

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

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

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

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

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

## PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

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

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

## ADMINISTRACIÓN

### Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

## VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

### Librería de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

C/ Trafalgar, 27. 28010 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: 91 111 42 60

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXVI, FASCÍCULO II  
Abril-junio, 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.

## España y el *Código civil portuguez* (1867)

**CARLOS PETIT**

Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones  
Universidad Onubense (UHU)

El defecto de la historia es que siempre  
está en varios tomos

Ramón GÓMEZ DE LA SERNA

### RESUMEN

*El Código civil de Portugal (1867) despertó en España gran interés. Objeto de tres traducciones (1868, 1879, 1890) y de la atención de los juristas (Labra, Azcárate, Montero Ríos), la inclusión en sus artículos de una verdadera tabla de derechos («direitos originários») mostró una forma diversa de concebir el derecho privado. Influyó en el Proyecto de 1869; su fama, sin embargo, fue fugaz.*

### PALABRAS CLAVE

*Código civil de Portugal (1867); Traducciones jurídicas; Patricio de la Escosura; Alberto Aguilera; Rafael M.<sup>a</sup> de Labra; Derechos individuales y legislación; Proyecto de libro I de Código civil (1869); Gumersindo de Azcárate.*

### ABSTRACT

*With three translations (1868, 1879, 1890) and the attention paid by several, relevant lawyers (as Labra, Azcárate and Montero Ríos), the Civil Code of Portugal (1867) aroused great interest in late XIXth Century Spain. Marriage Law and the Code's bill of rights («direitos originários») theory, arts. 359-368) were among its most discussed subjects. Although the Code was a source of the Spanish Project of 1869, its fame was fleeting.*

## KEYWORDS

*Civil Code of Portugal (1867); Legal translations; Patricio de la Escosura; Alberto Aguilera; Rafael María de Labra; Individual rights and legislation; Project Book I of the Civil Code (1869); Gumersindo de Azcárate.*

SUMARIO: I. Tomo Primero. Memoria y olvido del Código de Seabra. II. Tomo Segundo. Traducir en tiempos revueltos.—III. Tomo Tercero. Código portugués y legislación española.—IV. Tomo Cuarto. Traducir y comparar en la Restauración.

Una de las principales líneas de investigación de António M. Hespanha se refiere a las fuentes e instituciones de la época «liberal». A su ejercicio como catedrático en la *Universidade Nova de Lisboa* debemos el impulso a esa línea, gracias a lo que disponemos de excelentes obras generales y estudios monográficos [Hespanha (2004)]<sup>1</sup>, casi tan conocidos como sus anteriores aportaciones sobre la sociedad, las instituciones y el derecho del Antiguo Régimen. Nada añadiré con respecto a su dedicación como maestro que está detrás de imprescindibles investigaciones<sup>2</sup>. Pero entiendo que la historiografía del derecho contemporáneo debe aún recibir más y mejor las enseñanzas del amigo António y, sobre todo, aprovechar los instrumentos de trabajo que su rigor científico y su constancia han puesto a disposición de los estudiosos.

En realidad, las páginas siguientes habrían sido imposibles sin esa generosa contribución a la labor ajena. Me refiero a la versión digital de los materiales relativos al primer Código civil de Portugal [Hespanha (2007)]<sup>3</sup>, texto poco estudiado en la historia comparada de la codificación que, con todo, presentó tanta originalidad de técnica y contenido y se leyó en su momento con tal interés —al menos, en la vecina y atónita España— que merece la pena recordar

<sup>1</sup> También, del mismo, *Hércules confundido. Sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*, Curitiba, Juruá Editora, 2009, con iluminante «Préfacio e nota metodológica», pp. 7-26.

<sup>2</sup> Ana Cristina NOGUEIRA DA SILVA, *A cidadania nos Trópicos. O Ultramar no constitucionalismo monárquico português (c. 1820-1880)*, Dissertação de doutoramento (Direito), Lisboa, Universidade Nova, 2004. Para tiempos anteriores Pedro CARDIM, *O poder dos afectos. Ordem amorosa e dinâmica política no Portugal de Antigo Regime*, Diss. de doutoramento (História), Lisboa, Universidade Nova, 2000.

<sup>3</sup> Su contenido —con otros ricos materiales— es accesible además en la Biblioteca Digital de Derecho —Universidade Nova de Liboa; un utilísimo precedente ofrecen António Manuel HESPANHA— Cristina NOGUEIRA DA SILVA, *Fontes para a história constitucional portuguesa* (DVD), Lisboa, Faculdade de Direito da UNL, 2004. Sobre el alcance de estas empresas, sus objetivos y características *vid.* HESPANHA (2007b).

sus principales aspectos y las razones que lo singularizaron en un panorama legal dominado por el *Code Napoléon*.

## I. TOMO PRIMERO. MEMORIA Y OLVIDO DEL CÓDIGO DE SEABRA

El Código portugués de 1867, pudo escribirse al presentar el texto que lo abrogó, «no ha sido objeto de demasiada atención en nuestra patria» [Marín (1967), p. 6]. Una simple proposición «performativa», se diría, cuyo mero enunciado realiza la acción. En efecto, con tres traducciones castellanas (dos de ellas íntegras), con libros y artículos específicos, con debates y múltiples referencias (por lo común favorables) a sus disposiciones no cabe seriamente sostener que la doctrina española, al menos hasta el cambio de siglo, dejase de prestar a ese Código la atención que merecía; sin embargo la cita precedente, cosa de civilista por lo común bien informado, documenta una terrible omisión. Expresado en pocas palabras, cien años después de entrar en vigor se perdió por aquí la memoria del Código civil de Portugal. Y me temo que se olvidaron los debates, las traducciones, las referencias favorables de la época –no faltaron otras más recientes, que arrastran paradójicamente el mismo olvido– porque se borró en poco tiempo el principal aporte de aquel Código a la cultura jurídica del Estado liberal.

Marín (1967), pp. 6-7, recoge las alabanzas contemporáneas de José Castán Tobeñas («entre los (códigos civiles) del grupo latino (sería el portugués) uno de los que más perfeccionamientos acusan sobre el Código francés, cuyas normas aclara y completa, aunque, en sustancia, no se aparta de sus principios fundamentales») y el juicio –«tal vez exagerado»– de Juan Moneva («el Código civil más científico del mundo y el de estilo más depurado»). Sin entrar aún en lo segundo, enseguida me ocuparé lo primero.

No fue solo una manía española. Pascual Marín hacía suya la opinión de dos colegas portugueses, conocidos civilistas y hombres públicos del *Estado Novo*<sup>4</sup>, para criticar en la ley civil de 1867 graves defectos de sistemática: pues «los derechos y deberes en que normalmente se cifra la relación jurídica», advertía, «son agru-

<sup>4</sup> Los autores de las *Noções fundamentais de direito civil* (1961-1962, 5.ª ed.), la obra usada por Marín, eran Fernando Andrade Pires de Lima (1906-1970) y João de Matos Antunes Varela (1919-2005), ambos catedráticos en Coimbra y ministros salazaristas –el primero de Educación Nacional (1947-1955) e interino de Justicia (1955), que fue la cartera que desempeñó el segundo (1955-967) cuando salió el nuevo Código. Sobre Pires de Lima, QUEIRO (1970), 223-229 (nota necrológica, también extendida al poco antes fallecido Oliveira Salazar); sobre Varela, LINHARES (2005), 1025-1027, otra necrología.

pados y sistematizados en el Código no por su naturaleza, por su carácter específico, sino solamente por el modo como, dentro del esquema artificial trazado por Seabra, aparecen en la esfera jurídica de los ciudadanos». Se reprochaba así al Código civil y a su principal autor [António Luís de Seabra e Sousa (1798-1895), vizconde de Seabra] la ordenación subjetiva de la materia legal frente a la clasificación objetiva (*personas-res-acciones*), dotada de tanta tradición<sup>5</sup>.

De ahí se derivaba una segunda condena, francamente anecdótica: «la dificultad de encontrar rápidamente el lugar en que se encuentran reguladas en el Código las diversas instituciones» [Marín (1967), p. 7]. No se trataba de ignorancias de lector extranjero, convertidas ahora en «falta de criterio científico», pues Marín seguía a su fuente [cf. Pires de Lima-Varela (1961), p. 134]. Todo depende, claro está, de qué criterio y de qué ciencia tratemos: un lector contemporáneo del texto destacó expresamente que «la manera de estar hecho... proporciona gran facilidad para que sus doctrinas puedan ser expuestas cumplidamente... entendiendo por tal, y como es debido, la división, ordenamiento y encadenación de la obra jurídica» [Labra (1868), II, p. 9].

Con todo, el atraso de una ley demasiado «individualista» en los tiempos modernos de empeño «comunitario» sería el argumento de mayor peso esgrimido por Pires de Lima y Varela, siempre seguidos por Marín, contra el viejo Código civil: pues, más allá de su caprichosa estructura, «[l]os defectos del Código, que aconsejaban su modificación, se derivan... del cambio operado en las concepciones filosófico-jurídicas» [Marín (1967), p. 9]. Pero no se argumentaban las acusaciones ni el diagnóstico.

El análisis del derecho privado en el Estado social (al menos, para las fases previas a la actual involución conservadora) mostraría el papel de las leyes especiales –pensemos en el estatuto de los consumidores o en la responsabilidad civil del fabricante– para dotar de espíritu solidario la disciplina de los contratos, sin arrinconar necesariamente las grandes leyes del siglo XIX; estas serían útiles aún para señalar criterios interpretativos y definir categorías y conceptos. Pues bien, sin llegar a tal análisis y con la mente puesta en otra clase de vocación social Marín (1967), p. 9, citaba sus páginas sobre «El Derecho privado en el pensamiento de José Antonio» (1949); partícipes de similar ideología, más precisas podían ser sus autoridades: cf. Pires de Lima (1961), pp. 68 y ss.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Por eso parece inexacto entender, como sabemos, dijo Castán, que el Código luso «no se aparta» de los «principios fundamentales» del francés. No sólo por el sistema adoptado, resultó, en realidad, una acusada alternativa.

<sup>6</sup> Cf. CUNHA (2006), pp. 202 y ss. de «O Direito e a Constituição de 1933».

Las dos críticas convergían en un punto central que hizo del Código portugués un caso aparte entre los demás de su especie (incluida por supuesto la ley que lo sustituyó)<sup>7</sup>. Me refiero a los derechos individuales, cuya inclusión en «la esfera jurídica de los ciudadanos», que decía Marín, esto es, consagrados que fueron como «direitos originários» entre las reglas del propio Código (cf. arts. 359-368), justificaba tanto el denunciado individualismo como también el orden institucional seguido por el legislador: este en efecto distinguía (art. 4) los *derechos originarios* («que resultam da propria natureza do homem») de los *adquiridos*, nacidos a su vez de acto propio (ocupación, prescripción, trabajo), de acto propio pero en concierto con otro (obligaciones y contratos) y finalmente de acto de tercero o mandato de la ley (gestión de negocios ajenos, sucesiones *mortis causa*). El ciudadano con sus libertades civiles –la doctrina posterior habló de un «sujeito activo do direito»– se convertía así en referente del ordenamiento privado.

«É interaimente original o plano de sistematização adoptado», insistían Pires de Lima-Varela (1961), p. 133, al recordar que Seabra habría diseñado su ley, en acertada expresión de Moncada, como «uma biografia do sujeito do direito». Y así, la relación jurídica reclamaría la existencia de un sujeto capaz (Código civil, parte I: *Da capacidade civil*, arts. 1-358) orientado a la adquisición de derechos (parte II: *Da aquisição dos direitos*, arts. 369-2166, con las distinciones antes recordadas) y al disfrute de cuanto ha adquirido (parte III: *Do direito de propriedade*, arts. 2167-2360); un sujeto capaz y propietario, en suma, que sabe reaccionar ante la circunstancia o el riesgo de atentado a sus derechos con el recurso a medios legítimos (parte IV: *Da ofensa dos direitos e da sua reparação*, arts. 2361-2538).

Pero esta innovación positiva, ciertamente singular en el siglo XIX, acabó en el siglo XX convertida en blanco de todas las críticas.

«Toda a vida jurídica aparece típicamente construída apenas do ângulo do individuo, do sujeito de direito, desaparecendo o que há de institucional e de objetivo nas relações sociais e jurídicas. Tra-

<sup>7</sup> Vid. artículos 70 y ss. de «Direitos da personalidade» (1966): nombre (art. 72), pseudónimo (art. 74), confidencialidad de cartas y documentos semejantes (arts. 75-78), imagen (art. 79), intimidad de la vida privada (art. 80), a comparar con el artículo 359 de 1867: «Dizem-se direitos originários os que resultam da propria natureza do homem, e que a lei civil reconhece, e protege como fonte e origen de todos os outros. Estes direitos são: 1.º O direito de existencia; 2.º O direito de liberdade; 3.º O direito de associação; 4.º O direito de apropriação; 5.º O direito de defeza». A pesar de las notables diferencias de contenido, la jurisprudencia más reciente entiende que el régimen jurídico vigente (civil y constitucional) de la personalidad procede directamente del Código de 1867: cf. Acórdão n.º 1839/06.9TVLSB.L1.S1 do Supremo Tribunal de Justiça, 1 de março de 2010 (colisión de la buena fama y la libertad de información).

ta-se, na verdade, da mais completa hipertrofia do aspecto subjectivo do direito», opinó Almeida e Costa (1961), p. 154, con el ojo puesto en el Código que estaba a punto de llegar. Sin embargo, cuando el de Seabra sufrió en 1930 una gran reforma (fueron alterados nada menos que 175 artículos) el legislador del *Estado Novo* estimaba todavía «que se deve respeitar quanto possível a sua estrutura e sistema, pois que se trata de um verdadeiro monumento da glória nacional» [decreto n.º 19.126, 16 de diciembre, 1930, en Hespanha (2007), «Reforma de 1930».

Muy probablemente entre los elogios al dicho «monumento da glória nacional» y las quejas por «hipertrofia do aspecto subjectivo» (con recepción de la doctrina pandectística al servicio de pretendidos equilibrios) debe mediar una historia de la formación e influencia de las élites académicas portuguesas, que no estoy en condiciones de improvisar.

Aplaudió el sistema de Seabra («o mais aperfeiçoado entre os que conhecemos») el civilista Tavares (1922), p. 315; al contrario, para Moreira (1907) –protagonista de la «viragem do início do século xx» hacia la dogmática alemana [Monteiro-Pinto (2005), p. 19]– resultaba «completamente inaceitável», p. 144. De «sistema clásico disfarçado sob novas roupagens» lo acusó Gonçalves (1929), p. 119, para quien «embora seja original, não é simples, nem natural, nem completo, ao contrario do que afirmou o seu ilustre autor, e não obedece aos principios científicos de uma sistematização, que fizeram do Código civil alemão a obra prima de técnica e de ciência que é», p. 121<sup>8</sup>. Otras críticas de peso veo en las *Lições...* de Cabral de Moncada (1932), pp. 120 y ss., con el ejemplo del derecho de familia como ámbito objetivo (institucional) impuesto al individuo (pp. 125 y ss.) y protestas por la inadecuación del Código y su orden para los cursos universitarios (p. 127); débil argumento el segundo, pues ¿no cabría decir lo propio de la enseñanza española del derecho civil, organizada según el sistema de Pandectas y aplicada a un *systema legis* latino?

Tampoco me corresponde precisar si el diseño «germánico» impreso en el Código de 1966 en virtud del decreto-ley n.º 33.908, de 4 de septiembre, 1944, que ordenó su elaboración, resultó, además de consecuencia directa de aquella historia de élites –a lo que sé– aún inédita<sup>9</sup>, una apuesta más *social* o menos *individualista* que la denunciada «hipertrofia» del sujeto en el Código primiti-

<sup>8</sup> Anteriormente, el propio GONÇALVES (1906), pp. 80-81, en trabajo dedicado, de modo significativo, al recordado Guilherme Moreira.

<sup>9</sup> Sería de interés conocer en detalle la fortuna del dicho «sistema de Pandectas» en los países meridionales, pues apenas disponemos de acercamientos: *vid.* para Francia, NEUMEYER (1974), 173-195; para Italia, Grossi (2002), pp. 15 y ss., así como, últimamente, MACARIO-LOBUONO (2010), pp. 27 y ss. (método sistemático), pp. 330 y ss. («sistema e método nella storia della scienza giuridica»); para España, PETIT (2005), pp. 261 y ss.; para Portugal MENDANÇA (1982), pp. 832 ss., pp. 852 ss. Pero nos encontramos ante el

vo<sup>10</sup>. Más útil será acudir otra vez a la fuente de Marín –las *Noções fundamentais de direito civil* de Pires de Lima y Varela– para trazar ahora una crónica mínima de la codificación civil portuguesa, pues de este modo recuperamos, junto a unos pocos datos indispensables, el horizonte cultural de muchos juristas en ciernes que, al estudiar en Coimbra o Lisboa ese afamado manual, compartieron cierta forma de observar el Código de Seabra y las razones que aconsejaron su abrogación<sup>11</sup>.

No faltan allí, aunque tampoco abundan, las informaciones sobre los inicios del proceso. Arraigados en el instante constituyente de 1821, conocieron un momento culminante con el decreto de 13 de septiembre, 1822, cuando las Cortes convocaron un concurso con los correspondientes premios para el ciudadano que presentara el mejor proyecto de código civil (p. 125, n. 3). Ilustrativas en lo que callan aún más en lo que recogen las *Noções fundamentais* silenciaban el influjo de Bentham –cuyo magisterio entre los liberales peninsulares estas páginas dan por demostrado– y, sobre todo, el deseo de convertir el parlamento en motor del nuevo empeño legislativo. No era un asunto menor ya que, en la estela de la aventura napoleónica, el Estado «liberal» confió como se sabe la factura de los códigos al gobierno y sus expertos: se entendió generalmente –por eso vale ahora un ejemplo doméstico– que los «cuerpos numerosos como nuestras Cámaras son los menos aptos para la formación de semejantes leyes. Requieren estas en sus redactores, en cuantos puedan influir con un voto en su confección, no solo conocimientos especiales en la materia, los que sería absurdo buscar en una asamblea tan numerosa, sino hasta cierta homogeneidad de principios, cierto espíritu sistemático, que no pueden hallarse sino en un corto número de hombres dedicados á ella muy principalmente. Pero la grande, la inmensa mayoría de todo cuerpo político deliberante, se ha de encontrar en muy distinto caso. Es imposible suponerla compuesta de abogados, y abogados de gran mérito.

---

argumento mayor de la germanización general de la doctrina, europea desde finales del siglo XIX; cf. para el proceso civil CIPRIANI (1991), pp. 117 y ss.

<sup>10</sup> El código deseado incluía además, a tenor del decreto citado, inspiración social, irrelevancia de la costumbre entre las fuentes, disciplina de la interpretación e integración de las normas, amplia regulación institucional (mas dejando fuera el derecho minero y la propiedad intelectual), aceptación de cláusulas generales: cf. MARÍN (1967), p. 11; cabría destacar aún la transformación del régimen matrimonial y familiar, tan modificado bajo la República (leyes de divorcio, 3 de noviembre, 1910; de la familia, 25 de diciembre, 1911; del registro civil obligatorio, 13 de febrero, 1911), por obra del concordato de 1940 [PINTO *et al.* (2005), p. 82, n. 78, p. 84]. Sobre la (tímida) vocación social del BGB, aquí tenido por modelo, *vid.* WIEACKER (1983), pp. 24 y ss.

<sup>11</sup> Pires de LIMA-VARELA (1961), pp. 123 y ss. Pero el lector interesado dispone de la pertinente investigación de MARQUES (1986).

Y no siempre se debe esperar la prudencia necesaria, para que cada cual se anule en aquellos puntos de que no entienda».

La experiencia española del Trienio –con Código penal (1822), proyecto de ley de Instrucción criminal (1821) y un amplio fragmento del proyecto de Código civil (1821)– desmintió ese fácil «sentido común» antiparlamentario de Joaquín Francisco Pacheco, autor de las frases anteriores <sup>12</sup>: un reputado abogado y publicista, por cierto quince veces diputado entre 1837 y 1854. Una memoria demasiado selectiva privilegió entonces los modos «absolutos» de Fernando VII (Código de comercio, 1829, con ley de Enjuiciamiento, 1830) y pronto triunfó la práctica de dejar las leyes principales a comisiones técnicas de índole gubernativa. A diferencia de sus colegas españoles los *vintistas* portuguesas pretendieron combinar la utilidad de la «única mano» redactora –por sugerencias de Bentham: el código perfecto, «the work of a single hand»– con los atributos legiferantes de las Cortes: pues no sólo la convocatoria del premio y sus condiciones, sino también el fallo del concurso, la apertura de audiencia pública, la revisión del texto resultante y, desde luego, su aprobación final serían cosa del órgano legislativo <sup>13</sup>. Si todavía en 1835 (decreto de 25 de abril) se insistía en la estrategia de los premios [Marques (1986), p. 153] un par de décadas después llegó a Portugal la conocida enemiga a la capacidad parlamentaria para elaborar y (casi) discutir los códigos [Hespanha (2008), pp. 168 y ss.].

Sin tantas consideraciones ni matices la historia sumarásimas de Pires de Lima y Varela enfatizaba seguidamente el encargo (por decreto de 4 de agosto, 1850) de un proyecto de código civil al vizconde Luis António de Seabra, alto magistrado en Oporto, quien culminó su tarea ocho años después. Como vemos, la experiencia inicial de los concursos no se abandonó del todo, al menos en la preferencia por el legislador singular: «os homens de Estado, como os jurisconsultos», declaró el decreto de encargo, «concordam todos hoje em que a redação dos Codigos, para ser methodica, precisa e clara, deve ser feita por uma só pessoa, e revista depois por Comissões compostas de pessoas idóneas para tão importante trabalho» [Pires de Lima-Varela (1961), p. 169]. Y, en efecto, un cuerpo de expertos dio el visto bueno al texto redactado por Seabra, aceptado con «poucas modificações» en 1860 <sup>14</sup>. Discutido y apro-

<sup>12</sup> «Códigos. Su formación. Su discusión», en *Boletín de Jurisprudencia y Legislación* 1 (1836), 115-121.

<sup>13</sup> MARQUES (1986), pp. 151 y ss.; sobre los concursos y la presencia intelectual de Bentham, pp. 163 y ss. El texto del decreto de 1822 y otros particulares parlamentarios se recoge en HESPANHA (2007), entre los «Antecedentes da codificação».

<sup>14</sup> En realidad, la revisión de los comisionados fue una operación doble, ejecutada en Coimbra (1850-1857) y en Lisboa (1860-1865); para los materiales correspondientes, *vid.* HESPANHA (2007), «Movimento da Codificação».

bado en las cámaras –en una discusión fugaz que sólo duró una jornada: Hespanha (2008), p. 195)– y tratado ampliamente ante la opinión<sup>15</sup> el Código se promulgó por carta-ley de 1 de julio, 1867, para entrar finalmente en vigor el 22 de marzo del año siguiente.

La ley de promulgación provocó cierta controversia [Pires de Lima-Varela (1961), p. 124, n. 2]. Si su artículo 5 parecía revocar la legislación anterior en las materias reguladas por el Código, el artículo 3 se limitaba a los derechos y obligaciones *civiles*, dejando entonces margen a la legislación especial; esta fue la interpretación que siguió la doctrina y pronto hizo suya el mismo legislador (decreto de 18 de noviembre, 1869). Por otra parte, otra disposición de la carta-ley de julio mandaba incluir en la nueva ley «toda modificação do direito, que de futuro se fizer sobre materia contida no Código... quer seja por meio de substituição de artigos alterados, quer pela supressão de artigos inúteis ou pelo adicionamento dos que foren necessários» (art. 6), pero esta regla de técnica legislativa quedó en nada, en parte por la revisión –demasiado tardía– de algunos preceptos (decreto de 16 de diciembre, 1930, ya recordado), en parte por la proliferación de normas especiales situadas fuera del Código mismo (registros civil y territorial, contratos de servicios, matrimonio y arrendamiento, propiedad intelectual, filiación, divorcio, aguas).

Y entonces la formación de ese *corpus* extravagante ofreció la razón más poderosa –como no parece haberlo sido, a ojos del legislador portugués, ni una sistemática demasiado original ni el sentido individualista que le reprochaba la doctrina– para abrogar una ley que se decía envejecida. «A necessidade de consultar uma imensa legislação constituída por diplomas tão variados», proclamó con franca exageración el decreto-ley de 1944, «privou-nos de um dos principais beneficios da codificação e, a caminharem as coisas desta maneira, estaríamos dentro de algum tempo regressados áquele estado caótico e desesperado a que, depois de longos queixumes, o Código de 1867 pôs cobro». El énfasis en la «tendencia social» del derecho privado y la adhesión al modelo alemán –con rechazo expreso del flamante Código italiano– completaron las bases de la nueva codificación<sup>16</sup>. A partir del año siguiente, bajo la dirección de Adriano Pais da Silva Vaz Serra –otro catedrá-

<sup>15</sup> En relación a la discusión por parte del público *vid.* Pires de LIMA-VARELA (1961), pp. 124-126 (n. 3), con los principales títulos aparecidos (Morais Carvalho, Pais da Silva, António Gil, Bandeira de Neiva, Teixeira da Freitas...), sobre todo interesados en la regulación del matrimonio (cosas de, entre otros muchos, Herculano, Sa Carneiro, Costa, Ferreira de Melo, Furtado, Alves Ribeiro, Alcoforado, Neto Paiva).

<sup>16</sup> De estos extremos y sobre los responsables de la tarea informó para España, desde Coimbra, ORTEGA PARDO (1948), especialmente pp. 31 y ss. Cf. También CORREIA DE MENDONÇA (1982), pp. 837 ss.

tico de Coimbra, presidente de la comisión del código y también ministro de su colega Salazar— una cohorte de juristas adelantó desde el *Boletim do Ministério da Justiça* los análisis e ideas principales de la reforma [cf. Pires de Lima-Varela (1961), pp. 127-130, n. 1, con amplia bibliografía].

Hoy sabemos que las leyes especiales proliferaron y proliferan junto al derecho codificado, e incluso justifican lo que un civilista eminente calificó hace unos años «l'età della decodificazione». Y sin embargo, con la excepción mayor de Italia, donde diversas circunstancias políticas y jurídicas llevaron en 1942 a la sustitución del *Codice civile* de 1865 (Código Pisanelli)<sup>17</sup>, Europa no ha sido un terreno tan propicio como América para los segundos (¡hasta cuatro, en el Perú!) experimentos en el terreno de la codificación civil: ni siquiera tras cumplir dos siglos el *Code civil* parece situarse en puertas de una definitiva superación<sup>18</sup>.

Haciendo camino al andar, las *Noções* adelantaban el futuro al exponer la materia del Código de 1867 aún vigente —como tantas otras obras de estudio o de consulta, desde las pioneras *Instituições* de Moreira (1907)— según las recetas germánicas que legalizó su sustituto: un caso más, ahora portugués, de aquel divorcio entre «el sistema del código» y el «sistema de la ciencia» (alemana) que fue moneda corriente en la doctrina europea a finales de siglo. Y así, la estructura del manual que analizamos partía de una «Introducción», a modo de *parte general* con los conceptos básicos (especialmente §§ 4.º, «Fontes de Direito», y 7.º, «A relação jurídica»), para proseguir con el «estudo descritivo das relações de direito privado» según la esperada secuencia de *obligaciones y contratos* (§§ 8.º-9.º), *derechos reales* (§ 10.º), *derechos de familia* (§ 11.º) y *sucesiones* (§ 12.º). Al efecto conviene destacar que tal presentación enmascaraba por completo el pensamiento de Seabra —recordemos: capacidad del titular de derechos, adquisición y defensa de los mismos— condenando a la irrelevancia cuanto tuvo de original esa pieza legislativa. Pues el Código de 1867 bien podía concebirse —lo sabemos— como «biografía do sujeito do direito», pero las

<sup>17</sup> De la unificación del derecho privado y las teorías sobre la empresa al corporativismo fascista: RONDINONE (2003), pp. 69 y ss., 295 y ss. (ordenamiento corporativo), pp. 421 y ss. (unificación), pp. 421 (empresa y trabajo); MACARIO-LOBUENO (2010), pp. 50 y ss. (codificación unitaria del derecho privado). También, en general, TETI (1990). Al caso italiano debemos añadir la reciente codificación de los Países Bajos, pero el *Nieuw Burgerlijk Wetboek*, que comparte con Italia (y con Suiza) la unificación del derecho de obligaciones, presenta una fuerte originalidad, a comenzar por su texto sólo en parte completado.

<sup>18</sup> BEAUCHARD (2006), sobre el llamado «Projet Catala» (2005) limitado a la reforma de obligaciones y contratos; el legislador galo coincide así con el alemán: ALBIEZ DOHRMANN (2002). Nada similar veo en España donde, con todo, avanzan los estudios hacia el (tercer) Código de comercio. Y en relación al Perú (textos de 1836, 1852, 1936, 1984) *vid.* FERNÁNDEZ SESSARAGO (2009); RAMOS NÚÑEZ (2001).

*Noções fundamentais* arrancaban del «conceito de direito objetivo» (pp. 1-41), con lo que el individuo y sus libertades desaparecían bajo la descripción del ordenamiento. Si el derecho con alcance subjetivo (pp. 219 y ss.) se abordaba al presentar la relación jurídica (pp. 206 y ss.) tampoco entonces se abandonaba una perspectiva marcadamente estatalista, pues ese derecho se entendía «*o poder atribuido pela orden jurídica*», así derivado de ley [Pires de Lima-Varela (1961), p. 222; las *Noções* carecían de un apartado sobre la personalidad civil]. De uno a otro extremo –lo objetivo y lo subjetivo serían «dois lados dum mesmo conceito... como que duas faces... da mesma medalha», p. 1, n. 2: la medalla del derecho objetivo– se perdían los «derechos originarios» (existencia, libertad, asociación, apropiación, defensa), ni siquiera rápidamente aludidos al tratar las *Noções* del derecho natural [Pires de Lima-Varela (1961), pp. 33 y ss.]; algunas instituciones dependientes de esa teoría (el derecho de asociación y las personas morales, arts. 32-39; el trabajo como título adquisitivo, en particular de obras literarias y artísticas, arts. 570-612, sobre la base de la libertad de expresión, art. 363) o quedaban por completo fuera de foco (es el caso de las asociaciones) o el manual simplemente remitía a una legislación aparte (caso de la propiedad intelectual e industrial) cuyo contenido tampoco interesaba [cf. Pires de Lima-Varela (1962), pp. 58-59].

Y ciertamente, la superación doctrinal del Código de Seabra, concluida en Portugal a esas alturas, empañó la memoria del colega español, perdiéndose el recuerdo de las traducciones, los debates, los libros que aquella ley poco común había provocado.

## II. TOMO SEGUNDO. TRADUCIR EN TIEMPOS REVUELTOS

Antes del turbulento año de 1868 sólo se había traducido en España el Código civil de los franceses<sup>19</sup>. Con dos ediciones exentas (1809, 1850) y otras tantas insertas en obras de diferente calado (1839, 1843) el texto napoleónico dominaba, también en este sentido literario, el horizonte jurídico español. Los libros destinados a la enseñanza (los de Pablo Gorosábel, Cirilo Álvarez, Benito Gutiérrez, sobre todo el influyente manual de Pedro Gómez de la Serna

<sup>19</sup> También se tradujo el *Code de commerce* (1808), pero esto no hace al caso. Otras leyes civiles penetraron de forma indirecta, por la vía de las concordancias de Fortuné-Anthoine de Saint-Joseph (1840), pronto y repetidamente publicadas en nuestra lengua (1843, 1847).

y Juan Manuel Montalbán) difundieron el nuevo credo con su fidelidad al *systema* del *Code civil*, la presentación de la materia en tersos párrafos numerados y correlativos (al modo y manera de los artículos de una ley todavía inexistente), la ausencia de debates u opiniones, la irrelevancia de la costumbre y de la jurisprudencia judicial entre las fuentes; en una palabra, un *derecho civil* que se quería *derecho del código civil*<sup>20</sup>. Tal entendimiento «a la francesa» orientó además el conocido Proyecto de 1851<sup>21</sup>. Pero anotemos preliminarmente que esta vocación tan «legalista» fue una *opción de la doctrina* que los mismos juristas no tuvieron escrúpulos en abandonar cuando les convenía, a favor de argumentos jurídico-comparados o, mejor aún, de razones histórico-filosóficas en discursos meta-positivos de varia especie<sup>22</sup>.

Diecisiete años después del Proyecto aludido, cuando la causa de Isabel II estaba en las últimas salió a la calle el *Código civil portugués, traducido al castellano, y precedido de un prólogo por don Patricio de la Escosura, y anotado y concordado con la legislación española por don Isidro Aufrán, magistrado de Audiencia y abogado del Ilustre Colegio de Madrid*<sup>23</sup>. Conocido gracias a la prensa antes de publicarse<sup>24</sup>, su lanzamiento tuvo lugar en primavera, pues los periódicos registraron la novedad en mayo<sup>25</sup>; esto es, la iniciativa de traducir el Código de Portugal se tomó antes de que tuviera vigencia como ley (lo que sucedió el 22 de marzo, 1868, como sabemos), difundándose esta versión justo al año de la promulgación. Admirable atención española al derecho portugués: sin equivalente en la materia<sup>26</sup> —el Código nos llegó aquí veinte años

<sup>20</sup> Recién salido el Código civil español aún se opinaba que «[o]bras extensas de consulta y de doctrina no existen. Quien desee ampliar sus conocimientos y profundizar las cuestiones, ó tiene que acudir á Gegerio López, Antonio Gómez, Covarrubias y Matienzo, esto es, á la Glosa, ó buscar sus informaciones en autores extranjeros» [ROMERO GIRÓN (1890), p. 22].

<sup>21</sup> PETIT (2008), pp. 1808 y ss.

<sup>22</sup> Para España es fundamental la aportación de MARTÍN (2010), pp. 92 y ss. sobre la «mentalidad terapéutica y el jurista como moralista».

<sup>23</sup> Madrid, Imprenta de la Biblioteca Universal Económica, Segovia, 23. 1868. 314 pp. más Índice y fe de erratas sin paginar.

<sup>24</sup> «El Sr. D. Patricio de la Escosura», anunció el diario *El Imparcial* (Madrid), 6 de febrero, 1868, p. 2, «tiene terminada la traducción del código civil portugués, á la cual precederá un prólogo de tan distinguido escritor»; conviene advertir que ese prólogo llevaba fecha de 4 de febrero. Unos años antes los lectores sabían por el discurso de la corona ante el parlamento de Lisboa, recogido en *La Época* (Madrid), 19 de enero, 1865, p. 4, que «la comisión revisora del proyecto del Código civil portugués tiene de tal manera adelantado sus trabajos, que muy en breve será sometido á vuestra aprobación dicho proyecto».

