueva condición de admisibilidad tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 14 al CEDH», en *REDE*, núm. 42, 2012, pp. 49 ss.

- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Luis: «Presidente ejecutivo y gobierno corporativo de sociedades cotizadas en España: una aproximación al estado de la cuestión al hilo del reciente Libro Verde sobre Gobierno Corporativo de la Unión Europea», en *RDBB*, núm. 126, 2012, pp. 131 ss.
- FABIO, Udo di: «El mandato respecto a la integración europea y sus límites», en *REDE*, núm. 43, 2012, pp. 9 ss.
- GARCÍA, Antón, y PADILLA, Jorge A.: «Los efectos sobre la competencia de las cláusulas de Nación Más Favorecida», en *GJ*, núm. 30, 2012, pp. 40 ss.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «¿Qué haremos con Rusia?: un reto para la Unión Europea, y algunos aspectos comparativos», en *AC*, núm. 17-18, 2012.
- GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel Ignacio: «Derecho de la Unión, investigación embrionaria humana y patentes biológicas», en *RDCE*, núm. 41, 2012, pp. 161 ss.
- GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto: «¿Fundamentalismo constitucional en Luxemburgo?. El Tribunal de Justicia y los límites de la autonomía del sistema jurídico de la Unión Europea a la luz del Dictamen 1/09», en *REDE*, núm. 42, 2012, pp. 251 ss.
- GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco Enrique: «El control de concentraciones paralelas en la Unión Europea: algunas reflexiones sobre la práctica reciente de la Comisión», en *GJ*, núm. 29, 2012, pp. 23 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «Interpretación jurisprudencial del Reglamento n.º 261/2004 sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos», en *GJ*, núm. 30, 2012, pp. 51 ss.
- JIMÉNEZ-LAIGLESIA, Juan: «Examen de cuestiones de naturaleza práctica relativas a la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España», en *GJ*, núm. 30, 2012, pp. 26 ss.
- LETE ACHIRICA, Javier: «Proceso monitorio y determinación de la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: Comentario a la STJUE de 14 de junio de 2012», en *La Ley*, núm. 7976, 2012.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique J.: «Restricciones comerciales por razones éticas: la prohibición de la Unión Europea a la importación de productos derivados de las focas», en *REDE*, núm. 42, 2012, pp. 25 ss.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David: «Jueces nacionales y ayudas de Estado en la Unión Europea», en *GJ*, núm. 30, 2012, pp. 11 ss.
- SOTO GARCÍA, Mercedes: «Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH - Sentencia de 15.03.2011, Otegi Mondragón c. España, 2034/07 - Artículo 10 del CEDH - Libertad de expresión - Límites - Delito de injurias contra el Jefe del Estado - Exhortación a la violencia y discurso de odio - Los límites de la libertad de expresión en el debate político», en *RDCE*, núm. 42, 2012, pp. 575 ss.
- TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: «Derecho Privado Comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil», en *RDCE*, núm. 42, 2012, pp. 543 ss.

TRONCOSO REIGADA, Antonio: «Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales», en *REDE*, núm. 43, 2012, pp. 25 ss.

VARELA FIGUERO, Rebeca: «El ámbito de aplicación temporal del Reglamento 44/2001, aplicación en los nuevos estados miembros de las normas relativas al reconocimiento de sentencias extranjeras: comentario a la STJUE 21 de junio de 2012, Asunto C-514/10», en *La Ley*, núm. 7976, 2012.

DERECHO PROCESAL

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *RJNot*, núm. 79, 2011, pp. 117 ss.

FERNÁNDEZ-GALLARDO, Javier Ángel: «Competencia resolutoria del Secretario Judicial en el actual marco normativo de la jurisdicción voluntaria», en *InDret*, 3/2012.

MOLINER TAMBORERO, Gonzalo: «Fuerza vinculante de las sentencias de casación: referencia especial a las dictadas e unificación y doctrina», en *RPJ*, núm. 93, 2012, pp. 4 ss.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: «Eficacia en España de sentencias y transacciones derivadas del ejercicio de una *classaction* en Estados Unidos», en *AFDUAM*, núm. 16, 2012, pp. 261 ss.

LETE ACHIRICA, Javier: «Proceso monitorio y determinación de la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: Comentario a la STJUE de 14 de junio de 2012», en *La Ley*, núm. 7976, 2012.

MARCOS FRANCISCO, Diana: «Principales novedades del Real Decretoley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *AC*, núm. 15-16, 2012.

MARTÍN NARROS, Héctor Daniel: «Los *antisuitinjunctions* (medidas cautelares antijuicio) en Derecho estadounidense», en *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 2165 ss.

MIRA ROS, Corazón: «Nuevos retos para la Administración de Justicia ante el avance de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información», en *RJNot*, núm. Extra 2012, pp. 183 ss.

NIEVA FENOLL, Jordi: «La mediación: ¿una “alternativa” razonable al proceso judicial?», en *AC*, núm. 15-16, 2012.

VARELA FIGUERO, Rebeca: «El ámbito de aplicación temporal del Reglamento 44/2001, aplicación en los nuevos estados miembros de las normas relativas al reconocimiento de sentencias extranjeras: comentario a la STJUE 21 de junio de 2012, Asunto C-514/10», en *La Ley*, núm. 7976, 2012.

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
ACM	Aranzadi Civil-mercantil
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
RdPat	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

InDret www.indret.com
Diario La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN**

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*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doctrina del abuso de Derecho. Caracteres generales.—El Tribunal Supremo se remite a su sentencia de 1 de febrero de 2006 (rec. núm. 1820/2000) para recordar la jurisprudencia relativa a la doctrina del abuso de Derecho.

Esta se basa en la existencia de unos límites impuestos al ejercicio de los derechos, límites de orden moral, teleológico y social.

Se trata de una institución de equidad que, para poder ser apreciada, exige la verificación de que la conducta valorada cumple los siguientes requisitos: (1) aparentemente es correcta pero representa, en realidad, una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna; y (2) genera unos efectos negativos, normalmente daños y perjuicios.

Además, de la base fáctica debe resultar patente (a) una circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo); y (b) una circunstancia objetiva de exceso en el ejercicio del derecho (anormalidad en el ejercicio del derecho).

Doctrina del abuso de Derecho. Aplicación a la propiedad horizontal.—El abuso de derecho se traduce en este ámbito en que una comunidad o un propietario usa una norma con mala fe, en perjuicio de otro u otros copropietarios, sin que por ello obtenga un beneficio amparado por la norma.

En conclusión, la conducta calificada como abusiva no debe fundarse en una justa causa y su finalidad no es legítima. (STS de 24 de octubre de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor, copropietario en un régimen de propiedad horizontal, interpuso demanda contra otro comunero, en la que solicitaba la declaración de ilegalidad de unas obras llevadas a cabo por el demandado en una terraza común de uso privativo sin el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por falta de legitimación activa.

La Audiencia Provincial, si bien estimó en parte el recurso de apelación, confirmó en esencia la sentencia de instancia. Y así, aunque afirmó que el actor estaba legitimado activamente y que las obras necesitaban para su validez el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios por afectar a elementos comunes, desestimó la acción porque consideró que la conducta del actor suponía la expresión de un trato desigual y discriminatorio, contrario a la buena fe y abusivo de derecho. El tribunal basaba su apreciación en que el actor dirigió su acción exclusivamente contra el demandado cuando existía una construcción en otro de los áticos del edificio realizada por otro copropietario, después de la ejecutada por el demandado y antes de la interposición de la demanda origen del presente pleito.

El Tribunal Supremo no comparte la aplicación que la Audiencia realiza de la doctrina del abuso del derecho por las siguientes razones: (1) considera el Alto Tribunal que el demandante ha hecho uso de un derecho que le otorga la Ley de Propiedad Horizontal en beneficio, no sólo propio, sino de la comunidad de propietarios; (2) la decisión de dirigir su acción contra un copropietario por la realización de actos no amparados por la ley, no supone una anormalidad en el ejercicio de la acción que puede ejercitar conforme a la LPH; (3) no se ha acreditado que el fin perseguido con la demanda fuera el de perjudicar a otro copropietario, sino, por el contrario, que el actor busca un fin amparado por la norma tendente a evitar que los elementos comunes de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal puedan verse alterados por la simple voluntad de un copropietario.

NOTA.—La presente sentencia se ocupa del abuso de derecho desde una perspectiva general y desde una perspectiva particular (la que le proporciona el ámbito de la propiedad horizontal, en el que se sitúa el origen del litigio).

Situándonos en la perspectiva general, puede afirmarse que la sentencia analizada no se separa de lo que viene siendo una doctrina jurisprudencial constante: en efecto, la explicación de la doctrina del abuso de derecho reproduce casi literalmente la STS de 14 de febrero de 1944 (Ref. 293 del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1944). La sentencia citada, junto con la tesis doctoral de Calvo Sotelo (*La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, 1917) son el origen jurisprudencial y doctrinal, respectivamente, de dicha doctrina, que actualmente se plasma en el artículo 7.2 CC.

Pasando a la perspectiva particular, esto es, al abuso de derecho en la propiedad horizontal, es importante poner de manifiesto que nos encontramos ante uno de los ámbitos en los que suele ser más habitual la alegación del abuso de derecho sin que ello signifique que el Tribunal Supremo aprecie su existencia habitualmente (como ponen de manifiesto Gómez Laplaza: «Abuso del Derecho», en *Revista de Derecho Privado*, 2006, núm. 4, p. 43; y Martínez Velencoso: «El abuso del derecho y la propiedad horizontal: criterios jurisprudenciales y nuevas tendencias legislativas», en *Actualidad Civil*, 1999, p. 1111). Martínez Velencoso, en el trabajo citado, clasifica los casos en dos grupos: (1) casos en que una minoría de copropietarios impugnan acuerdos adoptados por mayoría, siendo necesaria la unanimidad, planteándose en estos casos si la minoría está ejerciendo su derecho de forma abusiva [*vid.* artículo 18.1 c) LPH, tras su reforma, que declara expresamente impugnables los acuerdos adoptados con abuso de derecho]; y (2) casos de obras en elementos comunes realizadas por un copropietario sin el consentimiento unánime de la Comunidad. En este segundo grupo de casos, que es en el que se sitúa la sentencia analizada, el abuso del derecho suele invocarlo el comunero que ha realizado las obras, frente a la negativa de la Comunidad de autorizárselas: esto es, se aduce que, aunque la ley exige el acuerdo unánime de la Comunidad para la ejecución de este tipo de obras, la Comunidad estaría abusando del derecho que le otorga la ley a oponerse a dicho tipo de obras. En el ámbito concreto del cerramiento de terrazas, los tribunales han apreciado abuso de derecho por parte de la Comunidad cuando esta no va a obtener ningún beneficio de la reposición de las terrazas a su estado original; además, también han permitido los cerramientos si la Comunidad los había permitido a ciertos propietarios y denegado a otros (*vid.* Pastor Álvarez: *La realización de obras por la comunidad en los elementos o servicios comunes de los edificios*, 2001, pp. 32 y 33).

Lo relevante del presente supuesto es, por un lado, que se invoca el abuso del derecho frente a otro comunero, no frente a la comunidad; y, por otro lado, que la razón en la que se basa la defensa no es el ejercicio abusivo del derecho del demandante a oponerse al acuerdo votado en la correspondiente Junta de Propietarios, sino el ejercicio abusivo de su derecho a interponer la acción contra un copropietario por actos no amparados por la ley, existiendo otro comunero que ha ejecutado una obra en otro de los áticos del edificio también sin consentimiento unánime y antes de que el actor interpusiera la demanda. (B. G. F.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho a la intimidad personal y familiar. Definición.—Se trata de un derecho cuyo reconocimiento tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o personas particulares. Atribuye así a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal, sino también familiar, frente a su divulgación por terceros y a la publicidad no querida, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (entre otras, SSTC 311/1988 y 197/1991).

Derecho a la propia imagen. Definición.—De acuerdo con el Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 139/2001, 83/2002 y 14/2003), el derecho a la propia imagen se caracteriza como un derecho a la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública, y a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde.

Libertad de información. Concepto.—Según el Tribunal Supremo, este derecho, regulado en el artículo 20.1.a) y d) CE, comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.

Limitación del derecho a la intimidad personal y familiar por la libertad de expresión y de información.—De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 6 de noviembre de 2003 y 16 de enero de 2009), en caso de conflicto entre estos dos derechos, se debe realizar una ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. Esta ponderación requiere valorar, en primer lugar, en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión, lo que lleva a afirmar la primacía de la libertad de información, como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (SSTC 134/1999 y 52/2002). En segundo lugar, se ha de valorar el peso relativo de los derechos en colisión, para lo que se han de tener en cuenta cuatro aspectos: (i) 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, o se trata, simplemente de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (entre otras, SSTC 143/1999 y 115/2000 y SSTS de 5 de abril de 1994, 7 de diciembre de 1995, 8 de julio de 2004 y 21 de abril de 2005); (ii) si la información es veraz, lo que requiere una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia, de acuerdo con pautas profesionales (STC 139/2007); (iii) la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad; (iv) si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de com-

portamiento en relación con su ámbito íntimo que permitan entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003).

Primacía del interés del menor sobre el derecho a la información.— Afirma el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (SSTS de 7 de julio de 2004 y 29 de junio de 2009) que los criterios generales de interés informativo, veracidad y proporcionalidad no se tienen en cuenta cuando la información publicada se refiere a un menor de edad. En tal caso, prima el interés del menor, pues, como consagra el Tribunal Constitucional (SSTC 134/1999, 127/2003 y 158/2009), este es objeto de una protección especial en materia de estos derechos, consagrada en el plano nacional (LO 1/1996) e internacional (véase, entre otros, el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966).

Protección del menor independiente del momento de la publicación.— Según el Tribunal Supremo, lo que se considera ilegítimo es la utilización de imágenes en las que se encuentre un menor, con independencia del momento en que se publiquen; esto es, siendo todavía menor de edad o ya mayor. (STS de 6 de septiembre de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.— En junio de 2005, la revista *Interviú* publicó unas fotografías de doña A. en *top less*. Doña A. ejercitó la acción de protección de del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, alegando que las fotografías habían sido tomadas en el año 2004, sin su consentimiento y en un momento en que todavía era menor de edad. La demanda fue desestimada en primera instancia, frente a lo que la demandante interpuso recurso de apelación. Este fue estimado por la Audiencia Provincial, quien consideró que la publicación atentaba contra los derechos de la demandante, puesto que no se trataba de un personaje con notoriedad pública ni el hecho era de relevancia pública; condenó consiguientemente a la publicación al pago de una indemnización de cien mil euros. La revista demandada interpuso entonces recurso de casación, alegando, por un lado, la infracción del artículo 20 CE, por no haber atendido la sentencia de instancia al interés informativo de la noticia publicada y, por otro lado, el monto excesivo de la indemnización concedida. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación en lo relativo a la indemnización, que reduce a la mitad, en vista de las circunstancias del caso.

NOTA.— En relación a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el caso de los menores de edad, resulta interesante consultar la Instrucción de la Fiscalía 2/2006, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores (A. M. M.)