<sup>25</sup> Cf. LABRA (1868), I y II. También, «Cuestiones del día. El Código civil portugués», en *El Imparcial* (Madrid), 26 de junio, 1868, p. 1, inteligente reseña sobre la que vuelvo en lo sucesivo.

<sup>26</sup> «La falta de un código civil general», advirtió *El Imparcial*, 24 de agosto, 1868, p. 1, «debemos sentirla mas profundamente desde que los Señores Escosura y Aufrán han comenzado á vulgarizar entre nosotros el código civil portugués».

más tarde— la abolición de la pena capital, el matrimonio civil y el jurado, en fin, la libertad de imprenta y expresión se sumaban a ese Código tan «notable» para expresar ante una España deprimida las conquistas jurídicas de un «pueblo ilustradísimo»<sup>27</sup>.

«Los portugueses nos han dejado á cien leguas de distancia» (*El Imparcial*, 26 de junio cit., p. 1). Por desgracia el entusiasmo con el Código no se mantuvo. Sin explicaciones la traducción se detenía en el artículo 640, último del libro I, parte II («De la adquisición de los derechos») y no salió nada más. Al final de los comentarios se presentaba furtivamente el libro como un «tomo primero» llamado a tener continuidad (cf. p. 314), pero cuanto vio la luz en 1868 —la ley portuguesa contaba con 2.535 artículos, así que la edición española recogía un cuarto del total— resultaba, meses antes de la Revolución de Septiembre, un auténtico revulsivo. Gracias también a sus autores.

El traductor Patricio de la Escosura y Morrogh (1807-1879) era una personalidad archiconocida en la España isabelina. Militar de breve carrera y no exento de alguna formación jurídica, exiliado varias veces en Londres y París, jefe político de Guadalajara, subsecretario (1843) y ministro de la Gobernación (1847, 1856), parlamentario, diplomático en varias cortes europeas y comisario regio en Filipinas (1862), combinó una oscilante carrera política («hombre de más transformaciones que las de Ovidio», según la afilada pluma de Menéndez Pelayo) con el cultivo de las letras y el periodismo (miembro honorario de la Real Academia Española, 1843; académico de número, 1847); como vemos, fue Escosura un protagonista destacado de la generación romántica. Los estudiosos del personaje, por lo común expertos en literatura, no han reparado en el libro jurídico que legó a la posteridad<sup>28</sup> y desde luego olvidan la traducción que nos concierne [*vid.* Iniesta (1958), catálogo de obras en pp. 90 y ss.; sobre todo, Cano Malagón (1989)]; quién sabe si las actividades de Escosura como ministro plenipotenciario en Lisboa cuando estaba allí en el taller el Código civil (1855) despertó su interés por la legislación portuguesa —además de facilitarle el manejo de la lengua.

«Al mismo tiempo teórico y práctico, legislador y político activo, que escribe en periódicos y revistas y crea obras literarias a la

<sup>27</sup> Cf. «Comparaciones», en *La Discusión* (Madrid), 23 de mayo, 1883, p. 1, con reproches por la injusta derogación del matrimonio civil en España y críticas al diario gubernamental *La Iberia* por aplaudir las reformas portuguesas sin luchar por su introducción en España.

<sup>28</sup> *Diccionario universal del derecho español constituido*, vol. I (Ababux-Administración civil: de Minas), Madrid, Impta. del Diccionario del Derecho español constituido, a cargo de J. de Mata González, 1852. Se combina aquí el habitual orden alfabético con las categorías derivadas de «cuadros sinópticos» más o menos pintorescos y siempre complejos (según ramos, secciones, divisiones y subdivisiones), recogándose para cada punto un extracto de la legislación que se entendía vigente.

moda que van desde el drama a la poesía lírica o al poema épico», según acertada descripción de Álvarez Alonso (2012), p. 317, Patriocio de la Escosura encaja a la perfección en el *Idealtyp* del jurista romántico, no obstante su limitada atención –que la tuvo– hacia el derecho. Por el contrario, la categoría no sirve gran cosa para presentar al segundo autor del libro que analizamos, éste decididamente un hombre de la Restauración.

Se trata de Isidro Autrán y González-Estefani, hijo de noble oficial de Marina, nacido (1838) en la isla de Cuba (Puerto Príncipe, actual Camagüey), bachiller por la Universidad Central (1849) y licenciado en Jurisprudencia por la de Sevilla (1850-1857)<sup>29</sup>; empleado en el ministerio de la Gobernación y periodista-abogado (*El Diario Español*) de ideología o conveniencia próxima a la Unión Liberal<sup>30</sup>, lo que le valió un puesto de fiscal de imprentas (1865) y los duros ataques de la prensa antidinástica<sup>31</sup>. Tras la caída de Isabel II, acaso por el nombre ganado con las notas al Código portugués, prosiguió con brillantez la carrera judicial (juez de primera instancia en el distrito del Hospital, Madrid, 29 de octubre, 1868; teniente fiscal de la misma Audiencia, 27 de junio, 1869; abogado fiscal del Tribunal Supremo, 24 de junio, 1871), sin que le perjudicara en absoluto la vuelta de los Borbones (teniente fiscal de la sección de lo Contencioso del Consejo de Estado, enero, 1875; teniente fiscal de la Audiencia de Madrid, 17 de octubre, 1884; fiscal de la misma, 11 de mayo, 1885; presidente de sala, 7 de agosto, 1886)<sup>32</sup>. Alcanzó en 1887 la presidencia de la Audiencia Territorial de Madrid (R.D. de 21 de marzo) y murió de modo inesperado («víctima de una pulmonía, que no le ha tenido más de dos días en cama») el 20 de junio del año siguiente<sup>33</sup>.

En el animado Madrid de los gobiernos de O'Donnell bastaba una cercanía ideológica, un encuentro en el Ateneo o una casual reunión en el ministerio del ramo (unía a nuestros dos autores el de la Gobernación) para que prendiera una colaboración literaria. Sin ejercer de jurista, antes bien movido por un interés confesadamente

<sup>29</sup> Archivo General de la Administración (Alcalá de Henares), sig. 31/15307, certificado académico de sus estudios; también, Archivo Histórico Nacional (Madrid), Universidades, sig. 3633, exp. 1, matrícula en los estudios del doctorado, que no consta siguiera Autrán ni coronara con la obtención del grado.

<sup>30</sup> Isidro AUTRÁN Y GONZÁLEZ ESTÉFANI, *La Unión Liberal de ayer, el Ministerio de hoy, el Partido Constitucional de mañana*, Madrid, Establecimiento tipográfico de T. Fortanet, 1864.

<sup>31</sup> Cf. *La Discusión*, 26 de noviembre, 1865, p. 3; *Gil Blas* (Madrid), 3 de marzo, 1866, p. 4; también *ibid.* 31 de marzo, p. 2. No sé si las críticas de sus antiguos colegas le llevaron a dimitir, como hizo Autrán pasado un año.

<sup>32</sup> Ofrece estos particulares profesionales la «relación de méritos y servicios» que se hizo pública con el nombramiento de Autrán como presidente de la Audiencia (*Gaceta de Madrid*, 22 de marzo, 1887).

<sup>33</sup> Cf. *El País* (Madrid), 22 de junio, 1888, p. 2. Una breve necrología sacó *El Imparcial*, 21 de junio, 1888, p. 3; también *La Correspondencia de España* (Madrid), 22 de junio, p. 1.

constitucional según enseguida veremos, el maduro político romántico buscó la ayuda «del jóven é ilustrado jurisconsulto á quien debemos las importantes concordancias y discretos comentarios que al texto acompañan» (p. v) para completar su versión española del Código de Seabra, y, en efecto, Aufrán aportó el nutrido aparato de notas –un libro dentro del libro («Comentarios y concordancias al Código civil portugués», [3]-314)– que seguía a la traducción ([1]-141) que resultó un concienzudo estudio del derecho español, muy elogiado («empresa de primer orden... pasmosa minuciosidad», *El Imparcial*, 26 de junio cit., p. 1); un ensayo jurídico-comparativo de radio ibérico, en suma, escrito con información española a partir de la ley portuguesa. Ni siquiera el *Code Napoléon* se había granjeado una atención equivalente.

Patricio de la Escosura realizó una buena traducción. Su experiencia en Lisboa, los varios exilios, la profesión de las letras, la capacidad analítica demostrada con el inconcluso y raro *Diccionario del derecho español constituido...* la cercanía, en fin, de ambas lenguas –tan visible en el léxico técnico, poco menos que común– hubo de facilitar la empresa, como demostrará un par de ejemplos:

## Código portugués, 1867

Artigo 1: Só o homem é susceptivel de direitos e obrigações. N'isto consiste a sua capacidade juridica, ou a sua personalidade.

Art. 3: Se os direitos e obrigações se limitan ás relações reciprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares, ou entre os cidadãos e o estado, em questões de propriedade ou de direitos puramente individuaes, esses direitos e obrigações constituem a capacidade civil dos cidadãos, denominam-se direitos e obrigações civis, e são regidos pelo direito privado contido no código civil, excepto na parte que é regulada por lei especial.

## Escosura, 1868

Art. 1: Solo el hombre es capaz de *derechos* y *obligaciones*: en lo cual consiste su *capacidad*, ó sea su personalidad jurídica.

Art. 3: Cuando los derechos y obligaciones se limitan á las reciprocas relaciones de los ciudadanos entre sí, como méros particulares, ó á las de los ciudadanos con el Estado en cuestiones de propiedad ó de derechos puramente individuales, esos derechos y obligaciones constituyen la capacidad civil de los ciudadanos, se denominan derechos y obligaciones civiles, y se rigen por el derecho privado contenido en el Código civil, escepto en aquello que esté por ley especial determinado.

El esfuerzo –limitado en este caso– obedecía a ciertas razones que no tardaron en aflorar. «Se me angustia el corazón», exclama un personaje de *Los celos de una mujer* (1839), «contemplando cómo la decadencia política y literaria caminando a la par, han colocado a la señora de ambos mundos entre las potencias de segundo orden, y reducido el claro ingenio español a copiar las

producciones transpirenaicas». Para Patricio de la Escosura, autor de las líneas anteriores, el orgulloso imperio de antaño parecía al inicio del reinado isabelino un espacio abierto a cualquiera, buena o mala, *recepción*. La traducción española sería entonces la prueba del nueve de la postración nacional: un cliché difundido entre la generación romántica (nadie como Mariano de Larra acertó a expresarlo), visible en aquella famosa disputa sobre los barbarismos y los arcaísmos que recorrió los años formativos del «sistema representativo» en España, con el culto al Siglo de Oro de telón de fondo [vid. Castro y Orozco (1844), 177-194; Cano Malagón (1989), pp. 189 y ss.]. En el caso que interesa –uno más entre los admiradores de los clásicos barrocos<sup>34</sup>– la merma de casticismo que conlleva cualquier traducción solamente podría tolerarse cuando se tratase de títulos dotados de un valor extraordinario<sup>35</sup>.

Esta actitud literaria ante las obras y las lenguas extranjeras se extendió sin grandes problemas al terreno de las formas jurídicas e institucionales que exigían los tiempos modernos [Serrano (1998), pp. 338 y ss.]. Pues el momento liberal, nacido de una revolución preñada de insólitas palabras, también trajo consigo el auge de la ciencia y de su críptico lenguaje, incluida una nueva tecnología política y jurídica que había de designarse de alguna manera: sintagmas desconocidos –«orden del día», «sistema representativo», «diputado», «casación»... pero además «cupón», «sociedad anónima», «responder solidariamente»– no tenían otro remedio, llegado el siglo del vapor y de los códigos, que pasar al castellano.

Tras recordar la vieja expresión «abrir el solio» para significar la denominada «apertura» o «sesión regia» de las Cortes históricas, el marqués de Gerona advertía que «pudieran citarse otros muchos *neologismos* de importación... adoptados irreflexivamente en nuestras costumbres políticas modernas» [Castro y Orozco (1844), p. 179, n. 1]<sup>36</sup>. Para los ejemplos alegados de derecho privado me sirvo del dictamen sobre el Código de comercio que elaboró en 1835, a petición del tribunal mercantil de Santander, el abogado Luis A. Sierra (Archivo de la Comisión General de Codificación, Madrid, sección Código de comercio, leg. 7, carpeta 3, doc. núm. 15).

<sup>34</sup> Patricio DE LA ESCOSURA, *Don Pedro Calderón. Comedia en tres jornadas, escrita á imitación de las de nuestro teatro antiguo*, Madrid 1867. También, del mismo, «Ensayo crítico sobre la vida y teatro de don Pedro Calderón de la Barca», en *Teatro escogido de D. Pedro Calderón de la Barca*, Madrid 1868, v-clxii.

<sup>35</sup> Veo en el catálogo del autor [CANO MALAGÓN (1989), pp. 232 y ss.] adaptaciones (siempre a partir del francés) de *Cada cosa a su tiempo* (1842), *El Tío Marcelo* (1846), *El sueño de una noche de verano* (1852).

<sup>36</sup> Cf. además PETIT (2008), pp. 1795 y ss., sobre los diccionarios de Gattel y Campany y el problema del léxico revolucionario francés en la lengua española. Cf. aún Doris RUIZ OTÍN, *Política y sociedad en el vocabulario de Larra*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

La senda del *progreso* aconsejaba, en conclusión, aclimatar términos, textos y conceptos que venían de fuera, por ejemplo la flamante ley civil portuguesa, tan original y excelente. Y ahí estaba la novedad: desde el *Código Napoleón* publicado por la Imprenta Real en 1809 la modernidad jurídica, por vez primera, se buscaba sin volver la mirada a Francia.

Extraño a los estudios jurídicos (una «pluma... respecto á Jurisprudencia notoriamente lega») la dedicación de Escosura al servicio de la causa colectiva le habría llevado, en falsa paradoja, al terreno del derecho privado, pues «en las leyes civiles, y solo en ellas, se definen, garantizan y limitan los derechos y obligaciones recíprocos de los individuos, en la vida social ordinaria; y, por tanto, su estudio es de imprescindible necesidad para el hombre político... La materia jurídica tiene mucho de constitucional... los derechos políticos son ilusorios, allí donde la libertad civil no se halla fundamental y eficazmente garantizada». El conocimiento de esta otra especie de leyes, donde palpitaría la «fisiología» del cuerpo social que conserva la constitución, facultaría finalmente al político para comprender las mismas instituciones del gobierno. Interesante doctrina, enunciada en abstracto –el autor repetía (p. IV) cosas de su anterior *Historia constitucional de Inglaterra* (1859)– que los «derechos originarios» acogidos en el Código le dejaban ilustrar.

«Los artículos del Código civil portugués referentes á los derechos originarios dieron ocasión al prologuista para explayarse en consideraciones políticas», observó la prensa diaria, sin entender del todo las intenciones de Escosura, a vueltas con la libertad de testar. «No nos hubiera pesado que á espensas de la disertación política el Sr. Escosura hubiera dado mas amplitud á la disertación sobre este punto de derecho civil» (cf. *El Imparcial* 26 de junio, cit.). Sobre ello de inmediato volveremos.

En lo relativo a España y Portugal, dos naciones de glorioso pasado que vendrían a ser las expresiones diferentes de un mismo destino («raza ibérica gloriosa... cristianamente civilizadora», p. IX), la inexplicable torpeza de la casa de Austria habría deshecho la unión que provocó –por una vez– la feliz conjunción de historia y geografía (pp. IX y ss.). A partir de esa funesta circunstancia –se especulaba con el traslado de la corte a Lisboa, un proyecto cuya importancia escapó por completo a los Felipes– ambos reinos siguieron una marcha divergente. El explicable recelo hacia el gran vecino, unido a la facilidad derivada de la comunicación por vía marítima, condujo a Portugal «á participar en los progresos de la civilización moderna» de la mano de Inglaterra, en tanto que España siguió en la órbita y bajo la influencia de Francia (p. XIV,

pp. xxvi y ss.). Y entonces el discurrir paralelo de las tierras ibéricas (pp. xvii y ss.) encontró en el diverso origen «de las ideas políticas» en cada caso dominantes (p. xxvi) la causa de sus diferencias.

«En aquel país la libertad es más práctica, y es más patrimonio de todos que en España; allí el progresismo tiene mucho más de liberal que de democrático; y los conservadores, aceptando los adelantos consumados, tienden, sí, á contener el movimiento social, pero no á convertirlo en retrógrado» (p. xv). De ahí que, «por desdicha nuestra innegable», en la monarquía lusa triunfaría «la libertad... sin daño del orden social», incluso «el *régimen constitucional parlamentario*» (p. xxvi), mientras que en España, «lo que son nuestros partidos, todos, por regla general, sobre los franceses respectivos modelados, demasiado se sabe» (p. xxvii).

Más allá de su brillantez<sup>37</sup> el argumento permitía a Escosura presentar de un plumazo el *quid* del Código traducido. A diferencia del orden napoleónico, en general del pensamiento hasta entonces dominante que había encerrado en las cartas constitucionales los derechos del individuo («resultando de ello que, como esas leyes son las que en todo trastorno político se modifican primero, lo más precioso es precisamente lo más in[e]stable en nuestra época», p. xxix), la legislación portuguesa —de forma, diríamos, «británica»— habría llevado los derechos al ámbito jurídico-privado, con su correspondiente consecuencia: «la superioridad en la materia del Código portugués, sobre cuanto anteriormente en ella se ha legislado, consiste, no sólo en la... importantísima circunstancia, de consignar, á ejemplo de la jurisprudencia inglesa, los derechos del hombre en las leyes civiles, sustrayéndolos así, en lo posible, á la in[e]stabilidad en el continente europeo de las políticas; sino además y muy principalmente, en la claridad, concisión y eficacia con que los enumera, define y sanciona» (p. xxxii). Como es fácil apreciar, los requisitos técnicos predicados de todo buen código —la claridad, la concisión etc.— se invocaban aquí a favor de los derechos.

Los *derechos originarios* (aquéllos que William Blackstone habría calificado como *absolutos*, precisaba Escosura en p. xxx) incluían, como vimos, la existencia e integridad corporal y moral (art. 360), la libertad física e intelectual y de acción (arts. 361-364), el derecho de asociación (art. 365), la apropiación (art. 366) y la propia y legítima defensa (art. 367; cf. arts. 2367 y ss.), con el añadido de la protección dispensada —tutela civil antes que política— a las obras de creación artística y literaria sin censura previa ni cau-

<sup>37</sup> Que aprovechó a la prensa de inmediato: cf. *La Época*, 12 de agosto, 1868, p. 3. El análisis pasó a convertirse en tópico y así reaparece en MARÍN (1967), p. 3 y n. 1, a partir de Nicolás Pérez Serrano.

ción alguna (art. 570)<sup>38</sup>. El artículo 7 proclamaba la igualdad ante la ley civil «sin distinción de personas ni de sexos, más que en los casos especialmente declarados» (lo que, a pesar de las indiscutibles limitaciones legales, pudo al menos justificar la «participación» materna en la autoridad parental, art. 138). Tal espíritu abierto aparecía aún en el sistema matrimonial, adaptación del método «mixto» que se entendía propio de Inglaterra: aunque los católicos portugueses estaban obligados a contraer matrimonio canónico, quedando el vínculo civil para quienes no profesaran esa religión (art. 1057), la simple comparecencia ante el encargado del registro –no se exigía manifestar las propias creencias: cf. art. 1081– permitía su conclusión válida (arts. 1075 y ss.), sin que pudiera anularse en razón de credo (art. 1092). Se hizo así posible en Portugal –con independencia del castigo eclesiástico del caso, un asunto indiferente para el Estado– el casamiento del clérigo.

«Un lunar encontramos... [que] deslucen á nuestros ojos la belleza de este Código», reconocía sin embargo Escosura (p. xxxviii) adelantándose a los reproches –por eso injustos– de *El Imparcial* en relación a la sucesión legítima: la cuota hereditaria (dos tercios) de los legitimarios (arts. 1784, 1968 y ss.) sería un límite demasiado elevado a la voluntad del testador; una cortapisa incongruente con el tono general del Código (de ahí la necesidad de combinar la libertad de testar y la libertad de la propiedad, por expresarlo en las palabras del diario madrileño) y, en particular, con la proclamada adquisición de la propiedad mediante el trabajo o la donación. Desconozco si estos reparos suponían una toma de partido en aquellas animadas discusiones acerca de la libertad de testar, argumento estrella del aún reciente (1863) congreso nacional de jurisconsultos<sup>39</sup> al ser la «legítima larga» castellana un llamativo punto de fricción entre el Proyecto de 1851 –coincidente como vemos con la ley traducida– y las tradiciones de otros territorios, sobre todo Cataluña [Salvador Coderch (1985), pp. 15 y ss., 96 y ss.]. En cualquier caso, más allá de los gustos periodísticos o del explicable interés de la opinión por una de las candentes «cuestiones del día», la reseña de *El Imparcial*, al oponer rígidamente el «hombre político» y el «hombre jurídico», esto es, comparando las «consideraciones polí-

<sup>38</sup> Sobre las clasificaciones de los derechos en la literatura portuguesa, más y menos consideradas a la hora de discutir el proyecto de Seabra, MARQUES (1986), pp. 197-198, n. 528.

<sup>39</sup> Al ser una rigurosa novedad en los anales del foro español aquel congreso, presidido por el venerable Pacheco, atrajo general atención: *vid.* (Cayetano DE ESTÉR), «Congreso de jurisconsultos celebrado en Madrid, los días 27, 28, 29, 30 y 31 de octubre de 1863», en *La Escuela del Derecho* 3 (1863), 97-163; antes, en la misma sede, «Tema de discusión», 1 (1863), 391-392: no era otro que el de los límites a la voluntad testamentaria. También, Eduardo Bazaga, «¿Convendría uniformar la legislación de las diversas provincias de España en materia de sucesiones?», en *Revista del Notariado y del Registro de la Propiedad*, 1 (1864), 310-319.

«ticas» vertidas en el prólogo –«magistral»– con una (deseable mas inexistente) «disertación... sobre el derecho de testar» presentaba las claves de la lectura que recibió por aquí el Código de Seabra: «examinando la parte del Código civil portugués que contiene este primer tomo», observaba el influyente diario de Madrid, «se encuentran dos grandes novedades con relacion á España, y aun á otros países. Derechos considerados como políticos, y sujetos por tanto á todas las contingencias de la política, han sido en Portugal comprendidos entre las disposiciones del derecho civil. El consejo de familia», concluía, «es otra gran novedad respecto á la legislación española». Y entre esos derechos que, sin dejar de ser políticos, por fin eran civiles *El Imparcial* se detenía en «la libre escritura» («una de las industrias mas peligrosas para el Estado») para expresar el alcance de su inclusión (art. 570); se trataba, ni más ni menos, de concederle al ciudadano ofendido el amparo de la justicia: «abrir el camino á todo portugués para que acuda á su tribunal ordinario, cuando se atente contra ese derecho de escribir sin previa censura lo mismo que si se atentára contra su campo ó contra su casa»<sup>40</sup>. Pero el entusiasmo ante la nueva ley se enfriaba al recordar el periódico<sup>41</sup> –como no supo o no quiso hacer Patricio de la Escosura– que el Código en discusión «sería mas perfecto si se borrara una parte de su artículo 368», a saber: la cláusula que admitía la limitación de los *direitos originários* «por ley formal y expresa». Y claro está, «si son tan inalienables, deben serlo hasta respecto del Estado el cual de ningún modo ha de poder destruirlos». Al ser otro el caso, como vemos, el prometedor Código de Portugal «parece que pasa de liberal á doctrinario».

No pueden detenernos ahora otras advertencias técnicas del sagaz periodista<sup>42</sup> pues la anterior precisión identifica perfectamente el argumento. El Código de Portugal, que había *civilizado* los derechos, reconocía sin embargo la competencia del legislador para diseñar su marco y exigir responsabilidad por los abusos cometidos en su ejercicio, abriendo así un portillo a los posibles

<sup>40</sup> «¿Necesitaremos decir que, en virtud de ese artículo ... está todo Portugués facultado para obstar (art. 367) á la violacion de su derecho... como si de su existencia, de su honra ó de su propiedad se tratara?», preguntaba también Escosura, p. xxxv.

<sup>41</sup> Fundado por Eduardo Gasset en el año del Código portugués *El Imparcial* destacó enseguida por su calidad y vocación democrática y antidinástica, siendo el principal órgano de prensa en el Sexenio –cuando el fundador ocupó carteras ministeriales– y siempre un influyente diario de opinión y de cultura hasta los años de la Segunda República. Algunos de sus redactores fueron Mariano Araús, Ángel Castro, Isidoro Fernández Flórez, Manuel Fernández Martín, Rafael García Santisteban y José Echegaray. Cf. SÁNCHEZ ILLÁN (1996), 259-276.

<sup>42</sup> Por ejemplo, era discutida la capacidad sólo del *hombre* como titular de derechos y obligaciones (art. 1) o la definición de los hijos espurios (art. 134); por el contrario, merecía aplauso la supresión de la restitución integral de los menores (art. 297).

excesos de un parlamento descontrolado, entonces «doctrinario». Mas nunca sería indiferente que la «tabla de derechos» figurase en el Código civil, pues sus artículos vinculaban a los jueces. Caso de que llegaran esas «leyes formales y expresas» del peligroso artículo 368 –el Código ya contenía una primera, por lo común suficiente, regulación de los derechos<sup>43</sup>– si modificaban su tenor («quer seja por meio de substituição de artigos alterados, quer pela supressão de artigos inúteis ou pelo adiconamento dos que foren necessários») habrían de integrarse en su texto a tenor del artículo 6, de la carta-ley de promulgación, sujetándose pues al sistema del derecho codificado y a sus cánones de interpretación. Por otra parte, el alcance de la posible ley sobre los derechos podría simplemente consistir en la necesidad «kantiana» de fijar límites a sujetos igualmente libres, a beneficio colectivo («las exigencias de la vida social», escribió el anotador español, «de las que es expresión la ley, podrán en beneficio comun limitar esos derechos hasta el punto que sea necesario para que los individuos no se ofendan ni estorben recíprocamente, pero partiendo siempre de la base de respetar los originarios en lo que tienen de esencial y permanente», p. 180). Y, en cualquier caso, el margen concedido a una intervención regulatoria del poder ejecutivo sería reducidísimo.

El principio general se enunciaba –uso la versión de Escosura– en dicho artículo 368: «Los Derechos originarios son inalienables y solo pueden ser *limitados por ley formal y expresa*», lo que excluía para el término limitativo (*ley*) un sentido material que dejase en manos de simples reglamentos la eventual cortapisa de los derechos. La regla se precisaba más en ciertos casos, como las proyecciones de la genérica libertad (art. 361) hacia los terrenos de la expresión y de la acción (art. 363: «El derecho de expresion es libre como el pensamiento; mas, quien de él abusare en perjuicio de la sociedad ó de tercero, *será responsable con arreglo á las leyes*»; artículo 364: «El Derecho de accion consiste en la facultad de obrar libremente; mas, quien de ella abusare atentando á los derechos de la sociedad ó de tercero, *será responsable con arreglo á las leyes*»). A su vez, el artículo 570 establecía que «[e]s lícito á todos publicar, por medio de la imprenta, de la litografía, del arte escénico, ó cualquiera otro semejante, cualquier trabajo literario suyo, sin sujeción<sup>44</sup> á previa censura, depósito ó fianza, ni restric-

<sup>43</sup> Seguramente el supuesto principal lo constituye el derecho de asociación (art. 365), generosamente regulado por el decreto de 15 de junio, 1870 (libre constitución de asociaciones «para fins eleitorais, literarios, artísticos, de recreio, e para fundação de montes de piedade ou montepíos, independentemente da licença da autoridade publica») pero de inmediato cercenado (decreto de 27 de diciembre, 1870), persistiendo en años posteriores la obsesión con el asociacionismo político (leyes de 7 de agosto, 1890; de 14 de febrero, 1907) en un intento vano de reprimir la ideología republicana. Cf. FERREIRA (2002), 236-239.

<sup>44</sup> *Independientemente* añadía entre paréntesis Escosura, en recuerdo del adverbio original que daba pie a esta diversa y más castiza locución.

ción alguna que, directa ó indirectamente, embarace el libre ejercicio de este derecho; todo *sin perjuicio de la responsabilidad á que quedan sujetos en conformidad de la ley...*» y en materia asociativa (art. 359, 3.º) el artículo 33 advertía que «[n]inguna asociación ó corporación, tiene entidad jurídica; si no está *legalmente autorizada*». Finalmente, sobre el trabajo como título de adquisición prevenía el artículo 567, § único: «[e]se derecho solo puede ser *limitado por Ley expresa, ó por Reglamento administrativo autorizado por una ley*», de modo que el hipotético reglamento tenía que responder a una norma *legalmente* prevista; alguna que otra cláusula normativa abierta debía entenderse con referencia a la *ley* en su significado *formal* («El producto del trabajo y de la industria lícitos, de cualquier persona», ordenaba el art. 569, «es propiedad suya, y se rige por las leyes relativas á la propiedad en general, *no mediando excepcion expresa en contrario*»); por lo demás, la inalienabilidad (e imprescriptibilidad) de los derechos originarios los ponía al cubierto de cualquier acto jurídico auto-lesivo [cf. Ferreira (1870), p. 367]. Añadamos que la inclusión de los derechos en el Código les aseguraba una vigencia «horizontal», esto es, su respeto en las relaciones entre privados; y así podría explicarse el artículo 2368 sobre la responsabilidad civil de terceros que, sin mediar riesgo, no ayudasen a defender los «direitos primitivos» (cf. art. 2367) de un conciudadano atacado<sup>45</sup>.

Que los derechos del individuo –por naturales, originarios, absolutos o primitivos que se dijera– no fuesen aún *derechos fundamentales*, vale decir, principios de envergadura constitucional que fundaran el ordenamiento y justificasen la sociedad política, ha sido el pensamiento corriente en la experiencia europea del Estado de derecho, aunque la sensibilidad democrática de *El Imparcial* protestase contra esta concepción «doctrinaria»<sup>46</sup>. Pero las cosas no ocurrían tan deprisa.

La relación entre derechos, constitución y ley, en una eficaz síntesis histórico-comparada, fue narrada hace unos años por Cruz Villalón (1989). Su trabajo nos recuerda que las célebres *declaraciones* de finales del siglo XVIII correspondieron a una fase de «ius-naturalización» de los derechos que *también* incluyó («ius-naturalmente», podríamos añadir) las instituciones políticas (*frame of government*), condiciones a la postre necesarias para el ejercicio de las libertades. Con referencia a Norteamérica se nos advierte, en segundo lugar, que los derechos conocieron de inmediato un alcance positivo («I conceive a bill of rights should be a plain positive declaration of the rights themselves», opinó Payne a propósito de

<sup>45</sup> También se explicaría el artículo 384, 3.º, con admisión del derecho de caza –una adquisición de la propiedad por ocupación– «en terrenos particulares, no cultivados ni cercados».

<sup>46</sup> El primer comentarista luso del Código insistía, en semejante sentido, que «[o] certo è os direitos absolutos estão acima da lei, e são superiores a ella, porque emanam directa e necessariamente da natureza humana sin que a lei possa desconhece-los» [FERREIRA (1870), p. 13].

la constitución de Pensilvania), esto es, en tanto *derechos* realmente *fundamentales* desde el principio vincularon a los jueces. Al contrario, en Francia –generalmente, en Europa– la inclusión de los derechos en la constitución se agotó en el principio de legalidad («un derecho individual», escribió Hauriou, «para el que no se haya hecho una ley orgánica no puede ser ejercido de forma lícita, incluso en el supuesto de que el principio se encontrase inscrito en las declaraciones de derechos o en una Constitución»); por eso, lejos de generar una norma jurídico-positiva, la «constitucionalización» de los derechos acabó en una operación «fracasada»: sin amparo de la justicia se perdió por completo la garantía derivada de su definición constitucional. Sólo la experiencia de Weimar consiguió difundir la *fundamentalización* de derechos constitucionalmente enunciados.

Un análisis relativo a la monarquía liberal portuguesa seguiría en general las consideraciones anteriores, pero la lectura cruzada de la ley política y la ley civil nos permite lanzar otras hipótesis. Expresado en pocas palabras, entre Estados Unidos y Francia –sin *fundamentalización* de los derechos pero con su *positivización* en un Código que vinculaba a los jueces– Portugal optó por Inglaterra.

A las alturas de 1867 aquella ley política era la *Carta* otorgada por don Pedro IV en 1826 (con las reformas «progresistas» de 1852, que no nos afectan). La disciplina de los derechos se contenía en el artículo 145, norma final de la *Carta*, según el cual «a inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos... que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição», precisándose en su apartado general (§ 1.º) que «[n]enhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei»; los párrafos siguientes desgranaban situaciones de igualdad (por ejemplo, § 13.º, acceso a cargos y funciones; § 12.º, igual tratamiento legal), libertad (también por ejemplo, § 3.º, libre expresión «nos casos e pela forma que a Lei determinar»; § 4.º libre religión, con respeto a la del Estado, esto es, el credo católico según el art. 6, que toleraba sólo los cultos privados; § 23.º, libre ejercicio profesional) y otras cautelas relativas al derecho penal y los procedimientos criminales; como contraste, algunas instituciones vetustas, y así el brazo aristocrático y sus privilegios, a pesar de las protestas igualitarias también encontraron encaje entre los derechos proclamados (§ 31.º, «Garante a Nobreza Hereditária, e suas regalias»). Con ello, el artículo 145 de la *Carta* «demonstra este carácter entre si complementar da lei ordinária e da constituição na garantia dos direitos civis, uma e outra –por sua vez– apenas momentos declarativos (embora indispensáveis) de uma orden natural» [Hespanha (2004), p. 214].

La última advertencia reviste una notable importancia a los efectos actuales pues estima garantizados los derechos –en un doble plano y con niveles de similar rango<sup>47</sup>– por la ley fundamental y por leyes ordinarias que, al igual que aquélla, cobrarían todo su sentido a partir de un «orden natural» que en rigor las superaba<sup>48</sup>. Como instrumento doctrinal en la definición y gestión del sistema de fuentes –una cuestión capital que nunca interesó al legislador, ni siquiera al legislador constitucional [Hespanha (2008), pp. 178 y ss.]– las bases iusracionalistas de la cultura liberal pudieron coexistir con un iusnaturalismo de otro signo, ajeno a teorías contractualistas; se trataría, si queremos, de «persistencias del antiguo régimen» (Arno J. Meyer) en el Estado de derecho (y en los derechos), seguramente demasiado visible en figuras e instituciones de arcaica legitimación, como la cámara alta (arts. 39 y ss. de la *Carta*), la nobleza (cf. de nuevo art. 145, § 31.º) y la misma monarquía hereditaria (arts. 71 y ss., a un tiempo poder moderador, representante de la nación y cabeza del ejecutivo); la sumisión de ciertos derechos (libre trabajo, libre credo) a unos (indeterminados) «costumes públicos» (§ 23.º) y a la «Moral Pública» (§ 4.º) llevaría al mismo puerto<sup>49</sup>. Se concluye así que los derechos civiles, lo mismo que las leyes, habitaban todavía en un ámbito jurídico-natural, protegidos judicialmente –llegado el caso– en tanto adquisiciones legítimas (*iura quaesita*), en particular el derecho de propiedad [Hespanha (2004), pp. 218 y ss.; del mismo (2008), pp. 176 y ss.]<sup>50</sup>. Y sobre base semejante pudo discutirse, si

<sup>47</sup> Aunque la *Carta* establecía un procedimiento para su reforma (arts. 139-144, precisando el último que «[é] só Constitucional o que diz respeito aos limites e Atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos e Individuais dos Cidadãos. Tudo o que não é Constitucional pode ser alterado sem as formalidades referidas pelas Legislaturas ordinárias»), en la práctica solamente el Acta Adicional de 1885 observó los cauces previstos, que fueron desbordados en las reformas de 1852, 1895-96 y 1907 [MIRANDA (1997), p. 11; sobre todo, para el momento que interesa, SARDICA (2012), pp. 556 y ss.]. Si así se diluyeron diferencias de jerarquía normativa, la disolución aumentó en el terreno *constitucional* de «o que diz respeito... aos Direitos», constantemente invadido por el legislador, a comenzar por el propio Código civil: HESPANHA (2004), pp. 229 y ss.