3. Títulos nobiliarios. Principio de preferencia de línea en la sucesión de títulos nobiliarios. Igualdad de los hijos legitimados por matrimonio con los hijos legítimos. Improcedencia en el caso de la aplicación retroactiva de la Ley 33/2006 sobre Igualdad del Hombre y la Mujer en la Sucesión de Títulos Nobiliarios.— La equiparación de los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio a los legítimos, a efectos de la sucesión en

los títulos nobiliarios, ha sido reiteradamente declarada por la jurisprudencia de la Sala (SSTS de 7 diciembre 1988 y de 29 diciembre 1998), con fundamento en el Derecho histórico y, en especial, en la Partida IV. De ahí que, reconocido al actor el mismo derecho a suceder que tendría un hijo legítimo, el objeto del pleito se limita a determinar el mejor derecho de la línea correspondiente, siendo siempre preferente la línea descendente a la colateral. No es de aplicación la Ley 33/2006, pese a que, cuando entra en vigor, aún no existía sentencia civil firme, pues el núcleo del debate no es la aplicación del principio de varonía, o de preferencia del hombre sobre la mujer, sino el de la línea que debe ser llamada a la sucesión en primer término, máxime cuando la cesión del título se hizo con salvaguarda expresa del eventual mejor derecho de tercero, como es el caso al ser el actor impugnante hijo del cedente y, por tanto, tener preferencia para suceder en la dignidad reclamada. (STS de 28 de octubre de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El demandado don Carlos Miguel había cedido su título nobiliario a su hermana mayor, doña María José, por Carta de 1970 y «sin perjuicio de tercero de mejor derecho». Un año antes había tenido un hijo fuera de su matrimonio, al que no reconoció. En 1977, ya anulado su primer matrimonio, don Carlos Miguel contrajo nupcias con la madre de su hijo, obteniendo este último el reconocimiento de la paternidad de su progenitor, quedando inscrito en el Registro Civil como hijo legitimado por subsiguiente matrimonio, con el nombre de Norberto. En 2006 don Norberto interpuso demanda contra don Carlos Miguel y doña María José, solicitando la nulidad de la cesión del título efectuada por su padre a favor de su tía, así como se declarase su mejor derecho para suceder en el mismo. Don Carlos Miguel se allanó a la demanda, y doña María José se opuso. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda al considerar que el actor, en su condición de hijo legitimado por matrimonio de sus padres, quedaba equiparado a los hijos legítimos, sin que la cesión del título operada antes de la adquisición de dicho estatus jurídico pudiera perjudicar su mejor derecho a suceder en el mismo. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación de la demandada y desestimó la acción. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación planteado por el actor. (*L. A. G. D.*)

4. Dimensión de los derechos fundamentales de asociación y de participación en los asuntos públicos. Denegación de la admisión de afiliados a partidos políticos.—Dentro del derecho de auto-organización de los partidos políticos se debe entender comprendida la facultad de rechazar las solicitudes de afiliación de quienes no compartan su ideario o se entienda que por sus comportamientos previos pudieran perjudicar al partido. Por tanto, la exigencia de carácter democrático en la estructura y funcionamiento de los partidos y el derecho fundamental de asociación no implican la obligación de estos de admitir de manera automática a todo ciudadano que lo solicite. Lo contrario, generaría un riesgo patente de operaciones planificadas de solicitudes de admisión con el fin de destruir el partido o de desvirtuar el ideario de este. Por su parte, el derecho fundamental de participación en los asuntos

públicos no se puede entender menoscabado por el ejercicio por el órgano competente del partido político de un control sobre las solicitudes de afiliación. Y ello porque dicho control no supone una privación de la posibilidad de votar en las elecciones para ejercer indirectamente este derecho de participación, por medio de representantes, ni tampoco priva de la posibilidad de crear libremente partidos políticos, en cumplimiento de la CE y la ley. En definitiva, a la hora de valorar en sede judicial la existencia de una base razonable en la decisión acerca de la (in)admisión de nuevos afiliados, se entiende que no resulta irrazonable que el partido rechace la solicitud para evitar afiliaciones que perjudiquen el funcionamiento de este y, con ello, su consideración por el electorado, cuando dicha negativa a la admisión no se basa en algún tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo o religión, prohibidas por el artículo 14 CE. **(STS de 12 de septiembre de 2011;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Los once demandantes solicitan que se declare que la inadmisión de sus solicitudes de afiliación al Partido Político A, parte demandada, supusieron una vulneración de sus derechos fundamentales de asociación y de participación en los asuntos públicos, que se declarasen nulas de pleno derecho las resoluciones del partido desestimando sus solicitudes de admisión y, a consecuencia de lo anterior, que se les considerase afiliados a dicho partido.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Salamanca de 3 de diciembre de 2007 desestima dicha demanda, por entender que ni el derecho de asociación ni el derecho a participar en asuntos públicos comportan la obligación inexcusable por parte de las asociaciones y partidos políticos de tener que aceptar la afiliación de cualquier persona que lo solicite. Entiende que la decisión de no admitir a los actores como afiliados no infringió ninguno de estos derechos, ya que fue adoptada por un órgano competente, según los estatutos del partido y de manera no arbitraria, porque se fundamentó en la actuación contraria a dichos estatutos por parte de los demandantes, al haber formado parte activa de una asamblea del partido, ejerciendo derechos propios de los afiliados, sin tener aún dicha condición.

Asimismo, la sentencia de apelación, dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca de 17 de septiembre de 2008, desestimó el recurso de apelación planteado por los demandantes, confirmando con ello la sentencia de instancia.

El recurso de casación interpuesto por los demandantes es igualmente desestimado.

NOTA.—En esta sentencia el Tribunal Supremo hace suya la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la libertad de organización de las asociaciones y los consiguientes límites a la fiscalización o control judicial de sus decisiones, todo ello con base en el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 CE y en el derecho a participar en los asuntos públicos, previsto en el artículo 23 CE, a la vez que repasa su propia jurisprudencia en la que se tratan estas cuestiones (entre otras, SSTC de 11 de abril de 2011, [n.º 42/2011]; 22 de noviembre de 1988 [n.º 218/1988], y de 14 de marzo de 1983 [n.º 19/1983]; y SSTs de 13 de julio de 2007 [n.º 2940/02] y de 5 de octubre de 2009 [n.º 552/06]). En la juris-

prudencia hasta ahora recaída se parte de la base de que el principio de igualdad en la aplicación de la ley no rige en las admisiones y expulsiones de socios de las asociaciones, por ser aplicable únicamente a la actuación de los poderes públicos, concepto en el que no cabe encuadrar a los partidos políticos, que son tenidos por asociaciones, aunque de carácter especial. Sin embargo, y aún cuando la decisión de admisión o expulsión de afiliados de un partido político se trata de un juicio de valor, con cierto carácter discrecional, debe tener en todo caso una base razonable, que sí va a poder ser verificada por el juez ante la impugnación por los interesados. Pues bien, la importancia de la presente sentencia radica en la especificación del concepto de «*base razonable*», que existirá siempre y cuando la decisión de no admitir a un socio se base en tratar de evitar afiliaciones que vayan en perjuicio del funcionamiento del partido. (G. M. A.)

5. Cooperativas. Responsabilidad de los socios por los gastos efectuados en la construcción de las viviendas.—Conforme a la doctrina que recoge la STS 219/2008, de 30 de enero, los cooperativistas, como copromotores, deben las cantidades pendientes que la cooperativa está obligada a pagar a la constructora por las obras. Sobre el tipo de responsabilidad existente, la regla que establece la mancomunidad no es imperativa y puede ser alterada por los acuerdos de las partes, que deben ser objeto de interpretación en cada caso concreto (STS 553/2008, de 18 de junio).

El contrato entre la constructora y el consejo rector no es para los cooperativistas *res inter alios acta*. El consejo rector es un órgano de administración colegiado y actuó como tal en el otorgamiento de un contrato para la construcción de las viviendas, que era el objeto de la cooperativa. Además, aunque los socios no hubieran ratificado expresamente dicho contrato, sería de aplicación el artículo 1259.2 CC, porque existiría una ratificación tácita, es decir, un comportamiento convalidante de los socios al aceptar la obra terminada que correspondía a cada uno. (STS de 12 de diciembre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En 1986, la constructora S. y la Cooperativa de viviendas de UPM firmaron un contrato para la construcción de 28 viviendas de protección oficial, en el que la cooperativa se comprometía a pagar las obras con sus fondos propios y la constitución de una hipoteca, y respecto a las responsabilidades por incumplimiento de los pagos, se estableció la cláusula que «todo caso la Cooperativa garantiza las cantidades desembolsadas y no recuperadas con la responsabilidad del Consejo rector, solidario con todos los socios». Las obras se realizaron, pero la Cooperativa quedó a deber unas importantes cantidades a S. Se emitió en 1996 un laudo en el que se condenaba a la Cooperativa a pagar cierta cantidad.

En 1994, la Asamblea general de la Cooperativa acordó disolverla y nombrar liquidadores, por haberse cumplido el objeto social para el que fue constituida, puesto que se habían ya adjudicado las viviendas a los cooperativistas. Cada uno conocía la deuda pendiente, y a pesar de ello, se produjo la adjudicación sin recabar la

aportación de cantidades en cuantía suficiente para pagar las deudas pendientes.

La Cooperativa no cumplió la obligación de pago, por lo que S. demandó a la Comisión liquidadora en la persona de los socios que la componían; a los socios integrantes del consejo rector de la cooperativa y a los propios socios, solicitando que se les condenara solidariamente a pagar la cantidad a que había condenado el laudo arbitral.

Dicha demanda es desestimada en primera instancia. S. apeló la sentencia, que fue revocada por la Audiencia Provincial. Se interpusieron diversos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, siendo inadmitidos todos los recursos por infracción procesal y parte de los de casación, y desestimados por el Tribunal Supremo los tres recursos de casación admitidos a trámite. (F. J. J. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. El incumplimiento resolutorio.—En las obligaciones recíprocas, para proceder a la resolución por la parte que cumplió o incumplió justificadamente, es preciso que el incumplimiento revista cierta gravedad. Para que exista ese incumplimiento, debía concurrir una voluntad deliberadamente rebelde del deudor. Sin embargo, algunas sentencias han abierto la vía a una matización de este principio, bien presumiendo que esta voluntad se demostraba por el hecho mismo del impago del precio asumido, bien por una frustración del fin del contrato sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren las legítimas aspiraciones de la contrapartes, bien exigiendo que la conducta del incumplidor sea grave (SSTS de 18 de octubre de 1993, de 18 de noviembre de 1994, y de 13 de mayo de 2004, entre otras).

La regla *in illiquidis non fit mora*.—La aplicación de esta regla debe ser sometida al criterio de razonabilidad para decidir acerca de la procedencia de condenar o no al pago de intereses. La jurisprudencia actual rechaza el automatismo en la aplicación de este principio, a la vez que se valora la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama (SSTS de 16 de noviembre de 2007, 22 de julio y 11 de septiembre de 2008, entre otras).

Por otro lado, si bien como regla en nuestro sistema el pago de las deudas de suma de dinero sigue una orientación nominalista, la necesidad de resarcir íntegramente el daño y evitar enriquecimientos injustos es determinante para admitir que la indemnización de daños y perjuicios constituye una deuda de valor. El perjudicado por el daño debe ser resarcido del quebranto inferido en su valoración dineraria no por la suma en que se evaluó el mismo cuando se produjo, sino por la equivalencia al momento del pago o resarcimiento, teniendo en cuenta el quebranto devaluatorio de la moneda o instrumento dinerario, sobre todo cuando entre ambos actos, el de producción del daño y el del pago, ha transcurrido un cierto lapso de tiempo relevante.

La doctrina de los actos propios.—El Código civil no recoge una norma específica que se refiera de forma expresa a la prohibición de actuar contra los actos propios. No obstante, doctrina y jurisprudencia coinciden en que la

clásica regla «*venire contra factum proprium non valet*» constituye una manifestación del principio de buena fe que, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, impone el artículo 7 CC. Se protege 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 y después se produce un comportamiento contradictorio. La aplicación de esta doctrina exige los siguientes requisitos: 1) existencia de una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias; 2) que tal conducta tenga una significación e inequívoca e incompatible con la posterior; 3) que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables.

El enriquecimiento injusto.—Nuestro ordenamiento positivo no regula de forma específica el enriquecimiento injusto, aunque el Código civil se refiere al mismo en el artículo 10.9 para la determinación de la norma de conflicto aplicable en Derecho internacional privado y contiene diversas manifestaciones de tal regla —como las previstas en los artículos 1145 y 1158 CC—. Esto no ha sido obstáculo para que fuera reconocido como fuente de obligaciones por la jurisprudencia, que ha aplicado las reglas básicas de «nadie debe enriquecerse en detrimento de otro» y «nadie debe obtener lucro del daño ajeno».

Ahora bien, el enriquecimiento sin causa no permite una revisión del resultado, más o menos provechoso para una de las partes, de los negocios llevados a cabo en relación con otras por razón de que hayan generado un incremento patrimonial que pueda entenderse desproporcionado con la contraprestación efectuada por la otra parte. Los desequilibrios contractuales no pueden ser remediados por medio de la doctrina del enriquecimiento injusto, ya que se trata de un remedio residual, subsidiario, en defecto de acciones específicas. (STS de 18 de octubre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos.]

HECHOS.—Don A era propietario de la finca X, de una extensión de 210 hectáreas de la que tan solo se explotaban unas 30 de cereales. Don B era propietario de maquinaria apta para la transformación del terreno. El 23 de diciembre de 1985 ambos suscribieron un contrato que preveía, en lo esencial, la obligación de don B de: a) llevar a cabo en la finca indicada una plantación de almendros en hasta 60 hectáreas, siempre que fuera rentable, en un período de dos años; b) ejecutar un sondeo o pozo para regadío; c) proceder a la reparación de una construcción ubicada en la finca. Como contraprestación, don B recibiría en propiedad la mitad de la plantación realizada, del edificio reparado y del agua que pudiera obtenerse. Don A interpone demanda afirmando incumplimiento del contrato, solicitando la resolución del mismo, la indemnización de daños y perjuicios y la devolución de las tierras reclamadas en el estado en que se encontraban antes de iniciar la plantación el demandado. Además, con carácter subsidiario, ejerció una acción reivindicatoria en relación con la superficie cultivada por el demandado y, subsidiaria a esta, la de enriquecimiento injusto. Don B sostuvo que el objeto del contrato era la transformación del terreno de monte en cultivo, y que las demás obligaciones eran independientes. Negó el incumplimiento o, al menos, el relativo a la plantación de almendros, ya que se habían transformado 32 hectáreas. Reconvinó el demandado el cumplimiento del contrato y consecuente-

mente: *a)* el otorgamiento a su favor de escritura de propiedad de la mitad del terreno plantado de almendros; *b)* la compensación por gastos de explotación.

El Juzgado de Primera Instancia estimó que don B había incumplido cuando menos una de las obligaciones solidarias consistente en la reparación de la construcción ubicada en la finca objeto del litigio. Además, acordó la resolución del contrato con base en el incumplimiento de don B y le condenó al pago de una indemnización por daños y perjuicios. Por otro lado, condenó al propio don A a pagar a don B la mitad de los gastos que este reclama para la construcción del pozo.

Ambas partes interponen recurso de apelación. La Audiencia Provincial: *a)* declaró que las tres obligaciones asumidas en el contrato por don B eran inseparables; *b)* concluyó que don B había incumplido la totalidad de lo pactado; *c)* sostuvo que don A debía tenerse por cumplidor y estaba legitimado para demandar la resolución del contrato; *d)* afirmó que don B no podía pedir el cumplimiento del contrato dado su incumplimiento, lo que alcanzaba su pretensión indemnizatoria al amparo del artículo 1124 CC; *e)* afirmó que don B no había justificado debidamente los gastos que pretendía repercutir contra don A; *f)* argumentó la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios a favor de don A y la obligación de arrancar la plantación de almendros y dismantelar la balsa de agua construida por don B.

Don B interpone recurso de casación. En primer lugar, alega la inaplicación del artículo 1124 CC. El Alto Tribunal considera que la apreciación del incumplimiento contractual es una cuestión que corresponde al Tribunal de instancia y su conclusión debe respetarse en casación, sin perjuicio de que sea revisable cuando se trate de determinar la trascendencia o significación jurídica de los actos que constituyen su presupuesto. En este sentido, tal como argumenta la Audiencia Provincial, no cabe inferir que las tres obligaciones asumidas por don B fueran distintas o separables –no hay una obligación principal y otras accesorias–. El hecho de que se impusieran en el mismo contrato y el hecho de que la reparación de la casa y el sondeo no se expliquen sin la plantación y su correlativo reparto, determina que todas ellas sean igualmente exigibles y determinantes de un incumplimiento global por la omisión de alguna de ellas. Por otro lado, no cabe predicar la falta de legitimación de don A para reclamar la resolución, pues cumplió su obligación principal consistente en la cesión a don B del terreno para el cultivo, sondeo y reconstrucción de la casa, sin que le sea exigible su cumplimiento final consistente en otorgar escritura de la mitad de lo plantado cuando ello lógicamente no lo verificó ante el prácticamente absoluto incumplimiento por quien ilegítimamente se lo solicita. En segundo lugar, alega el recurrente la inaplicación de los artículos 1100 y 1106 CC, y del principio «*in illiquidis non fit mora*». Apunta: *a)* que no se le puede achacar mora porque el demandante no había cumplido las obligaciones de abonar gastos a partir del segundo año de vigencia del contrato y de escriturar el 50% del terreno transformado; *b)* que no se ha probado la existencia de daños y perjuicios; *c)* que la finca se ha revalorizado; *d)* que no

consta que tuviera que devolverse todo el terreno transformado a partir del cuarto año a contar desde la firma del contrato. El Alto Tribunal ratifica la cuantía de la indemnización concedida en apelación. Entiende que la falta de posesión de la finca por su legítimo propietario, durante tantos años, le ha supuesto unos lógicos perjuicios cuya cuantificación no cabe rechazar en base a una genérica y no probada revalorización del terreno que no consta le haya producido beneficios al reclamante ni que, aún de ser cierta aquella, se deba a la actuación de don B. En tercer lugar, se alega la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a los actos propios. Sin embargo, el Tribunal Supremo también desestima este motivo en la medida en que no explica por qué la tolerancia de la situación de hecho impedía a la actora demandar la resolución del contrato ni argumenta la razonabilidad de tal expectativa. Finalmente, el recurrente alega la infracción de la doctrina jurisprudencial que prohíbe el enriquecimiento sin causa, así como la aplicación indebida de los artículos 1124 y 1295 CC, respecto a los efectos retroactivos de la resolución contractual, en relación a la condena a arrancar los almendros y dismantelar la balsa de agua existentes en dicha finca. Varios son los motivos que llevan al Alto Tribunal a desestimar este motivo: 1) la inversión realizada por el recurrente respondía al cumplimiento de un contrato, por lo que no son de aplicación las reglas del enriquecimiento sin causa, sino las de liquidación del contrato; 2) lo impugnado en casación no es la sentencia de primera instancia, sino la de segunda, que condena a arrancar los almendros plantados y a dismantelar la balsa de agua existente en la finca; 3) la calidad de lo escasamente cultivado es prácticamente nula o inútil por improductiva; 4) no ha quedado probada la revalorización del terreno, que no consta que le haya producido beneficios al reclamante ni que se deba a la actuación de don B. Atendiendo a todos estos argumentos, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia el Tribunal Supremo se enfrenta a cuatro grandes temas: 1) la resolución contractual; 2) la doctrina de los actos propios; 3) el enriquecimiento sin causa; 4) la mora en las obligaciones recíprocas. La resolución procede respecto de un contrato eficaz, es decir, plenamente válido y sin ningún vicio o defecto, que puede ser privado de sus efectos por una de las partes cuando la otra incumple lo prometido. Se trata de una acción de carácter excepcional, en el sentido de que no se decretará la resolución de la obligación cuando fuera posible que los intereses de las partes quedaran satisfechos concediendo un nuevo plazo para cumplir la obligación. Su aplicación requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) que lo que se incumpla sea la obligación principal; 2) existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido. Y en cuanto a sus efectos: *a)* se extingue el contrato con carácter retroactivo; *b)* las partes tendrán que restituirse mutuamente las prestaciones recibidas; *c)* el incumplimiento da lugar, además, a la indemnización de los daños causados. Por otro lado, la doctrina de los actos propios trata de proteger la confianza suscitada en terceros con la propia conducta, con el fin de evitar que quede injustificadamente defraudada como consecuencia de una conducta contradictoria con la anterior. Requisitos: 1) una persona