<sup>48</sup> Para el liberal Basílio Alberto de Sousa Pinto (*Análise da Constituição Política da Monarquia portuguesa*, 1838) las leyes no estaban limitadas por la constitución ni por la actividad judicial, sino por «eternos princípios da justiça e razão natural; e por consequencia o mister do Legislador é descobrir as relações, que a natureza estabeleceu, moldá-las as circunstancias, e dar-lhes sanção» [HESPANHA (2004), p. 210, n. 541]. Sobre la supra-constitucionalidad de la historia, la razón y los conceptos –más y menos tradicionales– con que jugaron continuamente los juristas, cf. HESPANHA (2008), pp. 168 y ss.

<sup>49</sup> Al comentar el artículo 2 del Código precisó oportunamente FERREIRA (1870), p. 8, que «a palavra *moral* na sua accepção mais ampla abrange tanto a moral como o direito». No tratar estas cuestiones definitórias lastra severamente la, con todo importante, tesis doctoral de Carmen Serván, *Laboratorio constitucional en España. El individuo y el ordenamiento, 1869-1873*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

<sup>50</sup> Conviene recordar el artículo 438 (en sede «De las corrientes de aguas no navegables ni flotables») del Código portugués: «Lo que queda dispuesto en los artículos precedentes se entiende sin perjuicio de los derechos adquiridos, antes de la promulgación de

no siempre de un *control de constitucionalidad*, en cualquier caso de la *juridicidad* de las leyes ordinarias [Hespanha (2004), pp. 226 y ss.], oponiéndose a su eficacia, cuando convenía, la opinión adversa de la doctrina (*ibid.* pp. 219-220)<sup>51</sup>.

Si la *Carta* de 1826 «formalizó» la «constitución material» de Portugal a tenor de la orientación romántico-doctrinaria bajo la cual fue elaborada [Hespanha (2004), pp. 162 y ss.], en tiempos de *Regeneração* el vizconde de Seabra hizo lo propio con los *derechos originarios* aunque siguiendo influjos filosóficos de otro signo<sup>52</sup>; en todo caso, convertidos que fueron los derechos en regla positiva, aun en manos del legislador vinculaban a los jueces, se sustraían a los caprichos mudables de la ley política [cf. Marques (1986), p. 198 y n. 528] y se encontraban además asegurados por la legítima defensa, como vimos<sup>53</sup>. En realidad, la estrecha relación del Código con los derechos que llamó la atención de *El Imparcial* se anunciaba desde el mismo momento en que la *Carta* de Pedro IV, a diferencia de las otras dos constituciones monárquicas portuguesas, trató la codificación en el artículo de las libertades (art. 145), dotándola entonces de un indudable sentido garantista (cf. § 17.º «[o]rganizarse-á, quanto antes um Código civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade») <sup>54</sup>. Sin que quepa afirmar, desde luego, que la *Carta* estuvo detrás de los derechos incorporados al Código civil, el párrafo transcrito merece al menos un breve comentario.

Tenemos, en primer lugar, que las «sólidas bases» del código futuro no se encontraban en la constitución, ley «primaria» que la

---

este Código, sobre ciertas y determinadas aguas, ya sea por ley, uso y costumbre, concecion expresa, sentencia ó prescripcion».

<sup>51</sup> El paso al control de constitucionalidad –como práctica y como categoría– se dio con la República (1911): *vid.* João María Telho de MAGALHÃES COLAÇO, *Ensaio sobre a inconstitucionalidade das leis no direito português*, Coimbra, França e Armenio editores, 1915; en realidad, era una novedad –como la vieja carta de Don Pedro– venida de Brasil: LACOMBE (2001), pp. 33 y ss. Por eso extraña la omisión del temprano, siempre cercano (y discordante, hasta hoy) ejemplo portugués en CRUZ VILLALÓN (1987).

<sup>52</sup> Me refiero a la mezcla de kantismo y krausismo, por la vía de Ahrens, que influyó en el iusfilósofo de Coimbra Vicente Ferrer Neto Paiva y en el mismo vizconde de Seabra: MARQUES (1986), pp. 192 y ss.

<sup>53</sup> La norma se contenía en el artículo 2367 («[a]quelle, que for agredido por outro com violencias, que possam lesar os seus direitos primitivos, ou esbulhal-o do gôso de seus direitos adquiridos, ou perturbal-o por qualquer forma n'esse gôso, è auctorizado a repelir a força com a força, comtanto não ultrapasse os límites da justa defeza»), pero encierra interés el artículo siguiente, con la responsabilidad subsidiaria de «áquelles, que presenciarem taes aggressões... e se, não correndo risco, deixarem de obstar ao maleficio».

<sup>54</sup> El precepto calca –también en este punto– la constitución brasileña (art. 179, XVIII). La efímera *Constituição da Monarquia Portuguesa* de 4 de abril, 1838, nada dispuso sobre códigos; lo hizo, pero de modo elusivo, la Constitución de 1822, título (v) «Do poder judicial», artículos 177 («[h]averá Juizes de Facto assim nas causas crimes como nas civeis, nos casos e pelo modo, que os códigos determinarem») y 183 («[t]odos os Juizes letrados serão perpétuos, logo que tenham sido publicados os códigos e estabelecidos os Juizes de facto»).

norma codificada «secundaria» tendría que desarrollar, sino en un breve mas esencial catálogo de virtudes (la *justicia*, la *equidad*) que, como aquella *moral pública* antes recordada, escapaba a la voluntad del rey-legislador; no olvidemos aún que el Código se abrió en un discutido precepto a los «principios do direito natural, conforme as circunstancias do caso» (art. 16) para la integración de sus lagunas, lo que, sin perjuicio de permitir después una intensa recepción de la dogmática alemana por parte de los privatistas de Coimbra [cf. Hespanha (1981), pp. 431 y ss.], en los tiempos y en las manos de Seabra significaba «uma referência aos princípios inmutáveis que emanam da «relação necessária entre os fins e os meios de existencia de cada ser» ou da própria «natureza» humana» [Marques (1986), p. 217; el comentarista español no dejó, en este sentido, de citar alguna vez a Ahrens]. Todo ello coherente con un clima cultural (de cultura jurídica, claro está) que se ha calificado de *para-o metapositivo*, fácil de acreditar: «[u]m tratado de jurisprudencia entre nós», confesó un civilista previo al Código, «é um composto de muitos e variados elementos, para o qual as leis pátrias hoje por desgraça ministram o menor contingente»<sup>55</sup>. Y esta convicción tuvo mucho que ver –lo mismo en la España receptora que en el Portugal emisor– con el primado doctrinal en la declaración del derecho no obstante la capa de legalismo que cubría la superficie del Estado [Hespanha (2008), pp. 180 y ss.; cf. Martín (2010), pp. 99 y ss.].

La cercanía entre los preceptos constitucionales y las reglas jurídico-civiles, tan infrecuente en la experiencia comparada<sup>56</sup>, aconseja realizar, en segundo lugar, un sencillo cotejo de lugares próximos (sigo en lo posible la traducción de Escosura) para apreciar mejor el fenómeno.

<sup>55</sup> El texto, de Manuel A. Coelho da Rocha (1843), en *Hespanha* (2010), p. 143; un trabajo que examina con precisión las fuentes –legislativas y doctrinales de varia época– de los autores anteriores al Código civil, para quienes el apoyo en las leyes (portuguesas), aun con tendencia creciente, se revela en general discreto. Cuanto conocemos sobre las bibliotecas «jurídicas» del momento presenta el mismo panorama: PETIT (2012), pp. 354 y ss.

<sup>56</sup> Sólo conozco el supuesto del Código civil de Colombia (1873), una versión local del Código de Andrés Bello, reformado en 1887 para insertar a su frente el título (III) «de los derechos y garantías sociales» recogidos en la Constitución Política (1886), según previsión del artículo 52 de esa misma carta («[l]as disposiciones del presente Título se incorporarán en el Código Civil como título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformativo de la Constitución»). El precepto respondió a una transacción en el seno de la asamblea constituyente entre las posiciones favorables al control inmediato de constitucionalidad a cargo de los jueces y los contrarios a «dejar a todos los jueces la facultad de interpretación contra ley, en obsequio del precepto constitucional», de modo que para evitar «conflictos entre la Constitución y las leyes civiles» bastaría con «tener siempre a la vista de los jueces este título III, como obligado encabezamiento del Código Civil»: cf. SAMPER (1886, ed. 1974), p. 108.

## Carta, artículo 145

A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Portugueses, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é agrantida pela Constituição do Reino, pela maneira seguinte.

§ 1.º Nenhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da Lei.

§ 3.º Todos podem comunicar os seus pensamentos por palavras, escritos, e publicados pela Imprensa sem dependencias de Censura, contanto que hajam de responder pelos abusos, que cometerem no exercício deste direito, nos casos, e pela forma que a Lei determinar.

§ 21.º É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o Bem Público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do Cidadão, será ele previamente indemnizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização.

§ 23.º Nenhum género de trabalho, cultura, industria ou comercio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos Cidadãos.

§ 24.º Os inventores terão a propriedade de suas descobertas, ou das suas produções. A Lei assegurará um Privilégio exclusivo temporário, ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização.

## Código civil

Art. 368. Los Derechos originarios son inalienables y solo pueden ser limitados por ley formal y expresa. La violacion de estos derechos produce el deber de reparar la ofensa<sup>57</sup>.

Art. 361. El Derecho de libertad consiste en el libre ejercicio de las facultades físicas é intelectuales, y comprende el pensamiento, la expresión y la accion.

Art. 570. Es lícito á todos publicar, por medio de la imprenta, de la litografia, del arte escénico, ó cualquiera otro semejante, cualquier trabajo literario suyo, sin sujeción á prévia censura, depósito ó fianza, ni restriccion alguna que, directa ó indirectamente, embarace el libre ejercicio de este derecho; todo sin perjuicio de la responsabilidad á que quedan sujetos...

Art. 2360: O proprietario póde ser privado da sua propriedade, em cumprimento das obrigações contraídas para com outrem, ou ser expropriado d'ella por motivos de utilidade publica.

§ unico. Os casos, em que é permitida a expropriação por motivos de utilidade publica, e o modo de a reducir a effeito, são regulados por legislação especial.

Art. 567. Es lícito á todos aplicar su trabajo á la producción, transformación y comercio de cualesquiera objetos.

§ único. Ese derecho solo puede ser limitado por Ley expresa, ó por Reglamento administrativo autorizado por Ley.

Art. 613. El que inventa algún artefacto ó producto material comerciable, perfecciona ó mejora algún producto ó artefacto de la misma índole, ó descubre algún medio más fácil ó ménos dispendioso de obtenerlo, goza de la propiedad de su invento ó descubrimiento, por espacio de quince años...

§ 27.º Os Empregados Públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões, que praticarem no exercício das suas Funções, e por não fazerem efectivamente responsáveis aos seus subalternos.

Art. 2371. Os encarregados de vigiar pela segurança pública, que, sendo prevenidos, deixarem perpetrar os sobreditos atentados, ficarão responsáveis por perdas e danos solidariamente com os perpetradores do delicto, tendo depois regresso contra elles.

El contenido *civil* del artículo 145<sup>57</sup> conoció, por tanto, la secuela que ahora comprobamos<sup>58</sup>. A veces el principio jurídico de la *Carta* se trasladó al Código con fidelidad, más allá de inevitables diferencias en la expresión (así la libertad de trabajo e industria). Otras veces la regulación codificada aportó aquella *ley* prometida por la primera (casos de la libertad y propiedad literarias y de los privilegios de invención). Y en algún supuesto (pensemos en la expropiación) el Código civil repetía el precepto de la *Carta* al tiempo que confiaba su regulación a una futura ley especial (lo que justifica por cierto las remisiones del Código a otras leyes, no por fuerza limitativas, en materia de derechos). Sin necesidad de destacar el valor de los mensajes programáticos –el Código lanza un *desideratum* y aspira a lograr una respuesta coherente por parte de sus destinatarios– salta a la vista que el elenco de *derechos originarios* contenido en los artículos 359 y ss. superó con creces lo previsto en la *Carta* (pensemos en la libertad de asociación y en la legítima defensa), enriqueciéndose así el espacio constitucional de las libertades individuales<sup>59</sup>.

Entre los derechos recordados destacaba, como una garantía notoriamente «moderna», la denuncia cívica de los posibles abusos del poder gracias al reconocimiento de la libertad de imprenta: con el Código de Seabra en la mano, no obstante amenazas de castigo (el «sistema» llamado «represivo»), sin controles previos ni cauciones (art. 570) la queja política siempre saldría al encuentro de la opinión.

<sup>57</sup> Cf. además artículo 537, de traducción poco feliz: «No son capaces de prescripción las obligaciones que corresponden á derechos inalienables, ni las que no están sujetas á limitación de tiempo», que rezaba en portugués «Não são prescriptíveis as obrigações inalienáveis, ou que não estão sujeitas a limitação de tempo».

<sup>58</sup> Omíto, claro está, muchos artículos del Código que perfilan las instituciones aludidas, en particular la propiedad y la defensa de los derechos.

<sup>59</sup> Los derechos de defensa y de asociación se añadieron al anteproyecto durante las discusiones en el seno de la comisión revisora: FERREIRA (1870), p. 13. De todos modos, el Tribunal Constitucional portugués (Acórdão n.º 589/2004, de 4 de Novembro de 2004), al preguntarse sobre el derecho a la libre asociación en el constitucionalismo monárquico, no tuvo más remedio que llegar hasta el Código civil, «onde se tutelava «a faculdade de pôr em comum os meios ou esforços individuais para qualquer fim que não prejudique os direitos de outrem ou da sociedade» (artigo 365.º)».

Es divertido recordar que el codificador sufrió en propia carne los abusos de la imprenta: cf. *Resposta do Visconde de Seabra aos seus columniadores*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1871 [en Hespanha (2007), «Movimento da codificação»], con los documentos de un proceso por difamación (contra un periódico que le acusó de corrupción en su época de corregidor de Alcobaca, allá por 1833). Fracasada la querrela del vizconde, el derecho originario de expresión, «libre como el pensamiento» (art. 363), le permitió al menos dar a la luz pública sus quejas contra un jurado displicente y exponer las razones de su inocencia.

No sería ciertamente cosa menor si el Estado, antes de la verdadera *fundamentalización* de los derechos, se encontraba políticamente limitado sólo por valores y compromisos éticos cuya ruptura merecía el reproche colectivo<sup>60</sup>. Y no se olvide, por último, el deber de reparar las ofensas a los derechos, incluso las cometidas por la institución estatal y sus agentes (art. 2361)<sup>61</sup>; un importante extremo –su envergadura teórica no se vio acompañada, al parecer, por la eficacia práctica<sup>62</sup>– que escapó por completo al redactor de *El Imparcial*; pero, al fin y al cabo, se encontraba entre las partes del Código que Escosura nunca llegó a traducir (o publicar).

«Dícese que al describir Tácito las costumbres de los germanos tuvo por objeto presentarlos como contraste á la corrupción romana. ¿Qué objeto se han propuesto el traductor y anotador del Código civil portugués publicándolo en España, siendo, como es, tan liberal, tanto, que coloca en la esfera de las leyes civiles, es decir, de las leyes mas permanentes, de las menos modificables, derechos que en todos los países menos Inglaterra flotan aun por los espacios de la política?». Sin pretender ahora responder a la pregunta final del periodista –tal vez hubiera sido pertinente volver la mira-

<sup>60</sup> Entiendo que este motivo, y no simplemente querencias del oficio, justificó la insistencia de *El Imparcial* en el capítulo de la prensa libre: «[r]especto al 570 que reconoce los derechos del pensamiento de la manera mas liberal que se puede concebir, no nos quedaríamos cortos». De elogios, se entiende: un par de años atrás el comentarista español del Código portugués aún ejercía de fiscal de imprentas.

<sup>61</sup> El artículo 3 extendía la noción de lo civil, y por ende la vigencia de sus normas, también a las relaciones del Estado con los particulares «en cuestiones de propiedad o de derechos puramente individuales». Fundamental regla, que arrastraba el Estado al ámbito del derecho privado («os privilegios que o estado e estabelecimentos publicos tinham outr'ora sobre os cidadãos no exercicio dos direitos civis acabaram completamente pelo código», concluía el comentarista FERREIRA (1870), p. 10, para referirse seguidamente a plazos de prescripción y a la restitución integral), poco enfatizada por la doctrina en España – a salvo el supuesto que de inmediato veremos.

<sup>62</sup> «A violação dos direitos naturaes», sostuvo el citado Dias Ferreira, «quando é feita pelo proprio gobierno, como muitas vezes acontece, fica quasi sempre sem reparação, e mesmo quando feita pelos particulares muitas vezes é incompleta ou impossivel» [FERREIRA (1870), p. 368]; en términos similares, años después, GONÇALVES (1931), p. 10 («muitas vezes... fica sem reparação alguma, ou porque essa violação foi determinada pelos interesses da salvação pública... ou porque é difficil, se não impossivel, coagir o Estado a reparar a lesão»). También HESPANHA (2004), p. 231.

da hacia América del Norte, como hizo a su manera el constituyente español de 1869— parece cierto que, en vísperas de la revolución *gloriosa* de Septiembre, el Código de Portugal, con su llamativa apuesta por «civilizar» las libertades subjetivas —por confiarlas al amparo de los jueces «lo mismo que si se atentára contra su campo ó contra su casa» del ciudadano— alcanzó un eco poco común. Y desde luego, la traducción no sólo servía para difundir en lengua propia una ley extranjera; antes bien, la principal virtud de esta publicación consistía en nutrir el mercado nacional (tan pobre aún en títulos de legislación comparada) de copias en número suficiente para llevar el nuevo Código a la mesa de cualquier interesado.

Y entre ellos, un atentísimo Rafael M.<sup>a</sup> de Labra: «acaba de publicarse en Madrid, traducido al español, con prólogo y notas, uno de esos códigos; como la cosa es rara entre nosotros, como fuera de este libro y de otro sobre las constituciones políticas de Europa<sup>63</sup>, ninguno de semejante género y en castellano jamás se ha puesto en los escaparates de nuestras librerías ni entrándose por las puertas de nuestras casas<sup>64</sup>, no es maravilla que con la sorpresa se agolpen á la mente las ideas» [Labra (1868), I, p. 5]; este mismo autor, llevado de su credo iberista, publicó repetidamente sobre el derecho de Portugal sin llegar nunca a profundizar, no obstante sus promesas, en el Código («verdadero paso de gigante en la historia jurídica de Portugal, y aún me atrevería a decir, en la historia jurídica de la Europa latina») <sup>65</sup>. Por supuesto, la traducción presentó ante la opinión el nombre de António Luis de Seabra, «autor del notable código civil portugués» [cf. *La Convicción* (Barcelona), 20 de agosto, 1872, p. 3, con noticia de la concesión a Seabra de la gran cruz de la Rosa por el emperador de Brasil].

Las anotaciones de Aufrán cerraban la edición. «Empresa de primer orden» a juicio de *El Imparcial* gozaba, como vimos, de plena autonomía, no sólo por seguir a la ley traducida en paginación propia («en una obra de esta clase», opinaron los autores, «el principal interés del lector es conocer el original»); el mismo objetivo lograba un índice final dispuesto en doble entrada. Mas el cuidado en presentar los preceptos exentos de concordancias y notas

<sup>63</sup> Primitivo J. de SORIA, *Derecho político comparado de los principales estados de Europa*, por ... y D.R.R., Madrid, M. Prado y Sánchez, 1867. Pero es obra elemental de historia política, que no hacía honor a su prometedor título: *vid.* sobre Portugal, pp. 410 y ss.; sobre la *Carta*, p. 421.

<sup>64</sup> La hipérbole de Labra, que omitía (¿de manera intencionada?) las versiones del *Code civil*, alguna medianamente actual (cf. *Código civil francés, traducido y anotado por D. Pío Laborda y Galindo. Catedrático que fue de Jurisprudencia, y Fiscal cesante del Tribunal Supremo de Justicia*, Madrid, Imprenta de D. José María Alonso, 1850), realizaba la condición extraordinaria de la traducción.

<sup>65</sup> Rafael M.<sup>a</sup> de LABRA, «La legislación portuguesa (El Código civil de 1867). Artículo primero», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 58 (1881), 5-18, p. 11.

no debe hacernos olvidar que la exégesis de Isidro Aufrán, publicada pocas semanas después de entrar el Código en vigor (22 de marzo, 1868), tuvo el privilegio de ser el primero entre los comentarios que mereció la recentísima la ley portuguesa.

No conozco nada parecido, salvo la posible excepción del *Handbuch des französischen Civilrechts* (1808) de Karl S. Zachariae von Lingenthal, padre (¿abuelo?) de la Exégesis, cuyo interés por la ley francesa justifica la vida práctica del *Code* en tierra alemana. En lo que hace a Portugal, si dejamos aparte los simples *repertórios* de urgencia (cf. Alipio Freire de Figueiredo Abreu Castelo Branco, *Repertorio alfabético e remissivo*, 1867; del mismo, *Repertorio alfabético da legislação publicada desde 1848 ate 1867*, 1868), el Código civil sólo cobró protagonismo con Francisco A. Fernandes da Silva Ferrão, *Diccionario elementar remissivo ao Codigo civil portuguez con annotações e indicações jurídicas*, 1869. Los comentarios propiamente dichos salieron algo más tarde: Gaspar Loureiro d»Almeida Cardoso Paúl, *Código civil portuguez*, 1870; sobre todo, Ferreira (I-IV, 1870-1873; el prólogo del tomo I se data a 15 de abril, 1870). La útil obra de António Ferreira Augusto Junior, *Subsídios para a boa interpretação do Código civil portuguez*, es cosa posterior (1878).

Y bien pudo ser que estos comentarios primeros condicionaran la lectura del Código de Portugal<sup>66</sup>. En efecto, Aufrán comenzó (p. 3) por llamar la atención sobre la existencia entre sus artículos de «una tabla de derechos tan completa, tan perfecta y tan adelantada, que sólo en esto lleva gran ventaja á todas las compilaciones legales modernas que conocemos». El elogio orientaba las restantes páginas de la obra («al anotar brevísimamente los demás artículos... tendremos ocasion de determinar la exactitud de estas observaciones que anticipamos como un justo tributo de admiracion á este Código»), donde los derechos originarios ofrecían la clave (cf. pp. 11 y ss., pp. 179 y ss.) que descifraba la vecina ley civil en su radical novedad. No llegaron a tanto los exégetas portugueses,

<sup>66</sup> ¿Conoció Dias Ferreira las glosas de Aufrán? A la vista de textos como el que sigue, la respuesta parece afirmativa (si es que no existe una, improbable, fuente previa común):

AUFRÁN (1868), p. 300.

El artículo 570 está exclusivamente consagrado á lo primero y merece muy especial atencion: él dá cabida tambien en el Derecho civil á una de las más preciadas libertades políticas, indispensable en los tiempos que alcanzamos, inseparable compañera de la libertad de la tribuna y complemento necesario é ineludible de todos los gobiernos libres.

FERREIRA (1870), I, p. 362.

O codigo civil reconhece assim *uma das mais preciosas liberdades políticas, indispensavel no estado presente da nossa civilização social e política, companheira inseparavel da liberdade da tribuna, o complemento necesario e indispensavel da existencia dos governos livres.*

severamente críticos contra la vocación doxológica<sup>67</sup> y el iusnaturalismo rampante del vizconde de Seabra.

No me resisto a la tentación de contraponer dos párrafos significativos que recogen la orientación –tan diversa– seguida por el pionero comentarista español y el primer y principal anotador portugués:

Autrán (1868), p. 8

Hay (en el Código portugués) una variación felicísima, porque responde al progreso de los tiempos, y porque afianza de una manera lo más sólida posible lo que hasta ahora y en gran número de naciones ha estado subordinado á las mudables oscilaciones de las ideas de gobierno y al influjo de las preocupaciones, de las pasiones y de toda clase de transtornos... en cuanto hace ingresar en el derecho civil, al amparo de la ley comun, y bajo la salvaguardia de la administración de justicia, ciertos derechos que en unos países están... denegados ó concedidos con notables restricciones, en otros otorgados por vía de privilegio, y en los más consignados en las leyes llamadas fundamentales...

Ferreira (1870), p. 361

A doutrina d'este titulo (cf. *Código civil, parte II, lib. i, tit. i: Dos direitos originarios*) é perfectamente inutil n'um código civil. Algumas das suas disposições ainda poderiam ter cabimento n'uma constituição politica ou n'algum código penal em epochas em que os direitos naturaes do homem não eran debidamente reconhecidos e respeitados em toda a parte. Mas á legislação civil é completamente estranho o assumpto do titulo.

De cuanto se deduce que la inclusión en el Código de los derechos, esa «variación felicísima» que le servía a Autrán para introducir su discurso, solamente le interesó a José Dias Ferreira cuando, a lo largo del estudio, se topó con los artículos 359 y ss. y tuvo que proceder al comentario, finalmente realizado con dosis de disciplina e indisimulado descontento<sup>68</sup>.

La conciencia de la originalidad no le impedía al lector español subrayar posibles continuidades. A lo largo de las notas la cita de

<sup>67</sup> «Onde o código fez mais profundas alterações foi quanto ao regime matrimonial, e relações de familia», opinó FERREIRA (1870), p. XIII, con lamentos por la tendencia a incluir «muitos principios geraes... muitas definições» (p. XIV: «[o] profesor explica, o legislador ordena»), «doutrinas por mero luxo e ostentação de sciencia» (p. 9), etc. Como vemos, el arranque de su edición (pp. 5 y ss.) distaba por completo del entusiasmo expresado por el colega español.

<sup>68</sup> Tras un par de generaciones aún se recordaba la oposición de Herculano, miembro de la comisión revisora del proyecto de Seabra, a la teoría de los derechos originarios, lo que encauzó la postura adversa de la doctrina: «quasi todos os nossos jutisconsultos fizeram a critica desta parte do código, afirmando... que a doutrina dos *direitos originários* era perfectamente inútil num código civil, tendo melhor cabimento numa constituição política... e que a nossa jurisprudencia quasi nenhum uso fazia destes preceitos, e, nas raras vezes em que o fez, se verificava que era... despropositada a sua citação» [GONÇALVES (1931), p. 8].

las Partidas, esa «ley» medieval aún vigente como derecho supletorio a falta de código civil (cf. Autrán, p. 10), era recurso frecuente y venía a demostrar la perennidad de ciertas figuras y conceptos tomados del derecho romano y presentes, por fortuna, en la obra de Seabra; desde el «derecho de todo hombre á ser libre», el vizconde legislador habría dado vestidura de norma y acción ante los jueces a esa «gran verdad... que es igualmente confesada en tiempos, civilización y cultura tan diversas».

«El derecho de todo hombre á ser libre», exponía Autrán (p. 182), «es una de ellas, y tanto lo reconocieron las Partidas, que define la libertad la ley 1.<sup>a</sup>, título 22, de la 4.<sup>a</sup>, en términos completamente aceptables en nuestros días, á pesar del inmenso progreso que de la época en que se escribieron nos separa: «libertad, dice, es poderío que ha todo home naturalmiente de facer lo que quisiere, en lo que fuerza ó derecho de ley ó de fuero non gelo embargue». ¿No es esto en el fondo lo mismo que dice el artículo 368 del Código portugués, respecto á que los derechos originarios solo pueden ser limitados por ley formal y expresa? Ciertamente es que la ley de Partida sólo se ocupa de la libertad con relacion á la servidumbre personal, que no hace mención de los demas derechos originarios, y que no tiene por lo tanto su definición el alcance y la extension que les atribuye el Código que examinamos. Pero no por eso deja de ser ménos admirable que en el siglo XIII hubiera quien de esa manera definiera uno de los más importantes derechos naturales. Gran verdad debe ser la que es igualmente confesada en tiempos, civilización y cultura tan diversas». Autrán desconocía sin embargo que el derecho a la libertad así consagrado (cf. también p. 183, sobre la implícita abolición de la esclavitud a partir de los arts. 6 y 7) se modulaba hasta desaparecer cuando el Código llegó a las colonias (decreto de 18 de noviembre, 1869) «sem prejuizo da legislação vigente sobre a escravatura: mas não é por falta de respeito pelo principio, e sim pela necessidade de attender a interesses creados desde longo annos, que seria inconveniente cortar de prompto sem um estado de transição que conciliasse as exigencias da justiça com os interesses da sociedade» [Ferreira (1870), p. 7]<sup>69</sup>.

La cita de las Partidas suministraba un sinnúmero de concordancias entre la legislación portuguesa y la vetusta tradición castellana, pero también contenía definiciones jurídicas y numerosas clasificaciones técnicas<sup>70</sup>. Ofrecía además la trama española del Código, que tuvo en el frustrado Proyecto de 1851 un segundo elemento de lectura y contraste<sup>71</sup>. Por una parte, se sabía y repetía que el intento de García

<sup>69</sup> Para otro aspecto mayor en la proyección colonial del Código *vid.* SILVA (2007), pp. 54 y ss.

<sup>70</sup> Salvo un par de referencias que deslizó en el prólogo Patricio de la Escosura, muy críticas en lo que tenían de «derecho romano» las leyes alfonsinas, las notas de Autrán contienen casi cuatrocientas citas de las Partidas. No hay caso equiparable.

<sup>71</sup> Cuento 120 citas del Proyecto en las páginas de Autrán.

Goyena había figurado entre los materiales del codificador lusitano [Ferreira (1870), p. 88: «fonte abundante do nosso»; cf. también pp. 151, 209. etc.], de modo que resultaba inevitable tenerlo muy cerca al momento de escribir un comentario. Pero la coincidencia de esta o aquella otra regla en ambos textos ibéricos no mermó la ley de Portugal: los préstamos que llegaron de España se insertaron en una estructura por completo diferente, siendo al fin irreconocibles.

Tengo para mí que la insistencia de Dias Ferreira en el parentesco del Código patrio con el Proyecto español tuvo bastante que ver con su posición adversa a la codificación de los derechos, según antes comprobamos. Y en lo que hace a las citas del Proyecto Autrán se limitó a transcribir –marcando la ruta al segundo traductor, como de inmediato comprobaremos– los artículos en cuestión (no rara vez con generosidad: cf. pp. 52-55, vecindad y domicilio; pp. 71-72, paternidad y filiación; pp. 112 y ss., tutela), siendo raro penetrar en los contenidos (cf. sin embargo pp. 33-34) o destacar contrastes con la regulación portuguesa (cf. pp. 91 y ss. sobre la patria potestad). Otras disposiciones españolas –del Real Decreto de 17 de noviembre, 1852, en materia de extranjería, a la ley de Aguas o la ley de propiedad literaria (pp. 305-308)– recibieron idéntico tratamiento.

Por otra parte, el texto de 1851 permitía «comparar la gran variación que acaba de sufrir la legislación portuguesa con la intentada años há entre nosotros» [«Advertencia», p. (XLIII)]. Sin reparar demasiado en el fracaso del intento, ni lamentado ahora ni aplaudido, la copia de sus artículos solía cerrar unas observaciones, síntesis del disperso derecho nacional, que tampoco escatimaban la consulta de varios cuerpos «legales», tanto históricos (Novísima Recopilación, leyes de Toro, Fuero Real, Fuero Juzgo) como modernos (ley de Enjuiciamiento civil, Código penal, leyes de Aguas y de Mostrencos...); no abundaban –sin faltar– las referencias a los códigos extranjeros, como el francés y el italiano («por ser», se advierte en p. 262, «á excepcion del portugués, el más reciente de todos los de Europa»). Y finalmente, con presencia nutrida de la jurisprudencia de los tribunales y ausencia casi total de la doctrina (apenas encontramos una cita aislada de Colmeiro, Vergara o Manresa, con algo más de atención a la obra de Escriche) está claro que las *concordancias* desplazaron a los *comentarios*.

### III. TOMO TERCERO. CÓDIGO PORTUGUÉS Y LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Dos argumentos de fondo emergen, con todo, de la exégesis de Autrán. Ya conocemos el primero, sobre el que sin embargo hay

que volver, pues la codificación portuguesa de los derechos individuales no sólo mereció el lugar destacado que le reservaron Escosura y su joven colega; al incluir en su seno los derechos el Código ponía en cuestión la definición convencional de lo *civil* o, si se prefiere, el ámbito de relaciones que se encontraban sometidas al derecho privado, punto de gran interés que llamó poderosamente la atención. El segundo argumento, no menos importante ni exento de importantes derivaciones, se refería al sistema matrimonial.

Si el matrimonio se trataba de soslayo, al faltar en la traducción española el pertinente capítulo sobre este contrato (cf. arts. 1056-1239), otro fue el caso, como sabemos, de los derechos originarios (o naturales, o primitivos etc.): «[I]legamos á una de las partes más importantes de este Código por los derechos que define y consagra, á la más esencial bajo el aspecto social, á la más digna de llamar la atención por la circunstancia de dar cabida en un cuerpo de leyes civiles á derechos hasta ahora únicamente consignados en los Códigos políticos», advertía Aufrán (p. 179). Con independencia de la índole *materialmente constitucional* de los viejos códigos civiles, característica del Estado de derecho que reforzó esta inusual regulación de las libertades, el comentarista destacó una vez más, al tratar los artículos 359 y ss., la aportación realizada por el legislador portugués. No sólo estaba en cuestión la efectividad de los derechos (recordémoslos una vez más: existencia, libertad, asociación, apropiación, defensa)<sup>72</sup> con los instrumentos procesales de la justicia ordinaria<sup>73</sup>; más importancia si cabe revestía su valor precisamente *originario*, quiere decirse, derivado del *origen* natural del hombre en tanto individuo jurídicamente capaz y, a su vez, también *origen* lógico de las demás instituciones codificadas, que encontraban en los derechos individuales su razón y fundamento.