lleva a cabo una determinada conducta eficaz y vinculante en una situación jurídica concreta; 2) posteriormente esa persona pretende ejercitar un derecho; 3) entre la conducta primera y la pretensión hay incompatibilidad; 4) entre la conducta primera y la pretensión hay identidad de sujetos. La consecuencia de aplicar esta doctrina es que se impide el ejercicio del derecho contrario a los actos propios. En cuanto al enriquecimiento sin causa, se trata de un cuasicontrato cuya aplicación pasa por el cumplimiento de los siguientes requisitos. En primer lugar, el enriquecimiento de un sujeto (= adquisición de una ventaja patrimonial). El enriquecimiento puede proceder tanto de un incremento patrimonial, como de la evitación de una disminución del patrimonio por un daño o gasto. No es necesario que exista negligencia, mala fe o un acto ilícito por parte del enriquecido, sino que es suficiente con el hecho de haber obtenido una ganancia indebida. En segundo lugar, el empobrecimiento de otro sujeto, consecuencia del enriquecimiento anterior. Dicho empobrecimiento no debe ser imputable al titular del patrimonio empobrecido. En tercer lugar, la carencia de una causa que justifique el enriquecimiento de un sujeto a costa del patrimonio del otro. Existe justa causa: 1) cuando algún precepto legal así lo determine; 2) cuando se hace uso de un derecho sin abuso; 3) cuando existe entre las partes un negocio válido; 4) cuando la situación tiene su base en una sentencia. Finalmente, en las obligaciones recíprocas, la mora de una de las partes se producirá desde el momento en que la otra cumpla. Desde que uno de los obligados cumple, comienza la mora para el otro (art. 1100.3.º CC). No es necesaria la interpelación previa del acreedor al deudor, pues se trata de un caso de mora automática. Esta regla de la mora solo se aplica respecto de obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, pero no respecto a las de cumplimiento diferido, donde los cumplimientos están temporalmente separados por voluntad de las partes. (*S. L. M.*)

7. Protección de los consumidores. Compraventa de inmueble. Cláusula abusiva antes de la entrada en vigor de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre: imposición del impuesto de plusvalía a cargo del comprador.—La jurisprudencia reconoce la validez con carácter general del pacto que deriva el pago del impuesto de plusvalía del vendedor al comprador, pero dicho pacto es nulo en el ámbito de la normativa especial relativa a la protección de los consumidores cuando, por abusivo, contradice la misma (arts. 10 bis LGDCU y 5.3 RD 515/1989, vigentes antes de 2006). El pacto ha de quedar sujeto al control de validez con arreglo a la legislación de consumidores entonces vigente, sin que la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, pueda ser aplicada con carácter retroactivo.

Conforme al párrafo primero del artículo 10 bis.1 LGDCU, redactado por la LCGC, «se considerarán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». El primero de los requisitos (estipulación no negociada individualmente) se deduce de que los compradores manifestaron su discrepancia y no les quedó más remedio que aceptar la condición o desistir de la compra, con los consustanciales

inconvenientes, lo que revela que se trató de una cláusula impuesta; tanto más si se tiene en cuenta que difícilmente cabría imaginar una negociación individual al hallarse inserta en una pluralidad de contratos celebrados por la entidad demandada. La falta de buena fe se manifiesta en que, además de no ofrecer el vendedor desde el inicio una completa información a los compradores, incluso en la escritura de compraventa no se dio como seguro que se generaría el impuesto de plusvalía, cuando la vendedora forzosamente tenía que conocer que así era, lo que supone una conducta no ajustada a la lealtad y confianza exigibles en los tratos, y especialmente en las relaciones en que intervienen un promotor o constructor y un consumidor. Y finalmente es claro el desequilibrio contractual porque en el impuesto de que se trata sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana el sujeto pasivo es el transmitente, que es quien percibe el aumento del valor y como tal beneficiario está obligado al pago; sin que tal plusvalía genere beneficio alguno para el comprador, que se ve obligado a responder de una carga económica sin ninguna contraprestación o contrapartida por parte del vendedor. Por consiguiente, dicha estipulación recibe la sanción de la nulidad que le impone el artículo 10 bis LGDCU, lo que convierte en indebido y restituible lo pagado por el consumidor por el concepto de que se trata. **(STS de 25 de noviembre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Don Pablo y doña Felisa suscribieron en 2001 con la entidad *C.P., S.A.* un contrato privado de compraventa, posteriormente elevado a escritura pública en 2003, por el que los primeros adquirieron una vivienda, plaza de garaje y trastero en planta baja, una de cuyas cláusulas imponía a los compradores la obligación de pago de todos los gastos e impuestos derivados de la operación. En 2006 se abonó por los compradores la cantidad girada por el Ayuntamiento en concepto de liquidación del impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos («plusvalía»).

Los compradores demandaron a *C.P.*, solicitando la declaración de nulidad de la cláusula del contrato, por calificarla de abusiva, y la condena de la demandada a devolver a los actores la cantidad abonada por el impuesto de plusvalía, e indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La sentencia fue apelada por los demandantes y la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, revocando la sentencia del Juzgado en el sentido de declarar la nulidad por abusiva de la cláusula discutida, en cuanto que se impuso a los compradores la obligación del pago de la plusvalía, y condenar a la demandada al reintegro de la cantidad abonada por tal concepto, con los intereses legales desde la interposición judicial. Contra esa sentencia, la demandada recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Como se indica por la sentencia, dada la fecha del contrato, no resulta de aplicación en el caso la modificación introducida por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, que incorporó a la LGDCU la previsión como cláusula abusiva, a los efectos del artículo 10 bis, de «la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional», norma que actualmente se halla recogida en el artículo 89 TRLGDCU. (*F. J. J. M.*)

8. Compraventa de vivienda. Percibo de cantidades anticipadas. Incumplimiento de la obligación de avalar o asegurar su devolución. No tiene carácter de incumplimiento esencial cuando el adquirente no es un consumidor final, sino un mero inversionista.—Como principio general, la omisión del aval o garantía, así como el depósito en una cuenta especial, de las sumas anticipadas por los adquirentes de vivienda, a que se refiere el artículo 1 de la Ley 57/1968, implica que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial. Sin embargo, en el caso de autos no se alcanza dicha conclusión, toda vez que el comprador adquiere doce viviendas no como morada individual o familiar, bien permanente o circunstancial, sino como inversión, lo que es contrario al espíritu de dicha ley, así como a su letra, al haber adquirido la vivienda para venderla y no como consumidor final. **(STS de 25 de octubre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El actor había comprado a la promotora doce viviendas en un edificio a construir por la vendedora. Había abonado como anticipo la cantidad de 72.000 €, que fungían como arras penales. El comprador demandó a la promotora instando la resolución del contrato y la devolución de lo pagado, con base en el incumplimiento por aquella de la obligación de otorgar el correspondiente aval o garantía de la devolución de la cantidad entregada a cuenta, y de la falta de ingreso de la misma en la cuenta especial exigida por la Ley 57/1968. La promotora se opuso y reconvino solicitando la resolución contractual y el derecho a hacer suya la cantidad litigiosa en concepto de indemnización. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda principal y acogieron la reconvenicional. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En el vigente régimen jurídico, para las obras a las que se aplique la LOE de 1999, será exigible también la constitución de las garantías y el depósito previstos en la Ley 57/1968, ya que la Disposición Adicional 1.^a impone la utilización de esta normativa a la promoción de toda clase de viviendas; y establece que la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968. Por tanto, bajo el régimen de la LOE de 1999 tampoco será de aplicación esta obligación de garantía a las adquisiciones de viviendas efectuadas no por el destinatario final de las mismas, sino por el mero inversionista que las compra para revenderlas. *(L. A. G. D.)*

9. Contrato de compraventa. Resolución por incumplimiento del vendedor. No constituye causa de resolución la falta de cancelación de las cargas registrales, si consta la extinción de la obligación principal garantizada con las mismas.—Solo cabe calificar el incumplimiento de esencial y apto para amparar el ejercicio de la facultad resolutoria, en cuanto la conducta del vendedor contrarie el fin normal del contrato y frustre de esta manera las legítimas expectativas del comprador, cuando dicho incumplimiento atañe a la obligación garantizada con la hipoteca inscrita, que por

ello sigue vigente; pero no cuando, extinguida la deuda, lo que se incumple es la obligación contractual de facilitar la certificación registral relativa a la inexistencia de cargas y, en consecuencia, se incumple la obligación de cancelar el asiento practicado eliminando su constancia registral una vez satisfecha la deuda (v. STS de 30 de abril de 1998).

Compraventa de bien inmueble con precio aplazado. Resolución por incumplimiento del comprador. Aplicación del artículo 1504 CC. Necesidad de que preceda requerimiento de pago.—De acuerdo con la moderna doctrina (de la que son expresiones las SSTS de 9 de julio de 2007, de 31 de octubre de 2006, de 25 de enero de 1996 y de 13 de noviembre de 1985, entre muchas), es necesario que el incumplimiento origine la frustración del fin del contrato, es decir, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte o, en términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1), que se prive sustancialmente al contratante —en este caso, al vendedor—, de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. Si bien, la singularidad del artículo 1504 CC conlleva que no pueda otorgarse validez a la resolución instada por el vendedor por el simple hecho de no haberse pagado el precio en el tiempo establecido, ya que el comprador está facultado para pagar incluso después de expirar el término estipulado en el contrato, en tanto el vendedor no le haya requerido de pago, judicialmente o por acta notarial. **(STS de 4 de octubre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Mariana celebró un contrato de compraventa de una parcela con sus propietarios, don Erasmo y doña Serafina, pagando una parte del precio y quedando diferido el abono del resto al momento de firmar la escritura pública. Se pactó la entrega del inmueble libre de cargas y gravámenes, haciendo constar también una cláusula penal por la cual se perdería la cantidad ya abonada o se devolvería doblada para el caso de que no llegase a firmarse la escritura pública por causa imputable a la compradora o vendedora, respectivamente. Comparecidas ambas partes en la notaría, la compradora se negó a suscribir el documento público, ya que la vendedora solo acreditaba haberse practicado el día anterior en el Registro el asiento de presentación de las escrituras de cancelación de las hipotecas, pero sin que la cancelación de las cargas, obviamente, hubiera tenido lugar. Una semana después, doña Mariana comunicó que daba por resuelto el contrato ante el incumplimiento de los vendedores. Estos contestaron dándolo igualmente por resuelto, pero imputando el incumplimiento a la compradora. Presentada demanda por doña Mariana, la Audiencia Provincial de Madrid consideró que el contrato había quedado resuelto por voluntad común de ambas partes, con restitución de las prestaciones. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de los demandados.

NOTA.—La necesidad de un incumplimiento esencial como base del ejercicio de la facultad resolutoria, con frustración de las legítimas expectativas de la parte perjudicada, a que se refieren los Principios Unidroit (art. 7.3.1), está contemplada también en los PECL [art. 9.301 (1)], y se inspira en la redacción del artículo 25 CISG, el cual se corresponde de manera muy directa con la noción de incumplimiento esencial del Derecho inglés [véase Díez-Picazo, Roca y Morales, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos* (Madrid 2002) pp. 350 y 351]. (L. A. G. D.)

10. Compraventa de inmuebles. Resolución por incumplimiento contractual. Efectividad del requerimiento resolutorio. El comprador puede pagar hasta su notificación.—Conforme a reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 12 de marzo de 1990, 15 de febrero de 1993, 28 de junio de 2002, 10 de mayo y 9 de octubre de 2007, 17 de julio y 1 de octubre de 2009, 19 de julio del 2010 y 14 de junio de 2011), el requerimiento resolutorio del artículo 1504 CC permite que hasta la notificación del mismo pueda pagar el comprador, pese a que conste una condición resolutoria expresa al amparo del artículo 1124 CC y ello por la especialidad que contiene el primer precepto con respecto a las compraventas de inmuebles. Igualmente para que el vendedor inste la resolución ha debido de cumplir fielmente sus obligaciones (arts. 1124 y 1110 CC) (STS de 15 de julio de 2011). Además, no puede producir efectos un requerimiento de resolución posterior a otro en que el comprador manifieste su voluntad seria, de realización posible, de cumplir, sino sólo a partir de la fecha en que no cumpla lo prometido (STS de 7 de junio de 1995). **(STS de 15 de diciembre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Don César suscribió con *N.I., S.L.* un contrato privado de compraventa de vivienda y dos plazas de garaje, y con posterioridad otro de nueve cuartos trasteros en el mismo edificio. Convocado el comprador para entrega de llaves y otorgamiento de escritura pública, este contesta que no acudiría dado que quedaban por terminar los frentes de armario. Convocado nuevamente el comprador, tampoco acude, comunicando previamente a la vendedora que seguía sin subsanarse el problema de los frentes de armario y que no se habían terminado las obras en los trasteros, lo que ya se le había advertido a la vendedora y promotora. La vendedora comunica a la compradora que no siendo posible la realización de ninguna de las reformas solicitadas le ofrecían la posibilidad de elegir entre perfeccionar el contrato de compraventa o la resolución. Se requiere hasta dos veces por el comprador a la promotora instándole a que convoque fecha en breve plazo para formalizar la escritura de compraventa y entrega de llaves, de vivienda, garajes y trasteros, recordándole que en reunión previa se había acordado la terminación de las obras pendientes en vivienda y trasteros. Finalmente, la vendedora requirió de resolución del contrato de compraventa de inmuebles al comprador.

Don César interpuso demanda contra *N.I.*, interesando que se dictara sentencia por la cual se declarara que la entidad demandada está obligada al cumplimiento del contrato, y en su consecuencia, se le condenara a otorgar escritura pública de venta de los inmuebles, así como al pago de los daños y perjuicios causados y al abono de intereses y costas. La vendedora formuló reconvenición reclamando se declarara ajustada a derecho y procedente la resolución instada.

El Juzgado dictó sentencia estimando parcialmente tanto la demanda como la reconvenición, declarando la obligación de la entidad demandada de elevar a escritura pública el contrato de compraventa relativo a los cuartos trasteros y absolviéndola de los restantes pedimentos contenidos en la demanda; y declarando la conformidad a derecho de resolución del contrato. Apelada esta

sentencia por el demandante, la Audiencia lo estimó, revocando parcialmente la sentencia del juzgado y condenando a *N.I.* a otorgar a favor del actor escritura pública de compraventa de la vivienda y garajes; y desestimando la demanda reconvenzional. La entidad demandada interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra esa sentencia, siendo desestimados ambos por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

11. Donación modal. Revocación por incumplimiento de la condición establecida: no se produce por la sola voluntad del donante, siendo necesaria una resolución judicial cuando el donatario no la consiente.—En caso de incumplimiento del modo, el donante puede dejar sin efecto la donación, pero no por su actuación unilateral sino acreditando el incumplimiento de la carga mediante el ejercicio de la correspondiente acción ante los tribunales. Así se deriva de la propia dicción del artículo 647 CC, según el cual «la donación será revocada a instancia del donante». Lo que implica que no puede dar lugar a dicha «revocación» por su sola voluntad en los casos en que el donatario no se muestra conforme con la revocación.