«[S]on la fuente de todos los demás, pues en efecto, los restantes no son más que sus consecuencias naturales, así que repudiarlos sería tanto como aceptar la existencia de efectos sin causa. La propiedad, el trabajo, la familia, que son origen de obligaciones, de contratos, de determinados efectos jurídicos, aparecerían en él terreno de la ley sin base sobre qué descansar si no se reconociesen previamente como indispensables, como naturales, como imperibles los de libertad, de igualdad, de existencia y los demás natu-

<sup>72</sup> «El de igualdad», añadía Aufrán, p. 180, «que hemos dicho anteriormente que es uno de los que resultan también de la naturaleza humana, está comprendido en estos, pues siendo todos los hombres libres y gozando de las mismas facultades para adquirir, para asociarse y para defenderse, claro es que son iguales».

<sup>73</sup> «Basta para consolidarlos», se comentaba en p. 15, «el que todo ciudadano pueda reclamar su ejercicio del mismo modo y ante los mismos tribunales que otros cualesquiera que afecten á sus intereses privados ó á su familia. Han dejado de estar envueltos en el torbellino de las pasiones políticas, para colocarse en la reposada y serena atmósfera del derecho común».

rales, de los que los otros no son más que manifestaciones constantes y medios accesorios de desarrollo y de vida» (Autrán, p. 180).

Las precisiones del jurista interpretaban los preceptos legales con generosidad. Así, el artículo 360 consagraría el derecho a la honra, importante capítulo de la integridad moral que, junto a la integridad física, proclamaba ese precepto, admitiéndose entonces la defensa legítima del buen nombre y de la estima social. La libertad, que en los términos del Código (art. 361-364) incluía la libre acción, el libre credo y la libertad de escena e imprenta, sólo podría limitarse por el idéntico derecho que asistía a los terceros; por eso el artículo 15 imponía «la obligación de transigir en lo indispensable para el ejercicio de los derechos cuando sean de una misma naturaleza y contradictorios», sana regla de *equidad*, entendía Autrán (p. 22), que acercaba la ley positiva al ideal de justicia. El derecho de apropiación (art. 366) se proyectaba especialmente como libertad de trabajo e industria (arts. 567 y ss.), un capítulo novedoso ausente por completo de los códigos precedentes que el comentarista español atribuía a la teoría de los derechos originarios («el portugués es el primero de los modernos que ha dado acogida á los derechos naturales definiéndolos con toda precision y exactitud»), bien desarrollado en lo relativo al trabajo literario y artístico (arts. 570 y ss.) y a la propiedad de los inventos (arts. 613 y ss.); como antes vimos, se trataba de «asentar las bases fundamentales del sistema único á que podrá y deberá atemperarse la legislación especial en materia de imprenta» (p. 301). Así encontraba sentido la prestación de servicios por dinero, no sólo servicios domésticos (arts. 1370 y ss.)<sup>74</sup>.

Al final de los comentarios –la traducción se interrumpía en el artículo 640, según vimos– brillaba el análisis de Autrán y el acopio de leyes españolas concordantes, normas tan anticuadas en el siglo del vapor y de la electricidad como aquel decreto fernandino en materia de privilegios de invención (1826), pero esto no debe entretenernos. Pues la enunciación de los derechos en el Código, junto a indudables innovaciones sistemáticas, aportaba también un concepto diferente del derecho civil, lo que se apreció pocos años después de aparecer la edición que ahora consultamos.

En efecto, con un código atascado –frustrado otro intento del ministro Romero Ortiz (1869), que todavía nos debe ocupar– la civilística nacional presentaba un panorama muy triste. Gracias a la codificación del proceso y a la actividad del Tribunal Supremo

<sup>74</sup> Sobre el contrato de aprendizaje, igualmente tipificado y regulado, *vid.* artículos 1424-1430.

en los recursos de casación (1855) las obras de la primera mitad del siglo –los libritos elementales de Cirilo Álvarez y Pedro Gómez de la Serna– habían dado paso a manuales algo más sólidos (Salvador del Viso, Benito Gutiérrez), que sin embargo no contenían mucho más que «un acopio de materiales, confusamente presentados, de los cuales puede prescindirse en gran parte» [Torres Campos (1879), p. 371]. En este cuadro la aparición en 1879 de los *Estudios...* de Felipe Sánchez Román (1850-1916), obra destinada a ser la principal aportación académica a la ciencia del derecho civil en España, significó un paso de gigante en la construcción de sus doctrinas. «En cuestión de plan», observó el mismo Torres Campos (1879), p. 374, «comprendemos perfectamente y aplaudimos que siga el sistema de los escritores germánicos... separándose del anti-científico orden de las instituciones romanas», aunque este bienvenido tratado fallaba, en opinión del crítico, al ocuparse poco del concepto de referencia y absolutamente nada del «nuevo sentido que le atribuye el Código civil portugués»: una dimensión diferente de la disciplina, en virtud de «la consignación de los derechos individuales en la legislación civil... hecho de verdadera transcendencia que no debe pasar desapercibido para quien de liberal se precie» (p. 371). La inclusión en el ámbito civil, así bajo competencia de la justicia ordinaria, de las relaciones de los privados con el Estado «en cuestiones de propiedad ó de derechos puramente individuales» (art. 3), extendía el régimen común a expensas del derecho administrativo, con materias tan sensibles como la expropiación (cf. art. 2360, § único, remitiendo a leyes especiales) o la responsabilidad por conducta lesiva a los derechos cometida por oficiales públicos (art. 2371) o derivada de error judicial (art. 2403); la exigencia de reparar los daños causados por el funcionario se encontraba, gracias al Código civil (art. 2400), exenta de la autorización para procesar prevista en el administrativo (art. 357, Código Administrativo de 1842)<sup>75</sup>. Y también sobre estas cuestiones fueron explícitos los comentarios de Aufrán:

«Nuestros escritores jurídicos... han considerado (al derecho civil) siempre como el conjunto de disposiciones que, mirando al interés privado exclusivamente, consagra y deslinda las relaciones mútuas entre las personas en cuanto atañe á la propiedad y á la familia... La noción del Estado en sus relaciones con las personas, no se ha entendido por nuestros legistas ni por nuestros Códigos que entraba para nada dentro de las prescripciones del derecho civil, pues si estas relaciones se referían á derechos esenciales, las han dado el nombre de derechos políticos, y si á otros de orden

<sup>75</sup> Cf. LUIS DA CUNHA GONÇALVES, *A responsabilidade da Administração pública pelos actos dos seus agentes*, Coimbra 1915. También FERREIRA (1876), pp. 129-133.

ménos elevado hijos de las existentes entre la autoridad y sus subordinados, las han creído parte integrante del derecho administrativo... El Código portugués va mucho más allá que todo esto; según su texto, forman parte de la capacidad civil y de los derechos y obligaciones civiles, las relaciones de los ciudadanos con el Estado en cuestiones de derechos puramente individuales; y esto, que tiene indudablemente dos acepciones, pues en la una se refiere á la competencia de este Código, para regir ciertos actos, que en España, por ejemplo, serian gobernados por leyes de escepcion y por jurisdicciones que no son la ordinaria; en la otra, y es la importante y la que motiva estas observaciones, es la consagracion de los derechos individuales, inalienables, imprescriptibles, que se ponen bajo el seguro del derecho comun y que adquieren carta de naturaleza tan incontestable como las nociones que todos los pueblos tienen por de evidente justicia y que afectan á la propiedad, ó á la familia» (Autrán, pp. 8-9).

«Lo que en este último punto se ha realizado en el Código portugués», precisó, a vueltas con los derechos, un segundo lector de Felipe Sánchez Román <sup>76</sup>, «no por ser desusado lo encontramos ménos notable, y á fe que como españoles debemos codiciar algo parecido, ya que la movilidad de las constituciones políticas y la conducta de los gobiernos vienen acumulando lamentables datos para la historia de los tiempos en que nos ha tocado nacer y vivir». Y entonces, puesto el orden legal al servicio de la libertad de pensamiento y acción, de la igualdad, de la asociación libre, de la apropiación de la riqueza por el trabajo y la industria, de la existencia íntegra, en fin, tanto física como moral, el nuevo derecho civil tendría necesariamente que acusar aquella «hipertrofia do aspecto subjetivo» que escandalizó a la doctrina y presentarse con un lenguaje y una estructura diversa al orden consagrado en los manuales para su estudio.

«Así estaban las cosas cuando de súbito, mediado 1826, llegó a Inglaterra la noticia de que, muerto D. Juan VI, rey de Portugal, su hijo y heredero don Pedro... renunciando su cetro europeo, lo había puesto en manos de su hija, menor de edad, acompañando la dádiva con la de una Constitución a su pueblo. No era este suceso de poca monta, porque una ley de las llamadas por antonomasia Constitución... mal podía existir en una parte de la Península ibérica sin que a la otra algo se comunicase». Las frases anteriores, lejanos «recuerdos de un anciano» referidos a la *Carta* portuguesa, podrían extenderse perfectamente al Código del país vecino <sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Félix Pío DE ARAMBURU, «Un libro nuevo», en *Revista de Asturias* 3 (1879), n.º 11 (25 de abril), 179-182 y n.º 13 (15 de mayo), 208-212, p. 181.

<sup>77</sup> Cita oportunamente los «recuerdos» de Alcalá Galiano, a propósito de las esperanzas españolas en la casa de Braganza, BRANCATO (2004), n.º 66.

Pues los vasos comunicantes que unían a España y Portugal favorecieron el diseño de un proyecto de libro I («de las personas») del Código civil presentado a las Cortes constituyentes de 1869 por Antonio Romero Ortiz (1822-1884), ministro de Gracia y Justicia en el gabinete del duque de la Torre (8 de octubre, 1868 – 1 de junio, 1869). Y el rastro de Seabra resultaba evidente <sup>78</sup>.

«Uno de los mas ardientes partidarios de la unión de España y Portugal» (*La América*, 24 de marzo, 1859, p. 4), el ministro de Gracia y Justicia no era un político cualquiera. Natural de Galicia, fundador y director de periódicos (*Santiago y a ellos*, *El Porvenir de Galicia*, *La Nación*, sobre todo *La Península*), conspirador contra Narváez, exiliado en Francia y en Lisboa, francmasón, diputado, gobernador civil, subsecretario, titular de varias carteras... Romero Ortiz aún puede ser conocido como autor de una excelente suma de la literatura portuguesa del Ochocientos <sup>79</sup>. En razón del contenido –apenas encontraremos una breve referencia al Código en relación con el folleto de Herculano sobre el matrimonio, en polémica con Seabra– la obra no abordaba nuestro asunto, mas su mera existencia basta para acreditar la competencia del ministro en cosas lusitanas y dar por descontado que la traducción de Escosura tuvo en Romero Ortiz a un lector privilegiado.

Se ha entendido, con razón, que el Proyecto de 1869 quiso realizar a impulsos de la ley una intervención de urgencia en aquel ámbito social que permanecía al margen de la disciplina del Estado [Álvarez Alonso (2004), n.º 96 y ss.]. Producida la *Revolución*, la búsqueda de la «plenitud de los derechos naturales, y en su consecuencia, la libertad religiosa, conquista la más envidiable de la revolución» (discurso preliminar del Proyecto, p. 498) aconsejaba regular por fin la condición del titular de aquéllos o, si se prefiere, identificar jurídicamente al individuo y precisar su posición en la estructura familiar, donde pesaban las principales restricciones a su plena capacidad de obrar («las posiciones de los individuos en la vida privada deben recibir su determinación por la ley, amparando la vida familiar con las condiciones de la vida doméstica, sin que ella sirva de limitación en el pleno uso de la libertad», p. 499). Al contrario, «hacer reformas en el tratado de las cosas y contratos...

<sup>78</sup> Juan Francisco LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española, 4. Codificación civil, I-II*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1970. Consideraciones históricas en I, pp. 352 y ss.; texto articulado y exposición en II, 497-543. Pero rara vez se ha considerado la presencia del Código portugués en la redacción del proyecto español: véase al menos CLAVERO (1994), pp. 105-107.

<sup>79</sup> *La literatura portuguesa en el siglo XIX. Estudio literario*, Madrid, Tip. de Gregorio Estrada, 1869. También le sirvió para intentar, sin lograrlo, un sillón en la Academia Española, a cuyo fin contó con el apoyo del traductor del Código de Seabra: FREIRE (1990), 85-88. Perteneció a la Real Academia de la Historia.

no requier[e] tan urgente remedio» (p. 498). La presión de elementos republicanos en las Cortes a favor del matrimonio civil impulsó, y no poco, la pronta redacción del texto (cf. crónica parlamentaria de *El Imparcial*, 16 de marzo, 1869, pp. 3-4).

Por más que la presencia del Proyecto de 1851 fuera dominante en este fallido libro I de 1869 [Álvarez Alonso (2004), n.º 99], ha caído en olvido su deuda con el Código de Portugal. Y sin embargo los antecedentes iberistas de Romero Ortiz y la cercanía temporal del Proyecto a la obra de Patricio de la Escosura permiten imaginar que la ley portuguesa hubo de influir en la reforma española.

Primeramente, aunque no se seguía el «sistema mixto» de 1867 (que era más bien un régimen de matrimonio católico facultativo, al no poder indagar el titular del registro la fe de los contrayentes), el vínculo puramente civil propuesto por el legislador del Sexenio –tan coherente con la libertad de credo y el laicismo del ministro: «Lutero Ortiz» en medios clericales– estaba en la raíz de ciertas desviaciones con respecto al texto de 1851, para el que sólo valía la unión canónica.

Recuérdese el tenor de su artículo 48: «[e]l matrimonio ha de celebrarse según disponen los cánones de la Iglesia Católica admitidos en España», lo que conviene comparar con el artículo 61 de 1869: «[l]a ley no reconoce como matrimonio legítimo más que el celebrado en la forma prevenida en el presente Código». El Proyecto de Romero Ortiz borró referencias a la religión, salvo en un punto vidrioso, también presente en el Código civil de Portugal: me refiero al artículo 52, 6.º sobre el orden sacro y el voto solemne como impedimentos del matrimonio (civil), según admitía el artículo 1058, 5.º de Seabra; si la regla respondió en este caso a la exigencia de matrimonio canónico a los portugueses católicos, perdía su lógica cuando se partía de una unión sometida al derecho del Estado (aconfesional). De cualquier modo, el impedimento de orden y voto pasó a la ley de 1870 (art. 5, 2.º), un texto legal que, al mantener la sustancia canónica de la institución (pensemos en la indisolubilidad del vínculo), se limitó a «civilizar» el régimen tridentino.

Por otra parte, el consejo de familia proyectado en 1869 se presentó desde la prensa –de modo ciertamente exagerado– como una institución de antecedentes portugueses («como en Portugal»).

Así leemos en *La Correspondencia de España*, 1 de junio, 1869, p. 1, que «[e]n el proyecto de Código civil... Se crea el Consejo de Familia como en Portugal, compuesto por cuatro parientes y el juez de paz como presidente»; en realidad, el Código regulaba un consejo de cinco parientes (art. 207), mientras que el Proyecto de 1851 contemplaba la composición que anunciaba el periódico (cf. art. 191), apartándose por cierto del precedente francés (seis parientes). Las previsiones de 1851 («Del consejo de familia»,

arts. 190-201) eran asumidas por Romero Ortiz (arts. 228-239) pero con dos diferencias notables que acusaban –ahora sí– la influencia de la ley portuguesa: la presidencia del consejo se atribuía al juez de paz (no al alcalde, como en 1851) y el pupilo mayor de 14 años tenía derecho a asistir y ser oído en las deliberaciones del consejo (art. 211, pár. 3.º de 1869, correspondiente al art. 212 del Código de Seabra). Como los comentarios de Autrán aplaudieron el régimen del Código en lo concerniente a la presidencia judicial del consejo de familia (p. 126) queda abierta la cuestión del posible influjo, no meramente documental, de la traducción que examinamos en los planes legislativos del ministro.

Y por último, alguna definición fundamental interesante al disfrute de derechos, ausente por supuesto en el Proyecto de 1851, aparecía ahora, con un origen preciso:

## Proyecto de 1869

Art. 16: Sólo el hombre es susceptible de derechos y obligaciones: en esto consiste su capacidad jurídica o su personalidad.

Art. 18: La capacidad la determina la ley del mismo orden.

Los derechos y obligaciones civiles se limitan a las relaciones recíprocas de los ciudadanos entre sí, como meros particulares, o entre los ciudadanos y el Estado en cuestiones de propiedad o derechos puramente individuales.

Art. 19: La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento; mas el individuo luego que es procreado esta ya bajo el amparo y protección de la ley, que le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

## Código civil portugués (Escosura)

Art. 1: Solo el hombre es capaz de derechos y obligaciones: en lo cual consiste su capacidad, ó sea su personalidad jurídica.

...

Art. 3: Cuando los derechos y obligaciones se limitan á las relaciones de los ciudadanos entre sí, como méros particulares, ó á las de los ciudadanos con el Estado en cuestiones de propiedad ó de derechos individuales, esos derechos y obligaciones constituyen la capacidad civil de los ciudadanos, se denominan derechos y obligaciones civiles y se rigen por el derecho privado contenido en el Código civil, excepto en aquello que esté por ley especial determinado.

Art. 6: La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento; pero desde el momento en que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la ley, y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Como cabe comprobar los retoques introducidos en el Proyecto de Código civil de 1851 al convertirse en el libro I de 1869 no fueron muchos, pero los existentes tuvieron notable envergadura. Otro ejemplo llamativo encontramos finalmente en el título preliminar,

ese pórtico «constitucional» al derecho codificado ausente del Código portugués –también así original– mas aceptado en 1869 al modo y manera de Francia (en la versión autóctona de 1851). Pues bien, la norma sobre el sistema de fuentes (art. 4 del *Code* –art. 12 de 1851– art. 9 de 1869) contenía un párrafo que Romero Ortiz tomó directamente de Portugal (art. 16) y cambiaba su sentido primitivo:

Proyecto de 1851	Proyecto de 1869	Código civil portugués (Escosura)
<p>Art. 12: El juez que rehusase fallar á presto de silencio, oscuridad ó insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad.</p>	<p>Art. 9: El juez que en materia civil rehúse fallar, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en la responsabilidad marcada en el penal.</p>	<p>...</p>
	<p>Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones no pudieren ser resueltas ni por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por casos análogos prevenidos en otras leyes, serán decididas por los principios de Derecho natural, conforme a las circunstancias del caso.</p>	<p>Art. 16: Cuando las cuestiones, sobre derechos y obligaciones no puedan resolverse ni por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por analogía con casos previstos en otras leyes, serán decididas por los principios del Derecho natural, conforme á las circunstancias del caso.</p>

Del emperador Napoleón (estricta sumisión del juez a la ley) al vizconde de Seabra (conciencia del defecto de ley, con uso judicial de los principios del derecho natural más atinentes al caso), podríamos entonces concluir. Aunque la salida de Romero Ortiz del ministerio arrinconó su Proyecto, la implantación del matrimonio civil, gran asunto allí previsto, se abrió paso en las Cortes como una de las medidas de mayor repercusión social aprobadas por la asamblea constituyente. El asunto ha sido bien estudiado [Roldán (1980)], por lo que nos basta recordar los particulares más próximos al objeto presente<sup>80</sup>.

Con independencia de otras consideraciones técnicas<sup>81</sup>, en los debates parlamentarios de ley matrimonial se invocó aquí y allá el Código de Portugal; por ejemplo, el ministro de Justicia Montero Ríos, responsable de la ley, alegó en defensa del artículo 52 de su proyecto que el Código portugués también establecía (art. 1187) la necesaria autorización marital a la mujer que desea-

<sup>80</sup> Últimamente COBACHO (2009), sin referencias que nos interesen.

<sup>81</sup> Como sería la mayoritaria convicción sobre la naturaleza contractual de la unión matrimonial [ROLDÁN (1980), p. 134], la inclusión –antes destacada– del impedimento de orden sagrado (p. 156) o la emancipación *ope legis* del hijo de familia al cumplir 21 años de edad (p. 173), cuestiones todas contempladas, tal cual, en el Código portugués (cf. respectivamente arts. 1056, 1058-5.º y 97 en relación al art. 170-3.º).

re publicar escritos de su autoría<sup>82</sup>. Pero la presencia de nuestro Código se palpó en las Cortes gracias a Cristóbal Martín de Herrera: para este diputado, casualmente el ministro fugaz (18 de junio-19 de julio, 1869) que sustituyó a Romero Ortiz en Gracia y Justicia, debía introducirse en España el sistema matrimonial mixto de Portugal («los católicos celebrarán sus matrimonios en la forma establecida por la iglesia... los que no profesaren la religión católica, lo verificarán en la que dispone la presente ley»); la soñada unión ibérica, con la posibilidad todavía abierta de que el trono vacante en Madrid lo ocupase un vástago de la casa de Braganza, se alegó en tal contexto, con expresiones de admiración a los vecinos portugueses («habéis dado un gran paso en la senda liberal, nosotros estamos dispuestos a dar grandes pasos para que entre unos y otros no hayan fronteras», p. 183).

La contestación a la propuesta no se hizo esperar (Madrazo, Martos) y se volvió sobre el Código de Seabra para recordar que su sistema matrimonial respondía a la simple tolerancia contemplada en la *Carta* de 1826, pero resultaba improcedente en un Estado que, como la España septembrina, proclamó la libertad de cultos; la admisión del doble matrimonio, que se sabía criticada en los círculos conservadores lusitanos, sería opuesta a la igualdad (y de hecho, los católicos portugueses no tenían otra opción que el vínculo religioso, salvo que ocultaran su credo), sin suponer siquiera un hallazgo normativo, pues lo introdujo en 1787 Luis XVI para el matrimonio de los calvinistas [Roldán (1980), pp. 187 y ss.]. Y al final el sistema portugués no se adoptó, aunque la confusa derogación de la ley española de Matrimonio civil por el real decreto de 27 de febrero, 1875, restauró la obligación del vínculo canónico para bautizados (sin la flexibilidad del art. 1081 de Seabra).

#### IV. TOMO CUARTO. TRADUCIR Y COMPARAR EN LA RESTAURACIÓN

Con la solución anterior desapareció el ámbito jurídico en que el derecho portugués se había propuesto como modelo<sup>83</sup>. El próli-

<sup>82</sup> En general, al defender Montero Ríos (contra Esteban Calderón Collantes) el artículo 1 de la ley alegó a su favor la técnica y el estilo del Código de Seabra, «la obra legislativa más notable, la más elevada, la que más han perfeccionado las deliberaciones de una comisión científica». Cf. *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* (ed. Juan Antonio García), 10 de mayo, 1870, p. 7867.

<sup>83</sup> Cf. todavía FRANCISCO DE CÁRDENAS, «El matrimonio en sus relaciones históricas con el Estado y con la Iglesia», en *Revista de España* 14 (1870), 345-389, p. 386 sobre el sistema matrimonial portugués, que se asimila al noruego; también «El matrimonio en España y Portugal», en *La Discusión*, 29 de julio, 1879, p. 1, así como «Comparaciones»,

fico Rafael M.<sup>a</sup> de Labra prosiguió su propaganda aun sin penetrar en los capítulos más técnicos –tampoco en los más políticos– de la ley que tanto ensalzaba<sup>84</sup>. Y es que el interés español por Portugal resultaba cosa de tres o cuatro espíritus aislados [«¿quién aquí entre nosotros sigue su historia, quién conoce sus libros, quién habla de sus hombres?», se preguntaba Labra (1877), p. 6], mientras el común de ciudadanos, incluida la casta intelectual, seguía viviendo en relativa ignorancia.

«De vez en cuando un docto», enseñaba Labra todavía, «como mi amigo el Sr. D. Antonio Romero Ortiz, se complace en presentar á las gentes ilustradas, pero indiferentes, á los principales poetas y escritores portugueses, y escribe un bello libro sobre el Padre Macedo, Bocage, Almeida Garret, Herculano, el ciego Castilho, Castello Branco, Ribeiro y Mendez Leal... Otra vez, mi compañero el abogado fiscal del Tribunal Supremo D. Isidro Autran pone mano en un trabajo, á poco suspendido, sobre el Código civil portugués comparado con la legislación española. Creo que se ha llegado á escribir un libro de viajes... y al Sr. Calvo Asensio debemos tambien una obra sobre el teatro lusitano en el siglo XIX... Hé aquí todo lo que, segun mis noticias, se ha publicado entre nosotros sobre el vecino reino, y esto de tiempo en tiempo y con intervalos de cuatro ó seis años». Así las cosas, Labra quería contribuir a la aproximación de los dos pueblos ibéricos mediante la divulgación del derecho civil portugués, «que entra en el fondo de la sociedad y condiciona la familia y la propiedad, piedras angulares del orden social moderno» (p. 13)<sup>85</sup>.

Creo que tal contexto explica el sentido de la segunda traducción, ahora completa, del Código de Seabra. Su autor era el abogado y periodista Alberto Aguilera y Velasco (1842-1913), más tarde senador, gobernador civil, ministro y conocido alcalde de Madrid, quien en sus años de estudiante había expresado cierta curiosidad por el derecho público portugués<sup>86</sup>. Pero ese estudio de circunstan-

cit. (supra n. 26), con duras críticas a Cárdenas, ministro responsable de la supresión del matrimonio civil (real decreto de 9 de febrero, 1875) provocando toda clase de problemas.

<sup>84</sup> «La legislación portuguesa. (El Código civil de 1867)» cit. (supra n. 65). En realidad, Labra había abrazado la causa del Código desde las páginas de la *Revista Europea*, recopilando luego sus trabajos: cf. LABRA (1877); con más política que legislación, allí prometió –en vano– un segundo tomo que «se ocupará solo del código civil» (p. VIII). Sobre ello volvió repetidamente: cf. «La legislación portuguesa», en *El Liberal*, 22 de enero, 1890, 3-4.

<sup>85</sup> Tuvo bastante eco una interpelación parlamentaria de Labra sobre la política con Portugal, proponiendo –entre otras medidas– un *Zollverein* ibérico, el reconocimiento recíproco de títulos académicos y profesionales y una reforma del Código civil recién estrenado en España para facilitar a los portugueses, tal y como hacía el Código de Seabra con respecto a los brasileños, la adquisición de la ciudadanía española: cf. «Un discurso importante», en *La República* (Madrid), 29 de enero, 1890, p. 1.

<sup>86</sup> Además de la licenciatura en derecho civil y canónico (1864) Aguilera obtuvo antes el grado en la sección de derecho administrativo (Universidad Central) con un discurso sobre la «Constitución portuguesa, o carta del Emperador D. Pedro; modificaciones que ha introducido el Acta Adicional de 1852» calificado de sobresaliente, 26 de junio, 1862;

cias no hacía al caso: su *Código civil portugués anotado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América* (Madrid, Est. Tip. de García y Caravera, 1879) se presentaba como volumen tercero de una serie de «Códigos europeos –Primer grupo– primera sección», donde también figuraban, en versiones del propio Aguilera, los códigos civiles de Francia (1804, trad. 1876) y de Italia (1865, trad. 1877); la *Zivilprozessordnung* alemana (1877, trad. 1879) se añadió luego, dentro de un «Segundo grupo –cuarta sección» que incluía también el Código luso de proceso civil (1876, trad. 1879)<sup>87</sup>. Los esfuerzos del traductor llegaron pronto hasta América y en 1881 salió una edición del Código civil de Chile (1855).

No se trataba de su primer experimento editorial. Diez años atrás Aguilera había participado en la «Colección de códigos y leyes de España» que, en cuatro tomos, ofrecía desde el Fuero Juzgo a las Ordenanzas Reales de Castilla. Todavía truncada la codificación civil ambas colecciones desplegaban un plan muy coherente pues si, de un lado, interesaban los «códigos» históricos como arsenal de reglas y textos, de otro las leyes extranjeras, concienzudamente traducidas, anotadas y concordadas, consentían una lectura a la «moderna» del polvoriento derecho nacional. Con independencia de su ritmo y de sus logros, el ideal de la codificación del derecho, expresión de la fragmentación soberana de la vieja comunidad jurídica europea, también se vivía como el testimonio de una cultura unitaria, de un lenguaje y una gramática desconocidos que permitía al jurista nacional encontrarse con sus colegas más allá de la práctica cotidiana; una mezcla de *Rechtswissenschaft* y *Landesjurisprudenz*, en suma, con algún modelo influyente (pensemos en el *Code Napoléon*), una hermenéutica compartida, perspectivas comparadas e incipientes movimientos de unificación –sobre todo en el ámbito del derecho privado.

Hace poco, ocupándome de otras traducciones, tuve ocasión de describir el que calificué como «efecto biblioteca», para significar las transformaciones que sufren los textos al formar parte de una

---

la investidura tuvo lugar el 26 de octubre. Cf. Archivo Histórico Nacional, Universidades, sig. 3530, exp. 15.

<sup>87</sup> La traducción salió a principios de noviembre; cf. *El Imparcial*, 6 de noviembre, 1879, p. 4 (26 reales); según costumbre, la «Colección de códigos» donde se insertó el portugués podía adquirirse en tomos o por fascículos: *El Globo* (Madrid), 12 de noviembre, p. 4. Una nota que veo al final del prólogo (de Vicente Romero Girón) al Código civil italiano exponía el «plan» de la colección: originalmente dividida en tres grupos (latino, germano, anglosajón-eslavo), a su vez divididos en secciones (1.ª: leyes civiles; 2.ª: penales y mercantiles; 3.ª: políticas y administrativas incluyendo las constituciones; 4.ª: leyes de procedimiento). Pero el Código chileno, que menciono seguidamente, amplió el «grupo latino» fuera de Europa.

serie o colección<sup>88</sup>. De las dinámicas que genera cualquier edición seriada (*uniformización, identificación, inclusión, expansión*) interesa destacar aquí las dos primeras. Pues la versión del Código portugués por Alberto Aguilera compartía con las otras leyes traducidas la lengua de destino, la impresión a doble columna e igual formato, los mismos comentarios al pie, el contraste de rigor con la legislación española – no pocas veces transcrita masivamente con la excusa de la concordancia; nada quedaba pues del respeto reverencial al texto legislativo que mantuvo la versión de 1868, con su separación radical entre ley y comentarios. De esta forma la complejidad de los textos originales (idiomas y ediciones, sistemas variables, contenidos divergentes) quedaba obviada por parámetros *uniformes*, en contra de la singularidad de cada pieza.

La colección añade en segundo lugar una *identidad* propia y diferente a los libros que la componen, provocando entre ellos un interesante diálogo. En este caso el Código de Portugal, el italiano o el *Code Napoléon*, con independencia de su condición de leyes civiles del Estado soberano, adquirirían, juntos todos en la misma estantería, la condición de «códigos europeos», más precisamente: de manifestaciones de la vocación jurídica de los pueblos de raza latina, unidos todos por un pasado colectivo y un presente que declinaba las razones del derecho codificado. Vistas así las cosas las notas distintivas de la legislación portuguesa cedían ante las características dominantes de la *serie*, formada por códigos de común orientación francesa. Y al final, el Código «latino» de Seabra bien podría resultar una rareza periférica.

Muy elocuente se nos presenta la «Introducción» que escribió para su amigo Aguilera el abogado y tribuno, futuro codificador español Manuel Alonso Martínez<sup>89</sup>. Si Escosura, puesto en trance similar, entró de lleno en su objeto al considerar la importancia de los *derechos originarios*, el segundo prologuista se entretuvo más bien en «diseñar á grandes rasgos los orígenes é historia del derecho civil en los pueblos de raza latina»; se propuso entonces mostrar, en un embrionario ejercicio comparativo («[e] estudio comparado de los Códigos modernos, es en verdad muy provechoso para el legislador, de cada país, que puede por tal procedimiento mejorar ciertas instituciones jurídicas, desenvolverlas con más arte, perfeccionar el método, excogitar en cada caso las fórmulas más adecuadas y felices», p. XLVI), la unidad sustancial que existiría entre los derechos de aquella estirpe (*ibid.*). Probablemente Alonso Martínez seguía una opción acorde con la *uniformización* impuesta por la «Colección», pero el repaso –tardío (pp. XXVII y ss.) y apresura-

<sup>88</sup> PETIT (2007), pp. 855 y ss.

<sup>89</sup> Me resulta a todas luces exagerada la opinión de *La Ilustración Española y Americana* (Madrid), 8 de agosto, 1881, p. 16: «eruditísima *Introducción* de D. Manuel Alonso Martínez».

do— de ciertas reglas portuguesas en cruce con los derechos francés e italiano y las leyes españolas eliminó la singularidad del Código de Seabra. Por ejemplo, los derechos originarios apenas ocupaban en el prólogo unos pocos párrafos increíbles (lejos del autor el «afirmar que la mera traslación de estos derechos de la Constitución al Código civil sea medio seguro y garantía bastante á obviar» el inconveniente de un dudoso respeto, p. xxix), además deudores, en ideas e incluso expresiones literales, del más convencido Patrio de la Escosura (cf. pp. xxix-xxx).

Ahora bien, desde 1868 los años no habían transcurrido en vano. Esta segunda traducción contaba con el auxilio de la literatura —no sólo portuguesa— dedicada al Código civil en estudio: los comentarios (1870-1877) del «eminente jurisconsulto» José Dias Ferreira<sup>90</sup>, al que conocemos en estas páginas por su escepticismo frente a los derechos originarios, eran, en las de Aguilera, citados y utilizados con gran intensidad<sup>91</sup>. También se acudía a la aportación de João Jacintho Tavares de Maderos (1878) y a las famosas *Cartas em defeza do casamento civil* de Alexandre Herculano. El «efecto biblioteca» favorecía el recurso a los otros «códigos latinos» que acompañaban a la ley lusa dentro de la serie; en general, el esfuerzo comparativo llevaba a las revistas jurídicas (*Revista de los Tribunales*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*), también a las extranjeras (así el *Journal du Droit*, la *Revue Général du Droit* o el *Bulletin de... législation comparée*), y al manejo de materiales un tanto exóticos, cuando no fuera de lugar (J. Scherzet, *La puissance paternelle en Chine*, 1878; E. Léhr, *Éléments de droit civil russe*, 1877). Por supuesto no faltaba el capítulo de la legislación española, con atención preferente al Proyecto de 1851: más que un código fracasado (como aquel libro I de Romero Ortiz, que no dejó rastro) parecía una ley en estado de latencia, a la espera de tiempos mejores.

Sobre todo en el tratado de las personas Aguilera se detenía a considerar la presencia del Proyecto español en el Código portugués; un motivo conocido que el traductor confirmaba con los comentarios de Dias Ferreira. A propósito del artículo 40 se advertía (p. 23) por ejemplo que «casi toda la materia relativa al domicilio, la ha tomado el Código portugués del proyecto de Código civil español de 1851, como podrán observar nuestros lectores en el

<sup>90</sup> «Célebre jurisconsulto, comentador del Código civil portugués, diputado y jefe del partido constitucionalista» (*La Correspondencia de España*, 17 de mayo, 1883, p. 1); «eminente jurisconsulto... Entre sus obras jurídicas, la más importante es la Anotación ó Comentario al Código Civil portugués» (*La Época*, 7 de noviembre, 1892, p. 1). Sobre todo, Luis Morote, «Conferencia con Dias Ferreira», en *El Heraldo de Madrid*, 7 de agosto, 1904, p. 1.