Extinción de la acción derivada del artículo 647 CC.—La acción derivada del artículo 647 CC para dejar sin efecto la donación modal quedó extinguida por falta de ejercicio por parte del donante, que manifestó su voluntad revocatoria en fecha 13 de diciembre de 1984 y falleció el 22 de enero de 1994 sin haber instado la correspondiente declaración judicial. Por otro lado, dicha acción no podría subsistir en favor de los herederos en el momento de interposición de la demanda en el año 2006, cuando habían transcurrido ya veintidós años desde que el donante había manifestado su voluntad revocatoria sin instar la ineficacia de dicha donación ante los Tribunales. (**STS de 21 de octubre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Unos padres donan a su hijo unos inmuebles imponiéndole la condición de cuidar y asistir a ambos progenitores en todas sus necesidades hasta el fallecimiento del último de ellos, de cuyo exacto cumplimiento se hace depender la existencia y subsistencia de la donación. Posteriormente, habiendo fallecido la madre, el padre revoca ante notario la donación ya que su hijo no ha dado cumplimiento a la condición establecida. Aunque la revocación se notificó al donatario, el donante nunca la solicitó judicialmente. Después de fallecer el donante, un nieto suyo interpone demanda contra el donatario reclamando, para la comunidad hereditaria, el valor actual de los bienes que habían sido objeto de donación, pues los mismos habían sido transmitidos a terceros hipotecarios, más una indemnización por daños morales y otros conceptos. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando al donatario a satisfacer el valor correspondiente a las fincas donadas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estima el recurso del donatario absolviéndole de la devolución de las cantidades reclamadas. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

NOTA.— La Sentencia no entra a discutir el plazo de ejercicio de la acción revocatoria del artículo 647 CC. Simplemente la da por extinguida teniendo en cuenta el tiempo transcurrido —más de

veintidós años— desde que el donante manifestó su voluntad de revocar la donación. Ante el silencio del Código sobre esta cuestión, el criterio jurisprudencial, por aplicación analógica del régimen de las acciones rescisorias, es fijar el plazo para su ejercicio en cuatro años (STS de 23 de noviembre de 2004). Por otro lado, el *dies a quo* para el cómputo del plazo no es el de la escritura pública, es decir, el del contrato de donación, sino el día en que el donatario tuviera que realizar la prestación impuesta. En cuanto a su transmisibilidad, si consta la voluntad del donante de no revocar no pueden los herederos ejercitar la acción; pero si el incumplimiento del modo se produce después del fallecimiento del donante, no hay transmisión de la acción, sino que pueden ejercitarla los herederos, por haberse dado el presupuesto de la revocación cuando ya se había producido la muerte del donante y, por ende, la transmisión *mortis causa* a los herederos de sus derechos y obligaciones (STS de 3 de julio de 2009). (C. O. M.)

12. Resolución del contrato de arrendamiento de inmuebles por impago. Asimilación del impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) a la renta.—Siguiendo la doctrina establecida en la STS de 12 de enero de 2007, declara el Tribunal Supremo que el impago por el arrendatario del IBI ha de considerarse como causa de resolución, conforme al artículo 114.1 LAU 1964, tanto en arrendamientos para uso de vivienda, como para uso distinto de vivienda. Como desarrolla la STS de 15 de junio de 2009, la mención en el precepto señalado a «cantidades asimiladas a la renta» ha de entenderse que alude a aquellas cuyo pago ha de asumir el arrendatario por mandato legal, con una fórmula abierta que ha de ser completada con las cantidades que en cada momento establezca la legislación aplicable. Si bajo la vigencia de la LAU de 1964 estas eran, en determinados supuestos, las correspondientes a la diferencia en el coste de servicios y suministros y las derivadas de la repercusión del importe de las obras realizadas por el arrendador, ahora la consideración del texto de la LAU de 1994 lleva a estimar que esta nueva obligación del arrendatario de satisfacer el importe del IBI ha de merecer igual consideración, de forma que su impago faculta al arrendador para instar la resolución del contrato, sea este de arrendamiento de vivienda o de local de negocio. El mismo resultado se obtiene, de hecho, por aplicación del artículo 3 CC e interpretación del mencionado 114.1.º LAU 1964 de acuerdo a su espíritu y finalidad, en tanto que se trata de una norma que pretende proteger al arrendador frente a los incumplimientos por el arrendatario respecto de obligaciones de inexcusable cumplimiento.

Obligación al pago del IBI por parte del arrendatario.—Afirma el Tribunal Supremo que la obligación del arrendatario al pago del IBI existe desde la entrada en vigor de la LAU de 1994, en la medida en que la ley le impone el pago de las cantidades asimiladas a la renta, sin que sea necesario para el nacimiento de dicha obligación que el arrendador efectúe una manifestación de voluntad de repercutir este impuesto sobre el arrendatario. Basta, por tanto, con que el arrendador le reclame el pago al arrendatario, quien deberá asumir éste, salvo que haya prescrito la obligación y así se alegue.

Gestión directa del pago del IBI por parte del arrendador.—Dado que el IBI se configura como un tributo directo de carácter real que grava el valor de los bienes inmuebles, y dado que su hecho imponible es la titularidad del

derecho de propiedad de un inmueble urbano, el sujeto pasivo del mismo es la persona física o jurídica que ostenta la titularidad de tal derecho (arts. 64 LHL de 1988 y 63 LHL de 2004). Por tanto, el arrendatario no está obligado a hacerse cargo de la gestión directa de su pago ante la Administración, salvo que así se haya pactado expresamente o salvo que se acredite que el arrendador comunicó al arrendatario que debería hacerse cargo del pago directo de este impuesto. Consecuentemente, no le es exigible tampoco al arrendatario que asuma la cantidad que se genere, en su caso, por recargos y gastos de apremio ante el impago del impuesto en las fechas ordinarias de devengo. **(STS de 10 de octubre de 2011; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—A comienzos de 2007, los arrendadores de un local de negocio interpusieron demanda contra la entidad arrendataria, solicitando la resolución del contrato de arrendamiento, celebrado en 1977, por impago del IBI correspondiente al periodo comprendido entre los años 2000 y 2004. El mencionado impuesto había sido pagado por los arrendadores, tras un procedimiento de apremio dirigido contra ellos por la Administración. Posteriormente, en noviembre de 2006, los arrendadores habían enviado un burofax a la entidad arrendataria, requiriéndole para el pago del IBI correspondiente a los años indicados, más los recargos que habían satisfecho a la Administración.

Trasladada la demanda a la entidad demandada, esta procedió a consignar el importe reclamado, a los efectos de enervar la acción de desahucio, y aportó justificantes del pago del IBI en los años 2005 y 2006. En el acto del juicio, los demandantes se opusieron a la enervación, por haber sido requerida la entidad arrendataria con más de dos meses de antelación a la fecha de presentación de la demanda. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, sobre la base, por un lado, de que el burofax remitido en 2006 no era un verdadero requerimiento a los efectos de enervar la acción de desahucio, pues carecía de la claridad y precisión necesaria, y, por otro lado, de que no constaba que, tras la entrada en vigor de la LAU de 1994 y con anterioridad al año 2004, los arrendadores hubieran comunicado a la entidad arrendataria su voluntad de repercutir el IBI sobre ella. Tales razonamientos fueron reiterados por la Audiencia Provincial, en respuesta al recurso de apelación interpuesto por los demandantes. Estos plantearon entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo, quien estimó el recurso en parte, reconociendo la existencia de una deuda a cargo de la arrendataria, pero desestimando la resolución del contrato, por entender que se había enervado la acción por la consignación de las cantidades reclamadas con anterioridad a la celebración del juicio.

NOTA.—La doctrina sobre el surgimiento de la obligación del arrendatario al pago del IBI sin necesidad de manifestación de voluntad previa del arrendador sobre la repercusión de este impuesto, tras la entrada en vigor de la LAU de 1994, ha sido reiterada por el Tribunal Supremo en diversas sentencias. Sirvan de ejemplo las de 24 de septiembre de 2008 y 30 de abril y 15 de junio de 2010. (A. M. M.)

13. Arrendamiento urbano sujeto a la LAU-1964. Retracto del arrendatario: resolución por no respetar este el plazo legal de dos años de prohibición de enajenar, aplicable tanto a vivienda como a local de negocio.—El fundamento del ejercicio del tanteo y retracto es único, facilitar el acceso a la propiedad, tanto para viviendas como para locales de negocio. El hecho de que el artículo 51 de la LAU-1964 utilice el término *piso*, no es relevante, dado que el legislador de 1964 no usa ese término como sinónimo de vivienda en la totalidad de su articulado. Además, esta Sala ya ha mantenido la validez de la acción de resolución de la compraventa prevista en el artículo 51.2 LAU-1964, cuando el inmueble arrendado era un local de negocio (STS de 2 de diciembre de 2009). (STS de 26 de septiembre de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una entidad mercantil ejercitó la acción de resolución de contrato de compraventa, prevista en el artículo 51 LAU-1964, celebrado entre el propietario de un inmueble con el que había firmado un contrato para su adquisición y el arrendatario que ejercitó la acción de retracto. Fundaba su demanda en el hecho de que el arrendatario adquirente, el mismo día de la adquisición, segregó y transmitió, por actos *inter vivos* a terceros el inmueble, sin haber transcurrido los dos años de prohibición de enajenación previstos en el artículo 51 LAU-1964, y sin concurrir causa que lo justificase. El juzgado estimó íntegramente la acción ejercitada, la audiencia acogió el recurso de apelación al equiparar el término *piso* del artículo 51 LAU-1964 al de vivienda. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la parte actora y confirmó la sentencia de primera instancia.

NOTA.—El artículo 51 de la LAU-1964 ha de ser interpretado dando al término *piso* que emplea un sentido amplio, comprensivo tanto de las viviendas como de los locales de negocio, dado la finalidad a que obedece, que no es otra que tratar de evitar la especulación por parte de inquilino o arrendatario, al que se le da una ocasión de ser propietario para proteger su condición de tal, pero no para que sirva de medio de obtener una ganancia en perjuicio del propietario del inmueble [véase FUENTES LOJO, J. V., *Suma de Arrendamientos Urbanos I* (Barcelona 1986), p. 610]. (I. D.-L.)

14. Responsabilidad por vicios en la construcción del artículo 1591 CC. Legitimación activa de cooperativas de viviendas y asociaciones al ser consideradas como promotoras: requisitos.—La jurisprudencia ha reconocido la condición de promotoras a cooperativas de viviendas y asociaciones, y, con tal carácter, pueden esgrimir la acción decenal contra los agentes intervinientes en el proceso constructivo, al subsistir esta facultad aunque hayan transmitido todo o parte de la propiedad del edificio a otros adquirentes (SSTS de 21 de junio de 1989, 7 de julio de 1990, 8 de mayo de 1995 y 21 de junio de 1999); sin embargo, para ejercitar tal acción decenal, es preciso que la totalidad de las viviendas no hayan sido transmitidas a terceras personas o, si lo han sido, la cooperativa o asociación haya reparado los desperfectos, o bien, se hubiera comprometido a abonarlos, es decir, es necesaria la existencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo. (STS de 11 de octubre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Dos asociaciones demandaron a una constructora, en ejercicio de la acción decenal por los desperfectos en la obra encomendada y también por no haber entregado los boletines autorizantes del suministro de electricidad y agua. Se dio la circunstancia que las viviendas construidas fueron transmitidas en su totalidad a terceras personas y que la actora no había reparado ninguno de los vicios detectados. Sus pretensiones no prosperaron en ambas instancias. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación, interpuesto por la parte demandante.

NOTA.—La responsabilidad de la promotora viene determinada en cuanto su actuación. Por lo general se proyecta a la comercialización de las viviendas edificadas, las que debe entregar a los adquirentes con las condiciones de habitabilidad suficientes, seguras y sobre todo útiles (SSTS de 30 de diciembre de 1998 y 13 de octubre de 1999, entre otras muchas), y por tanto se hace responsable de los defectos y vicios que pudieran surgir como consecuencia de un proceso constructivo irregular y, además, al ser la promotora quien elige y contrata a los técnicos y constructores, no puede quedar liberada alegando la responsabilidad por completo de terceros con los que ha contratado; responsabilidad que le alcanza aunque, como sucede en el caso de la sentencia extractada, no asuma funciones de propio constructor (SSTS de 13 de mayo de 2002 y 8 de mayo de 2006, entre otras). Hay que tener en cuenta que todo lo hasta aquí recogido hace referencia a la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, ya que la LOE en su artículo 9 amplía el concepto de promotor respecto al definido por la jurisprudencia al interpretar y aplicar el artículo 1591 CC. (*I. D.-L.*)

15. Responsabilidad civil del Abogado por frustración de las acciones judiciales.—La doctrina jurisprudencial puede sintetizarse en los siguientes apartados:

a) La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (SSTS de 28 de enero de 1998, 23 de mayo y 27 de junio de 2006, 21 de junio y 18 de octubre de 2007 y 22 de octubre de 2008, entre otras);

b) El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias; en la relación del Abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual;

c) El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis*, esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado; se han perfilado únicamente algunos ejemplos: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o de fracaso, cumplimiento de los

deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, observar las leyes procesales, y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos;

d) La carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de esta corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual;

e) El juicio de imputabilidad exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino de medios, en el sentido de que no comporta como regla general la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 de julio de 2005, 30 de marzo de 2006 y 26 de febrero de 2007, entre otras). Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser consideradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva y por ello un daño resarcible al amparo del artículo 1101 CC;

f) Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño debe calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado: la responsabilidad por pérdida de oportunidad exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarla (STS de 27 de julio de 2006). La propia naturaleza del debate jurídico excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones (STS de 30 de noviembre de 2005). Es menester que exista una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento y la inadmisión o desestimación de las pretensiones formuladas en defensa de su cliente, como ocurre, por ejemplo, en la falta de presentación de escritos en los plazos establecidos o de omisión de trámites exigidos por la ley como carga para hacer valer pretensiones, o la omisión de algún concepto indemnizable con arreglo a la jurisprudencia consolidada, como es el caso del daño moral o del lucro cesante (STS de 14 de diciembre de 2005).

Infracción del deber de diligencia profesional.—Se constata su existencia pues el procedimiento del juicio de cognición interpuesto en 1996, quedó suspendido al año siguiente a la espera de la presentación de una demanda de conciliación ante la Junta Arbitral regional de Arrendamientos Rústicos, y hasta el 14 de diciembre de 2001 no se presentó la solicitud de avenencia sin

que la prórroga de la anotación preventiva de la demanda pueda considerarse un acto de impulso procesal al tratarse de una medida cautelar. En consecuencia, la inactividad del letrado determinó que el procedimiento iniciado no pudiera cumplir su fin de reconocimiento de la pretensión de acceso a la propiedad planteada en la demanda. Presentó de nuevo la demanda por procedimiento ordinario en 2003, y en este caso se dictó sentencia desestimatoria por estar caducada la acción al interponerse la demanda por haber alcanzado la edad de jubilación. El daño consistió en la frustración de la acción judicial.

Cuantía del resarcimiento.—Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales, no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, solo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando exista una notoria desproporción, o se cometa una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases para la determinación del *quantum*. En el caso examinado, aunque sean discutibles los argumentos utilizados por la Audiencia Provincial para la calificación del daño, el recurrente no formula ninguna alegación en relación a la cuantía, por lo que, en aplicación de la doctrina expuesta, debe ser confirmada, pues tampoco se advierte que haya incurrido en notoria desproporción, por lo que se confirma la indemnización de 12.000 euros por daños morales.

Infracciones procesales: Deber de congruencia: Pago de costas no solicitado.—Constituye jurisprudencia de esta Sala que el deber de congruencia consiste en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible. En el presente caso debe apreciarse incongruencia por *extra petita*, al condenar al recurrente al pago de las costas correspondientes al proceso de cognición en que se declaró la caducidad de la instancia por inactividad procesal, petición no articulada en la demanda y que, además, no se corresponde con la realidad pues en ninguna de las instancias hubo tal condena. (STS de 27 de septiembre de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

16. Responsabilidad profesional del abogado: Reclamación ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando la acción estaba prescrita: Negligencia profesional: Pérdida de oportunidad procesal: Daño moral.—En 1999 el actor sufrió un accidente de circulación al colisionar la moto que el mismo conducía contra un bordillo de cemento que obstaculizaba la calzada, causándole importantes daños personales. Ejercitada la acción de reclamación de daños contra el Ayuntamiento, la Sala Administrativa del TSJ de Extremadura, en sentencia de 31 de octubre de 2005, la desestimó por entender que estaba prescrita. El perjudicado reclamó una indemnización superior a los 250.000 euros a su letrado por negligencia profesional. La s. fue estimada parcialmente en ambas instancias, concediéndole 1.700 euros por daño moral ligado a la pérdida de oportunidad procesal.

La Sala considera aplicable la doctrina de la STS de 9 de marzo de 2011, recaída en un caso semejante. En efecto, ahora como entonces, resultaría atendible la afirmación del recurrente en el sentido de que la Audiencia Provincial limita indebidamente la indemnización por la negligencia profesional del abogado al daño moral, cuando la jurisprudencia reconoce la indemnización por este concepto solo cuando resulta acreditado de modo específico, y no por la

simple frustración de una acción judicial, y la del daño material con base en la doctrina de la posibilidad de éxito de la acción frustrada. Sin embargo, esta circunstancia no es bastante para estimar el recurso, ni para atender la petición de que la indemnización resulte incrementada, pues no puede aceptarse que la Audiencia Provincial no haya tenido en cuenta la pérdida de oportunidades de obtener un beneficio patrimonial; antes bien, la s. recurrida analiza el comportamiento negligente de la víctima, que según el atestado circulaba a velocidad excesiva y además se disponía a realizar un giro en dirección contraria, así como la circunstancia de que el obstáculo de la calzada había sido colocado por un tercero. Estos hechos vinculan al Tribunal de casación en tanto que no han podido ser desvirtuados por el cauce establecido, constituyendo la base fáctica en que se sustentó el juicio de probabilidad realizado por la Audiencia Provincial, que permitió alcanzar la convicción de la escasa probabilidad del éxito de la acción ejercitada. En consecuencia, aunque sean discutibles los argumentos utilizados sobre la calificación del daño, no se advierte que se haya incurrido en una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por el recurrente y la indemnización fijada con arreglo a las circunstancias del caso que se han tenido por acreditadas, valorando esencialmente, bajo la vestidura de unos u otros conceptos, las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por la negligencia del abogado. (STS de 27 de octubre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Además de la Sentencia cuya doctrina aquí ratifica puede citarse la posterior Sentencia de 27 octubre 2011, de idéntico ponente, y cuyo extracto se publica también en este fascículo del ADC. (G. G. C.)