<sup>91</sup> Hasta el extremo de insertar largos párrafos de Ferreira como exégesis del traductor: cf. pp. 17 y ss. sobre el artículo 24.

texto que á continuación reproducimos». Lo mismo se observa en sede de ausencia (p. 24) y tutela [p. 41: «[e]l proyecto de Código civil español de 1851 (sería la) verdadera fuente jurídica de gran parte de los preceptos legales contenidos en el Código portugués»] o en la materia de prueba [arts. 2404 y ss.: «gran parte de sus disposiciones (del proyecto español) han sido aceptadas en el Código civil portugués», p. 293].

Por desgracia la vocación jurídico-comparada —comenzaba a despertar por esos años<sup>92</sup>— impidió a Aguilera emprender un verdadero estudio del Código traducido. Acentuando ciertos vicios de Aufrán, el acarreo de la legislación nacional suplantaba muchas veces los comentarios (*vid.* derecho de caza, pp. 65 y ss., propiedad literaria, pp. 89 y ss., privilegios en materia de inventos, pp. 97 y ss., expropiación, pp. 260 y ss.)<sup>93</sup>. En otras ocasiones era suficiente remitir a lo escrito en la edición del *Code Napoléon* (cf. p. 168, sobre el contrato de sociedad). Pero el talante de Aguilera y su poca simpatía por la ley portuguesa —en la parte (3.<sup>a</sup>) sobre propiedad se criticaba el sistema de Seabra, que «no es admisible en absoluto» (p. 259)— afloró al abordar dos entre los principales hallazgos del Código civil. Me refiero a los derechos originarios y a la prestación de servicios.

Los derechos (pp. 61 y ss.) se despachaban ahora a gran velocidad, como materia fuera de lugar en un código civil («los principios consignados en este título, por más que se deriven de las buenas doctrinas y estén en armonía con los últimos adelantos de la ciencia jurídica, no son propios de un código y tendrían lugar más oportuno en la Constitución política y aun en el Código penal»). Se entendía suficiente el comentario de los primeros artículos (pp. 11 y ss.), pero el lector que volviera sobre sus pasos confiando en las advertencias del traductor encontraba que, en relación al artículo 5, Aguilera prescindía «de un trabajo que podría llenar muchas páginas de nuestros comentarios, pero que consideramos inoportun[o], primer[o] porque no se refiere a la parte verdaderamente dispositiva de la ley, y segundo, porque nos hemos de ocupar más concretamente de algunas de las materias que pudiéramos tratar al comen-

<sup>92</sup> PETIT (2006), 255-338.

<sup>93</sup> A propósito de la caza Aguilera daba la lectura correcta del artículo 384, 2.º («[e]n los terrenos públicos ó municipales, no cultivados ni murados, ó no exceptuados administrativamente»), un párrafo truncado —sin razón aparente— en la anterior versión de Escosura («[e]n tierras públicas ó concejiles, no cultivadas ni cercadas»). Ahora bien, más o menos completo que estuviera, el artículo 384, puesto en manos de Aufrán, dio pie para reflexionar sobre la posibilidad de limitar la caza en tierra ajena, abierta y baldía, un derecho allí concedido (n. 3.º), por simples reglamentos favorables al propietario, cercenando el amplísimo derecho de ocupación previsto en el Código (Aufrán, p. 201); Aguilera carecía de esos escrúpulos y su larga glosa (pp. 64-68) se limitó a recoger los artículos 715 y 711 de los códigos de Francia e Italia, más el texto íntegro de la ley española de 10 de enero, 1879 (cuyo art. 9, 3.º, por cierto, permitía la caza en un fundo particular sólo a los terceros que tuviesen autorización escrita del dueño).

tar los artículos 359 y 2169». Un reenvío circular, por tanto, que, en lo relativo al primer precepto citado, sólo ofrecía la doctrina que va indicada y, respecto del segundo, se limitaba a criticar la previsión de un libro aparte sobre el derecho propiedad. Esta actitud huidiza le llevó a pasar por alto el artículo 4, donde se encontraba la cifra del Código según sabemos.

Sobre los servicios retribuidos una nota (p. 181) advertía con cierta perplejidad que «[e]l Código portugués ha dedicado un capítulo especial y ha estudiado como contratos de diferente carácter que los demás, los comprendidos en la calificación de prestación de servicios, que los Códigos francés é italiano y la mayoría de las legislaciones europeas presentan como una especie de arrendamiento que denominan de obra é industria»; de ahí que, al presentar los artículos 1391-1395 («Del trabajo asalariado», con puntos tan relevantes como la dependencia a las órdenes del principal o el régimen del salario), el traductor confesara (p. 183) que «es realmente sensible que el Código portugués haya detallado tanto, y á veces sin necesidad justificada, descendiendo á un casuismo impropio de su importancia y de su verdadero carácter, los principios consignados en este capítulo».

El entusiasmo algo inocente de Escosura y Aufrán desaparecía, como vemos, en esta otra edición. Al tratarse de una versión íntegra tenía sobre la de aquéllos una indudable ventaja; sin embargo, por camuflar los aciertos del Código portugués en punto a técnica y contenido –en un orden de ideas que el anónimo redactor de *El Imparcial* habría calificado de «doctrinario»– tenía las de perder, al menos entre una parte del público español. Y en efecto, las lecturas que se hicieron a partir de 1880 parecían seguir el espíritu de una o de otra traducción.

No tenemos que abandonar la «Colección» de Aguilera para encontrar una de ellas, más próxima a Escosura que a la serie donde aparecía. La edición en 1881 del Código civil chileno –el conocido texto de Andrés Bello, tan importante en la América hispana– se encontraba «precedid[a] de un juicio crítico por D. Gumersindo de Azcárate», vale decir, del ilustre titular de «Legislación comparada» en Madrid, pensador krausista y político republicano<sup>94</sup>. Como en el caso del Código portugués, el prólogo de Azcárate enmarcaba la ley analizada en el cuadro general del movimiento codificador, pero el tono y las ideas nada tenían que ver con la pintoresca arqueología jurídica de Alonso Martínez: en Azcárate el método comparado servía para formular algunas tesis ambiciosas acerca de los códigos –se insistía en la libertad popular de establecer derecho

<sup>94</sup> *Código civil de la República de Chile*. Precedido de un juicio... Madrid, Est. Tip. de García y Caravera, 1881. Apareció dentro del «primer grupo –primera sección– tomo IV» de la rebautizada «Colección de códigos europeos y americanos» de Alberto Aguilera.

por medio de la costumbre o en la contingencia histórica del derecho público— y así juzgar el Código civil de Chile en lo bueno (se entendía loable su recepción original del *systema* del *Code* o la atención dispensada a las personas morales) pero también en todo lo malo que presentaba a la luz de similares monumentos. Leyes de *derecho privado*, entonces enraizadas en la historia y la tradición («es manifiesto en todas partes su carácter tradicional e histórico») y esencialmente distintas de las normas de derecho público (el político y el penal, en particular), «sustituid[a]s por otr[a]s que son consecuencia del distinto modo de concebir las instituciones» (p. IV). Con una importantísima excepción: el *derecho de la personalidad*, un «derecho nuevo, creación de la civilización moderna» (p. IV, n. 1) que documentaría precisamente la intervención legislativa de Seabra. Enfrentado el Código chileno («de acuerdo con todos los demás...») a este otro, de contenido y forma tan diferentes («... sin más excepción que el de Portugal»), el saldo final le sería poco favorable, pues «no se alcanza el motivo de disgregar del Código civil la rama más importante del derecho privado, y, aún puede decirse, la que es base fundamental de todos los demás» (p. VIII).

Tales ideas, apoyadas en una ley que algunos proponían de *modelo*, conocieron cierta difusión en años sucesivos<sup>95</sup>. Un momento de relevancia representó la enemiga de Azcárate —ocupaba escaño de diputado en el Congreso como miembro de la minoría republicana— al proyecto de Código civil auspiciado por el antiguo y discutible prologuista del Código portugués, titular en 1888 de la cartera de Gracia y Justicia. De poco le sirvió, pero Manuel Alonso Martínez hubo de escuchar desde el banco azul que el «derecho de la personalidad, ya en toda su amplitud, como resulta en el Código portugués, ya limitado á la capacidad jurídica» era una materia que, ausente por desgracia en la versión del *Code* que se traía a las Cortes, formaba verdaderamente «el contenido de un Código civil»<sup>96</sup>.

<sup>95</sup> Pero véase también AZCÁRATE (1877), pp. 115 y ss., donde, al analizar el doble contenido de las constituciones (la «organización del poder» y «los derechos del hombre, naturales ó individuales») se añadía que este segundo capítulo era la «materia propia del derecho de la *personalidad*, rama del derecho sustantivo, material ó privado; y así no es extraño que en algunos países, como Portugal, se hayan incluido en el *Código civil*... «un derecho nuevo, creación de la civilización moderna», precisaba la larga nota 1 de p. 115, con desarrollo de la naturaleza tradicional del derecho privado frente a las novedades propias del derecho público; al ser la libertad civil presupuesto de la libertad cívica se explicaría, no sólo la condición nueva de los derechos de la personalidad, sino también su habitual acogida en la ley política. Son como vemos sugerencias que encontraron múltiples ocasiones de exposición.

<sup>96</sup> *Diario de Sesiones* (Congreso), 6 de abril, 1889, p. 2366. Sobre las diferencias entre el derecho privado y el derecho público («[e]l derecho público actual en todas sus ramas, es realmente un derecho nuevo, un derecho filosófico, un derecho obra de la civilización moderna;

En realidad, el valor del portugués como un espejo en el que debía mirarse la legislación española había sido esgrimido por otro gran amigo del Código luso al plantearse la discusión de la ley de bases en 1885 (cf. *Diario de Sesiones*, Congreso, 19 de junio, 1885, pp. 5238 y ss.). Rafael M.<sup>a</sup> de Labra lamentó en esa ocasión la inexistencia de un texto completo («por vía de ensayo») que permitiese conocer el auténtico alcance de la empresa; la remisión de la base 1.<sup>a</sup> al Proyecto de 1851 dejaría además en el alero cuestiones tan importantes como el sistema general del futuro Código, las fuentes del derecho (en particular el peso de los reglamentos y el papel de la costumbre), la suerte de las personas jurídicas y su capacidad patrimonial y la unidad territorial del derecho privado, un hecho «propio de los tiempos en que las nacionalidades alcanzan un estado de cultura superior» (p. 5245). En semejante contexto el Código de Seabra hacía su aparición como «el *segundo modo* de la codificación moderna» («[no necesito decirlo que la otra manera es la del Código de Napoleón], precisaba Labra), un «modo» desde luego *nuevo* que asumía el reto actualísimo de regular la persona moral («á la sombra de la libertad y por la virtud de la asociación») y el principio de menor intervención de la ley («[d]e donde resulta un gran margen, primero para la libertad individual; después para las tendencias y las maneras de carácter local ó regional, y por último para la espontaneidad social enérgicamente demostrada por la costumbre»); una «idea excelente», concluía el diputado, «comenzada á realizar por el Código portugués» (p. 5246).

Años después, anunciándose un «curso especial... sobre política, historia y literatura portuguesas» que reunió varias de las voces más críticas con el neonato Código español<sup>97</sup>, la prensa se hizo eco de la conferencia dictada por Gumersindo de Azcárate sobre «El Código civil portugués» (24 de enero, 1891). A juzgar por las reseñas del acto los análisis contenidos en sus discursos o en el prólogo al Código de Chile rebrotaron en esta otra ocasión: se trataba de un «estudio acabado de los principios que informan el Código de la nación vecina», lo que le granjeó «numerosos aplausos» (*La Iberia*, 25 de enero, 1891, p. 2). Algún periodista añadió más: el profesor de Madrid, tras dejar bien claras las distancias entre compilaciones y códigos y criticar el papel de la costumbre en el Código civil español, destacó la originalidad del portugués por «su distribución» y, sobre todo, por «la declaración de los derechos originarios, derechos que resultan de la propia naturaleza del hombre, y que la ley reconoce» (*El Liberal*, 25 de enero, p. 2).

pero el derecho privado, con determinadas excepciones, es un derecho eminentemente histórico y tradicional») *ibid.* 9 de abril, pp. 2400 y ss.. Sobre la importancia del derecho consuetudinario, en polémica con Germán Gamazo (portavoz de la comisión), en la anterior discusión sobre la base n<sup>o</sup> 26 (régimen derogatorio) *ibid.* 9 de abril, 1888, pp. 2341 y ss.

<sup>97</sup> Cf. *El Día*, 7 de noviembre, 1890, p. 2. Las conferencias tendrían lugar en los locales del Fomento de las Artes los miércoles y sábados, de 9 a 10 de la noche. El brillante plantel de oradores reunía celebridades de sesgo liberal-krausista: Piernas Hurtado, Labra, Torres Campos, Cossío, Canalejas, Pedregal...

Merece la pena transcribir la nota de prensa citada, único testimonio conocido de una intervención verbal. «Fomento de las Artes. Anoche se verificó en el Fomento de las Artes la anunciada conferencia del Sr. Azcárate sobre *El Código civil portugués*. Empezó el ilustre catedrático estableciendo la diferencia que existe entre una Compilación y un Código; la primera es una suma de leyes; el segundo es un cuerpo completo del derecho. El Código no es de todas las épocas; hubo tiempo en que no existían los Códigos, y la única fuente de derecho era la costumbre; fuente de derecho reconocida por todos los legisladores, excepto por los autores del actual Código español. Aparecen más tarde los Códigos en los antiguos pueblos orientales, abarcando en todos sus detalles la vida social y la vida del Estado. Estudia el desarrollo del derecho en las Edades Media y Moderna, y afirma que el derecho público actual es un derecho moderno; pero que no ocurre lo mismo con el civil, que está fundado sobre el antiguo derecho romano, sobre el germano y sobre el canónico. Hablando ya en particular del Código civil portugués, hace notar la diferencia esencial que existe entre este Código y los demás, por razón de su distribución, que es la siguiente: primera parte, en que trata de la capacidad civil; segunda, de la adquisición de los derechos: tercera, de la propiedad, y cuarta, de la violación de los derechos. Expone las instituciones más importantes del Código, y termina haciendo notar lo más original, que en su entender encierra, que es la declaración de los derechos originarios, derechos que resultan de la propia naturaleza del hombre, y que la ley reconoce. Al terminar fue muy aplaudido por el distinguido y numeroso público que ocupaba el salón». Ironías del destino: algo más arriba *El Liberal* anunciaba los «Funerales de Alonso Martínez» en San Francisco el Grande; metáfora de la postración de la mujer consagrada en su Código, se cantaría el *requiem* de Camille Saint-Saëns porque «[l]a circunstancia de ser esta misa... la más notable que puede ejecutarse sin voces femeninas, y la prohibición que existe en este obispado de que tomen parte señoras en la capilla de funciones religiosas, ha determinado la elección en este punto».

Y no se trataba de dos admiradores aislados del Código luso en aquellos finales del siglo. Tenemos otro más en el profesor, jurista y político demócrata Tomás Rodríguez Pinilla (1815-1886), cuyos estudios de «biología social» abordaron la cuestión —con un escrúpulo que llamaría garantista —estatalista<sup>98</sup>— de los derechos individuales: de nada servían solemnemente inscritos en una lápida o proclamados en la constitución y, sin embargo, «[s]olo un pueblo en Europa ha acertado á consignarlos donde

<sup>98</sup> Tomás RODRÍGUEZ PINILLA, «Estudios sobre biología social. El Estado», en *La América*, 28 de agosto, 1880, 4-6, p. 6: «[l]os derechos individuales no tienen tanto por objeto el individuo, como la sociedad: existen por el Estado y para el Estado; en el sentido de que sin la fuerza colectiva que los garantiza no existirían; el más audaz, el más fuerte, el más astucioso haría bien pronto vanos y nulos los derechos de los demás: y también en el sentido de que la libertad de los ciudadanos, encaminada á producir la libertad y el bien de todos, hace al Estado grande, fuerte, próspero y feliz». Debe tratarse de un adelanto de su obra *Hércules y Anteo. Estudios sobre biología social* (1880).

deben estar: en el Código civil. Ese pueblo es Portugal»<sup>99</sup>. Tales derechos, insistió a su vez el antiguo rector y civilista de Valencia Eduardo Pérez Pujol, eran derechos *civiles*, «y así los describe el Código... de Portugal»<sup>100</sup>. Una ley acertada, apuntó en fin Sánchez Román, precisamente por «suministrar una definición de la personalidad jurídica... diciendo que únicamente el hombre es susceptible de derechos y obligaciones consistiendo en esto su *personalidad*»<sup>101</sup>. Frente a estas opiniones favorables fueron raras las críticas: sólo encuentro una advertencia acerca de la impericia portuguesa al definirse la propiedad mediante una locución «más imperfecta aún (que la del art. 348 del Código español), porque además de empírica es confusa»; pero ya sabemos que la materia en cuestión se había revelado como el punto más frágil o el menos convincente –la disciplina de la propiedad se separaba en el sistema del Código de la adquisición de los restantes derechos– del plan trazado por Seabra<sup>102</sup>.

El Código de Portugal, conocido a estas alturas por la doctrina española, pudo todavía alegarse de modo puramente informativo a propósito de un problema institucional cualquiera: la autorización del autor o herederos para publicar una carta misiva (art. 575)<sup>103</sup>, la sociabilidad del hombre y el derecho de asociación<sup>104</sup>, el régimen de la propiedad intelectual<sup>105</sup>, la condición jurídica de la mujer casada<sup>106</sup>, el consejo de familia<sup>107</sup>, el arrendamiento rústico<sup>108</sup>, las

<sup>99</sup> «Mas no basta que estén consignados en el Código», advertía aún Pinilla, «es preciso que entrañen en todas las instituciones, que estén perfectamente garantidos, que sean verdad. Para esto es indispensable que exista el Estado», *ibid.* Sobre el autor, un intelectual y hombre público de estirpe liberal y militancia democrática (dedicó a Nicolás M.<sup>º</sup> Rivero un libro en pro del jurado), *vid.* ahora PERFECTO-RODRÍGUEZ-SAN PEDRO (2003), pp. 380-381.

<sup>100</sup> Cf. «Prólogo al Curso de Derecho Político, escrito según la Filosofía moderna y la Historia de España, por D. Vicente Santamaría, catedrático de Valencia», en *Revista de España* 14, tomo LXXX (mayo y junio, 1881), 81-102, p. 93.

<sup>101</sup> Sánchez Román (1911), p. 114, n. 1. El mismo señaló a otro propósito (1890), p. 88, n. 1, que el codificador español tomó del portugués (arts. 2506, 2509 y 2511) algunas reglas en materia de prueba.

<sup>102</sup> Cf. CONDE DE CASAL RIBERO, «Las cuestiones sociales y el ideal cristiano», en *Revista de España*, año XXIV, 134 (mayo-junio, 1891), 198-211, p. 209.

<sup>103</sup> Eduardo ROMBERG, «Las Cartas misivas. (Estudio de propiedad literaria)», en *La España Moderna*, año III, 25 (15 de enero, 1891), 212-222, p. 215.

<sup>104</sup> Sobre la lección inaugural de Vicente Santamaría («Concepto de sociedad») cf. *El Heraldo de Madrid*, 1 de octubre, 1901, p. 1; también *El Globo*, 2 de octubre, p. 2.

<sup>105</sup> Antonio GOVIN, «De la propiedad intelectual ante la Filosofía del derecho y la legislación», en *Revista de Cuba* 7 (1880), 5-24, p. 11, con el contenido de los artículos 576 y 579.

<sup>106</sup> Del mismo, «Examen histórico-crítico de las leyes patrias que regulan la capacidad de la mujer durante el matrimonio», en *Revista de Cuba* 10 (1881), 121-149 y 203-219, pp. 142-144 sobre Portugal.

<sup>107</sup> Referencia al discurso de Telmo Vega ante la Academia de Jurisprudencia en *El Imparcial*, 21 de abril, 1882, p. 3.

<sup>108</sup> FRANCISCO RIVAS MORENO, «El arriendo. Los problemas del campo», en *Madrid científico* 34, n.º 1188 (1927), 179-180, p. 180 sobre el artículo 888 del Código, que «limita

«fórmulas simpáticas» (a los obreros, se entiende) en cuestión de accidentes laborales «del Código civil portugués»<sup>109</sup>. Incluso se invocó su autoridad en un proceso de desheredación<sup>110</sup>. Pues bien, entiendo que este panorama acrítico, donde el Código de Portugal resultaba un dato jurídico más que acreditaba la seriedad científica de un escritor, justifica la última (1891) de sus versiones españolas.

Ausente de valoraciones, por tanto sin prólogo, concordancias ni notas, esta tercera traducción no ofrecía estrictamente la ley civil: ésta se contenía en un volumen misceláneo de *Leyes y códigos portugueses*. Abierto con la *Carta* de don Pedro y sus reformas y cerrado con la ley (1886) de fianzas y prisión provisional, los códigos administrativo, penal y mercantil, las leyes procesales y orgánicas de la justicia rodeaban nuestro Código civil en un libro cuyo mérito, según opinión de los periódicos que lo anunciaban, consistía en reunir las piezas legales del ordenamiento lusitano: «[e]n Portugal no existe, que sepamos, ninguna colección de sus leyes y códigos. Hállanse unos y otras en tomos sueltos y numerosos ó en los innumerables volúmenes del *Diario Oficial*. Si se agrega, pues, á la ventaja de hallarlos todos reunidos en un solo cuerpo, la no menor da tenerlos traducidos al castellano con interesantes notas, se apreciará el verdadero servicio que los señores Romero Girón y García Moreno han prestado, no solo á las... corrientes de aproximación entre los dos pueblos, ayudándoles á conocerse, sino también á nuestros abogados y legisladores y á la literatura jurídica de España»<sup>111</sup>.

No estoy en condiciones de identificar al autor material de esta tercera y última traducción, ciertamente independiente de las dos anteriores (y tan completa como la de Aguilera). Empresa conjunta o, más probablemente, cosa de Alejo García Moreno, autor más joven y menos notable que el publicista y ex ministro Vicente Romero Girón, a pesar de lo dicho en la reseña carecía de otras anotaciones que unas breves remisiones internas al pie de ciertos artículos. Por lo demás, diluida totalmente «hacia abajo» la identidad del Código en el seno inespecífico de la legislación portuguesa, el «efecto biblioteca» de Aguilera se reproducía y llega a supri-

---

el privilegio del propietario a una sola renta atrasada y la corriente». Antes, del mismo, «La cooperación agrícola», en *Nuestro Tiempo* 4 (octubre-diciembre, 1906), 47-74, pp. 69-70.

<sup>109</sup> «El problema social. Los accidentes de trabajos», en *El Liberal*, 28 de abril, 1891. Pero el artículo 2398 del Código de Seabra, que respondía al viejo criterio de la responsabilidad por culpa, solo innovaba en la previsión de daños producidos en «establecimientos industriaes, commerciaes ou agrícolas».

<sup>110</sup> Cf. *El Heraldo de Madrid*, 21 de octubre, 1904, p. 2.

<sup>111</sup> M. T., «Libros nuevos», en *El Imparcial*, 31 de julio, 1891, p. 4. Me pregunto si las siglas de firma correspondían al antes recordado Manuel Torres Campos, conocido jurista y bibliógrafo.

mir «hacia arriba» cualquier atisbo de especialidad: se trataba del séptimo volumen de una rica *Colección de las instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos* dirigida por los dos autores mencionados, que hacia 1891 había sacado las leyes de Bélgica, Alemania, Italia, Francia y Holanda y anunciaba materiales equivalentes de Inglaterra, Suiza, Dinamarca, Rusia... y varios países americanos. Desde tal perspectiva –una legislación comparada que, en rigor, dejaba sin sustancia el empeño comparativo que tuvieron las ediciones legales de Aguilera– el *systema* seguido por Seabra o la teoría de los derechos originarios parecían anécdotas prescindibles que anunciaban, una generación después de la obra de Escosura, el olvido progresivo en que caería la ley civil portuguesa.

Al final resultó que ese Código admirable y admirado, tres veces vertido al castellano y ampliamente citado y expuesto en la prensa o en las Cortes, a juzgar por la opinión de los juristas «no ha[bría] sido objeto de demasiada atención en nuestra patria». Es lo malo de saltarse algún volumen de una historia que está escrita en varios tomos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (2002): «Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB», en *Anuario de derecho civil* 55, 1133-1228.
- Álvarez Alonso, Clara (2004): «La legitimación del sistema. Legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870 ca.), II», en *Historia Constitucional* 5 (2004), 101-139 (= nn.º 1-134).
- (2012): «Perfil del jurista romántico español (1834-1855 ca.)», en Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el derecho*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III, 289-327.
- AZCÁRATE, Gumersindo de (1877): *El Self-government y la Monarquía doctrinaria*, Madrid, Librería de A. de San Martín.
- BEAUCHARD, Jean (2006): «Le projet de réforme du Code civil français», en *Europa e diritto privato* 3, 903-916.
- BRANCATO, Braz Augusto A. (2004): «D. Pedro I do Brasil e IV de Portugal no constitucionalismo ibérico», en *Historia Constitucional* 5, 141-151.
- CANO MALAGÓN, María Cruz (1989): *Patricio de la Escosura. Vida y obra*, Valladolid, Universidad.
- CASTRO Y OROZCO, José de (1844): «Archaismos y uso», en *Obras poéticas y literarias*, II, Madrid, Imp. y Estereotipia de M. Rivadeneyra, 1865, 177-194.
- CIPRIANI, Franco (1991): *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, Giuffrè.
- CLAVERO, Bartolomé (1994): «Ley del código: transplantes y rechazos constitucionales por España y por América», en *Quaderni fiorentini* 23, 81-194.
- COBACHO LÓPEZ, Ángel (2009): *Matrimonio civil y matrimonio canónico en España durante la Restauración borbónica*, Madrid, Dykinson.

- COSTA, Mario Júlio da Almeida (1961): «Enquadramento histórico do Código civil português», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 37, 138-160.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1987): *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (1989): «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista española de derecho constitucional*, 9, 35-62.
- CUNHA, Paulo Ferreira da (2006): «Da Constituição do Estado Novo português (1933)», en *Historia Constitucional* 7, 188-207.
- FERNÁNDEZ SESSARAGO, Carlos (2009): *Los 25 años del Código civil peruano de 1984...* Lima, Motivensa.
- FERREIRA, David (2002). «Associação (direito de)», en Joel Serrão (ed.), *Dicionário de história de Portugal* (1971), I, rep. Matosinhos, Oficinas gráficas «Jornal de Matosinhos», 236-239.
- FERREIRA, José Dias (1870): *Código civil portuguez anotado*, I. Lisboa, Imprensa Nacional.
- (1876): *Código civil portuguez anotado*, V. Coimbra, Imprensa da Universidade.
- FONSECA, Ricardo M.; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite, eds. (2008): *História do direito em perspectiva. Do Antigo Regime á Modernidade*, Curitiba, Juruá Editora.
- FREIRE LÓPEZ, Ana (1990): «Una carta inédita de Patricio de la Escosura y unas elecciones en la Real Academia», en *Castilla. Estudios de literatura* 15, 85-88.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha (1906): *O problema da codificação do direito civil*, Coimbra, Imprensa da Universidade.
- (1929): *Tratado de Direito Civil, em comentario ao Código Civil Português*, I, Coimbra, Coimbra editora.
- (1931): *Tratado de Direito Civil, em comentario ao Código Civil Português*, III, Coimbra, Coimbra editora.
- GROSSI, Paolo (2002): *La cultura del civilista italiano*, Milano, Giuffrè.
- HESPAÑHA, António Manuel (1981): «L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit (Portugal, 1900-1950)», en *Quaderni fiorentini* 10, 423-447.
- (2004): *Guiando a mão invisível. Direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina.
- (2007): *DVD comemorativo dos 140 Anos do Código civil português de 1867 – Código de Seabra* (ed. Hespanha), Lisboa, CEDIS/FDUNL.
- (2007b): «Digitalização da doutrina jurídica académica portuguesa (c. 1800 –c. 1910)», en *Historia Constitucional* 8, 357-359.
- (2008), «Um poder um pouco mais que simbólico: juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito», en FONSECA-SEELAENDER (2008), 149-199.
- (2010): «Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise do conteúdo», en *Quaderni fiorentini* 39, 109-151.
- INIESTA, Antonio (1958): *D. Patricio de la Escosura*, Madrid, Fundación Universitaria Española.
- LABRA, Rafael M.<sup>o</sup> de (1868): «Un código nuevo», I, en *La América* 28 de mayo, 4-5; II, *ibid.* 13 de junio, 9-10.
- (1877): *Portugal y sus códigos. Estudio de política y legislación contemporáneas*, Madrid, Impta. central a cargo de Víctor Saiz.
- LACOMBE, Margarida María y otros (2001): *Rui Barbosa e a Constituição republicana portuguesa de 1911*, Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa.

- LINHARES, José Manuel Aroso (2005): «Professor Doutor João de Matos Antunes Varela», *Boletim... de Coimbra* 81, 1025-1027.
- MACARIO, Francesco y LOBUONO, Michele (2010): *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodológico per l'insegnamento*. Postfazione di Paolo Grossi, Padova, Cedam.
- MARÍN PÉREZ, Pascual (1967): *El nuevo Código civil portugués*, Madrid, Reus. (Separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*).
- MARQUES, Mário Reis (1986): «O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, sup. 19, 1-255.
- MARTÍN MARTÍN, Sebastián (2010): «Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español (1870-1945), I», en *Historia Constitucional* 11, 89-125 (<http://www.historiaconstitucional.com>).
- MENDONÇA, Luis Correia de (1982): «As origens do Código civil de 1966: esboço para uma contribuição», en *Análise Social* 18, 829-867.
- MIRANDA, Jorge (1997): *As Constituições portuguesas. De 1822 ao texto actual da Constituição*, Lisboa, Libraria Petrony, 4.ª ed.
- MONCADA, Luis Cabral de (1932): *Lições de direito civil. Parte geral –1931-1932*, Coimbra, Atlántida.
- MOREIRA, GUILHERME ALVES (1907): *Instituições do direito civil português. I. Parte geral*, Coimbra, Imp. da Universidade.
- NEUMEYER, Karl H. (1974): «Die wissenschaftliche Behandlung des kodifizierten französischen Zivilrechts bis zur Dritten Republik», en Helmut Coing – Walter Wilhelm (Hrg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, I, Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann, 173-195.
- ORTEGA PARDO, Gregorio G. (1948): *La revisión del Código civil portugués. Aportación para la reforma española*, Coimbra. (Separata del *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 24).
- PERFECTO, Miguel Ángel y RODRÍGUEZ-SAN PEDRO, Luis Enrique (2003) «Universidad y liberalismo en Salamanca», en Ricardo Poblado y otros (eds.), *Orígenes del liberalismo. Universidad, Política, Economía*, Salamanca, Ed. de la Universidad –Junta de Castilla y León, 377-384.
- PETIT, Carlos (2005): «De la historia a la memoria», en *Cuadernos del Instituto Nebrija* 8, 237-279.
- (2006): «Revistas españolas y legislación extranjera. El hueco del derecho comparado», en *Quaderni fiorentini* 35, 255-338.
- (2007): «Lombroso en Chicago. Presencias europeas en la *Modern Criminal Science americana*», en *Quaderni fiorentini* 36, 801-900
- (2008): «Espana y el *Code Napoléon*», en *Anuario de derecho civil* 61, 1773-1840.
- (2012): «Archivo, biblioteca, escribanía. *Portrait* del abogado Manuel Cortina», en Esteban Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el derecho*, Madrid, Dykinson – Universidad Carlos III, 329-386.
- PIRES DE LIMA, Fernando Andrade y VARELA, João de Matos Antunes (1961): *Noções fundamentais de direito civil I* (5.ª ed.), Coimbra, Coimbra Editoria; (1962): II (5.º ed), Coimbra, Coimbra Editora.
- MONTEIRO, Antonio Pinto y PINTO, Carlos Alberto da Mota (2005): *Teoría geral do direito civil* (1976). 4.º ed. por Antonio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editoria.
- PIRES DE LIMA, Fernando Andrade (1961): «Oração de Sapiência, proferida na Universidade de Coimbra», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 37, 61-86.

- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues (1970): «Doutor Fernando Andrade Pires de Lima. Palavras proferidas no funeral pelo Director da Faculdade de Direito...», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 46, 223-229.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2001): *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX. II. La codificación del siglo XIX: Los códigos de la Confederación y el Código civil de 1852*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ROLDÁN VERDEJO, Roberto (1980): *La ley de Matrimonio civil de 1870. Historia de una ley olvidada*, Granada, Instituto de Historia del Derecho.
- ROMERO GIRÓN, Vicente (1890): *El Código civil español. Estudio crítico*, Madrid, Centro editorial de Góngora. (Tirada aparte del prólogo a la edición comentada del Código por Modesto Falcón.)
- RONDINONE, Nicola (2003): *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, Giuffrè.
- SALVADOR CODERCH, Pablo (1985): «El proyecto de Código civil de 1851 y el derecho civil catalán» (1980), en *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, Bosch, 7-133.
- SAMPER, José M.<sup>a</sup> (1886 ed. 1974): *Derecho público interno de Colombia. Comentario científico de la Constitución de 1886* (1886), II, Bogotá, Biblioteca Banco Popular.
- SÁNCHEZ ILLÁN, Juan Carlos (1996): «Los Gasset y los orígenes del periodismo moderno en España. *El Imparcial*, 1867-1906», en *Historia y comunicación social* 1, 259-276.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe (1890): *La codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y de consumación...* Madrid, Establecimiento tipográfico «Sucesores de Rivadeneira».
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe (1911): *Estudios de Derecho civil... Parte general*, II<sup>2</sup>, Madrid, Establecimiento tipográfico «Sucesores de Rivadeneira» (ed. facs. 2004).
- SARDICA, José Miguel (2012): «A Carta constitucional portuguesa de 1826», en *Historia Constitucional* 12, 527-561.
- SERRANO GONZÁLEZ, Antonio (1998): «Lectura romántica de la Constitución de Inglaterra», en Andrea Romano (ed.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterránea tra la fine del 700 e la prima metà del 800*, Milano, Giuffrè, 325-374.
- SILVA NOGUEIRA DA, Ana Cristina (2007): «Liberdade e tolerancia religiosa: «portugueses não católicos» no Ultramar do século XIX», en *Historia Constitucional* 8 (2007), 39-66.
- TAVARES, José (1922): *Os principios fundamentais do direito civil*, I, Coimbra, Coimbra Editora.
- TETI, Raffaele (1990): *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, Giuffrè.
- TORRES CAMPOS, Manuel (1879): reseña a Felipe Sánchez Román, *Estudios de Ampliación del Derecho civil y Códigos españoles*, I (1879), en *Revista de los Tribunales* 2, 371-374.
- WIEACKER, Frank (1983): *Diritto privato e società industriale* (1974), trad. Gianfranco Liberati, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane.

# El interés del menor en el Derecho de familia norteamericano: del caso de Mary Ellen McCormack a los supuestos de oncofertilidad. Análisis comparativo con el Derecho español<sup>1</sup>

**JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA**

Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad de Málaga

The best way to make children good is to make them happy

OSCAR WILDE

## RESUMEN

*El concepto del interés del menor se ha construido a partir de una larga evolución experimentada por la Jurisprudencia Norteamericana, es por ello que el Derecho estadounidense haya sido y sea pionero en esta materia, en esta nueva forma de entender el Derecho de familia. Por este motivo resulta crucial para el estudio del tratamiento del interés superior del menor el conocimiento de este Derecho, cuyo análisis ha de hacerse a partir de la casuística jurisprudencial. En este trabajo se analizan las distintas instituciones en las que este principio incide tanto en materia de patria potestad, desamparo, acogimiento, adopción, reproducción humana asistida y maternidad subrogada, custodia del menor en supuestos de crisis matrimoniales y relaciones del menor con sus abuelos. No obstante, tres materias han merecido nuestra especial atención: El derecho de corrección sobre menores, la llamada «educación en casa» y el estudio de la oncofertilidad y su aplicación a menores de edad.*

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado durante una estancia de investigación en la Facultad de Derecho de la *Northwestern University* de Chicago (EEUU) entre el 1 de septiembre y el 31 de diciembre de 2011 (Visiting Scholar Program). Agradezco muy encarecidamente a la Profesora Dorothy E. Roberts la dirección de este trabajo, todos sus consejos, ayuda y cariño recibido; a la Profesora Helene Shapo sus enseñanzas y muy especialmente el permitirme asistir como alumno a sus clases de Derecho de familia durante el semestre de otoño de 2011 así como a la profesora A. Kimberly Yuracko, decana de la Facultad durante mi estancia por su apoyo y asistencia.

**PALABRAS CLAVE**

*Interés del menor, Derecho de familia, derecho norteamericano, desamparo, acogimiento, adopción, educación en casa, derecho de corrección, custodia compartida, oncofertilidad.*

**ABSTRACT**

*The best interest of the child is a basic element of modern family Law. This standard is the result of a slow evolution of American judicial precedents. It is very important to study the application of this concept in American family Law because American judges were pioneers when they introduced it and applied it to new contexts. In this paper we analyze a range of American family law cases in order to determine the application of the best interest of the child standard to issues involving dependency, child abuse, foster families, adoption, surrogate mothers, joint custody, and the relationship between minors and their parents and grandparents. Finally, three specific issues deserve special attention: discipline of children, homeschooling and oncofertility (fertility preservation for cancer patients).*

**KEY WORDS**

*Best interest of the child, child welfare, Family Law, American Law, dependency, foster family, adoption, homeschooling, discipline of children, joint custody, oncofertility.*

**SUMARIO:** 1. *Introducción.*–2. *Antecedentes.*–3. *El control estatal del ejercicio de la patria potestad. Supuestos de abuso, maltrato y abandono.* 3.1. Límites a la facultad de los padres de decidir sobre la educación, crianza y cuidados de sus hijos, es decir del llamado «parents' privacy right». La intervención estatal. 3.2. Maltrato físico y el principio de intervención mínima. El riesgo de una intervención inapropiada. 3.3. El privilegio del derecho de corrección como causa de justificación en casos de maltrato infantil. 3.4 Maltrato emocional. 3.5. Supuesto de abuso sexual. 3.6. Supuestos de abandono.–4. *Acogimiento familiar. Alternativas tras el desamparo del menor.*–5. *Límites al control estatal en el supuesto de la educación en casa o homeschooling.*–6. *Adopción e interés superior del menor.*–7. *Interés del menor y maternidad subrogada.*–8. *Custodia del menor tras la ruptura de la relación matrimonial.*–9. *Relaciones entre abuelos y nietos.*–10. *Oncofertilidad e interés del menor.* 10.1 Planteamiento de la cuestión. 10.2. Problemas jurídicos que plantea la aplicación de las nuevas técnicas en el campo de la oncofertilidad: El consentimiento a la intervención médica.–11. *Conclusiones.*

## 1. INTRODUCCIÓN

En la regulación del interés del menor en el ámbito anglosajón destaca el Derecho inglés en el que la ley recoge listas de circunstancias a evaluar a la hora de concretarlo («*Checklists*» en *Children Act* y *Adoption Act*). Sin embargo en el ámbito norteamericano se carece de normas federales que con carácter general aporten criterios para evaluarlo. En el Derecho norteamericano el concepto del interés superior del menor es fruto de una larga evolución jurisprudencial<sup>2</sup> y funciona como un principio o estándar jurídico.

La regulación norteamericana del Derecho de familia, excepto en lo que respecta a determinados derechos recogidos en su Constitución y algunos estatutos federales, es competencia de cada Estado y se desarrolla tanto mediante estatutos y códigos estatales como por la Jurisprudencia que emana de los casos que resuelven los tribunales de justicia. En regulaciones estatales concretas como en materia de custodia de menores si se recogen listas de criterios que sirven como pautas para decidir sobre el interés del menor, pero abarcan supuestos específicos. No obstante se critica que dichas listas simplemente recojan un elenco de factores sin priorizar entre unos y otros ni indicar el peso que hayan de tener en la decisión judicial. Ello trae como consecuencia que el juez gozará de una gran discrecionalidad y que sus decisiones difícilmente serán apelables<sup>3</sup>. Por tanto, con carácter general el interés superior del menor es entendido como un estándar indeterminado que cada juez interpretará en el caso concreto según el Derecho aplicable en cada uno de los cincuenta estados teniendo en cuenta principalmente los precedentes sentados por anteriores decisiones judiciales.

No obstante, encontramos algunos códigos de familia uniformes (*uniform family codes*) que han sido desarrollados por distintas comisiones y que cada Estado es libre de adoptar o rechazar. A título de ejemplo la Conferencia Nacional de miembros de la comisión para la elaboración de leyes estatales uniformes (*National Conference of Commissioners on Uniform States Laws*, NCCUSL) ha realizado una propuesta uniforme e interestatal en material de Derecho de familia norteamericano (*Uniform Interstate Family Support Act*, UIFSA), que de hecho es uno de pocos que está en vigor en todos los estados y territorios y el único que ha sido objeto de un mandato del Congreso. La referida NCCUSL igualmente ha

---

<sup>2</sup> KOHM, Lynne Marie, «Tracing the Foundations of the Best Interest of the Child Standard in American Jurisprudence», 10 J.L. and Fam. Stud. 2008, pp. 337 y ss.

<sup>3</sup> ELLMAN, Ira Mark; KURTZ, Paul M.; WEITHORN, Lois A.; BIX, Brian H.; CZAPANSKIY, Karen; EICHNER, Maxine, *Family Law: Cases, Text, Problems*, 2010, p. 629.

elaborado el documento uniforme de la familia (*Uniform Parentage Act*) en el año 2000 que ha sido reformado en el año 2002, el cual ha sido ya adoptado por nueve estados. Por otro lado el Instituto legal americano (*American Law Institute*) ha publicado los «Principles of Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations» y los llamados *ALI Principles*, que no deja de ser una mera propuesta<sup>4</sup>.

Ciertamente por todo lo dicho, poca ayuda ofrece el Derecho norteamericano normado o las propuestas de normas uniformes referidas en el estudio del llamado «estándar del Interés superior del menor» que deberá discurrir por otros derroteros. De hecho prácticamente la única vía para profundizar en este concepto será atender a los criterios aplicados en los precedentes judiciales al resolver sobre supuestos relacionados con el menor, muy especialmente en materia de custodia de menores. El estado de la cuestión se ha expuesto magistralmente por Mnookin<sup>5</sup> al señalar que existe una gran controversia acerca de la conveniencia o no de encorsetar el interés del menor en una regulación precisa, pues una u otra opción presentan ventajas e inconvenientes. Por un lado, al funcionar el interés superior del menor como un auténtico estándar indeterminado, como un principio indeterminado, resulta muy difícil predecir cuál será la decisión final que adopte el juez, pudiendo ser que dos jueces distintos dieran soluciones opuestas a un mismo supuesto, especialmente cuando no estuviesen igualmente preparados para evaluar la información concerniente al menor. Pero por otro, reducir el interés superior del menor a unos supuestos concretos recogidos por la ley puede llevar a resultados injustos, especialmente si tenemos en cuenta que al carecerse de consenso sobre los valores que entraña el interés del menor, la regulación resultante simplemente podría ser inapropiada, aparte que dificultaría la adaptación a la cambiante realidad social. Lo cierto es que al día de hoy en el Derecho norteamericano se carece de una regulación que

---

<sup>4</sup> A título de ejemplo recogemos aquí la propuesta hecha por el «Uniform marriage and divorce act» de 1970, reformado en 1971 y 1973, cuyo artículo 402 se refiere al interés del menor. Dicho artículo señala como factores relevantes a tener en cuenta por el tribunal a la hora de determinar el interés del menor: Los deseos de los padres del niño y del propio niño en relación a su custodia tras el divorcio, la relación del niño con su padre y su madre, sus hermanos y cualquier otra persona que pueda condicionar el interés del menor. El ajuste o adaptación del menor a su hogar, escuela y comunidad, así como la salud mental y física de las personas que rodeen al menor. Finalmente añade que el tribunal no tendrá en consideración la conducta de quien solicite la custodia en lo que no afecte al interés del menor (ej.: por haber sido infiel, lo cual a estos efectos debería ser irrelevante). Esta propuesta simplemente recoge algunas de las consideraciones que los tribunales suelen tener en cuenta a la hora de decidir, pero bajo el entendimiento de que el juez tendrá plena libertad para apreciar cualquier otra circunstancia.

<sup>5</sup> MNOOKIN, Robert H., *Child-Custody adjudication: Judicial functions in the face of indeterminacy*. 975, pp. 226 y ss.

especifique los criterios que puedan delimitar el concepto del interés del menor, siendo tarea del Juez determinar si en cada caso el bien del niño ha sido observado y respetado, es por ello que en este trabajo se recogen algunos de los precedentes que han configurado el moderno Derecho de familia norteamericano, precedentes que si bien en ocasiones son de fechas lejanas no dejan de estar vigentes en su Jurisprudencia.

Creo oportuno hacer una breve referencia al sistema judicial norteamericano en este capítulo introductorio a fin de poder entender las referencias jurisprudenciales que se incluyen en el trabajo. Debe distinguirse el ámbito federal del estatal. En el ámbito estatal distinguimos entre la jurisdicción civil y penal. El juzgado penal suele llamarse *State Trial Court*, si bien algunos estados lo llaman *State Circuit Court* o *State criminal Court* (En el caso de menores suele denominarse *Juvenile Court*). En segunda instancia encontramos la *Appellant Court*, denominándose el Tribunal Superior normalmente *Supreme Court*, si bien en algunos estados como el de Nueva York se le denomina *Court of Appeals*. En el ámbito civil el Juzgado de primera instancia suele ser llamado *State District Court*, si bien en materia de Derecho de familia encontramos la *Family Court* (competente para decidir sobre divorcios y asuntos del matrimonio y en algunos estados también sobre el desamparo de menores) y la *Juvenile Court*, en algunos estados llamado *Child Court*, que tiene competencias civiles y penales (en secciones distintas) que normalmente decide sobre el desamparo de menores. En segunda instancia encontramos la *Appellant Court*, siendo el tribunal superior el *State Supreme Court*, si bien en algunos estados cambian estas denominaciones. En el ámbito federal, aplicable especialmente cuando hay controversias entre residentes en distintos estados, que afecten al gobierno federal o en relación con derechos constitucionales entre otras materias, encontramos unos mismos órganos judiciales en el ámbito civil y penal. El órgano decisorio en primera instancia es el *District Court*, en segunda, la *Circuit Court* (el territorio nacional se divide en varios circuitos), y el órgano supremo el *United States (US) Supreme Court*. Se carece de un específico tribunal constitucional, pues el Tribunal Supremo federal ejerce tales funciones, dándose la circunstancia de que cada estado tiene su propia constitución, siendo competente para decidir sobre la observación de la misma los propios órganos judiciales estatales. Si bien en principio el Tribunal Supremo decide sobre la constitucionalidad de las leyes federales, es la instancia superior a la que quedan sometidos todos los demás tribunales, por tanto una decisión del tribunal supremo de un Estado puede ser revocada por

el Tribunal Supremo de los Estados Unidos si la entiende contraria a la Constitución<sup>6</sup>.

## 2. ANTECEDENTES

Durante siglos el interés del menor fue una circunstancia olvidada por el Derecho. La familia patriarcal giraba en torno al interés del cabeza de familia por ser éste el único habilitado para decidir lo que pudiera convenir o no a su prole. En este esquema jerárquico la madre quedaba sometida a su marido, si bien a falta de éste le correspondía a ella la toma de decisiones en las materias que afectasen a sus hijos. En este orden de cosas el Estado participaba como mero convidado de piedra que prefería lavarse las manos y no ver, antes que intervenir en la dinámica familiar, pues tal tipo de injerencia se consideraba contraria a la paz familiar y al orden natural que elevaba la familia a la categoría de entidad cuasi-sagrada regida por unas relaciones fundadas en el binomio obediencia-autoridad y que en cierta manera quedaba instaurada en una posición privilegiada respecto al Estado. Simplemente era contrario a la naturaleza de las cosas cualquier injerencia en el ámbito familiar, pues ello sería una intromisión intolerable en la célula básica y fundamento de la sociedad. Es decir los niños eran considerados propiedad de sus padres, especialmente del padre<sup>7</sup>. Esto implicaba la absoluta desprotección del menor que podía ser objeto tanto de tratos degradantes como de castigos arbitrarios o desatención de sus necesidades básicas sin que la sociedad interviniese.

Este claro desinterés por el bien del niño sigue aún hoy vigente en determinadas culturas en las que se permite aún el abuso físico del niño amparándose en un mal llamado derecho de corrección o en las que se anula toda posible capacidad natural del menor al que se obliga a contraer matrimonio con terceros ajenos a sus afectos. No obstante en la mentalidad occidental estos planteamientos ya han sido plenamente superados tras una larga lucha que ha durado más de cien años. Pues bien, fue precisamente en Estados Unidos donde comenzó el movimiento en pro de la protección de los derechos del niño, al respecto la doctrina norteamericana es unánime al afirmar que el punto de inflexión fue una decisión acordada en 1874

<sup>6</sup> Si bien en primera instancia se suelen distribuir las tareas entre juez y jurado tanto en el ámbito civil, como en el penal; de tal forma que el juez decide sobre el derecho aplicable e instruye al jurado, y el jurado decide sobre los hechos; en los procedimientos de Derecho de familia no suele haber Jurado.

<sup>7</sup> MASON, Mary Ann, *From father's Property to Children's Right: The History of Child Custody in America*. Columbia Univ. Pr. (1994).

en el Estado de Nueva York. Por tanto el punto de partida de esta larga evolución, tiene fecha y nombre. Evidentemente me refiero al caso de Mary Ellen McCormack<sup>8</sup>. Esta niña nacida en 1864 sufrió de una horrible infancia, siendo su madre viuda la cuidaba una mujer llamada Mary Score a la que la madre le entregaba su completa pensión, al perder la madre sus limitados recursos económicos, la niña fue enviada a Blackwells Island, en julio de 1865, quedando bajo la custodia del entonces llamado «Departamento de caridad». Madre e hija nunca más volverían a verse. Un matrimonio (Thomas y Mary McCormack) que había perdido a sus tres hijos por distintas enfermedades eligió a Mary Ellen para encargarse de ella como cuidadores de hecho, si bien poco antes de recibir la niña el marido murió, contrayendo nuevo matrimonio Mary McCormack con Francis Connolly. Nada más se sabe sobre la situación de la niña hasta el año de 1873 cuando tras una denuncia, una asistente social, Etta Angell Wheeler, visitó la casa donde vivía la menor encontrándola en una situación deplorable que le horrorizó: La niña que no sabía la edad que tenía, había estado siempre encerrada en la casa sin poder hablar con nadie y menos jugar con otros niños o ver a otra persona, no tenía recuerdo de haber estado en la calle y nunca había usado zapatos, dormía en un trozo de alfombra sobre el suelo, su «madre» le azotaba a diario con un látigo de cuero, teniendo la niña el cuerpo lleno de señales, también tenía cortes de tijera causados por su madre, quien nunca le habían dado un beso o acariciado. Tras ver el deplorable estado de la niña Etta se dirigió a la policía que se negó a intervenir alegando que no era un caso de su incumbencia, seguidamente acudió a distintas instituciones benéficas que se ofrecieron a cuidar a la niña siempre que la misma le fuese entregada, cosa que era imposible. Finalmente Etta comprendió que no había ninguna solución legal posible para asistir a la niña, pues no había norma alguna que permitiera intervenir dentro del hogar familiar.

Ante esta situación tan injusta, la sobrina de Etta Angell hizo una propuesta extravagante que parecía absolutamente ridícula: Puesto que la niña pertenecía al reino animal, seguramente estaría dispuesto a intervenir Henry Bergh, fundador de la «American Society for the Prevention of Cruelty to Animals», que había adquirido fama por su lucha para la protección de caballos maltratados y su rescate en las calles de Nueva York. Nada más tomar conocimiento de los hechos los abogados de Henry Bergh, Elbrid-

---

<sup>8</sup> La redacción completa del caso puede consultarse en: STEVENS, Peter, y EIDE, Marian, «The first Chapter of Children's rights», 41 *Am. Heritage* 84, 84-91 (1990). También, ZAWISTOWSKI, Stephen S., «The Mary Ellen Wilson Child Abuse Case and the Beginning of Children's Rights in 19th Century America., Mc Farland & Company (2005).

ge T. Gerry y Ambrose Morell presentaron una petición de protección de Mary Ellen a la New York Supreme Court<sup>9</sup>. En el procedimiento se consiguió demostrar que la niña estaba siendo retenida ilegalmente por la Sra. McCormacks y su marido pues ni eran sus padres naturales ni sus cuidadores legales; que la niña había sido objeto de todo tipo de maltrato físico (con todo tipo de marcas en su cuerpo causadas por tijeras) y moral, y que en resumen se encontraba en una situación existencial de maltrato, privación y carencia absoluta.

El jurado solo necesitó de veinte minutos de deliberación para dar su veredicto. Francis Connolly fue condenado a un año de trabajos forzados en un centro penitenciario y la niña fue separada del matrimonio acusado y puesta bajo protección policial. Finalmente Mary Ellen creció con Etta Wheeler que la trató como a una hermana y en el año 1874 Henry Bergh fundó la «New York Society for the Prevention of Cruelty to Children». Este es el primer precedente de la Jurisprudencia Norteamericana en materia de protección de menores por abuso y maltrato en el ámbito familiar. Pero es también el primer supuesto entre los llamados países occidentales en el que un Juzgado condenaba al guardador de un menor por los maltratos causados al niño. Es por ello que este caso puede ser considerado como el punto de partida en la lucha por la protección de los derechos del niño. A partir de dicha fecha este movimiento ha ido avanzando poco a poco, siendo sin duda los Estados Unidos el territorio abanderado en la lucha por el bien del niño y el reconocimiento de sus derechos y donde primero se ha defendido la protección del «interés superior del menor».

A partir de dicho precedente la forma de entender los derechos del niño ha cambiado en los EEUU. Si bien por el principio de autonomía parental serían los padres los únicos legitimados para decidir cómo educar a su hijo y cuál será su interés en cada momento, el Estado poco a poco ha ido interviniendo dentro de la familia para controlar las facultades paternas. Sin duda el primer paso fue eliminar el trabajo infantil. Muchos padres veían a los hijos como fuente de ingresos y se negaban a perder el privilegio de hacerles trabajar desde temprana edad. Aun en los años cuarenta del siglo pasado se presentaban demandas contra padres que hacían trabajar a sus hijos en las calles a pesar de la prohibición absoluta establecida por la Ley. Quizá el grupo de casos más llamativo es aquel en el que los padres pretendían ampararse en motivos religiosos para justificar el trabajo de sus hijos. Como

---

<sup>9</sup> Nótese que el Estado de Nueva York denomina «New York Supreme Court» al Juzgado de Primera Instancia.

botón de muestra traemos a colación el caso de Prince v. Massachusetts<sup>10</sup> en el que los padres, testigos de Jehova, obligaban a sus hijos menores de edad a vender en las calles ejemplares de textos religiosos. Los padres afirmaban estar amparados por la primera enmienda que garantiza la libertad de religión y por el derecho a poder educar y formar a sus hijos según su religión y criterios, puesto que entre dichos cometidos estaría el de propagar la fe. El tribunal fue tajante al declarar que el hecho de que los padres quisieran convertirse en mártires y propagadores de la fe, no les justificaba para que intentaran que sus hijos fueran mártires trabajadores desde temprana edad.

Paralelamente a partir de los años treinta del siglo pasado se extendió la idea de que el menor necesitaba de una especial protección frente a sus padres especialmente en supuestos de abusos sexuales<sup>11</sup>. En dichas fechas los psiquiatras comenzaron a calificar los actos abusivos sobre niños de enfermedad psicópata sexual que exigía la hospitalización del enfermo. Veinte años después los estatutos de los distintos estados federales comenzaron a incluir diferente tipo de regulaciones referidas a las ofensas sexuales en supuestos de «desordenes mentales de tipo sexual». Finalmente fue en el inicio de la década de los setenta del siglo pasado cuando se acuñó el termino «abuso sexual de menores», incluyéndose en el *Federal Child Abuse Prevention and Treatment Act* de 1974, que exigía a todos los estados adoptar una definición uniforme de este tipo de abusos.

Finalmente no es de extrañar que fuera en los Estados Unidos el primer lugar donde se abogase por la supremacía del interés del menor en el ámbito familiar y donde se comenzara por tanto la revolución del bien del niño que ha cambiado la forma de entender la familia en la cultura occidental. Podemos traer a colación el trabajo de Goldstein *Beyond the Best interest of the Child* publicado en 1973<sup>12</sup> y el estudio de KOHM *Tracing the Foundations of the Best Interest of the Child Standard in American Jurisprudence*<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Prince v. Massachusetts, 321 US 158 (1944).

<sup>11</sup> Puede consultarse: WEISBERG, Kelly, «The Discovery of Sexual Abuse: Experts' Role in Legal Policy Formulation», 18 UC Davis L. Rev. pp. 1 y ss. (1984).

<sup>12</sup> GOLDSTEIN, Joseph, *Beyond the Best Interest of the Child* (1973).

<sup>13</sup> KOHM, Lynne Marie, «Tracing the Foundations of the Best Interest of the Child Standard in American Jurisprudence», 10 J.L. and Fam. Stud. 2008, pp. 337 y ss. También DOUGLAS, E., y ABRAMS, et al., en *Contemporary Family Law*, 2006, p. 653. Señalan que los primeros antecedentes del concepto del interés del menor pueden apreciarse ya en la Jurisprudencia norteamericana de la década de 1830.

### 3. EL CONTROL ESTATAL DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. SUPUESTOS DE ABUSO, MALTRATO Y ABANDONO

#### 3.1 LÍMITES A LA FACULTAD DE LOS PADRES DE DECIDIR SOBRE LA EDUCACIÓN, CRIANZA Y CUIDADOS DE SUS HIJOS, ES DECIR DEL LLAMADO «*PARENTS' PRIVACY RIGHT*». LA INTERVENCIÓN ESTATAL

La concepción tradicional de la familia gira en torno al principio de la autonomía parental. Es decir, del derecho de los padres a tomar las decisiones que conciernen a la educación, cuidado y atención de sus hijos. No obstante, ya se ha señalado como poco a poco distintos tribunales norteamericanos fueron limitando dicha facultad que ya definitivamente ha dejado de ser absoluta. Una de las áreas en las que mayor control merece la autonomía paterna es en supuestos de abusos y maltratos, que anteriormente quedaban normalmente camuflados bajo un supuesto ejercicio del derecho de corrección.

El llamado «*privacy right*» se ha erigido como cuasi-sagrado dentro del ámbito familiar, se afirma que este derecho fundamental garantiza la libertad decisoria de los padres, protege a la familia de agresiones ajenas y permite florecer el individualismo propio de nuestra sociedad occidental. No obstante, señala Garbarino Y Gilliam<sup>14</sup> que este derecho familiar fundamental puede ser un arma de doble filo y convertirse en la mejor de las cuartadas para el maltratador y en la peor de las pesadillas del menor objeto de abusos o maltratos. Un menor que crece aislado en una familia regida por el estrés y la inestabilidad puede estar bajo un riesgo letal de convertirse en víctima de abusos. Por ello, el Estado debe estar alerta y preparado para intervenir cuando sea necesario.

La provisión 17-38.<sup>a</sup>(e) de los Estatutos generales (*General Statutes*) prevé que en el caso de que sea razonable creer que un menor está sufriendo de una grave enfermedad física o maltrato físico o se encuentra en una situación de riesgo inmediato de sufrirlo, pueda ser separado de sus padres y guardadores de forma inmediata para preservar su integridad por un plazo de hasta noventa y seis horas. Por tanto, la intervención del Estado estaría limitada a supuestos muy concretos en los que media una enfermedad severa, o situación de desprotección o riesgo de situación de desprotección grave.

<sup>14</sup> GARBARINO, James; GILLIAM, Gwen, en *Understanding abusive families*, 41-46 (1980).

Por otro lado cada Estado federal ha legislado en materia de protección de menores y definido los conceptos básicos. A título de ejemplo nos referimos aquí al Estatuto de Connecticut que señala que un niño o joven está sujeto a una situación de negligencia cuando ha sido abandonado o se le está denegando el adecuado cuidado o atención que física, educacional, emocional o moralmente necesita o vive bajo condiciones, circunstancias o en un entorno perjudicial para su bienestar, o ha sido objeto de abuso. Además añade que se considera a un niño o joven en situación de abandono cuando es un mendigo o cuando su vivienda no reúne los requisitos necesarios requeridos por sus condiciones físicas, emocionales o mentales<sup>15</sup>.

La intervención estatal suele realizarse a solicitud de parte. En cada Estado existe un departamento concreto que suele denominarse State of Human Services, del que depende tanto el Protection of Children Department como el Social Services Department. Pues bien, vinculado al primero están las agencias estatales de protección de menores (*state child protective agencies, Foster care agencies*). Si bien en principio son instituciones de carácter público, los distintos estados están permitiendo que deleguen sus funciones en agencias privadas mediante contrato, con lo que de hecho se están privatizando. Se suele aducir razones de mejor eficiencia para estos cambios, que a mi parecer están contribuyendo sobremanera a que estos sistemas de protección se conviertan en mercados de menores. Las agencias estatales de protección de menores pueden tomar conocimiento de la situación por informe de profesionales (que en determinados supuestos están obligados a informar de cualquier situación de riesgo para el menor que conozcan), por parientes, amigos, conocidos o vecinos del menor o por personal de la administración de justicia tras el arresto del padre por comisión de delito. Será el trabajador social adscrito a dicha agencia el que decida si el menor debe ser separado de sus padres, de estimarlo así la separación se hará directa y automáticamente, si bien el Juez (*family court o juvenile court*) tendrá que confirmarla en las cuarenta y ocho horas siguientes, dando una orden de desamparo (*dependency order*) tras oír el testimonio presentado. En la práctica los jueces confirman la decisión del trabajador social, manteniendo al niño separado y declarando su desamparo en la inmensa mayoría de los casos, pues temen ser blanco de la indignación pública en caso de que decidan devolver al menor a sus padres y a dicho menor le ocurra algo<sup>16</sup> El siguiente paso será decidir si de acuerdo

<sup>15</sup> Conn. Gen. Stat. Ann. Sección 46b-120 (West 2004 & Supp. 2005).

<sup>16</sup> Conversación con ROBERTS, Dorothy, Profesora de Derecho de familia. Northwestern University, Chicago, diciembre 2011, señala que la confirmación por el Juez de la separación viene a ser automática, salvo cuando por disponer los padres de recursos

con el estatuto aplicable, el menor se ha encontrado en una situación de abuso, negligencia o falta de cuidado tal que proceda la extinción de la patria potestad. Actualmente existe en los Estados Unidos una prolija regulación favorable a extinguir la patria potestad cuando haya transcurrido un determinado número de meses en los que el menor haya sido acogido por una familia (normalmente quince meses, volveremos sobre esta cuestión).

Puede ser que concurra la jurisdicción civil con la penal, existiendo el deber de denunciar los hechos de considerarse que entran en el tipo penal. Cuestión discutida por la doctrina es si los procesos civiles deberían en algunas ocasiones tener prioridad sobre los penales<sup>17</sup>. Por último, es posible que el hijo o su representante solicite una indemnización de daños a su padre o guardador<sup>18</sup>.

A título de ejemplo recogemos aquí la regulación de los supuestos en los que un menor puede quedar bajo la jurisdicción del tribunal de jóvenes (*Juvenile Court*) y por tanto en los que puede proceder la separación o desamparo del menor, previsto en el estatuto de California. En concreto recogemos la sección 300 del Código de California de bienestar e instituciones de asistencia, *California Welfare and Institutions Code*, según su última modificación de 15 de enero de 2011:

Dicha norma considera bajo la jurisdicción del tribunal de jóvenes (y por tanto en situación de poder declarar el desamparo): En primer lugar al menor que sufra o que esté en riesgo grave de sufrir grave daño físico de naturaleza no accidental por parte de sus padres o guardadores. Para determinar si existe un riesgo grave de daño físico futuro dice la norma que puede tenerse en cuenta la

---

puedan contratar a un abogado de prestigio. El problema es que si le ocurre algo al menor con su familia de origen, al caso tendría una repercusión en los medios a escala nacional, problema del que suelen huir los jueces de distrito, familia o menores estatales, que periódicamente deben someterse a votaciones (son elegidos por sufragio entre los vecinos de la zona en la que esté situado el juzgado). Si a todo ello unimos, que el gobierno federal entrega fondos a los estados por cada niño objeto de acogimiento, entendemos la predisposición que existe en los Estados Unidos a favor de mantener la separación del niño de sus padres, una vez decidida la medida por el trabajador social.

<sup>17</sup> MORAN, Judith D., «Fragmented Courts and Child Protection Cases: A Model Proposal for Reform», 40 *Fam. Ct. Rev.* 488, 491-495 (2002). Si bien en el Ordenamiento español la cuestión está zanjada a favor de la prevalencia de la vía penal sobre la civil, en otros Ordenamientos como el alemán la cuestión no está en absoluto tan clara. De hecho en Alemania no existe obligación de denunciar el delito, por lo que un trabajador social en un caso de maltrato podría sopesar si el bien del niño pudiera ser permanecer con sus padres que podrían someterse voluntariamente a un programa de ayuda o denunciar el delito. El problema es que de optar por la denuncia sería muy probable la separación del menor y quizá el trabajador social haya llegado a la conclusión que lo mejor para ese niño es permanecer con su familia que con la necesaria ayuda puede reestructurarse.

<sup>18</sup> SABA, Ilene Hansen, «Parental Immunity from Liability in Tort: Evolution of a Doctrine in Tennessee», 36 *U. Mem L. Rev.* 829 (2006). Trabajo en el que se estudia hasta que punto una reclamación de daños puede ser un medio efectivo para proteger al menor de abusos paternos.

forma en la que una lesión de menos intensidad le ha sido ya causada al menor, el hecho de que la familia cuente con un historial de agresiones repetidas sobre el menor o sus hermanos o la combinación de estas u otras conductas de los padres o guardianes del menor. Igualmente se indica que no puede ser calificado como daño físico grave el propinar un azote a un menor en las nalgas cuando «no medie evidencia de lesiones físicas graves».

En segundo lugar el código californiano refiere que igualmente puede considerarse en situación de desamparo al menor cuando esté en riesgo de sufrir un daño físico o enfermedad como consecuencia de la imposibilidad o incapacidad de sus padres o guardianes para satisfacer las necesidades del niño, o por negligencia de estos en sus deberes de custodia, incluyendo alimentos, vestido, equipo o tratamiento médico, o debido a la deficiencia mental o física o drogadicción de padres o guardadores. Se añade que el hecho de que el menor carezca de una vivienda familiar por sí solo no será suficiente para decidir el desamparo. En el caso de que se solicite el desamparo debido a que los padres o guardadores no fueron capaces de suministrar el adecuado tratamiento médico o espiritual al menor, solo se considerará admisible la petición si la separación es absolutamente necesaria para proteger al menor de un grave daño físico o enfermedad. Para ello dice la norma que se tendrá en cuenta la naturaleza del tratamiento (alternativo) propuesto por el padre o guardián, los riesgos que plantea para el menor dicho tratamiento o el hecho de que hayan optado por no someter a tratamiento al menor; el riesgo, de haberlo, que puede tener el tratamiento propuesto por la agencia de protección de menores y las posibilidades de éxito o fracaso de los tratamientos propuestos por padres, guardianes o agencia.

En tercer lugar, dice la ley que comentamos que quedará bajo la jurisdicción del tribunal (por tanto, que estará en situación de ser desamparado) el menor que esté sufriendo de daño emocional grave o se encuentre en grave riesgo de sufrirlo. Añade el artículo 300 que dicho daño puede evidenciarse del estado de ansiedad, depresión, aislamiento o comportamiento inadecuadamente agresivo del menor hacia otros o hacia su persona cuando pueda evidenciarse que ello sea consecuencia de la conducta de sus padres o guardianes. Finalmente termina este apartado refiriendo que no se considerará sujeto a este supuesto el caso en que la negativa a proporcionar al menor el adecuado tratamiento de salud mental se deba a profundas convicciones religiosas sí, no obstante, es posible una intervención judicial de menos intensidad. Seguidamente refiere la norma que igualmente deberá ser desamparado el niño

que haya sido objeto de abuso sexual o esté en grave riesgo de sufrirlo, tal como se define el Código penal (de California), por parte de sus padres o guardianes o un miembro de su familia; o cuando el padre o guardián no hayan protegido adecuadamente al menor de agresiones sexuales especialmente cuando los padres o el guardador hubieran conocido o hubieran razonablemente debido conocer que el niño estaba en peligro de ser objeto de abusos sexuales.