17. Accidente laboral: Muerte y lesiones por caída de andamio: Culpa civil extracontractual: Competencia: Razones para atribuirle a la jurisdicción civil.—A partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de Pleno, de 15 de enero de 2008, esta Sala de lo Civil viene considerando, en aplicación del artículo 9 LOPJ, que en supuestos de reclamaciones civiles como consecuencia del incumplimiento de una relación laboral creada por un contrato de trabajo, para deslindar la competencia de cada uno de los dos órdenes en conflicto, civil y social, es decisivo determinar si el daño se imputa a un incumplimiento laboral o bien a una conducta ajena totalmente al contrato de trabajo, de manera que, encontrándose en el ilícito laboral el fundamento para imputar la responsabilidad en la infracción de una norma reguladora de esta materia, ya sea estatal o colectiva, para delimitar el incumplimiento laboral se debe estudiar, por tanto, si existe la infracción del deber de protección y la calificación de los hechos, en los que se requiere que el empresario actúe como tal. Resultado de todo lo anterior es que será competente la jurisdicción social siempre que el daño dimane de la vulneración de normas reguladoras de la relación laboral, incluyendo las que desarrollan los deberes del empresario, entre los que se encuentra el de proteger eficazmente al trabajador en materia de seguridad e higiene, siendo únicamente la jurisdicción civil cuando conste que el daño se funda en la infracción de normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral.

Una estricta aplicación de esta doctrina al caso de autos, que desconociera las circunstancias que lo singularizan, podría determinar que se atribuyera el conocimiento del presente asunto a los órganos del orden jurisdiccional

social, apreciando esta Sala de oficio la excepción de falta de jurisdicción, habida cuenta que la empresa demandada no previó lo que pudo y debió ser previsto y no adoptó las medidas necesarias para evitar el evento. Aunque esta Sala haya examinado de oficio su competencia en asuntos referidos a los accidentes laborales por los que se reclamaba (así SSTs de 17 de noviembre y 15 de diciembre de 2009), es preciso tener en cuenta ahora que la doctrina referida la ha matizado recientemente (STS de 11 de septiembre de 2009), la cual se pronuncia acerca de la inoportunidad de aplicarla a procesos, como el presente, iniciados al amparo de una normativa orgánica, sustantiva y procesal interpretada ahora de forma distinta. Según resulta de esta última sentencia, las razones apuntadas hasta entonces por la doctrina que emana de la STS de 15 de enero de 2008 no constituyen motivo suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional sobre la pretensión ejercitada en este proceso corresponde al orden social y negar la legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto, siendo además la solución de apreciar de oficio la falta de jurisdicción, en casos como el de autos, contrario a la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva, pues no se compadece con esa tutela que a partir de una interpretación posterior de la normativa y después de que han pasado más de cinco años desde que se interpuso la demanda, se declare inadmisión en la jurisdicción en la que se había planteado vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y a la evitación de las dilaciones indebidas.

Dies a quo del plazo de prescripción extintiva: Doctrina general sobre plazos procesales y sustantivos.—La Sentencia del Tribunal Supremo de Pleno de 29 de abril de 2009, reiterada por SSTs 30 de abril y 28 de julio de 2010 y 11 de julio de 2011, establece la siguiente doctrina: *a)* Los plazos tienen carácter procesal cuando tengan su origen o punto de partida de una actuación de igual clase (notificación, citación, emplazamiento o requerimiento), entre los que no están aquellos a los que se asigna un determinado plazo para el ejercicio de una acción; *b)* El artículo 135 LEC permite la presentación de escritos sujetos a plazo hasta las quince horas del día siguiente hábil al del vencimiento, regla prevista para plazos procesales y no para los sustantivos, en los que se atiende al hecho objetivo de la falta de ejercicio de la acción a la que se vincula dentro del plazo prefijado; *c)* La acción judicial que pone en movimiento el derecho se materializa a través de la presentación de una demanda, que es un acto procesal sujeto a normativa procesal. El problema no es tanto de plazos, pues su computación no se ve alterada, ni se prolongan los días de los que dispone el interesado sino de permitir al titular de un derecho, cuyo ejercicio se encuentra sometido a caducidad, disponer del mismo en su integridad, con perfecto ajuste a lo dispuesto en el artículo 5 CC, que, aunque no menciona si el día final del cómputo ha de transcurrir por entero, habrá que entenderse que es así, pues no excluye aquel precepto en su texto el día de su vencimiento a diferencia de lo que dispone sobre el día final; *d)* Una interpretación razonable de la norma y de los intereses en juego no puede originar como resultado final un efecto contrario al derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, desde el momento en que se privaría al titular del derecho a disponer de la totalidad del plazo concedido por la Ley, incluso aunque se arbitraran mecanismos organizativos distintos de acceso a los órganos judiciales (inexistentes en la actualidad, puesto que los Juzgados no permanecen abiertos durante las 24 horas del día, y no es posible la presen-

tación de escritos ante el Juzgado que presta servicio de guardia), pues siempre dispondría de la facultad de agotarlo en su integridad, y de esta facultad no puede ser privado por la normas procesales u orgánicas que imposibilitan el pleno ejercicio de la acción ante los órganos judiciales.

Culpas compartidas.—Se declara probado que sobre las 9,30 horas del 03.11.00, un obrero de la construcción, junto con el encargado de la obra en ausencia del empresario, se encontraban ascendiendo hacia la azotea de un edificio en construcción subidos en un andamio, cuando a la altura del piso octavo, el andamio comenzó a inclinarse hacia la izquierda, provocando el desequilibrio de toda su estructura, a resultas de lo cual cedió una de las plumas de sujeción, por insuficiencia del contrapeso empleado, lo que produjo la caída de la estructura junto a los dos trabajadores hasta la base del edificio, falleciendo el encargado y resultando el obrero con lesiones graves por las que pretende ser indemnizado. De todo ello se deduce inequívocamente que la causa del accidente está tanto en una ineficaz puesta a disposición del trabajador de los medios de protección, pues no se usaron, mediante el enganche del cable a un punto fijo, junto a un fallo en el mecanismo y funcionamiento del andamio, como en la desatención de estos medios por parte de quien debió utilizarlos, estableciendo una responsabilidad compartida cuya compensación deja en un 60% la del trabajador y en un 40% de la empresa recurrente. Se reprocha así a la empresa una conducta omisiva consistente en no haber adoptado las medidas precisas de vigilancia para exigir su cumplimiento obligando al usuario a enganchar el cable de vida a un punto fijo; y también al trabajador a quien imputa una responsabilidad de mayor calado al no utilizar, pese a su experiencia, los medios de seguridad que la empresa había puesto a su disposición para no caerse desde el andamio donde trabajaba. **(STS de 20 de octubre de 2011;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

18. Accidente de vehículo de motor. *Dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual cuando ha existido un proceso penal previo.—El *dies a quo* para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* (SSTS de 27 de febrero de 2004 y 24 de mayo de 2010). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar. En los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC, que, puesto en relación con los artículos 111 y 114 LECrim y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil (entre otras, SSTS de 9 de febrero de 2007, 3 de mayo de 2007, 1 de octubre de 2009 y 24 de mayo de 2010). La firmeza se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el término sin interponerlos, con independencia, a estos efectos, de cuándo sea declarada materialmente la firmeza y cuándo sea notificada: recaída en el previo procedimiento penal, sentencia absolutoria o

resolución equivalente, por sobreseimiento o archivo, que lo ponga fin, y oportunamente notificada dicha resolución a las partes personadas y a los perjudicados, aunque no lo estén (STS 19 de octubre de 2009), con otorgamiento del plazo legalmente estipulado para recurrirla, el día inicial del plazo de prescripción queda determinado por el agotamiento de dicho plazo sin mediar impugnación. La incorrección o irregularidad en que puede haberse incurrido por el Juzgado de Instrucción al notificar la resolución pertenece al ámbito procesal y resulta ajena a la infracción del artículo 1969 CC, siendo lo decisivo para la aplicación de éste que el perjudicado pudo conocer que la vía penal, hasta entonces óbice para ventilar la acción civil, había concluido. (STS de 12 de diciembre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Juliana conducía una ambulancia propiedad de la empresa *G.E.*, para la que trabajaba, y se salió de la calzada, falleciendo ella y el otro ocupante.

El marido de la víctima, en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad, formuló demanda contra la empresa propietaria de la ambulancia y la aseguradora *F.*, que garantizaba su responsabilidad civil, general y patronal, en reclamación de la pertinente indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación por el actor, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, el demandante interpuso recurso de casación, siendo desestimado íntegramente por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

19. Responsabilidad civil derivada de delito: Reserva de acciones en el proceso penal finalizado con condena: Reparación de maquinaria vendida: Retirada no consentida de piezas por obreros: Reclamación de daños: Acción ex artículo 1902: Prescripción: Interpretación restrictiva.—En la demanda se hizo referencia a la responsabilidad basada en los artículos 1902 y 1903 CC, a la responsabilidad *ex delicto*, y a la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato de compraventa, si bien con referencia siempre a un hecho: el llevado a cabo por los dos empleados de la demandada, declarado delito de coacciones por la sentencia penal firme que condenó a los mismos, y que provocó, según la recurrente, una cadena de hechos que llevaron a su quiebra y produjeron los graves perjuicios que se reclaman en la demanda. El principio de congruencia obliga a no examinar las referencias a la responsabilidad contractual y a concentrarse en la responsabilidad civil. No podía entenderse ejercitada contra la demandada una acción de responsabilidad civil derivada de delito, de naturaleza directa, a que se refiere el artículo 116 CP, pues la entidad demandada no fue condenada como penalmente responsable en la causa penal. Tampoco podía entenderse ejercitada una acción de responsabilidad civil derivada de delito, de naturaleza subsidiaria, con fundamento en el artículo 120.4.º CP, ya que nada se dijo en la demanda y supone un título jurídico específico de imputación de la responsabilidad civil con presupuestos distintos de la acción basada en los artículos 1902 y 1903 CC.

La responsabilidad civil de las personas jurídicas por delitos o faltas cometidos por sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obliga-

ciones surge en defecto de la responsabilidad civil del que sea responsable criminal del delito o falta, que es el civilmente obligado de forma directa, de acuerdo con el artículo 116 CP. La posición jurídica que ocupa el responsable civil subsidiario es el de garante en la cobertura de la insolvencia del deudor principal frente al perjudicado por el delito o falta y la responsabilidad subsidiaria solo puede hacerse efectiva en el caso de que el criminalmente responsable no pueda hacer frente a las responsabilidades civiles dimanantes del delito (STS de 31 de mayo de 2007). Pero no fue este el título jurídico alegado en la demanda.

El artículo 1903 CC establece la responsabilidad de la empresa, pero con carácter directo, es decir, al mismo nivel que el dependiente o empleado responsable principal del hecho, por lo que la acción civil tiene en este caso particular un ámbito más amplio que la acción penal (SSTS de 2 de julio de 2002 y 30 de noviembre de 2005). En la demanda se argumentó ampliamente sobre la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad, sobre la responsabilidad por creación de un riesgo, sobre la objetivación de la responsabilidad y sobre la responsabilidad del empresario por *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*.

En consecuencia, si la acción directa derivada del delito no procedía contra la empresa, por no haber sido penalmente condenada, si en la demanda únicamente se aludió a los presupuestos para el ejercicio de la acción subsidiaria derivada del delito y se hizo, en los fundamentos jurídicos, una amplia exposición de doctrina relativa a la responsabilidad extracontractual por culpa, por hecho ajeno, solo cabe entender que se ejercitó una acción de responsabilidad basada en los artículos 1902 y 1903 CC. En la demanda no se aludió a la responsabilidad subsidiaria de la empresa demandada, derivada del delito, por lo que el examen de esta acción supondría incongruencia.

La parte recurrente ha alegado la aplicación restrictiva del instituto de la prescripción, exponiendo que no tuvo una actitud pasiva y despreocupada en el ejercicio del derecho, ya que se intentaron comunicaciones a la demandada, a través de su letrado; pero estas alegaciones están en contradicción con la base fáctica de la sentencia impugnada que, al confirmar la sentencia de primera instancia, declara que no se interrumpió el plazo de la prescripción, de donde se infiere que se pretende una revisión de la valoración de la prueba efectuada, solo posible en el recurso extraordinario por infracción procesal, aquí no intentado. (STS de 27 de octubre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En 1994 la recurrente adquiere una planta completa de extracción natural de aceite de oliva a la demandada, valorada en 25 millones de las antiguas pts., y habiéndose presentado deficiencias de funcionamiento notificadas a la vendedora, en 1997 acuden a la almazara dos empleados de la vendedora y sin permiso de la compradora, extraen todos los relés que accionan el funcionamiento eléctrico de la maquinaria, quedando paralizada la producción, alegándose considerables perjuicios como consecuencia de tal hecho, produciéndose juicios ejecutivos y la quiebra de la empresa. En vía penal los empleados fueron condenados por delito de coacciones, reservándose la acción civil la compradora. La acción de reclamación de perjuicios es rechazada en ambas instancias, e igual suerte corre el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia extractada efectúa un minucioso análisis para identificar la acción ejercitada que resulta correcto, con las inevitables consecuencias en orden a la prescripción de la acción (el plazo del año finaliza el 22 de marzo de 2004, y la presente demanda se interpone el 5 de junio de 2006), aunque no deja de ser paradójico que la acción civil reservada contra los autores de la infracción penal parece que puede seguir viva. Acaso pueda decirse que en nuestro Derecho, la acción civil derivada de delito continúa siendo la *gran desconocida* en la práctica. Pueden verse, a este respecto, las acertadas y sagaces consideraciones de IZQUIERDO TOL-SADA, «La responsabilidad civil en el proceso penal», en el *Tratado de responsabilidad civil* (coord. Reglero Campos) Cizur Menor, 2002, pp. 445 ss., espec. pp 471 ss. (G. G. C.)

20. Responsabilidad extracontractual. Indemnización conforme al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación. Fijación de los daños de acuerdo con el régimen legal vigente el momento del siniestro y valoración de la indemnización conforme al que se encuentre en vigor en el momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente 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 procedente, conforme al que se encuentre en vigor en el momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. (SSTS de 9 de julio de 2008, 17 de diciembre de 2010 y 9 de febrero y 19 de mayo de 2011). (STS de 27 de septiembre de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El litigio tiene su origen en un accidente de circulación en el que el demandante sufre una serie de lesiones a consecuencias de la colisión producida entre la motocicleta conducida por el actor y la furgoneta Iveco 35. Instada la reclamación judicial, por los daños ocasionados, contra la propietaria de la furgoneta, el conductor de la misma en el momento de producirse los hechos y la aseguradora, la sentencia de instancia determinó que hubo una concurrencia de culpas entre los conductores implicados, a razón de un 75% del actor y de un 25% del demandado. La Audiencia Provincial mantuvo el criterio de imputación anteriormente señalado y estimó en parte el recurso en el sentido de incluir en la valoración de la indemnización la incapacidad permanente total ocasionada al actor. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación. (C. O. M.)

21. Accidente de tráfico: Lesiones por caída de viajero dentro del bus urbano: Compatibilidad de indemnizaciones con cargo al Seguro obligatorio de Viajeros y de responsabilidad civil.—A consecuencia de las lesiones que sufrió el 09.05.03, ocasionadas al caerse al suelo en el interior del autobús urbano en el que viajaba, a raíz de una brusca frenada de su conductor, la perjudicada, que se reservó la acción civil en el previo juicio de faltas, demandó a la empresa propietaria del vehículo y a su aseguradora en

reclamación de la correspondiente indemnización, tanto con cargo al seguro de responsabilidad civil del vehículo, como con cargo al de viajeros, más intereses del artículo 20 LCS respecto de la compañía de seguros; para calcular la indemnización reclamada tomó como referencia el sistema legal de valoración del daño corporal vigente en el momento de la demanda (año 2006). A tal duplicidad de indemnizaciones se opusieron desde un principio las demandadas, que negaron también su responsabilidad y mostraron su desacuerdo con la cuantía reclamada por los distintos conceptos.