Continúa el referido artículo 300 recogiendo en su apartado «E» una norma para la protección del menor durante sus primeros años de vida. Esta norma debe ser correctamente entendida, se trata de subrayar la especial situación del niño cuando es un bebé, y de establecer que en tal situación determinadas agresiones automáticamente determinarán el desamparo, lo cual no excluye que igualmente proceda el desamparo cuando el menor sufra dichas agresiones con mayor edad. Señala dicho apartado que procederá el desamparo de un menor de menos de cinco años cuando haya sufrido una grave agresión por un padre, o por otra persona conocida por el padre, si el padre conoció o debió razonablemente haber conocido que dicha persona estaba agrediendo físicamente del menor. Al respecto se considerará como «grave agresión física» cualquiera de los siguientes comportamientos que se recogen a título de ejemplo: Un acto único de agresión que cause un trauma físico o de tal gravedad que de no ser tratado causaría una permanente desfiguración física del menor, deficiencia física permanente, o muerte; cualquier clase de abuso sexual que implique derrame de sangre, profundos hematomas, o severos hinchazones externos o internos; una serie de actos o agresiones físicas cuando cada uno por separado cause los resultados señalados; o la premeditada y prolongada carencia en proveer al menor de los adecuados alimentos. En todo caso para que el menor pueda ser separado de sus padres por mediar este tipo de agresiones será necesario que un trabajador social lo solicite alegando graves agresiones físicas de conformidad a lo dispuesto en la sección 332.

De seguido señala la ley californiana que el niño será desamparado cuando sus padres o guardadores hayan causado la muerte de otro niño por abuso (lesiones físicas) o negligencia. Igualmente indica que estará en el mismo supuesto cuando haya sido abandonado sin provisiones ni sustento; cuando la custodia física del niño haya sido voluntariamente renunciada conforme al artículo 1255.7 del Código de Salud y Seguridad y el niño no haya sido reclamado en el periodo previsto de catorce días; o los padres del niño hayan sido privados de libertad por condena penal y no puedan hacerse

cargo del cuidado del menor ni ellos ni un pariente u otro guardador adulto con el que residiere el menor o resulten incapaces de proveer al menor de alimentos y cuidado; una vez que desaparecidos los padres hayan sido infructuosos los intentos de localizarlos.

Continúa señalando el referido artículo 300 que quedará bajo la jurisdicción del tribunal (en supuesto de desamparo) el menor que haya sido dado para su adopción por uno o ambos padres ya sea por renuncia o terminación de la patria potestad cuando transcurridos el plazo procedente la petición de adopción no haya sido satisfecha. (En los EEUU los padres pueden solicitar la adopción de sus hijos en cualquier momento, incluso pueden llegar a un acuerdo para que otra familia adopte su hijo. Normalmente las solicitudes se hacen a las agencias, el problema es que cuando el menor tenga cierta edad normalmente ninguna agencia querrá aceptarlo pues no encontrará padres que quieran adoptar un niño de más de, por ejemplo, siete años.)

Seguidamente en el apartado «i» se recoge un auténtico cajón de sastre al indicarse que quedará bajo la jurisdicción del tribunal el niño que haya sido objeto de un acto o varios actos crueles por sus padres, guardián o miembro de su familia, o cuando éstos hayan fracasado en la adecuada protección que debería haber garantizado al menor para evitarle ser objeto de un acto o varios actos de crueldad cuando el padre o el guardián conoció o debería haber razonablemente conocido que el menor estaba en peligro de ser objeto de dichos actos crueles. Igualmente señala que el niño podrá ser desamparado cuando sea hermano de otro menor que haya sido objeto de agresiones, abusos o abandono y exista un riesgo grave de que dicho niño también pueda ser objeto de abusos y actos negligentes. Añade que el tribunal tendrá en cuenta las circunstancias concurrentes, la edad y género de cada niño, la naturaleza del abuso o la negligencia del hermano, la condición mental de los padres o guardianes y todo otro factor que considere necesario para determinar si media grave riesgo para el menor.

Finalmente la Sección 300 termina señalando que es intención del Legislador que ninguno de los supuestos referidos quebrante innecesariamente la familia o suponga una intromisión inapropiada en la vida familiar, o que prohíba el uso de medios razonables de disciplina paterna, o que predetermine el particular método educativo de los padres. En lo demás, —continúa diciendo—, ninguno de los supuestos descritos en esta sección intenta limitar el ofrecimiento de servicios voluntarios a aquellas familias en necesidad de asistencia que por alguna razón no entren en los supuestos aquí descritos. Termina el texto con una referencia a la finalidad con la

que han de ser empleados los fondos estatales de ayuda social, recogiendo entre otras finalidades: promover servicios tales como soporte alimentario de la familia y planes de reunificación familiar, así como transporte, cuidado por relevos fuera de casa, entrenamiento parental y provisión de temporales o urgentes cuidadores en la vivienda familiar y profesores para desarrollar las habilidades de los miembros de la familia.

### 3.2 MALTRATO FÍSICO Y EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA: EL RIESGO DE UNA INTERVENCIÓN INAPROPIADA

La intervención estatal debe regirse por el criterio de mínima intervención, pues el interés primario debería ser intentar la preservación de la unidad familiar. Precisamente esto es lo que señala el último párrafo del artículo 300 del *California Welfare and Institutions Code* y es en lo que ahora vamos a profundizar. Este es un principio que ha sido defendido entre la doctrina americana ya desde los años setenta del siglo pasado. En 1979 señalaban Goldstein, Freud y Solnit<sup>19</sup> que debía evitarse toda interferencia estatal innecesaria porque tales intrusiones podían romper o debilitar la integridad familiar, el niño piensa que sus padres son omnipotentes y no debe destruirse esta creencia antes de tiempo, pues la autonomía de los padres es un ingrediente fundamental de la integridad familiar. Además la intervención mínima vendría exigida por el hecho de que el Estado no tiene capacidad para supervisar las complejas relaciones paterno-filiales, ni para sustituir a los padres de carne y hueso. Por ello estos autores afirman que deberían estrecharse las bases sobre las que los tribunales ejercen su jurisdicción en materia en casos de abusos, maltratos o comportamiento negligente con menores. Lo cual no ha dejado de ser objeto de críticas por parte de la doctrina<sup>20</sup>. Sin embargo, mi opinión a la vista de lo ocurrido en numerosos supuestos acaecidos en España es que las listas que concretan y especifican las causas de desamparo, como las recogidas en las distintas regulaciones autonómicas, más que ayudar han complicado aún más la toma de decisiones. Así por ejemplo, la falta de escolarización habitual recogida en todas las regulaciones autonómicas usualmente se ha entendido como una

<sup>19</sup> GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; SOLNIT, Albert J., *Before the Best Interest of the Child*, 4-5, 9, 11-13 (1979). GOLDSTEIN, Joseph, *The Best Interest of the Child: The Least Detrimental Alternative* 91-92 (1996).

<sup>20</sup> GARRISON, Marsha, *Child Welfare «Decisionmaking: In Search of the Least Drastic Alternative»*, 75 *Geo LJ* 1745, 1762-1765 (1987).

circunstancia suficiente para el desamparo, lo cual en muchos casos ha supuesto que se haya separado a un menor de sus padres directamente sin atender a otras posibles alternativas; y que posteriormente se haya decidido que dicho desamparo no procedía<sup>21</sup>.

Los distintos estados federados han regulado las medidas a tomar en caso de maltrato o abuso de menores, a título de ejemplo traigo aquí a colación el estatuto del bienestar del niño de Connecticut (*child welfare statutes*) que reconoce que el problema en estos supuestos será sopesar en cada caso que debe pesar más a la hora de decidir el interés del menor, si la necesidad de garantizar la seguridad del menor o el derecho del niño a permanecer con su familia de origen. Se trata de un conflicto de intereses permanente y en muchas ocasiones de muy difícil solución. Precisamente esta es la clave del asunto a estudiar porque deberá determinarse en qué punto entre dichos dos intereses se encuentra el interés del menor en cada supuesto. Lo cierto es que en muchas ocasiones en las que el menor vive en una familia falta de recursos resulta ser muy tentador para el juez o el trabajador social comparar la situación del niño en la familia de origen y la que tendría en una familia de acogida, por lo que el menor en casos poco claros puede sufrir del riesgo de ser separado de su familia biológica al olvidarse un principio básico: que cada niño tiene la familia que le ha tocado en suerte tener, la búsqueda de su bienestar no implica en absoluto buscarle la mejor familia posible.

Podemos traer aquí a colación el citado caso *In re juvenile appeal*<sup>22</sup>, en el que cuatro hijos fueron separados provisionalmente de su madre durante cuatro años únicamente porque no estaba clara la razón por la que había muerto su hermano pequeño. Si bien el informe del médico no pudo relacionar la muerte del pequeño con ninguna circunstancia especial, y si bien el trabajador social que visitó la familia hasta veintisiete veces informó que a pesar de la paupérrima situación económica era una familia estructurada, se decidió la separación provisional, sin duda debido a la situación de penuria económica que presentaba el hogar familiar, calificada en el informe como de «marginal». La madre se opuso alegando que la disposición 46b-129 (b) de los Estatutos Generales atentaba a decimocuarta enmienda por violar el principio de integridad fami-

<sup>21</sup> A título de ejemplo el polémico caso de la llamada «Secta Niños de Dios», en la que distintas familias instaladas en Barcelona y procedentes principalmente de los EEUU habían optado por seguir este modelo educativo. La Generalitat catalana intervino abriendo causas penales contra los padres y declarando a todos los menores en desamparo que fueron ingresados en los correspondientes centros de acogimiento residencial. Esta decisión administrativa fue recurrida y finalmente el TC en sentencia 260/1994 consideró que no procedía tal desamparo sino simplemente la escolarización regular de los menores.

<sup>22</sup> *In re Juvenile Appeal* (83-D) 455 A.2d 1313 (Conn. 1983).

liar. Finalmente se consideró que efectivamente el derecho de la familia a permanecer unida sin interferencias coactivas del Estado era la esencia del principio de la *family privacy*, que por tanto había sido violado. Lo cierto fue que en el procedimiento no se evidenció ningún tipo de enfermedad, abuso o maltrato en los hijos, y si el cariño que se tenían y el afecto que les profesaba la madre. Sin embargo, este error causó una separación de más de tres años y pone de manifiesto como el sistema de protección de menores tiene graves carencias que en ocasiones convierte al menor en una víctima de las decisiones que sobre él se toman.

Más recientemente ha generado gran repercusión el caso *In re Texas Dept. of Family*<sup>23</sup> en el que se decidió la separación urgente de más de cuatrocientos menores (468) de sus padres pertenecientes a una comunidad religiosa, la Iglesia fundamentalista de Jesucristo del último día de los santos, por un posible supuesto de poligamia, si bien finalmente el Tribunal Supremo de Texas decidió que no mediaban razones para tal separación ordenándose la anulación de la orden de custodia temporal y el reingreso de los menores con sus familia.

### 3.3 EL PRIVILEGIO DEL DERECHO DE CORRECCIÓN COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN EN CASO DE MALTRATO INFANTIL

El síndrome del niño maltratado, *battered child syndrome*, está hoy ampliamente aceptado por la comunidad científica definiéndose como el supuesto en el que el niño manifieste múltiples lesiones que estén en diversos periodos de curación, cuando los padres ofrezcan explicaciones extrañas o ajenas a la lógica médica<sup>24</sup>. Este síndrome ha sido aceptado por el Tribunal Supremo norteamericano como evidencia de malos tratos paternos en numerosos supuestos<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> *In re Texas Department of Family and Protective Services*, 255 SW 3d 613 (Tex. 2008).

<sup>24</sup> Otros síndromes relacionados con el síndrome del bebé sacudido, *shaken baby syndrome*, en el que el bebé puede llegar a sufrir de daño cerebral, parálisis, lesiones oculares, retraso en el desarrollo o incluso la muerte, por ser repetidamente sacudido. [LAZORITZ, Stephan & PALUSCI, Vicent J., *Shaken Baby Syndrome: A multidisciplinary Approach* (2002)]; y por otro lado, el llamado *Munchausen's Syndrome by Proxy*, basado en la historia del Barón Von Munchausen, en el que los padres inducen o provocan una enfermedad en el menor (*Proxy*), normalmente mediante sobredosis de medicamentos o suministro de sustancias venenosas. Este síndrome que fue apreciado en el caso *State v. Weaverr*, 898 NE 2d 1023 Ohio Ct. App. (2008); ha sido estudiado por SWEET, Kimberly L. en «*Munchausen Syndrome by Proxy: Treatment in the Courts*», 16 *Buff. Women's L.J.* 89 (2008).

<sup>25</sup> A título de ejemplo: *Estelle v. McGuire*, 502 US 62 (1991).

Ahora bien, es habitual que los padres pretendan ampararse en el derecho de corrección sobre sus hijos cuando son acusados de maltratarlos. En Estados Unidos se carece de una normativa que a diferencia de lo que ocurre en algunos estados de Europa prohíba todo tipo de acto violento sobre los menores, por lo que en cada caso el Juez deberá determinar si la conducta paterna ha sido o no adecuada a derecho. En todo caso se parte del privilegio de que gozan los padres en el *Common Law* de poder corregir razonablemente a sus hijos sin quedar por ellos sujetos a responsabilidad penal por maltrato. A partir de aquí parte de la doctrina ha señalado que el maltrato en ocasiones no solo puede quedar justificado sino que es legítimo, pues la autoridad del padre conlleva el uso «razonable» del derecho de corrección sobre sus hijos<sup>26</sup>. Este privilegio que ha sido recogido en algunos estatutos estatales, en otros estados permanece como una institución del *Common Law*.

En esta línea las *Criminal Jury Instructions* (No.4.06 (4th ed. 1966 Supp.)), establecen como guía para el Jurado que: «para ser justificado, la fuerza debe haber sido empleada con el propósito de ejercer la disciplina parental y debe ser razonable». Es decir, se establecen dos limitaciones, la primera que no se trate de un ataque gratuito, sino de un ejercicio de la autoridad paterna de carácter disciplinario y por otro que la fuerza empleada sea moderada y razonable, por lo que un castigo excesivo sobrepasaría el alcance del privilegio.

Procede ahora analizar las dos cuestiones centrales en esta materia, la primera si basta con el daño objetivamente hecho al menor, o es necesario además exigir la intención de dañar en los padres, la segunda determinar dónde puede fijarse el límite entre el maltrato y la mera reprimenda tolerable.

Atendiendo a la primera de las cuestiones planteadas, es decir si es necesario además del daño físico probar la intención de dañar para que los padres puedan ser sancionados, es lo cierto que en muchos supuestos los progenitores han alegado que actuaban de buena fe y que en todo caso era carga del Estado demostrar que habían actuado de mala fe o con ánimo de dañar. Resulta interesante al respecto el caso de *Newby v. United States*<sup>27</sup>, en el que la madre acusada de maltrato alegó haber actuado de buena fe, y que solo procedería castigar los ataques «maliciosos» de los padres, pues lo contrario sería admitir una interferencia inadmisibles en el ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, este estándar de mali-

<sup>26</sup> BLACKSTONE, Williams, *Commentaries* 120. Citado por APPLETON, Weisberg, *Modern Family Law*, 2009, p. 822.

<sup>27</sup> *Newby v. United States*, 797 A2d 1233 (DC Ct App 2002).

cia que en teoría justificaría todo maltrato hecho de buena fe no ha sido aceptado por la Justicia norteamericana. En el concreto caso citado se señaló que las buenas intenciones paternas no podían servir de excusa ni justificar el maltrato físico del menor. Por lo que se decidió que no podía exigirse al Estado que probase la mala fe del progenitor para poder negarle amparo en el derecho de corrección, es decir para no admitir el pretendido ejercicio del derecho de corrección como causa de justificación en tal caso. Ahora bien, la doctrina ha señalado que en el ámbito penal, el hecho de que la tipificación de la conducta quede objetivada por el resultado con independencia de la intención del actor obliga a limitar la sanción penal a los supuestos más graves o vincularla con cierto tipo de imprudencia o falta de la exigencia de una malicia o dolo concreto<sup>28</sup>. Evidentemente opinamos que cuando medie un daño físico grave, el mero daño califica los hechos; pero en otros supuestos en los que la medida disciplinaria haya sido de baja intensidad, cabe preguntarse si no sería lógico atender a la intención de los padres, pues debe diferenciarse el caso en que se empuja bruscamente o se le da un azote al intentar o haber intentado meter los dedos en un enchufe pudiendo haber quedado el niño electrocutado, de aquellos en los que los progenitores desahogan su ira en el menor.

Procede ahora entrar en el estudio de la segunda cuestión planteada que quizá sea la piedra angular de esta difícil material, pues debe buscarse el equilibrio entre una conducta parental apropiada e inapropiada. La pregunta a contestar es dónde está el límite entre el maltrato y una mera reprimenda intrascendente: De la casuística americana se concluye que una única y aislada lesión física no siempre ha sido considerada como un abuso del derecho de corrección [State v. Lefevre, 117 P.3d 980 (NM 2005)]. Igualmente la sección 300 (a) del Código de California de bienestar e instituciones de asistencia, *California Welfare and Institutions Code*, al que ya nos hemos referido, señala que el propinar un azote en las nalgas de un menor cuando no medie evidencia de lesiones físicas graves es un acto razonable y acorde con la edad que no puede ser calificado como de daño físico grave. Por su parte en el Estatuto de Oklahoma (Okla. Stat. Ann. Tit. 21, sección 844) se señala que queda exento de responsabilidad penal el mero azote. A su vez el artículo 1965 del *Restatement of Torts* (segundo) estableció el límite que aún hoy es admitido mayoritariamente: El padre tiene el privilegio de poder aplicar medidas de fuerza razonable e imponer una razonable privación a su hijo cuando honestamente cree que es necesario para su control, aprendizaje o educación.

<sup>28</sup> APPLETON, Weisberg, *Modern Family Law*, p. 824 (2009).

Se afirma que para determinar qué es un comportamiento razonable del padre habrá que atender a factores tales como la edad, el sexo, condiciones físicas y mentales del niño, naturaleza de la ofensa del niño y su aparente motivación, influencia del niño en otros menores de la misma familia o grupo y analizar si el acto de fuerza o de privación es proporcional y adecuado para conseguir la obediencia del menor a una orden adecuada. Por otro lado el Proyecto de Código Penal ALI (*ALI Model Code Penal*) en su artículo 3.08 justifica el uso de la fuerza por los padres solo cuando es utilizado para promover el bien del niño, en prevención o castigo de malas conductas y dicha medida no sea de una gravedad tal como para crear un riesgo de muerte, grave daño corporal, desfiguramiento, grave degradación o extremo dolor o angustia. Sin duda creemos que en este caso el proyecto se queda muy corto porque deja en el limbo conductas que pueden ser realmente dañosas para el menor, mejor hubiera sido señalar que solo quedaba dentro del privilegio aquellas medidas de fuerza que por su baja intensidad puedan ser objeto de aceptación social; si bien debemos ser cuidadosos al respecto pues en un país interracial y de emigrantes como Estados Unidos en el que es obligado atender a las diferencias culturales entre familias, en determinados casos se ha pretendido justificar un desproporcionado castigo parental en tales diferencias culturales, tal es el caso de *In re D.L.W.*<sup>29</sup> en el que los castigos se propinaban al pequeño con una tabla de madera y golpeando su cabeza contra la pared.

Ya sabemos que en España se han reformado los artículos 154 y 268 en una línea iniciada por Suecia en 1979, seguida por Austria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Israel, Lituania, Noruega y muy especialmente en Alemania cuyo artículo 1631 BGB igualmente ha sido reformado para suprimir toda referencia al derecho de corrección (que comprendería el ejercicio de medidas de fuerza sobre el menor) en la regulación de la patria potestad, para evitar que de este modo pudiera ser utilizado como excusa por el maltratador que se amparase en una pretendida causa de justificación (el derecho de corrección previsto en el Código civil). Línea seguida igualmente por los artículos 19 y 37 de la Convención de las Naciones Unidas para los Derechos del Niño. En el ámbito anglosajón, sin embargo, tal tipo de previsión legal comprensiva de una prohibición absoluta no se contempla, el Reino Unido la rechazó en votación parlamentaria celebrada en el año 2004 y en los Estados Unidos no se han planteado reformar su normativa. Ya he

---

<sup>29</sup> *In re D.L.W.*, 589 NE 2d 970, 972. Illinois Appellations Court (1992). Un interesante estudio al respecto: FUTTERMAN, Michael, «Comment. Seeking a Standard. Reconciling Child Abuse and Condoned Child Rearing Practices Among Different Cultures», 34 U. *Miami Inter-Am. L. Rev.* 491 (2003).

expuesto mi opinión al respecto<sup>30</sup> y creo que es conveniente recordar que tanto el principio de intervención mínima del Derecho penal, como la adecuación social que puede suponer un mero azote y su intrascendencia, obligan a una interpretación teleológica del artículo 153 del Código Penal español que de esta forma podría dejar fuera del tipo que tipifica como delito de lesión los castigos corporales infringidos sobre menores, aquellos actos de baja intensidad tales como azote en las nalgas...

Por tanto, creo que la diferencia entre el sistema norteamericano y el español hoy por hoy está en que si bien en los Estados Unidos el derecho de corrección sigue considerándose como una causa de justificación fundada en el privilegio previsto por el *Common Law*<sup>31</sup>, en España tal causa de justificación ya no es alegable al haberse suprimido del artículo 154 Cc el inciso que permitía la corrección moderada y razonable de los hijos. No obstante el punto de encuentro lo encontramos en que en ambos ordenamientos se debe atender a la nimiedad o intrascendencia del acto para que pueda quedar englobado en el privilegio del derecho de corrección, o quedar fuera del tipo penal, según sea el caso. Sin duda encuentro preferible el sistema español, pues de mantenerse el derecho de corrección como causa de justificación dejaríamos la puerta abierta, como pasaba antes, para que determinadas conductas delictivas, incluso con lesiones graves, quedasen impunes por caer bajo la decisión de jueces excesivamente conservadores en las formas de entender el Derecho de familia<sup>32</sup>. No obstante debemos recordar que desde la psicología se nos informa que el mejor modelo educacional posible es el autorizativo que conlleva autoridad con afecto; y que determinadas reprimendas físicas pueden ser bien entendidas por el menor si van acompañadas de las necesarias dosis de afecto, pues no son contrarias al interés del menor<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Puede consultarse mi opinión en el trabajo que publiqué en 2009: *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*. pp. 104-125.

<sup>31</sup> En el caso *In re Welfare of Children of N.F.*, 749 NW 2d 802 (Minn. 2008), en el que el padre había propinado azotes en el trasero a un niño de diez años, se atendió a la edad del menor, su peso y estructura física para entender que la medida era razonable y entraba dentro del «privilegio».

<sup>32</sup> Traigo a colación a título de ejemplo la SAP de Córdoba de 9 de marzo de 2004 (Secc. 2.ª). Ponente: Ilmo. Sr. Berdugo Gómez de la Torre. Publicada en el *Diario La Ley*, año XXV, n.º 6052, jueves, 1 de julio de 2004, pp. 1-6, en la que literalmente puede leerse que en el *ius corrigendi* se distingue «una necesidad en abstracto del uso de violencia... cuya exigencia es imprescindible para que pueda actuar aquel derecho, legitimando el acto y su necesidad en concreto... la necesidad de violencia en abstracto debe ser integrante de la esencia misma de la circunstancia que tratamos y en la aplicación concreta del derecho de corrección invocado que tienen los padres sobre los hijos menores no emancipados».

<sup>33</sup> Desde la psicología evolutiva se nos informan que el mejor modelo familiar no es el permisivo (como hasta hace poco se creía) sino el autorizativo, que conlleva pautas de autoridad, conjugando el afecto y la negociación con el control. En determinados supues-

Por último, nos planteamos si el menor o el otro progenitor podrían reclamar responsabilidad al Estado cuando pudiera pensarse que los daños causados al niño por el padre podrían deberse a una negligencia administrativa. Al respecto, el más importante precedente es *Deshaney v. Winnebago County Department of Social Services*<sup>34</sup>, en este caso en el que tras el divorcio se decidió dar la custodia de un menor a su padre, se produjo un episodio de maltratos continuados sobre el menor que si bien fueron ya denunciados por la segunda esposa del padre en 1982, no fueron atendidos por el Departamento de Asuntos Sociales del Condado. En 1983 el menor tuvo que ser ingresado en un hospital con serias señales de maltrato (contusiones y abrasiones) pero el equipo de protección del menor nombrado *ad hoc* decidió que no mediaban evidencias suficientes para intervenir. Un mes después el menor tuvo que ser tratado de nuevo en el hospital de contusiones sin que se tomaran especiales medidas. El asistente social que visito repetidamente la casa durante seis meses igualmente observó hematomas sospechosos en la cabeza del menor, sin embargo no dio parte de tales hechos. Después de otro ingreso en el Hospital, en marzo de 1984 el pequeño fue encontrado en coma por hemorragia debida a daños traumáticos que habían sido causados durante un largo periodo de tiempo. Si bien el niño no murió quedó totalmente discapacitado. Esto provocó que la madre demandara al departamento de asuntos sociales del condado por su absoluta negligencia en la protección del niño, acogiéndose a la enmienda decimocuarta que establece que el Estado no puede privar a ninguna persona de la vida, libertad o propiedad sin un proceso legal. Sin embargo la decisión final del Tribunal Federal fue que la enmienda decimocuarta no requiere que el Estado o a la autoridad local tenga que proteger a los ciudadanos de violencia no atribuible a sus empleados, razón por la que no se admitió la reclamación: Es decir, que el gobierno no tiene un deber especial de proteger a un menor del daño que le puedan causar personas privadas, incluso cuando el Estado conozca de dicho daño.

No obstante, el oscuro panorama de este precedente se podría atemperar en parte con las dos excepciones que los tribunales norteamericanos han creado para esta regla. En primer lugar, se hace responder al estado sobre la base de la «state-created danger excep-

---

tos un azote puede ser comprendido por el menor y puede ser compatible con su interés. MUSITU OCHOA/CAVA CABALLERO, *La familia y la educación*. Barcelona, 2001. Pp. 123-132. Añaden que cierta autoridad a largo plazo puede contribuir a la madurez y autorresponsabilidad del menor.

<sup>34</sup> *Deshaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 US 189 (1989).

tion», esto es si ha sido el Estado el que ha colocado al individuo en una posición que hace aumentar las posibilidades de recibir un daño, que de otra forma no hubiese sufrido. En segundo lugar en supuestos en los que el Estado priva a una persona de su libertad en contra de su voluntad, deberá protegerle de los daños que pueda sufrir.

### 3.4 MALTRATO EMOCIONAL

El problema de este tipo de maltratos es que no suele dejar huellas visibles al menos a corto plazo, es por ello que se ha señalado que la mayor parte de casos de maltrato emocional no llegan a conocerse, permaneciendo ocultos<sup>35</sup>. En todo caso el maltrato emocional o psicológico por sí solo es muy difícil de detectar y evaluar pues normalmente las secuelas se hacen visibles largo plazo<sup>36</sup>. Señala Kempe<sup>37</sup> que las consecuencias el maltrato emocional prolongado no suelen manifestarse antes de que el menor haya alcanzado los últimos años de su adolescencia, es entonces cuando aparece la depresión, el abuso de sustancias, la llamada «incapacidad social» que le impide participar de las relaciones sociales, y le genera una baja autoestima, un comportamiento suicida y da lugar a un diagnóstico de desajustes psicológicos e incluso se hace necesaria su hospitalización. Evidentemente, llegados a dichos extremos ya será demasiado tarde, pensemos que los maltratos pueden haber comenzado diez o quince años antes y sus secuelas son muy difíciles de paliar.

La cuestión central es si mediando maltrato psíquico, además se requiere o no de una manifestación física del maltrato como prerequisite necesario para poder intervenir. Podría pensarse en el supuesto en que el menor presentara un desajuste psicológico, como por ejemplo un desorden alimenticio del tipo de anorexia nerviosa fruto de una situación de maltrato psicológico, lo cual justificaría la intervención. Ciertamente cuando el maltrato emocional

---

<sup>35</sup> BRASSARD, Marla R.; HARDY, David B. «Psychological Maltreatment» en HELFER, Mary Edna (ed) *The Battered Child*, p. 397. 1997.

<sup>36</sup> Por su parte, señala Paul OCHOTORENA que en el caso de maltrato psicológico el daño aparece como potencial y en todo caso se manifiesta mucho después. Esto implica que sea muy difícil intervenir cuando el daño no es evidente por mucha certeza que se tenga en su repercusión posterior. Afirma que es una cuestión hoy por hoy imposible de demostrar y que queda pendiente de resolver. «Situaciones de desprotección infantil. Definiciones de desprotección y maltrato infantil. Importancia de la detección. Objetivos de los servicios de protección infantil», en el Curso sobre Menores y Familias en riesgo social organizado por la Universidad de Málaga y la Diputación provincial de Málaga. 16 de marzo de 2006). De hecho la mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales que en España recogen el maltrato psicológico lo unen inevitablemente al maltrato físico.

<sup>37</sup> KEMPE, Ruth S. «A Developmental Approach to the Treatment of Abused Children», en HELFER, Mary Edna (ed), *The Battered Child*, pp. 543, 545 (1997).

trasciende suele ser por venir unido a otro tipo de comportamientos, como pusiera ser el maltrato físico o la situación de abandono del menor. No obstante los casos registrados son suficientes para estimar que uno de cada cuatro casos de maltrato sobre menores evaluado, media maltrato emocional. Es por ello que si bien inicialmente los distintos estatutos se limitaban a recoger el maltrato físico, hoy en día suele recoger junto a él el maltrato emocional<sup>38</sup>.

En el ámbito federal el tercer estudio nacional de incidencia (Third National Incidence Study NIS-3) define el maltrato emocional en el apartado 3.6 como supuesto de confinamiento (ataduras u otro medio inapropiado de privación de libertad o restricción física), ataques verbales o emocionales (menosprecios, actos denigrantes, convertir al menor en chivo expiatorio u otras actitudes de rechazo así como amenazas de abandono, paliza o ataque sexual), otros comportamientos abusivos, de explotación del menor, o punitivos cuando no se produce contacto físico (por ejemplo, privación intencional de comida, habitación, sueño u otras necesidades; o excesivos requerimientos o exigencias paternos. Añadiendo en el apartado 3.9 que el abandono emocional se corresponde con el inadecuado comportamiento para la crianza del menor al negársele el afecto necesario, o permitirse una violencia doméstica crónica o extrema en presencia del niño, igualmente en el caso de conocimiento permisivo del consumo de drogas o abuso de alcohol por el menor u otros comportamientos que supongan la falta de adaptación de los cuidadores a las necesidades del niño, o el fracaso o rechazo a seguir un tratamiento requerido por padecer de un problema emocional o de conducta, así como otros supuestos de desatención de las necesidades evolutivas o emocionales del niño.

Una de las cuestiones más debatidas al respecto se da cuando la madre sea testigo del maltrato emocional que el padre perpetra sobre el hijo y opta por permanecer pasiva y no denunciar tal conducta vejatoria ¿Debería perder la custodia en tal caso? En primer lugar, suele señalarse que ha de atenderse a si la propia madre es otra víctima y puede encuadrarse en el síndrome de la madre maltratada, tal como ocurrió en el caso *Nicholson v. Scoppetta*<sup>39</sup> en el que se consideró que la regulación estatal que presumía negligente a la madre y ordenaba la separación del menor por no denunciar tal tipo de hechos no era constitucionalmente admisible, pues el simple hecho de no denunciar por sí solo no justificaba la separación. No obstante, es esta una cuestión que sigue siendo debatida y habrá que estar a las

<sup>38</sup> LOUE, Sana, «Redefining the Emotional and Psychological Abuse and Maltreatment of Children», 26 *J. Legal Med.* 311 (2005).

<sup>39</sup> *Nicholson v. Scoppetta*, 820 N.E. 2d. 840 (N.Y. 2004)

concretas circunstancias del caso<sup>40</sup>. Lo que si suelen recoger los distintos estatutos como supuesto de maltrato emocional es el caso de permitir que el menor sea testigo de actos de violencia doméstica, siguiendo las directrices establecidas por el NIS-3<sup>41</sup>.

Por último nos referiremos al caso de jóvenes homosexuales que en el proceso de su definición sexual y apertura suelen sufrir severos traumas de distinto tipo. No obstante en muchas ocasiones el trauma es también sufrido por los padres que no saben como comportarse al creer que su hijo está avocado a la estigmatización social y sentirse culpables por la naturaleza de su hijo. En ocasiones el maltrato emocional que puede provocar estas situaciones llega a la expulsión del hijo de la vivienda paterna, dejándolos a merced de su suerte. Esta cuestión merece una profunda reflexión pues a pesar de las apariencias aún no se ha conseguido la normalización y plena aceptación de las personas homosexuales en nuestra sociedad. Señala Gibson<sup>42</sup> que precisamente debido a estos episodios de maltrato emocional el número de suicidios registrados entre adolescentes gays o lesbianas es totalmente desproporcionado, tres veces superior al de otros jóvenes de su misma edad.

### 3.5 SUPUESTO DE ABUSO SEXUAL

Estudiamos ahora otro supuesto de maltrato sobre el menor que ha sido objeto de un profundo análisis por la doctrina norteamericana<sup>43</sup>. En esta materia es de aplicación el *Child Abuse Prevention and Treatment Act* (CAPTA) de 1974<sup>44</sup>, legislación federal que establece la posibilidad de nombrar un *guardiam ad litem* (GAL): «en todo caso que concierna a un menor que haya sido objeto de maltrato, abuso o abandono resultando un procedimiento judicial, se le nombrará al menor un *guardiam ad litem* que deberá tener preparación especial para este tipo de asuntos y que podrá ser un abogado en ejercicio o persona especial designada por el tribunal

<sup>40</sup> DUNLAP, Justine A. «Sometimes I Feel Like a Motherless Child: The Error of Pursuing Battered Mothers for Failure to Protect», 50 *Loy. L.Rev.* p. 565 (2004).

<sup>41</sup> Se plantea KOHLER, Adriana, en «The Battered Mother's Struggle in New York: The Laws and Policies that Led to the Removal of Children from their Abused Mothers Based on the Child's Exposure to Domestic Violence», 13 *U.Pa. J.L. and Soc.* 2009, p. 243, que hasta que punto es lícito separa al niño de la madre por haberle permitido ser testigo de episodios de violencia doméstica.

<sup>42</sup> GIBSON, Paul, *Gay Male and Lesbian Youth Suicide*, en *US Dept. of Health and Human Servs. Youth Suicide Report*, p. 110 (1989).

<sup>43</sup> La especial sensibilidad que rige en esta materia ha llevado a que varios de los estados hayan modificado sus normas procesales para permitir que en casos de abusos sexuales el menor pueda ser directamente representado por un abogado. ATWOOD, Barbara Ann. «Representing Children: The Ongoing Search for Clear and Workable Standards», 19 *J. Am. Acad. Matrimonial Law.* 183, 187 (2005).