La Audiencia Provincial, en relación con las cuestiones planteadas en el recurso, afirmó en síntesis: *a)* Tras la entrada en vigor de la Ley 14/2000, de 29 diciembre, que modificó el artículo 21 de la Ley 16/1987, no es posible aceptar la compatibilidad de las indemnizaciones solicitadas por cuanto los daños sufridos por viajeros solo serán satisfechos con cargo al seguro obligatorio de viajeros si no resultan indemnizados con cargo al de responsabilidad civil de suscripción obligatoria; *b)* La indemnización debe calcularse con arreglo al régimen vigente cuando ocurrieron los hechos determinantes de la responsabilidad, dado que la pérdida de valor nominal del dinero se compensa con los intereses del artículo 20 LCS; *c)* Las lesiones se estabilizaron, según informe forense, a los 276 días a contar desde el accidente, lo que sitúa el alta definitiva en el día 09.02.04, sin que deba confundirse baja laboral con incapacidad temporal a efectos de su indemnización con cargo al seguro obligatorio; *d)* Procede moderar la indemnización correspondiente a la invalidez apreciando como elementos correctores los que establece el apartado 7 del Anexo (las prestaciones que ya recibe la actora y, fundamentalmente, que su situación es tan solo parcialmente debida a las secuelas derivadas del accidente, lo que conduce a un factor corrector del 50%); *e)* La actora no justificó la concurrencia de ninguno de los otros supuestos que para la concesión de daños morales diferentes a la incapacidad permanente total establece la tabla IV.

Aunque es mayoritario el número de Audiencias Provinciales que niegan la compatibilidad de ambas indemnizaciones, en sentido opuesto la doctrina defendida en el recurso se sustenta en la distinta naturaleza, finalidad y cobertura de los seguros obligatorios concurrentes (de viajeros y de responsabilidad civil en el ámbito de la circulación), y normativamente en la literalidad del artículo 2, apartados 2.º y 3.º, del Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, aprobado por RD 1575/1989, de 22 diciembre, aun vigente. El SOV, como seguro de personas, cubre el riesgo de que por un siniestro ocurrido con ocasión de un desplazamiento en transporte público colectivo se ocasione al viajero daños corporales. El riesgo de la persona del viajero asegurado comprende todos aquellos que pueden afectar a su existencia, integridad corporal o salud, correspondiendo el interés a la propia persona objeto del riesgo. Como seguro de suma se caracteriza porque la indemnización se fija de antemano por los contratantes al suscribir la póliza, al margen del daño concreto, ante la difícil valoración a priori de dicho interés. Aparte de no cubrir los daños materiales, su ámbito de cobertura va más allá de la circulación varía de los vehículos a motor, pues alcanza al viajero en transporte marítimo, en teleféricos, funiculares, telesquís, telesillas, telecabinas u otros medios. Por tanto el derecho del asegurado no depende del nacimiento de una responsabilidad a cargo del transportista fundada en una actuación culposa o negligente, como sí exige el seguro obligatorio de responsabilidad civil en materia de tráfico. Este último, como seguro de daños y no de personas, el interés protegido es el del responsable del daño, en cuanto que lo que se asegura no es la

posibilidad del accidente de terceros sino la deuda de responsabilidad que se verá obligado a asumir el asegurado responsable y, en último término, su patrimonio.

Con base en esta distinción varias Audiencias Provinciales han venido considerando que esa compatibilidad ha de tener su reflejo en la posibilidad de reclamar una indemnización independiente con cargo a cada una de ellos, no habiendo duplicidad sino distinto riesgo e interés resarcible, y que al tratarse el SOV de seguro de personas no le es aplicable la prohibición relativa al enriquecimiento injusto (art. 26 LCS), ni la previsión sobre el seguro múltiple (art. 32 LCS); de no ser compatibles se llegaría al absurdo de que una entidad aseguradora estaría cobrando primas derivadas de una póliza obligatoria de SOV, por un riesgo que nunca podría producirse al estar el vehículo público cubierto con un seguro de responsabilidad civil de suscripción igualmente obligatoria. Dualidad de indemnizaciones que puede igualmente concurrir por razón de la suscripción de una póliza de seguro de personas contratada por el propio perjudicado u otro, de modo que este se haga acreedor, frente a su entidad aseguradora, de otra prestación económica que tenga por causa el estado físico resultante del siniestro de la circulación. Este criterio favorable a la compatibilidad de indemnizaciones ha sido acogido también por la STS de 8 de octubre de 2010. La estimación del motivo lleva a casar la sentencia, y a confirmar en este punto la decisión del Juzgado de Primera Instancia que reconoció a la perjudicada una indemnización por 26.968,72 euros por la lesión de periartritis escapulo humeral, que la recurrente no impugnó en apelación.

Cuantificación de la indemnización.—Según doctrina jurisprudencial sentada por la STS, del Pleno, de 17 de abril de 2007, los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente al momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. Su aplicación al presente caso obliga a estimar parcialmente el recurso en cuanto a que la Audiencia Provincial no tuvo en cuenta para la cuantificación del daño los criterios vigentes el año del alta definitiva.

Indemnización por incapacidad temporal.—Una vez que las lesiones se estabilizan en el sentido de que no son susceptibles de curarse, ni de mejorar con el tratamiento médico recibido, es doctrina jurisprudencial, que dicho daño corporal ha de valorarse como secuela determinante de una incapacidad, no ya temporal sino permanente, susceptible de ser indemnizado con base en la Tabla IV del sistema, siendo irrelevante a tales efectos que fueran estas secuelas las que mantuvieron a la víctima en situación de baja temporal.

Indemnización de daño moral.—Por lo general, la indemnización del daño moral queda comprendida en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos susceptibles de indemnización con arreglo al sistema, pues su indemnización por separado solo es posible en los casos que la ley lo concibe expresamente como un concepto independiente, como los daños morales complementarios mencionados en la Tabla IV, o los causados a los familiares del gran inválido, en atención a la sustancial alteración de la vida o convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, según circunstancias. En este sentido la decisión de la Audiencia Provincial de no indemnizar los daños morales como concepto independiente, fue conforme a derecho. **(STS de 19 de septiembre de 2011;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

22. Legitimación del presidente de la Comunidad.—El artículo 13.3 LPH señala que el presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que le afecten. El artículo 14.d) por su parte, pone a cargo de la Junta de copropietarios aprobar o reformar los estatutos y determinar las medidas de régimen interior. El Presidente, aunque representa a la Comunidad, debe actuar teniendo presente los acuerdos de la Junta sobre asuntos de interés general para aquella. La representación de la Comunidad por el Presidente no tiene un contenido en blanco, ni sirve para cualquiera de sus actuaciones. Es la Junta de propietarios la que acuerda lo conveniente a sus intereses y el Presidente ejecuta. Su voluntad no suplente, corrige o anula la de la Junta.

Ahora bien, otra cosa distinta es que en casos de necesidad urgente pueda velar unilateralmente por intereses de la comunidad, lo cual no debe prohibirse en razón de la misma urgencia y necesidad, si bien dando cuenta inmediata a la Junta para que adopte las decisiones pertinentes. **(STS de 10 de octubre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La entidad M., propietaria de un local, interpone demanda contra una Comunidad de propietarios, solicitando la anulación de los acuerdos que se tomaron en Junta Extraordinaria de la Comunidad, que fueron adoptados sin estar incluidos en el orden del día. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta el día 3 de abril de 2003, y estima la demanda reconvenzional interpuesta por la Comunidad, declarando la nulidad de la norma 7.^a de las Normas de Comunidad de Propiedad Horizontal incluida en la escritura de rectificación otorgada el 22 de julio de 2002 por la entidad M.

La Comunidad de Propietarios interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. Entendió esta que no existía acuerdo alguno de la Comunidad decidiendo, de forma expresa, la reforma de los estatutos. Eso sería contrario al artículo 14.d) LPH, puesto que el Presidente ejerció facultades de la exclusiva titularidad de la Junta, careciendo por tanto de legitimación.

La sentencia fue recurrida en casación, alegando la infracción del artículo 13.3 LPH. Se discute únicamente la declaración de nulidad de la cláusula estatutaria 7.^a de las que integran el Título constitutivo de la Comunidad de propietarios. Afirma el Tribunal Supremo que el Presidente actúa contra uno de los propietarios que forma parte de la Comunidad, utilizando el procedimiento iniciado por este, no solo para contestar y oponerse a la demanda, sino para reconvenir interesando la nulidad de una cláusula estatutaria, todo ello sin el acuerdo previo de la Junta. Aunque el Tribunal Supremo ha venido concediendo legitimación a cualquier comunero para actuar en cuestiones que afectan a elementos comunes cuando no lo haga la Junta, beneficiando a la Comunidad en lo que fuera favorable su actuación, en este caso la demanda ha sido formulada contra la Comunidad y no frente a un determinado comunero y el Presi-

dente ha comparecido y contestado a la demanda con esta sola cualidad. Los poderes a procuradores fueron otorgados con esa única legitimación. En definitiva, a juicio del Alto Tribunal, el Presidente no ha actuado en representación de la Comunidad para defender judicialmente los intereses de esta, sino que ha ejercido facultades de la exclusiva titularidad de la Junta, único órgano de la Comunidad capaz de adoptarlo. Por tanto, se declara la falta de legitimación y se desestima el recurso de casación.

NOTA.—Los poderes típicos del Presidente se circunscriben a los asuntos que afecten a la Comunidad. El problema que se plantea la doctrina es si la Junta ha de aprobar la actuación representativa del Presidente para que este pueda actuar válidamente con efectos frente a terceros, o no. El Tribunal Supremo ha venido reconociendo, en la jurisprudencia anterior a la Ley 8/1999, la eficacia de la actuación del Presidente frente a los terceros sin tener la autorización de la Junta, sobre la base de dos razones: 1) la ilimitabilidad de los poderes de la representación orgánica del Presidente; 2) la existencia de una apariencia de representación derivada de la sola existencia de su nombramiento. No obstante, existen dos actuaciones para las que es necesario el acuerdo previo de la Junta: *a)* los actos de alteración de elementos comunes; *b)* los actos que tienen por consecuencia la modificación del título o de los estatutos. La potestad decisora de la Junta sobre la alteración del título constitutivo determina un límite externo a la eficacia de la actuación del Presidente. En cualquier caso, la jurisprudencia ha evolucionado claramente hacia la limitación del poder representativo del Presidente y la necesidad del acuerdo de la Junta como requisito de su legitimación para el proceso. La aprobación de la Junta habrá de considerarse como requisito de procedibilidad en los supuestos en que anteriormente se consideraba legitimado al Presidente para actuar sin previo acuerdo de la Junta. El Tribunal Supremo ha declarado en varias ocasiones que la representación del Presidente no tiene un contenido en blanco que pueda suplir la voluntad de la Junta (STS de 20 de octubre de 2004). El carácter orgánico de la representación del presidente no vacía las competencias de la Junta, sin perjuicio de la protección de los terceros que confían en la apariencia jurídica de su representación, y sin que pueda apelarse a su legitimación como comunero individual cuando ni instó la demanda con base en dicho carácter ni otorgó poderes al procurador en virtud de dicha legitimación (SSTS de 6 de marzo de 2000 y 11 de diciembre de 2000). En todo caso, la falta de autorización de la Junta es subsanable. (*S. L. M.*)

23. Instalación de un ascensor en un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal con ocupación de parte de un elemento privativo.—El principal problema que se plantea en estos casos es si la necesidad de un ascensor que tienen ciertos propietarios, en orden a su accesibilidad o movilidad, es un derecho de la comunidad sin limitaciones por el cual, sin más requisitos que la obtención del quórum necesario, que con la nueva redacción del artículo 17.1 de la LPH, es el de las 3/5 partes de total de los propietarios que a su vez representen las 3/5 partes de las cuotas de participa-

ción, se puede obligar a un copropietario a ceder su parte de la propiedad de su local para la instalación del ascensor.

Según el Tribunal Supremo, deben ponderarse los bienes jurídicos protegidos: el del propietario a no ver alterado o perturbado su derecho de propiedad y el de la comunidad a instalar un ascensor. Se debe tener en cuenta el alcance de esa afección sobre el elemento privativo que pueda impedir o mermar sustancialmente su aprovechamiento, más allá de lo que constituye el verdadero contenido y alcance de la servidumbre como limitación o gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro (art. 530 CC).

Así, el Tribunal Supremo entiende que la instalación del ascensor en una comunidad de vecinos que carece de este servicio, considerado como de interés general, permite la constitución de una servidumbre con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios, incluso cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo, siempre que: 1) concurren las mayorías exigidas legalmente para la adopción de tal acuerdo, sin que resulte preceptivo el consentimiento del copropietario directamente afectado; 2) que el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad del espacio privativo. (**STS de 10 de octubre de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El demandante ejercita acción de impugnación de un acuerdo adoptado en la Junta de propietarios relativo a la instalación de un ascensor que invade una parte de los elementos privativos del propietario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Según el Juzgado de Primera Instancia, tratándose de la instalación de un servicio de interés general e inexcusable atendiendo a que en el edificio viven personas de avanzada edad, el conflicto entre bienes jurídicos tales como la propiedad y el interés general de movilidad física de los copropietarios, debía decantarse por la primacía de este último aun en los casos, como el presente, en los cuales el acuerdo se hubiese adoptado de conformidad con lo dispuesto en la LPH pero sin el consentimiento de los copropietarios que se vieran privados de una parte de su propiedad privada.

Por su parte, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandante y revocó la sentencia recurrida. Declaró la nulidad del acuerdo relativo a la instalación del ascensor adoptado en la Junta. Entendió que si no se cuenta con el consentimiento del propietario directamente afectado, el acuerdo será nulo, pues de no entenderse así se autorizaría una restricción del derecho de propiedad que equivaldría no a la constitución de servidumbre a favor de la comunidad, sino una expropiación forzosa de parte de un bien privativo.

En casación se alega la infracción de los artículos 3.a), 10.2, 11.4, 9.1.c) y 17.1 LPH. Entiende la recurrente que la servidumbre reclamada por la Comunidad es imprescindible y necesaria para la instalación del ascensor y que la afección del piso privativo del recurrido no supone un menoscabo que haga inservible física, funcional o económicamente los elementos privativos en su conjunto, máxime teniendo en cuenta que la superficie de la cual se vería privada sería de 0,825 metros cuadrados. El Alto Tribunal estima el recurso y entiende que el acuerdo fue adoptado válidamente según las mayorías exigidas legalmente.

NOTA.—El problema principal que se plantea en esta sentencia es el de la obligación que tiene el propietario de consentir las reparaciones que exija el servicio del inmueble y de permitir las servidumbres precisas para la instalación de servicios comunes de interés general [art. 9.1.c) LPH]. Se refiere, sobre todo, a los servicios acordados conforme al artículo 17.1 LPH. La instalación de un ascensor responde a un interés general. El establecimiento de servicios comunes que tengan por objeto la eliminación de barreras arquitectónicas requerirá el voto favorable de la mayoría de propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. En estos casos, todos, aunque hubiesen votado en contra, estarían obligados a consentir las obras que exija la eliminación de la barrera arquitectónica y la servidumbre que exigiese dicha eliminación. Ahora bien, el artículo 11.4 LPH exige el consentimiento expreso del propietario afectado, y si se negase a prestarlo, habrá que acudir a la vía judicial. En cualquier caso, la privación de esa parte de su espacio privativo iría necesariamente acompañada de la correspondiente indemnización (art. 564 CC). (S. L. M.)

24. Legitimación del registrador para impugnar judicialmente las resoluciones dictadas por la DGRN.—La letra del artículo 328.4 LH se limita a afirmar que «*El notario autorizante del título o su sucesor en el protocolo, así como el registrador de la propiedad, mercantil y de bienes inmuebles cuya calificación negativa hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la Dirección General de los Registros y del Notariado podrán recurrir la resolución de esta cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares*». En la presente sentencia el Tribunal Supremo interpreta el concepto de «*derecho o interés de que sean titulares*», como requisito para el nacimiento de la legitimación de la acción del registrador. Entiende el Alto Tribunal que dicho interés legítimo existe siempre que la resolución de la DGRN que se pretende impugnar pueda afectar de modo efectivo y acreditado a la esfera jurídica del registrador. Tal repercusión no se identifica con la defensa de la legalidad, ni con intereses particulares que le puedan impedir calificar el título. Por el contrario, el interés legítimo se da únicamente cuando pueda surgir una responsabilidad civil o disciplinaria del registrador relacionada con la función calificadora registral, cuando su nota de calificación fue revocada mediante resolución expresa de la DGRN. En defensa de esta interpretación, el Tribunal Supremo explica que se trata de una legitimación sustantiva que se deriva de una norma especial y que en modo alguno contradice el principio de la vinculación de los registradores a las decisiones de la DGRN, sino que precisa y concreta los supuestos en que, excepcionalmente, dichos registradores van a poder recurrir tales decisiones. (STS de 20 de septiembre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El presente litigio tiene su origen en la demanda interpuesta por la Registradora doña C. contra la resolución de la DGRN de 15 de noviembre de 2006. En dicha demanda se alegaba, principalmente, la extemporaneidad de la citada resolución, por haberse dictado esta transcurrido el plazo de tres meses fijado en el párrafo 9.º del artículo 327 LH.

En su sentencia de 25 de junio de 2007, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia desestima dicha demanda, por entender que la actora carecía de legitimación para recurrir resoluciones de su superior jerárquico.

La actora interpone recurso de apelación, que es estimado por la Audiencia Provincial de Valencia, en sentencia de 11 de diciembre de 2007. En esta se deja sin efecto la resolución de la DGRN, por entenderse que esta se habría dictado cuando ya existía resolución firme emanada de la DGRN por vía de silencio. Según la Audiencia Provincial, el artículo 328 LH legitima a los registradores y notarios a impugnar las resoluciones de la DGRN siempre que afecten a sus derechos e intereses, entre los que se encuentra la posibilidad de iniciar un expediente disciplinario contra el concreto notario y/o registrador.

La DGRN interpone recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La importancia de esta sentencia radica en la necesidad de aclarar cuál deba ser la interpretación de una norma nada clara en cuanto a su contenido y alcance: el artículo 328 LH, en su redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, para el impulso de la productividad. Discrepancia interpretativa que se refleja en la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales recaída hasta la fecha. Entre las sentencias de estas se puede encontrar una tendencia que identifica el interés al que alude este precepto con el que presenta la propia función registral y la defensa de la legalidad que realiza el registrador (SAP de Badajoz, sección 2.ª, de 29 de febrero de 2008; Autos de la AP de Madrid, sección 9.ª, de 11 de abril de 2008 y de 17 de mayo de 2010) y, por otro lado, se encuentra también una postura contraria a la legitimación abierta o general para la impugnación judicial del registrador (SSAP de Valladolid de 18 de marzo de 2004 y de 24 de mayo de 2011; SSAP de Madrid, sección 21.ª, de 11 de mayo de 2010, y de la sección 8.ª, de 20 de diciembre de 2010). Ante esta falta de uniformidad, la interpretación del Tribunal Supremo se predicaba imperiosa para tratar de conseguir la seguridad jurídica exigida por el artículo 9.3 CE. La justificación de la reforma legal llevada a cabo en 2005 y la comparación entre la regulación actual y la anterior por ella derogada avalan esta interpretación. La reforma de 2005 hizo explícita su justificación, refiriéndose a la finalidad de limitar la legitimación del registrador a la hora de impugnar las resoluciones de su superior jerárquico. Con anterioridad a esta reforma, la legitimación era general y, en todo caso, el registrador que hubiera visto revocada su calificación por resolución de la DGRN podía recurrir en vía judicial. Sin embargo, la norma de 2005 ha reducido esta legitimación, al requerir que la resolución de la DGRN afecte a un derecho o interés del que es titular el registrador recurrente. Por ello, resulta indiscutible que este derecho o interés debe ser algo cualitativamente diferente a las circunstancias que, antes de la reforma legal, permitían al registrador el recurso, como eran la defensa de la legalidad registral y la discrepancia con la calificación realizada. (G. M. A.)

DERECHO DE FAMILIA

25. Matrimonio: Acción de divorcio interpuesta por los padres tutores de la esposa, en situación de coma: Legitimación: Actos personalísimos.—Se trataba de un matrimonio celebrado el 16.05.98, del que no nacieron hijos. El 11.03.00, la esposa sufre un grave accidente de circulación a cuyas resultas quedó tetrapléjica y en estado de coma vigil, del que no se ha recuperado hasta la fecha. Iniciado un procedimiento de incapacitación el Juzgado de Primera Instancia atribuyó la tutela al marido, pero la Audiencia Provincial concedió la tutela a los padres de la incapacitada por razón de la mayor disponibilidad para hacerse cargo de su hija. Los padres ejercitaron la acción de separación matrimonial, estimada por s. firme de la Audiencia Provincial el 20.12.04, en la que se declaró que concurrían causas de separación antes del accidente, que demostraban «un cierto desafecto entre los cónyuges», como que: 1) la esposa había consultado a un abogado sobre el procedimiento de separación antes del accidente; 2) que en el nombramiento de los padres como tutores influyó el hecho de que al ser el marido joven podía rehacer su vida; 3) el marido iba muy poco a visitar a la esposa internada después del accidente, ni había acudido al centro, ni la había llamado, lo que indicaba «la existencia de un incumplimiento, al menos, de los deberes de ayuda y socorro entre los cónyuges», de modo que ante tales circunstancias resulta del interés del incapaz declarar la separación. Al ser firme la sentencia de separación, por haberse inadmitido el recurso de casación, los cónyuges se encuentran en la situación legal de separación. Los tutores ejercitaron la acción de divorcio, que fue admitida por el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria, pero fue desestimada por s. de 24.09.07, con base: 1) no está clara la aplicación de la doctrina de la STC 311/2000 al divorcio, porque este significa la ruptura y disolución del vínculo matrimonial; 2) la prestación del consentimiento para contraer matrimonio es un acto personalísimo y no se permite que sea prestado por otra persona, y la misma limitación afecta al consentimiento para el divorcio; y 3) el ejercicio de tales acciones solo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge. La Audiencia Provincial estimó la apelación de los autores, argumentando: 1) la admisión por el Juzgado de Primera Instancia de la legitimación activa de los tutores para solicitar el divorcio de la tutelada, para terminar denegando el divorcio, lleva a una solución vacía de contenido, de modo que hay que entender que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio y para obtener una resolución acorde a sus pretensiones, siempre que concurren los requisitos exigidos por el legislador; 2) si no fuera así se vulnerarían los derechos a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad; 3) no sería lógico que el esposo pudiera divorciarse en cualquier momento, y que no pueda solicitarlo la esposa a instancia de sus tutores; y 4) no existe base legal inequívoca que funde la distinción entre actos personalísimos y no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del artículo 267 CC, para desembocar en una restricción del ámbito representativo del tutor, que ha sido en este caso la base de la negativa de acceso a la justicia en nombre del incapacitado.

El marido interpone recurso de casación, al que se opuso la parte recurrida. El Ministerio Fiscal interesó la impugnación del recurso.

Planteamiento constitucional de la legitimación para ejercitar la acción de divorcio por los representantes legales del incapaz.—La STC 311/2000 se pronunció sobre el ajuste a la Constitución de las senten-

cias 105 y 106, de 23 de febrero de 1998, dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias, que habían negado legitimación para ejercer la acción de separación a la madre y tutora de una persona incapacitada. El Tribunal Constitucional decidió que debía protegerse el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona incapaz y declaró que se había lesionado este derecho por la negativa a que la madre tutora pudiera ejercitar la acción. Se planteó, en primer lugar, si concurría o no un interés legítimo que se habría impedido por no haberse permitido el acceso a la tutela judicial efectiva, resolviendo que *la separación matrimonial y la acción judicial que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando esta les resulta perjudicial*; interés que puede residir bien en una situación de peligro físico, bien en una situación patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de estos deberes. Negar legitimación al tutor, *determina de modo inexorable, el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de esta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general, del posible ejercicio de acciones [...] el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que, si a este se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia [...] El cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción de separación en aquel caso [...] no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, por lo que, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del artículo 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del artículo 32.1 CE, en cuanto a la posibilidad de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio*. El voto particular concurrente del propio ponente va más allá, en cuanto que supera en su argumentación, la tradicional distinción entre derechos personales y personalísimos, que solo podrían ser ejercitados por su titular y nunca por su representante legal. Así afirmaba que negar al tutor la legitimación para el ejercicio de la acción de separación *no se basa en un precepto legal inequívoco, sino más bien en un concepto doctrinal de acciones personalísimas que es el que subyace en la interpretación del artículo 81 Cc*.

Esta sentencia el Tribunal Constitucional es fundamental para la resolución del presente recurso, si bien este se refiere a la acción de divorcio planteada por los padres y tutores, supuesto que carece de regulación en la legislación española, especialmente importante a raíz de la modificación del divorcio efectuada por Ley 15/2005. La STC 311/2000 plantea exactamente el problema, al centrar la cuestión en el interés del incapacitado, pero se refiere al interés en la separación en un momento en que el Código civil exigía la alegación de causa y solo sería aplicable plenamente en la separación actual porque su estructura después de la reforma es muy similar. Por tanto, no puede solucionarse el presente recurso con la simple referencia a la STC examinada, sino que debe estudiarse si el divorcio, que comporta la disolución del matrimonio a diferencia de la separación, puede ser ejercitado por el tutor en una acción planteada en nombre y representación del cónyuge incapacitado.

Ejercicio de los derechos fundamentales cuyo titular está incapacitado.—En este caso están presentes dos derechos fundamentales: 1.º El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado. El divorcio actual no

requiere alegación de causa cuando lo ejercita personalmente el interesado quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge peticionario del divorcio; a ello obedece la regulación puesta en vigor por la Ley 13/2005, al no exigir la alegación de causa. 2.º El derecho a la tutela judicial efectiva que permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el artículo 271.6 CC, que atribuye a los tutores la legitimación para entablar la demanda en nombre de los sujetos a tutela, siempre con autorización judicial, que no se requerirá en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse.

La posibilidad de que el tutor de una persona incapacitada casada pueda o no ejercer la acción de divorcio tiene pocos precedentes en los ordenamientos de nuestro entorno. A ello contribuyen dos condicionamientos: 1) la tutela tiene aspectos muy distintos en estos ordenamientos, a pesar de estar construida en todos ellos como sistema de protección de discapacitados e incapaces, y 2) el divorcio tiene una regulación no uniforme en estos ordenamientos. El Código civil francés no admite el ejercicio de la acción de divorcio por consentimiento mutuo por el representante de mayores de edad protegidos, sea cual sea el régimen de protección a que estén sujetos (art. 249-4); en cambio sí admite la acción en nombre del cónyuge sometido a tutela en los casos de divorcio contencioso (art. 249): el tutor puede ejercitarla solo si ha obtenido la autorización del Consejo de familia, previo el informe del médico; asimismo, el artículo 249-1 establece que la acción se ejercerá contra el tutor si el cónyuge contra el que se presenta demanda, está sometido a tutela. En Alemania, el parágrafo 8, núm. 1, de la *Familienverfahrgesetz* (*Ley de procedimientos de Derecho de familia*) establece que una persona incapaz puede ser parte en los procedimientos matrimoniales, pero las personas que representan a dicha parte de acuerdo con las disposiciones de Derecho civil deben actuar como parte (parágrafo 9, núm. 2), de tal manera que si la persona es mentalmente incapaz, debe actuar el representante, quien debe ser autorizado por el Juzgado o el Tribunal de Familia o el Tribunal de Tutelas (parágrafo 125, núm. 2). En Italia no hay previsión sobre esta posibilidad.

La Ley española de divorcio de 1932 admitió que los tutores pudieran ejercitar esta acción (art. 40), pero solo con referencia a la separación, con autorización del Consejo de Familia (art. 213 Cc, versión original). Con carácter general el artículo 48 de la Ley exigía la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos cuando existieran incapaces.

La Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, establece en el artículo 12.3, que los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, y el artículo 13.1 dice que asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás. Estos principios deben ser tenidos en cuenta en la resolución que se demanda, porque la ratificación del referido Convenio y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por

medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado de que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, capaz, no quisiera demandarlo.

Legitimación de los tutores para ejercitar la acción de divorcio de la tutelada.—Las anteriores razones llevan a concluir que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapaz, siempre que por sus condiciones no pueda actuar por sí misma. Esta solución no es extravagante en el ordenamiento español, ya que el Código civil legitima al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en la acción para pedir la nulidad de un determinado matrimonio (art. 74), así como a padres, tutores, guardadores y al Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art. 75 Cc).

La representación legal del tutor le impone el deber de ingerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal por las siguientes razones: 1.^a) Según el artículo 216.1 CC, las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, y por ello el artículo 271 CC exige autorización judicial para entablar cualquier demanda. 2.^a) El ejercicio de esta acción debe obedecer a los intereses del incapaz, por lo que debe justificarse que la actuación se lleva a cabo en interés del incapaz, tal como concluyó, bajo una legislación distinta, la STC 311/2000. 3.^a) La obligada intervención del Ministerio Fiscal garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias. Constituiría una falacia negar el ejercicio de la acción de divorcio a los tutores sobre la base de que a partir de la reforma de 2005, no se exige alegación de causa. Lo único que efectuó la reforma fue eliminar la necesidad de expresar la concurrencia de causa, para proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio; esta configuración no puede impedir el ejercicio de la acción cuando exista interés del incapaz, pero de ello no se deduce que los tutores puedan ejercitar arbitrariamente dicha acción, porque deben justificar que existe un interés del incapaz en obtener la disolución de su matrimonio, lo que va a permitir la actuación del tutor.

En el presente caso concurren las circunstancias anteriores y existe interés de la incapaz en el ejercicio de la acción de divorcio por sus tutores. En efecto: 1) La sentencia de la Audiencia Provincial de 2004 consideró probado que concurrían causas de separación antes del accidente de la esposa, concluyendo que había interés de la incapaz en declarar la separación; 2) Los tutores obtuvieron autorización judicial para interponer la acción de divorcio como representantes de su hija incapacitada, entendiéndose que tenían legitimación conforme a los artículos 267 y 271 CC; 3) Autorizados los tutores y acreditado el interés del incapaz, la Audiencia Provincial consideró que el divorcio era favorable al interés de la esposa sobre la base de lo que se había considerado probado en la sentencia de separación, situación que no se había modificado en el momento de presentarse la demanda de divorcio. Estimado el recurso de casación, no se considera procedente imponer las costas a la parte recurrente dado que el asunto presenta serias dudas de Derecho, como

se desprende de lo razonado al examinar los motivos. (STS de 21 de septiembre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Importante sentencia como se deduce de haberse dictado por el *pleno* de la Sala 1.^a, de su extensa argumentación, que carece en sentido propio de precedentes pues su supuesto de hecho no coincide con el contemplado por la STC 311/2000 (relativo al ejercicio de la acción de separación por el tutor antes de la reforma del matrimonio en 2005), por lo que resulta comprensible que se busquen apoyos en nuevos argumentos tales como el derecho comparado y los derivados de la integración en nuestro ordenamiento del Convenio de Nueva York de 2006. Esta resolución prosigue lo que puede calificarse de *línea aperturista* en el tema, propugnando una solución positiva que no deja de suscitar algunos interrogantes doctrinales. Se apoya, en primer término, en declarar inaplicable al caso la tradicional teoría sobre los derechos personalísimos, pero, a mi juicio, sin convincente argumentación (¿se da por derogada en el ámbito del Derecho de familia? ¿con qué alcance? ¿se sustituirá por la doctrina contraria o habrá que distinguir *secundum quid*?). Imaginemos que un joven ha iniciado su expediente matrimonial y antes de la celebración de las nupcias sufre un accidente y queda en coma ¿podrá el tutor representarle en esta última, previa autorización judicial? pueden encontrarse algunos motivos para justificar el interés del incapacitado en la celebración. ¿Se aplicará la doctrina de esta sentencia al supuesto previsto en el artículo 121 CC del reconocimiento de filiación no matrimonial por un progenitor incapacitado? Y si esta doctrina la proyectamos sobre la sustitución ejemplar, no cabe duda de que damos un giro a la interpretación mayoritaria del artículo 776 CC. Por otro lado, la afirmación de que en el Código civil el testamento es un acto personalísimo (art. 670), acaso también habría que repensarla. Por otro lado me parece que se ha efectuado una aplicación un tanto acomodaticia del artículo 12 del Convenio de N.Y. pues se hace caso omiso de las *salvaguardas* que describe con amplitud su párrafo 4. ¿No cabría ver, en el caso, alguna contradicción de intereses entre los padres tutores y el marido de su hija? La bibliografía últimamente recaída es abundante (la cita TENA PIAZUELO, en su comentario al artículo 267, en *Código civil comentado*, I (direcs. Ana Cañizares Laso *et al.*) Cizur Menor, 2011, esp. p. 1228. (G. G. C.)

26. Divorcio: Atribución de la vivienda familiar a la mujer no propietaria que ostenta la guarda de la hija menor: Doctrina jurisprudencial.—El presente recurso se formula por interés casacional, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en el momento en que se formuló. Sin embargo, esta Sala ha ido estableciendo una doctrina en supuestos parecidos al que se plantea en el presente recurso de casación, a partir de la STS 1022/2005, de 26 diciembre. Ciertamente no se trata de casos iguales, sino de la doctrina que debe aplicarse en aquellos supuestos en que están involucrados dos elementos jurídicos, como son que la vivienda sea propiedad de terceros y que el menor pueda disponer de una vivienda adecuada.

En relación al hecho probado de que la vivienda cuyo uso ha sido atribuido a la hija y a la madre que ejerce la custodia, pertenece en propiedad a los padres del marido y al propio marido, debe aplicarse la doctrina formulada en SSTS de 14 de enero de 2010, y 18 de enero de 2010, del Pleno de esta Sala, reiterada en SSTS de 14 de julio, 11 y 22 de noviembre de 2010. Tal como afirma la STS de 18 de marzo de 2011, para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Según afirma la STS del Pleno de 18 de enero de 2010, la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de Familia, porque las consecuencias del divorcio o de la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros propietarios. De acuerdo con esta reiterada doctrina, la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su madre que ostenta la guarda y custodia, corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudica a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda.

El segundo elemento que debe examinarse es el relativo a si el interés del menor queda protegido con la atribución de una vivienda propiedad de sus padres en lugar de la vivienda, propiedad de sus abuelos y de su padre, en la que vive en la actualidad, al haberle sido atribuida en virtud del artículo 96.1 CC. La STS de 29 de marzo de 2011, dictada en un caso en que la madre que ostentaba la guarda, había pasado a habitar con su hija una casa propia y el progenitor propietario pedía la devolución, dijo que, cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario, y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el artículo 7 CC. Esta doctrina debe aplicarse al presente caso y más cuando la vivienda que debe atribuirse a la menor pertenece a ambos progenitores.

La solución propuesta requiere que la vivienda sea idónea para satisfacer el interés del menor y de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, este interés queda perfectamente salvaguardado.

La Sala pronuncia la siguiente doctrina jurisprudencial: *El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenece a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos.* (STS de 10 de octubre de 2011; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Las SSTS de 14 de enero de 2010 y 18 de enero de 2010, del pleno de la Sala 1.^a, se encuentran extractadas respectivamente en ADC, 2011, núm. 72, pp. 1371-1374, y ADC, 2011, núm. 63,

pp. 870-872. Se trata de una materia estrechamente vinculada a las circunstancias del caso, como ha puesto de relieve la abundante doctrina especializada, y sobre la cual la jurisprudencia últimamente, no sin dificultad (suele haber votos particulares), experimenta positivos avances y algunos retrocesos. Acertadamente el Tribunal Supremo trata de elaborar una doctrina consolidada, coherente y sistemática, que, sin embargo, no parece haber logrado convencer siempre a las Audiencias Provinciales. La ahora extractada puede contribuir a tal fin (*G. G. C.*)

27. Divorcio: Temporalidad de la pensión compensatoria: Atribución de la vivienda familiar al padre a cuyo cargo quedan los hijos.—En relación con las cuestiones controvertidas, la Audiencia Provincial declaró en síntesis: *a)* Que elevó a 500 euros mensuales la cuantía de la prestación compensatoria valorando que durante los 24 años de duración del matrimonio la esposa se dedicó exclusivamente al cuidado de la familia, careciendo de titulación y experiencia profesional, circunstancias, junto a su edad de 46 años, que limitan sus posibilidades a la hora de acceder al mercado laboral; justificó la cuantía en atención a los ingresos acreditados del esposo (1.766 euros al mes, al descontar del sueldo de 2066 euros, los 300 euros mensuales de la amortización del préstamo hipotecario, a su cargo); para justificar su limitación temporal, tomó en cuenta las circunstancias que llevaron a apreciar el desequilibrio y la duración del matrimonio. *b)* Por lo que respecta a la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar al marido y a los hijos, lo justificó por la dependencia económica de estos, pese a su mayoría de edad, y porque siendo acreedores de pensión alimenticia que satisfaga sus necesidades de vivienda y manutención, el núcleo familiar integrado por el padre alimentante y los hijos, era el más necesitado de protección hasta que no se independicen o concluya su formación en tiempo razonable.

La posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias, es en la actualidad una cuestión pacífica, tanto a la luz de las muchas resoluciones de esta Sala, como por haberse manifestado posteriormente el legislador mediante la Ley 15/2005, que ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC, estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única. Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, lo que obliga a tomar en cuenta las circunstancias del caso, particularmente las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC. Según la STS, del Pleno, de 19 de enero de 2010, reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 y 14 de febrero de 2011, dichos factores tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio y como elementos que permitan fijar la cuantía de la pensión, que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación con criterios de certidumbre.

En este sentido las SSTS de 9 y 17 de octubre de 2008, 28 de abril y 4 de noviembre de 2010, afirman que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, deben ser respetadas en casación siempre que sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de

manera no exhaustiva el artículo 97 CC, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

Todo ello conduce a concluir que la decisión de la Audiencia Provincial se encuentra perfectamente razonada y que en su actuación se ajusta a los parámetros de prudencia y ponderación a los que se hizo referencia, sus conclusiones, en particular la referente a no concederla con carácter vitalicio y limitar su percepción a quince años, han de ser respetados en casación.

Atribución del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección cuando no existen hijos menores, sino mayores de edad.—El artículo 39.3 CE impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera de matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. En relación directa con dicho principio, y como concreción del principio *favor filii*, el pár. 1.º del artículo 96 CC atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad, y, de manera refleja o derivada, al cónyuge en cuya compañía queden. La controversia que se suscita versa sobre si esta forma de protección se extiende al mayor de edad, de forma que la circunstancia de alcanzar la mayoría no le prive (ni a él, ni indirectamente, al progenitor que lo tenga a su cuidado) del derecho a seguir usando la vivienda familiar.

La doctrina jurisprudencial es favorable a que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, y se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a los luz de los artículos 142 y ss. CC; en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cual de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentara algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a los artículos 142 y ss. tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse conforme al pár. 3.º del artículo 96 CC, según el cual, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. La aplicación de esta doctrina determina la estimación parcial de esta parte del motivo, o submotivo, pues la decisión de los hijos mayores de convivir con el padre no debió considerarse factor determinante a la hora de privar a la esposa de su derecho a usar el domicilio familiar, una vez acreditado y no discutido que las circunstancias en ella concurrentes lo hacían aconsejable por ser su interés el más necesitado de protección. En consecuencia, procede la estimación parcial del recurso en el sentido de adjudicar a la esposa el uso de la vivienda familiar hasta el momento de la liquidación del régimen matrimonial.

Se fija como doctrina jurisprudencial que *la atribución del uso de la vivienda familiar, en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del pár. 3.º del artículo 96 Cc, que permite adjudicarlo por el tiempo*

que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección (STS de 5 de septiembre de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

28. Aceptación de la herencia. Interpretación del artículo 1002 CC como norma sancionadora.—Afirma el Tribunal Supremo que la realización de la conducta típica descrita en el artículo 1002 CC por parte del llamado a la herencia a título de heredero hace que adquiera tal condición *ex lege*, privándole de la posibilidad de acogerse al beneficio de inventario. Tal consecuencia jurídica, interpretada originariamente como aceptación tácita de la herencia las Partidas (6,6,9) y en el artículo 832 del Proyecto de 1851, se entiende actualmente por la doctrina como una modalidad de sanción o pena civil derivada del comportamiento ilícito. La finalidad es clara: hacer responder al heredero con sus propios bienes de las deudas del causante, cuando, mediante la sustracción u ocultación de los que pertenecían al mismo, no se limitó a dejar a salvo su patrimonio personal (para lo que habría bastado la aceptación a beneficio de inventario), sino que fue más allá, con el propósito de impedir la responsabilidad del caudal *intra vires hereditatis*. Como tal sanción, su interpretación debe ser restrictiva (entre otras, SSTS de 26 de marzo de 1993 y 11 de marzo de 2010), lo que no impide, según el Tribunal Supremo, que se pueda aplicar analógicamente a otros supuestos similares, siempre que se trate de actuaciones con las que se trate de disminuir el activo hereditario, aumentar el pasivo o defraudar a otros herederos, legatarios o acreedores hereditarios.

Supuesto de hecho del artículo 1002 CC.—Como elementos clave del supuesto de hecho del artículo 1002 CC, destaca el Tribunal Supremo los siguientes: en primer lugar, se puede referir tanto a bienes muebles como inmuebles, aunque es más probable que se refiera a los primeros, por la facilidad para ser sustraídos o escondidos. En segundo lugar, se entiende que hay sustracción cuando un heredero se apropia de uno o varios efectos hereditarios sin tener título alguno que lo justifique (conducta activa); hay, en cambio, ocultación, cuando el heredero guarda un bien hereditario o calla sobre su existencia, la disimula o la encubre, absteniéndose de manifestar que forma parte de la herencia (conducta pasiva). En tercer lugar, es necesario que el comportamiento sancionable se realice después de la apertura de la sucesión. En cuarto y último lugar, la conducta activa o pasiva debe ser clandestina, por lo que no concurre este supuesto de hecho cuando se actúa abierta y públicamente a la hora de efectuar la transmisión de los bienes.

Interpretación de las normas. Interpretación sociológica.—Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 24 de febrero de 2004, 14 de octubre de 2008 y 30 de junio de 2009), el elemento de interpretación sociológica no puede tergiversar la ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria. Por tanto, no permite ni justifica el arbitrio judicial, ni una interpretación laxa de las normas. Por tanto, no se puede acudir a este criterio de interpretación para ampliar la aplicación del artículo 1002 CC a situaciones anteriores a la apertura de la herencia, teniendo en cuenta, además, que no eran extrañas ni ajenas al tiempo de la promulgación

del Código civil y que, sin embargo, el legislador no las tuvo en cuenta a la hora de redactar el precepto. **(STS de 20 de octubre de 2011;** no ha lugar. [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La Agencia Tributaria sometió a expediente de comprobación ciertas declaraciones de la renta de don E., apreciando la Administración un posible delito contra la Hacienda pública, que desembocó en la formulación de una querrela el 12 de febrero de 1993. El 14 de octubre de ese mismo año, ante la grave enfermedad de don E., este y su esposa otorgaron escritura pública de apoderamiento a favor de uno de sus hijos, para que pudiera disponer de sus bienes. Así lo hizo, de hecho, al día siguiente, procediendo a vender siete inmuebles de propiedad de sus padres a dos sociedades mercantiles con domicilio en las Islas Vírgenes y de las que era socio otro de los hijos. Las transmisiones se inscribieron en el Registro de la Propiedad y el producto de las ventas se repartió entre los cuatro hijos del matrimonio. El día 16 de octubre falleció don E.

Tres meses después, los hijos y la esposa aceptaron la herencia de don E. a beneficio de inventario, en procedimiento de jurisdicción voluntaria. La Agencia Tributaria formuló posteriormente querrela contra los hijos y la viuda de don E., por posible delito de alzamiento de bienes en relación a las ventas efectuadas antes del fallecimiento de don E. La sentencia, dictada en 1997, condenó a todos los querrellados como coautores del delito y declaró la nulidad de las ventas.

En el año 2006, el Abogado del Estado interpuso demanda contra los herederos de don E., solicitando que se declarase la pérdida por estos del beneficio de inventario y la declaración de que debían responder de las deudas del causante, como herederos puros y simples. La demanda fue estimada en primera instancia, y los demandados interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la sentencia de instancia, sobre el argumento de que no cabía aplicar el artículo 1002 CC a este caso, por haberse producido la disposición sobre los bienes en vida del causante e, incluso, bajo sus instrucciones. El Abogado del Estado interpuso entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo. (A. M. M.)

DERECHO MERCANTIL

29. Utilización de título nobiliario como marca registrada. Intromisión ilegítima: no procede por no identificar el derecho constitucional que se considera vulnerado y por las diferencias existentes entre los componentes denominativos del título nobiliario y los signos registrados.—La falta de identificación del derecho protegido por el artículo 18.1 CE que hubiera podido sufrir una intromisión ilegítima mediante el uso de las marcas, cobra una especial trascendencia al efecto de rechazar el alegato de la injerencia en el ámbito de protección desarrollado por la Ley 1/1982. Tampono

co sería procedente prescindir de las diferencias existentes entre los componentes denominativos del título nobiliario, que realmente corresponde a su titular, y aquellos signos registrados que más se le aproximan, los cuales incorporan, además, el significativo término «Ganadería». Por último, a los efectos de la reconocibilidad, la notoriedad ganada por las marcas en cuestión no suscitan, en la generalidad del público, otra idea que no sea la de relacionarlos con sus propietarios, los titulares de las marcas.

Marcas. Ejercicio de la acción reivindicatoria conforme al artículo 3.3 de la Ley 32/1988. No procede cuando el que la insta no es titular de un mejor derecho frente a la marca inscrita cuya titularidad reclama.—Una cosa es que el demandante, en defensa de su título nobiliario, pueda negar su autorización para que se registre como marca y otra distinta que tenga derecho alguno sobre las marcas registradas. No se identifica, al menos en este caso, el derecho previo que permite pedir la anulación de una marca registrada sin el consentimiento del titular, con el mejor derecho sobre el signo registrado que justifica el éxito de la acción reivindicatoria. **(STS de 14 de septiembre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—En 1977, don Artemio, que ostentaba el título de marqués, autorizó a su hermano don Feliciano, para que registrara como marca el distintivo «Marqués de Domecq», para diferenciar determinados productos de ganaderías. Dicha marca estuvo en vigor hasta 1999, en que se canceló por falta de renovación. Fallecido don Artemio le sucedió en el título don Héctor. Por su parte, a la muerte de don Feliciano sus hijos registraron hasta seis nuevas marcas en las que figuraba la mención «Marqués de Domecq», para distinguir productos de ganadería así como otros servicios ajenos a dicha actividad. Don Héctor demandó a los hijos de don Feliciano reclamándoles la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la intromisión ilegítima que suponía el uso por los demandados del nombre ajeno, así como la titularidad de las marcas registradas sin su autorización y con fraude de su derecho nobiliario. Subsidiariamente solicitó la nulidad de todas las inscripciones. Los demandados reconvinieron pidiendo la declaración de ostentar un derecho preferente sobre el distintivo «Ganadería Marqués de Domecq» para diferenciar productos de ganaderías (clase 31). La sentencia de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso accediendo a la nulidad de las marcas registradas para productos distintos sobre los que había prestado la autorización don Artemio, manteniendo la decisión del Juzgado de Primera Instancia sobre la reconvencción. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación (*C. O. M.*)

30. Clasificación de los créditos transmitidos a la Hacienda Pública a consecuencia del mecanismo de rectificación de facturas de los acreedores concursales previsto en la Ley del IVA.—A la hora de clasificar los créditos referidos a un concurso de acreedores, la legislación concursal obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación, pues será este momento el factor determinante del carácter concursal o contra la masa del crédito

correspondiente. Esta regla constituye una garantía del mantenimiento del principio de igualdad entre los acreedores del concursado. Pues bien, en relación con la clasificación de los créditos transmitidos a la Hacienda Pública a consecuencia del ejercicio del mecanismo de rectificación de facturas del IVA previsto en la Ley del IVA, se debe entender que el nacimiento del crédito tributario por IVA tiene lugar con la realización del hecho imponible, que coincide con el momento del devengo, según establecen los artículos 20 y 21 de la ley General Tributaria, y que es inalterable por el hecho de que la ley de cada tributo pueda establecer la exigibilidad de la cuota o de parte de esta en un momento distinto al del devengo. Dicho devengo se regula en la Ley del IVA y se produce, según los casos, en el momento de la entrega del bien, de la prestación del servicio, de la recepción de la obra, etc. Aplicando estos principios, el Tribunal Supremo concluye que el momento del nacimiento del crédito en favor de la Hacienda Pública por el IVA, que es el de la realización del hecho imponible, determina que este crédito tenga naturaleza concursal –y no de crédito contra la masa– si se ha producido con anterioridad a la declaración del concurso, pues el carácter de obligación legal del crédito por IVA no puede alterar la determinación del momento del nacimiento del crédito. **(STS de 3 de octubre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–Durante el concurso de Contratas ABC, la administración concursal interpone demanda incidental, en la que se impugna la lista de acreedores a consecuencia de la rectificación de facturas de IVA, y tal y como había quedado configurada según la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), demandada. Cuando la concursada es declarada en concurso, sus acreedores, además de no haber cobrado el precio, tampoco han recibido el IVA que, sin embargo, sí tuvieron que ingresar. Para corregir este tipo de situaciones, la Ley del IVA regula la posibilidad de rectificar las facturas de los acreedores del concurso para anular ese IVA repercutido. Pero, para evitar el perjuicio hacia la Hacienda Pública del ejercicio de la posibilidad de rectificación de facturas por los acreedores concursales, se prevé el nacimiento en favor de la Hacienda Pública de créditos por el montante de las cuotas de IVA compensadas, anuladas o devueltas. Según la AEAT, este crédito es contra la masa, y no concursal, pues nace en el momento de la rectificación de la factura, esto es, en un momento posterior a la declaración de concurso.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza, en sentencia de 26 de mayo de 2008, estima la demanda y califica el crédito como concursal –y no contra la masa–, por entender que no se ha producido el nacimiento de un nuevo crédito en favor de la Hacienda Pública, sino que únicamente se ha llevado a cabo una novación, por cambio de acreedor, y que la fecha de este es la del devengo del IVA, y no la de la rectificación de las facturas de los acreedores.

Interpuesto recurso de apelación por la AEAT, este es rechazado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª, de 5 de noviembre de 2008, que confirma la sentencia apelada con los mismos argumentos que el órgano de instancia.

Contra dicha sentencia formula recurso de casación la AEAT, que es desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La frecuencia de la figura del concurso de acreedores explica la importancia de la cuestión planteada en esta sentencia: la clasificación de los créditos transmitidos a la Hacienda Pública por los acreedores concursales a consecuencia del ejercicio por estos últimos del mecanismo de la rectificación de facturas previsto en la Ley del IVA. Con la sentencia que se comenta, el Tribunal Supremo confirma la doctrina presente en su reciente STS de 3 de marzo de 2011 [RC núm. 2239/2006], que consideraba aplicable a la controversia la doctrina fijada, a su vez, en la STS de 1 de septiembre de 2009 [RC N.º 253/2007], que acoge el criterio del devengo y declara que los créditos por IVA contra el deudor concursado por hechos imponible anteriores a la fecha de la declaración de concurso constituyen, efectivamente, créditos concursales y no créditos contra la masa. Con ello, se admite, asimismo, una interpretación normativa que ya había sido sostenida por diversas audiencias provinciales en supuestos como el de autos (entre otras, SAP Asturias, sección 1.ª, de 22 de septiembre de 2006; SAP Barcelona, sección 15.ª, de 26 de abril de 2007; SAP Zaragoza, sección 5.ª, de 13 de febrero de 2009; y SAP Castellón, sección 3.ª, de 20 de febrero de 2009). (G. M. A.)