<sup>44</sup> 42 USC arts. 5101-5707 (2006).

que tenga especial preparación para este tipo de asuntos, a fin de que lo represente». Por tanto, podrá ser un abogado u otro tipo de profesional específicamente preparado para poder representar al menor. No obstante, los *Standards of Practice for Lawyers who Represent Children in Abuse and Neglect (ABA Standards of Practice)* aclaran que el abogado del menor puede hacerse cargo de su representación, pero en el caso de que se considere que los deseos y preferencias del menor puedan ser perjudiciales o dañinos para el niño, solicitará el nombramiento de un *guardian ad litem*<sup>45</sup>. Por último en 2009 la Comisión para la unificación del Derecho (*Uniform Law Commission*) ha presentado una propuesta de *Uniform Representation of Children Abuse, Neglect and Custody Proceedings Act* que opta por abandonar la figura del *guardian ad litem* y prefiere distinguir entre el abogado del menor (*child's attorney*) y el «abogado del interés superior del menor» (*best interest attorney*). Mientras el primero se limitaría a defender los deseos que le transmite el niño, el segundo defendería el bien del niño a partir de la valoración de las pruebas y hechos evidentes concurrentes. La propuesta de esta última figura ha sido objeto de gran crítica por la doctrina desde un primer momento por considerarse que viene a dotar a este abogado del interés del menor de un gran margen de discrecionalidad<sup>46</sup>.

Ya se señaló en el primer capítulo que en los inicios de la década de los setenta del pasado siglo fue cuando se acuñó el término «abuso sexual sobre menores» (*child sexual abuse*). Al comenzarse el estudio de este tipo de abuso lo más sorprendente para los especialistas fue conocer que estadísticamente los abusos eran normalmente obra de personas cercanas al menor, pues solo en uno de cada cuatro supuestos eran perpetrados por extraños<sup>47</sup>. Además el hecho de que el autor de los abusos fuera con frecuencia un familiar cercano explicaba que en ocasiones la víctima mantuviera una relaciones de especial afección o lealtad con su verdugo, siendo la víctimas del abuso habitualmente niñas y en menor proporción

<sup>45</sup> Los *Standards* permiten que el abogado no informe al juez de cual sea el concreto motivo por el que solicita el nombramiento de un *guardian ad litem* si dicha información puede comprometer la posición del menor.

En esta línea ATWOOD, Barbara A. «Festschrift for Ted Schneyer Lawyer: Regulation For the 21<sup>st</sup> Century: Representing Children Who Can't or Won't Direct Counsel: Best Interests Lawyering or No Lawyer at All? 53 *Ariz. L. Rev. Summer 2011*, p. 381. Pone como ejemplo el caso *In re Georgette*, 785 N E 2d 356 (Mass. 2003) en el que existiendo una fuerte tensión ética entre los deseos del menor y la posición de su representante y siendo urgente decidir sobre la adopción se optó por esta medida.

<sup>46</sup> SMON, Jane Spinak, «Take Three Steps Backwards: The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws Recommendations on Child Representation», 6 *Nev. L.J.* p. 1385 (2006).

<sup>47</sup> DE FRANCIS, Vicent, «Protecting the Child Victim of Sex Crimes Committed by Adults» vii, 40-41 *American Humane Assoc.* 2d. ed. 1981.

niños<sup>48</sup>. Por otro lado, señalar que este tipo de abuso es muy difícil de demostrar pues a largo plazo no suelen quedar evidencias aparentes de los abusos más allá del embarazo o la transmisión de alguna enfermedad venérea. En muchas ocasiones la única forma de descubrir los hechos es atender al inusual comportamiento del menor o la confesión del padre.

Una de las cuestiones más polémicas en esta materia será determinar si el hecho de que un padre haya abusado de uno de sus hijos justifica su separación del resto de los hermanos que no han sido víctimas. Evidentemente en este caso debería evaluarse la protección y seguridad del menor frente a su derecho a permanecer con su familia; siempre claro está que el contacto con su padre siga aún siendo posible y no quede impedido por, por ejemplo, quedar condenado a pena de privación de la libertad. En realidad se trata de decidir si debe o no privarse al padre de la patria potestad y en su caso si los menores deben ser desamparados y entregados en adopción, rompiendo todo vínculo jurídico con su progenitor. Puede ilustrarnos al respecto el caso *M.W. v. Department of Children and Family Services*<sup>49</sup>. En este supuesto el padrastro había abusado sexualmente de su hijastra durante tres años, entre los diez y trece años de la menor. Al tomar conocimiento de los hechos el Departamento de protección de menores elevó una petición de orden de desamparo (petition for dependency) no solo de la hijastra objeto de los abusos, sino también de las otras tres hijas naturales de M.W. (de ocho, siete y tres años de edad). El informe del psicólogo fue en el sentido de señalar que si bien mediaba alto riesgo de reincidencia, no se entendía que las menores estuvieran en una situación de alto riesgo. El Tribunal decretó el desamparo de todas las niñas. M.W. apeló. Finalmente el Tribunal Superior de Florida mantuvo la decisión y condenó al padre a quince años de prisión. El tribunal decidió a partir de dos premisas, la gravedad del daño potencial que pudieran sufrir las niñas y las posibilidades de que dicho daño llegase a producirse. Debido a que entendió que el daño potencial era uno de los más graves que un menor puede sufrir consideró intolerable permitir incluso la posibilidad de que M.W. pudiera tener la oportunidad de volver a abusar de otra hija. De hecho en esta materia media una importante presunción según la cual una vez probados los abusos del padre sobre el menor se entiende contrario al interés superior del menor atribuir la custodia a dicho progenitor<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> DE FRANCIS, Vicent, «Protecting...», p. 40.

<sup>49</sup> *M. W. v. Department of Children and Family Services*. 881 So. 2d 734 (Fla. Dist. Ct. App. 2004).

<sup>50</sup> HUNTE, Robert S., *Trial Handbook for Illinois lawyers, Criminal Sentencing*, 9<sup>th</sup> edition. Capítulo 24.5, 2011.

Por último, señalar que respecto a una cuestión tan delicada como los abusos sexuales a menores se exige la mayor profesionalidad posible en la verificación de los hechos, lo cual según Bassi<sup>51</sup> debería incluir el examen psiquiátrico del menor para asegurar su credibilidad y analizar la posibilidad de que el menor haya sido influido o incluso manipulado por terceras personas para denunciar un abuso que en realidad no tuvo lugar. Por desgracia estas circunstancias en muchas ocasiones vienen unidas a las luchas judiciales que tienen lugar en la disputa de la custodia del menor tras la separación o divorcio de sus padres, pues en el seno de estas contiendas en ocasiones uno de los progenitores denuncia los abusos que el otro ha realizado sobre el hijo común. Si bien es cierto que debe estarse en alerta sobre posibles casos de denuncias falsas, lo que no es admisible es que en ciertos tribunales se presuponga que no son sino un medio o estrategia de la madre para garantizarse la custodia de los menores, fruto de la imaginación o manipulación de una madre histérica, cuestión denunciada por Meier<sup>52</sup>. Si bien es cierto que varios estatutos prevén sanciones monetarias para el caso de que uno de los progenitores haga a sabiendas denuncias falsas de maltrato<sup>53</sup>, lo cierto es que la doctrina norteamericana considera mayoritariamente que ese escepticismo sobre la veracidad de las alegaciones de abusos sexuales no se sostiene si lo confrontamos con la experiencia clínica, que nos informa que hay medios para verificar cuando se ha producido verdaderamente tal tipo de agresiones<sup>54</sup>.

### 3.6 SUPUESTOS DE ABANDONO

Una situación de abandono puede presentarse en diversos niveles pues no es necesario que se produzca un absoluto abandono físico del menor, bastando con que sus necesidades básicas no sean satisfechas. Por tanto, una situación en la que se dé una carencia de alimentación básica, de higiene, de vestido, de vivienda o de atenciones médicas mínimas pueden considerarse como supuestos de

---

<sup>51</sup> BASSI, Gregory M., «Comment, Invasive, Inclusive and Unnecessary: Abuse Cases», 102 *Nw. U.L. Rev.* 1441 (2008). Al respecto, señala MEYERS, John E. B. «Psychological Research on Children as Witnesses: Practical Implications for Forensic Interviews and Courtroom Testimony», 28, *Pac. L.J.* 3, 27-29 (1996) que los estudios psicológicos señalan que un menor de más de diez años no es más sugestionable que lo que pueda ser un adulto.

<sup>52</sup> MEIER, Joan S., «Domestic Violence, Child Custody and Child Protection: Understanding Judicial Resistance and Imagining the Solutions», 11 *Am. U.J. Gender Soc. Pol' y and L.* 657, 683 (2003).

<sup>53</sup> Por todos, artículo 3027.1 del Código de Familia de California.

<sup>54</sup> JOHNSON, Janet R., «Allegations and Substantiations of Abuse in Custody-Disputing Families», 43 *Fam. Ct. Rev.* 283 (2005).

abandono y justificar el desamparo de los menores. En el Derecho norteamericano se utiliza el término *Neglect* para referirse a este tipo de abandono, pudiendo presentar diversas facetas: *physical neglect, medical neglect, emotional neglect...* Ya nos hemos referido al abandono emocional, por tanto ahora atenderemos a los otros supuestos de abandono.

El llamado *physical neglect* plantea la difícil tarea de establecer la situación límite tolerable. Las distintas normativas estatales exigen comprobar en primer lugar que las privaciones del menor no se deban exclusivamente a una falta de recursos económicos del padre o guardador, pues en tal caso no se justificaría la separación del menor de su familia y lo que procedería sería ayudar económicamente a la familia. Una vez aclarado este punto, podemos traer a colación el artículo 16-2301 (9) (B) del Código del Distrito de Columbia, en tanto establece una regla generalizada: Se considera que el menor está en situación de abandono cuando carece del adecuado control y cuidado paternos, medios para su subsistencia y educación según lo establecido por las leyes, o cualquier otra carencia del cuidado y control necesarios para su salud física, mental o emocional, siempre que la privación no se deba a una falta de recursos económicos de sus padres, guardianes u otras personas encargadas de su custodia.

Sin embargo, como se puso en evidencia en el famoso caso *In re T.G.*<sup>55</sup>, muchas veces los servicios de protección de menores, *child protective services* toman decisiones erróneas, en este caso se ordenó la separación simplemente por entender que la situación y hábitat de la vivienda familiar no eran las ideales. Este tipo de decisiones son muy criticables porque puede que las condiciones de vida sean deplorables según la media, pero si a pesar de ello el niño tiene cubiertas sus necesidades materiales y afectivas básicas no debería ser separado de sus padres. Roberts ha criticado duramente la práctica seguida por los *child protective services* que en muchas ocasiones no atienden al interés del menor y se dejan llevar por auténticos prejuicios raciales al tomar sus decisiones, como en este caso dado la familia y el barrio en que vivía el menor<sup>56</sup>.

Quizá el juez Sackett acertó al disentir de la postura mayoritaria en *In re N.N.W.*<sup>57</sup>, y establecer unas pautas muy clarificadoras: «Podría entenderse que el interés del niño fuese vivir en una casa más limpia, pero no obstante la casa podría ser limpiada sin sacar

<sup>55</sup> *In re T.G.*, 684 A2d 786 (D.C. 1996). En este caso se consideró que de una única inspección no podía deducirse que la situación permanente de los menores era de tal abandono que justificase la separación.

<sup>56</sup> DOROTHY, Roberts, *Shattered Bonds: The Color of Child Welfare* (2003).

<sup>57</sup> *In re N.M.W.*, 461 N.W. 2d 478 (Iowa Ct. App. 1990).

al niño de ella separándolo de su madre:... Las casas pueden ser limpiadas, pero el trauma que un niño sufre al ser separado de sus padres y de su casa familiar es sabido que puede causarles secuelas de por vida,... pues no creo que un niño sufra más viviendo en una casa sucia, que siendo separado de sus padres».

Para encontrar respuesta a la pregunta que hemos planteado ¿dónde está el límite para admitir la intervención? quizá pueda servir de ayuda estudiar el caso *In re A.H.*<sup>58</sup>, en el que tras varias visitas de una trabajadora social se decidió intervenir y llevar a los menores a un centro de acogida separándolos de la madre, medida que fue mantenida a pesar del recurso planteado por la madre al atenderse a los siguientes criterios: Se consideró que no sería suficiente con implantar el «Family Together Program» para ayudar a la familia *in situ*; la madre sin estar diagnosticada de enfermedad o depresión mental presentaba un estado general de apatía y desinterés (ni trabajaba ni tenía interés por trabajar, ignoraba a los niños cuando lloraban, dejaba que jugasen en la cocina con el horno abierto, no dio parte al arrendador de la rotura del sistema de calefacción, ni del frigorífico, carne cruda por las habitaciones...), la casa se encontraba en situación deplorable con una falta de higiene extrema, el váter roto, la bañera con heces por usarla como váter, llena de cucarachas, los niños apenas vestidos. Todo ello llevó al convencimiento de que la situación insalubre en que se encontraban los menores no se debía únicamente a la mala situación económica de la madre ni era de carácter puntual<sup>59</sup>.

Resulta llamativo que en prácticamente todos los estados de la Unión exista una legislación permisiva del abandono físico impune de menores por sus madres, cuando estas deciden renunciar a la patria potestad de sus hijos y entregarlos para que queden bajo tutela administrativa. Esta regulación está enfocada a ayudar a las madres adolescentes que por miedo o vergüenza no quieran tener el hijo, se entiende que es una solución para evitar la muerte del bebé que por ejemplo, podría ser dejado al nacer en depósitos de basura o sitios aislados. Sin embargo, se ha hecho un uso abusivo de este derecho en los últimos años, así en el *Nebraska child welfare system* no se establecía una edad mínima para tolerar este tipo de

<sup>58</sup> *In re A.H.* 842 A.2d 674 (D.C. 2004).

<sup>59</sup> ¿Puede considerarse negligente a la madre por permitir que sus hijos vean escenas de violencia doméstica? En el Estatuto de Nueva York así se establecía originariamente, recogiendo como una de las causas de posible desamparo. Ello llevó a la interposición de una acción de clase en la que se pedía su inaplicación por no ser compatible con la Constitución, planteada por diversas madres. Cuestión resuelta por *Nicholson v. Scoppetta*, 820 NE 2d 840 (N.Y. 2004). El Tribunal de Apelaciones de Nueva York consideró que dicha circunstancia era claramente insuficiente para calificar a la madre de negligente y considerar el desamparo.

abandono del menor, lo cual provocó que resultaran entregados a la Administración acogiéndose a esta legislación multitud de adolescentes incluso provenientes de otros estados. Finalmente las autoridades de Nebraska decidieron limitar la edad máxima de abandono de menores a treinta días desde el parto<sup>60</sup>.

La conducta negligente hacia el menor puede presentarse hoy en día múltiples formas. Se han documentado supuestos de muertes de niños por quedar encerrados en los coches mientras sus padres atendían sus asuntos. La temperatura que puede alcanzar un vehículo cerrado puede fácilmente causar un golpe de calor a un bebé, por tanto dejar encerrado a un menor en un vehículo en situaciones de alto riesgo por temperaturas podría justificar la separación debido a la gravedad del riesgo que corre el menor. Llegados a este punto, quiero hacer un guiño al primero de los casos recogidos en este trabajo, evidentemente me refiero al caso de Mary Ellen McCormack que mereció protección por pertenecer al reino animal. Lo cierto es que en el año 2001 Armagost<sup>61</sup> señalaba que en dicha fecha la mayoría de los Estados Norteamericanos contaban ya con normativas que prohibían dejar animales encerrados en coches, pero carecía de normas que prohibieran dejar a los niños encerrados en coches. Es curioso que en el ámbito anglosajón en ocasiones la normativa de protección de las mascotas preceda a la normativa de protección de los menores.

La situación de abandono también puede deberse a razones médicas. Un interesante dilema es el que se plantea cuando una determinada intervención quirúrgica de riesgo es necesaria para la salud del menor ¿Careciendo el menor de capacidad natural, podrán los padres negar su consentimiento a la intervención debido a que medie riesgo de muerte para su hijo? ¿Cuál sería el nivel de riesgo asumible? ¿Cuál sería el interés del menor en este supuesto? Evidentemente en estos casos hay que sopesar las distintas circunstancias concurrentes y no creo que se les pueda exigir a los padres ser unos héroes, por lo que debería respetarse su decisión siempre que fuera suficientemente razonable. Esta fue la opinión de la Corte de Apelaciones de California en el caso *In re Phillip B.*<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> SANGER, Carol, *Infant Safe Haven Laws: Legislating in the Culture of life*, 106 Colum. L. Rev. 753 (2006). Curiosamente es el mismo plazo que el Código civil español prevé para que la madre biológica pueda asentir en la adopción de su hijo.

<sup>61</sup> ARMAGOST, Stephanie, «An Innocent Mistake or Criminal Conduct: Children Dying of Hyperthermia in Hot Vehicles», 23 *Hamline J. Pub. L. & Pol'* y 109, 115 (2001).

<sup>62</sup> *In re Phillip B.* 156 Cal. Rptr. 48 (Ct. App. 1979). Se decidió respetar la negativa de los padres a intervenir a su hijo menor de edad con síndrome de Down. El menor padecía de una enfermedad cardíaca congénita grave, pero los riesgos de mortalidad de la operación eran del 5% en casos normales, y superiores en caso de padecer el síndrome de Down; la no intervención no implicaba la inmediata muerte del pequeño, si bien podía complicar su calidad de vida progresivamente hasta causarle la muerte. El *Juvenile proba-*

Supuesto distinto es aquel en que no tratándose de una intervención de alto riesgo para el menor, los padres alegando determinadas circunstancias y condiciones de su hijo no presten su consentimiento a pesar de que en opinión de los médicos sea que se trata de una intervención necesaria. Son celebres los llamados casos «Baby Does», como el *In re Doe*<sup>63</sup>, o el *In Infant Doe v. Bloomington Hospital*<sup>64</sup> entre otros. En el primer caso, los padres se negaron a autorizar la intervención debido a que su hijo padecía el síndrome de Down. El niño padecía una obstrucción en el aparato digestivo, de la que tenía que ser operado, pero como el síndrome de Down que padecía no era curable, los padres optaron por no dar su consentimiento ni a la intervención ni al suministro alimenticio del niño. El hospital solicitó la intervención del tribunal de jóvenes que se negó a aceptar el caso bajo su jurisdicción. Recurrida la decisión el Tribunal de Apelaciones de Indiana no admitió el recurso. Este caso abrió una considerable polémica y provocó que el Departamento de la Salud y de Servicios Humanos (DHHS) advirtiera que dichos actos podían atentar contra la prohibición de discriminar a discapacitados establecida por los programas federales, con la consecuente pérdidas de fondos para el Hospital<sup>65</sup>. A partir de aquí se ha desarrollado una pugna entre el DHHS y distintos grupos médicos. Finalmente, el Gobierno Federal optó por clasificar este tipo de supuestos, como formas de abuso y negligencia sobre menores [CAPTA, 42 USC arts. 5106 (2006)].

Con respecto a la negativa de los padres a admitir el tratamiento médico y en relación con el artículo 300 apartado «C» del *California Welfare and Institutions Code*, que anteriormente hemos recogido, señalar que no deja de ser llamativo que se excluya del ámbito de la definición del maltrato, los abusos o el abandono de menores, los actos realizados por causa de una profunda decisión de fe. Esta exención se repite en numerosos estatutos que regulan el abuso (abuso entendido como sexual o maltrato) de menores «*child abuse statutes*». No obstante en estos mismos estados las regulaciones penales «*criminal statutes*» tipifican estas conductas negligentes sin amparar la inmunidad de los padres, lo cual lleva a una cierta paradoja que debe resolverse a favor de la legislación penal<sup>66</sup>.

*tion department* de California entendió que el menor estaba en situación de abandono en virtud de lo dispuesto por el artículo 300, b del *Californian Welfare and Institutions Code*. La petición no fue atendida.

<sup>63</sup> *In re Infant Doe No. Gu 8204-004A* (Monroe County Cir Ct. Apr. 12, 1982).

<sup>64</sup> *In re Infant Doe v. Bloomington Hospital*, 464, US 961 (1983).

<sup>65</sup> Rehabilitation Act of 1973, 29 USC, artículo 794 (e).

<sup>66</sup> SAROYAN, Zaven T. *Spiritual Healing and the Free Exercise Clause: An Argument for the Use of Strict Scrutiny*, 12 B.U. Pub. Int. L.J. 363, 368 (2003).

#### 4. ACOGIMIENTO FAMILIAR. ALTERNATIVAS TRAS EL DESAMPARO DEL MENOR

Una vez que se ha decidido la separación del menor de su familia de origen procede estudiar las distintas alternativas que se prevén para el acogimiento del menor. Las posibilidades que se nos presentan son el acogimiento en familia extensa, al acogimiento en familia ajena, el acogimiento preadoptivo y el acogimiento en una institución (acogimiento residencial). Según señalan las estadísticas en el año 2006 en los Estados Unidos había unos 510.000 niños acogidos, el 46% en familias extrañas o ajenas, el 24% en la propia familia extensa, el 17% en viviendas-residencias o instituciones residenciales y el 3% en acogimiento preadoptivo<sup>67</sup>.

Respecto al acogimiento familiar en principio puede ser a favor de familia matrimonial o no matrimonial, heterosexual u homosexual. Sin embargo el hecho de que la normativa federal haya guardado silencio al respecto ha permitido que ciertos estados hayan establecido limitaciones. Así por ejemplo en Utah no se permite que los niños sean incorporados en acogimiento en familias homosexuales<sup>68</sup> y en Arkansas en el año 2008 se aprobó que solo las familias matrimoniales pudieran acoger menores. La incorporación del menor en una familia de acogida puede deberse a dos razones distintas, bien a que así lo hayan solicitado los padres a una agencia de protección de menores por no poder cuidar del menor durante un plazo limitado de tiempo por un motivo justificado (guarda asistencial) o bien porque haya ordenado el juez el acogimiento del menor. Cada Estado regula de forma distintas el desarrollo de estas figuras, a título de ejemplo recogemos aquí la normativa del Estado de Nueva York<sup>69</sup>: En el caso del acogimiento voluntario la agencia está autorizada para poder reubicar a los niños en familias de acogida que haya sido declaradas idóneas por el Estado de Nueva York o una agencia autorizada. La familia de acogimiento realiza un contrato con la agencia recibiendo una compensación por sus servicios, estableciendo en el contrato como cláusula tipo que la agencia se reserva el derecho a terminar la relación de acogimiento y trasladar a los niños a otro lugar en cualquier momento.

<sup>67</sup> US Dept. of Health and Human Servs., Administration for Children and Families, Foster Care Statistics: Numbers and Trends (Feb. 2009). Una especial polémica ha surgido respecto al acogimiento interracial, al respecto es recomendable la lectura de: ROBERTS, Dorothy E., «The Community Dimension of State Child Protection», 34, *Hofstra L. Rev.* P.23 (2005). Volveremos sobre este tema al tratar la adopción.

<sup>68</sup> Utah Code Ann. Arts. 78B-6-117 y 30-1-2(5) (2008).

<sup>69</sup> Dicha normativa se recoge en los artículos 383.2 y 400 de 18 N.Y.C.R.R.

La normativa del Estado de Nueva York distribuye las funciones parentales entre la agencia, los padres naturales y los padres acogedores. De esta forma se transmite las facultades de custodia a la agencia, si bien ésta las transmite a su vez a la familia de acogimiento que queda bajo su supervisión. En el caso del acogimiento voluntario, los padres naturales conservan algunas facultades como la de poder decidir si procede realizar una determinada intervención quirúrgica a su hijo, quedando obligados a visitar a su hijo y establecer un plan para su futuro (ej.: prever gastos para una futura carrera universitaria). Si los padres biológicos desatendieran estas obligaciones por más de un año podría ser causa para la pérdida de la patria potestad. En el caso de que el acogimiento se decida por mandato judicial se desarrolla de igual forma si bien en tal caso los padres biológicos pierden sus derechos y no pueden reclamar el retorno de su hijo, pues será el tribunal quien decidirá cuando debe terminar el acogimiento (en realidad lo decide la agencia que es supervisada en su caso por el tribunal).

El hecho de que la agencia se reserve el derecho a poder determinar cuándo se pone fin al acogimiento familiar de un niño para trasladarlo a otra familia de acogida o devolverlo a la familia biológica es causa de un sinnúmero de controversias judiciales, pues las familias de acogida suelen negarse a ello cuando por el tiempo transcurrido se han creado especiales lazos afectivos entre el menor y ellos. Esta cuestión que actualmente está siendo objeto de un intenso debate entre nosotros ya se planteó en los Estados Unidos en la década de los setenta del siglo pasado. De hecho ya en 1973 Goldstein, Freud y Solnit estudiaron este problema en su obra *Beyond the Best Interest of the Child*<sup>70</sup> a la que nos referíamos en el capítulo introductorio de este trabajo. Señalaban que las relaciones psicológicas afectivas no solo pueden darse entre el niño y sus padres naturales, sino también con sus padres de acogida y que la ruptura del menor con dichos padres de acogida puede ser traumática. Destaca el caso *Smith v. Organization of Foster Families for Equality and Reform (OFFER)*<sup>71</sup>, en el que se planteó una acción colectiva en defensa de derechos civiles formulada por un conjunto de familias de acogimiento que habían tenido menores acogidos durante más de un año. En concreto solicitaban que la normativa estatal que permitía a las agencias retirar a los menores de las familias de acogimiento cuando lo entendiera conveniente, atentaba la *Due Process and Equal Protection Clauses*. En primera instancia

<sup>70</sup> GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Ann, y SOLNIT, Alfred, *Beyond...*(1973).

<sup>71</sup> *Smith v. Organization of Foster families for equality and reform (OFFER)* 431 US 816 (1977).

obtuvieron sentencia favorable al considerarse inconstitucional este tipo de prácticas de traslado de menores, pues solo se exigía un preaviso de diez días a los padres de acogimiento (si bien de no estar de acuerdo solo podían concertar una reunión con el Departamento de Servicios Sociales y en su caso apelar la decisión primero en vía administrativa y posteriormente ante la autoridad judicial) y porque se consideró que tras superar los dieciocho meses de acogimiento los vínculos afectivos solían ser de tal intensidad que debían ser protegidos. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal revocó la sentencia por entender que la normativa estatal buscaba únicamente una solución temporal para el menor, y que aunque era cierto que podrían haberse creado especiales lazos afectivos entre el menor y la familia de acogimiento, se trataba de una mera situación provisional creada por el propio Estado.

Este caso de 1977 en el que la Agencia decidió retirar los menores debido a que la madre de acogida sufría de artritis sacó a la luz pública un problema generalizado. Si bien las familias de acogimiento realizan una loable labor social y son imprescindibles para la inserción social de muchos menores, paralelamente generan el problema de que cuando el menor permanece en ellas durante varios años, deja de ser una situación provisional y el menor pasa a un auténtico limbo jurídico de carácter indefinido<sup>72</sup>. Por ello no sorprende que cuando años después de haberse decidido el acogimiento, especialmente si el menor se recibió con pocos meses, los lazos afectivos sean tan intensos que se produzca una negativa rotunda a la terminación de dicho acogimiento y se solicite, como ocurrió en este caso, que se equipare a todos los efectos la situación de los padres de acogida a la de los padres naturales, para ser objeto de protección por la decimocuarta enmienda al tratarse de la familia «psicológica» del menor.

Esta misma problemática es objeto de debate ahora en España, y al respecto el defensor del pueblo andaluz, don José Chamizo de la Rubia<sup>73</sup>, ha abogado por una reforma de la regulación española en el sentido de evitar los acogimientos familiares de largo plazo, que a la larga terminan siendo problemáticos, especialmente cuando hay que decidir si el interés del menor es permanecer con su nueva familia o no renunciar a su origen, a sus

---

<sup>72</sup> No obstante, se ha puesto de manifiesto como al conllevar el acogimiento el derecho a una remuneración, en muchas ocasiones ciertas familias contemplan la posibilidad de acoger niños como una simple vía de ingresos, llegando a tener 6 o 7 menores acogidos simultáneamente. Igualmente se ha denunciado que en muchas ocasiones el carácter remunerado del acogimiento conlleva que las razones para solicitar acoger un menor no sean siempre la solidaridad y el altruismo; lo cual ha implicado que en ocasiones el menor no reciba el necesario afecto y cariño por los padres acogedores.

<sup>73</sup> CHAMIZO DE LA RUBIA, José. Conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga en noviembre de 2009.

raíces. Lo cierto es que al día de hoy muchos menores están siendo víctimas de este sistema que en teoría trata de protegerles y no debemos olvidar que un año en la vida de un menor es un lapso de tiempo de proporciones gigantes, por lo que cualquier decisión errónea o cualquier retraso en la reparación puede producir consecuencias irreversibles. Recordemos los famosos casos de la niña de Benamaurel<sup>74</sup> o el caso resuelto por STS de 31 de julio de 2009 que resolvió sobre un recurso de casación interpuesto por la Junta de Castilla-La Mancha contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo dictada en juicio sobre oposición de medidas de protección de menores, que ordenaba que una niña que se encontraba en acogimiento preadoptivo fuese inmediatamente devuelta a su madre biológica, decidiendo el TS mantener a la menor con la familia de acogida<sup>75</sup>.

Ante esta disyuntiva en los Estados Unidos se está optando por fomentar la adopción rápida del menor. Si bien es cierto, que de demostrar los padres biológicos que han conseguido estabilizar su vida y superar la situación que provocó el desamparo de su hijo,

---

<sup>74</sup> A título de ejemplo recordemos el célebre caso de «la niña de Benamaurel», en el que una pequeña tras ser desamparada de su madre biológica que ejercía la prostitución y la había abandonado, fue dada en adopción, siendo nuevamente desamparada por los abusos que sufrió de su padre adoptante, para posteriormente darla a una nueva familia de acogida, con la que creció y generó vínculos afectivos en dicho pueblo granadino, hasta que la madre biológica promovió expediente de jurisdicción voluntaria de la oposición de la declaración de desamparo inicialmente adoptada. Dicha oposición fue estimada por el Juez competente, siendo rechazado el recurso de la Consejería de Asuntos Sociales por la Audiencia Provincial. No obstante el Juez de Primera Instancia dictó auto declarando imposible la ejecución en atención al interés del menor y al cambio de circunstancias. Auto cuyo recurso fue estimado por la Audiencia Provincial en auto que fue objeto de un recurso de amparo por el Ministerio Fiscal por considerar que vulneraba el interés del menor. Finalmente el TC en sentencia 221/2002, de 25 de noviembre concedió el amparo. Sin duda la niña fue víctima inocente del sistema que pretendía protegerla porque vivir tantos años experimentando tal nivel de inseguridad no pudo sino traumatizarla.

<sup>75</sup> STS de 31 de julio de 2009 (RA RJ 2009\4581) Ponente Excmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos. Nuestro TS privó de derecho de visita tanto a la madre como a la abuela materna y sentó la siguiente doctrina: Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico. Doctrina que si bien compartí en un primer momento, actualmente tras el estudio de lo que está ocurriendo en el Derecho americano debo poner en tela de juicio por motivos que trataré al estudiar la adopción.

tendrán el derecho a recuperarlo sea cual sea el plazo que haya durado el acogimiento<sup>76</sup>; sin embargo este derecho choca frontalmente con la realidad, pues en la práctica no van a tener tiempo material para reconducir sus vidas en tanto que la nueva política en la materia es fomentar la adopción exprés del menor. De hecho, se están habilitando grandes sumas para financiar programas de adopción a nivel federal. Igualmente parte de la doctrina insiste que la mejor vía para lograr el interés del menor es procurar su rápida adopción para estabilizar su futuro. Esta es la opinión de Liebmann y Krinsky quienes abogan por procurar soluciones rápidas y definitivas para el menor<sup>77</sup>. Sin embargo, mi opinión es contraria pues entiendo que bajo dichos argumentos se está produciendo un auténtico y masivo despojo de menores de familias pobres y marginadas. En esta materia acierta Roberts<sup>78</sup> al señalar que al generalizar las adopciones exprés se prima el interés de los futuros padres adoptivos sobre el del menor.

Paralelamente a esta evolución Jurisprudencial, el Congreso en 1997 aprobó la *Adoption and Safe Families Act* (ASFA)<sup>79</sup> en esta regulación se señaló que debía tenerse en cuenta que no siempre sería posible o aconsejable la reunificación familiar, por lo que se optó por facilitar la adopción reduciendo el tiempo necesario para que un niño sujeto a una familia de acogimiento pudiera ser adoptado a un plazo de doce meses desde que el menor se incorpora a la familia de acogida. Igualmente se recomendó que los distintos estados regulasen como causa de terminación de la patria potestad el hecho de que el menor hubiera estado inserto en una familia de acogida durante quince de los últimos veintidós meses transcurridos (salvo que fuese un pariente quien atendiera al menor, o que la agencia de protección de menores entienda que la terminación de la patria potestad es contraria al interés superior del menor o la agencia encargada del acogimiento –*Foster Care Agency*– no pudiera encontrar en dicho plazo una familia adecuada para el menor). Señala Roberts<sup>80</sup> que esta vía rápida para la adopción parece que presume que todo niño en condiciones de poder ser

<sup>76</sup> SHAPO, Helene, Seminario sobre interés del menor, 29 de diciembre de 2011. Facultad de Derecho, Northwestern University. Chicago.

<sup>77</sup> LIEBMANN, Theo, KRINSKY, Miriam Aroni, «Charting a Better Future For Transitioning Foster Youth: Executive Summary of Report From a National Summit on The Fostering Connections to Success Act», 49 *Fam. Ct. Rev.* April, 2011, pp. 292 y ss.

<sup>78</sup> ROBERTS, Dorothy, Conversaciones en la Facultad de Derecho de la Northwestern University, Chicago, Semestre de otoño de 2011. ROBERTS, Dorothy, *Shattered Bonds: The Color of Child Welfare* (2003).

<sup>79</sup> Adoption and Safe Families Act (ASFA), 42 USC, art. 675.5.

<sup>80</sup> ROBERTS, Dorothy E. «Is There Justice in Children's Rights? The Critique of Federal Family Preservation Policy», 2 *U. Pa. J. Const. L.* 112, pp. 118-138 (1999).

adoptado, deba ser adoptado, lo cual es sin duda una falsa presunción<sup>81</sup>.

De hecho, los resultados obtenidos por el programa de adopciones rápidas han provocado que la doctrina se replantee esta solución. Para entender el problema que subyace ha de partirse de la sociedad multirracial norteamericana en la que las diferencias raciales suelen venir unidas a las económicas. En la práctica se está produciendo un auténtico despojo de niños de las clases más desfavorecidas, usualmente afroamericanos, hispanos e indios nativos a favor de familias blancas por razones económicas. La realidad es que, en caso de desamparo, solo las familias con recursos económicos pueden permitirse los servicios de un buen abogado que les garantice la vuelta del menor. Las familias pobres son víctimas del sistema, y de los miedos del juez, pues si decide que el menor vuelva con sus padres biológicos y una vez con éstos el niño sufre un daño grave, dicho resultado podría tener una repercusión mediática a nivel nacional. Por tanto, ordenada la separación del menor por el trabajador social, el juez normalmente se limita a ratificarla. (No debe olvidarse que el juez será elegido por los residentes del partido judicial cada tres años y por ello procurará evitar decisiones de riesgo que puedan hacerle impopular y no resultar reelecto).

El problema subyacente reside en la alegría y facilidad con la que los trabajadores sociales en muchas ocasiones deciden separar al menor de sus padres. En ocasiones se ha separado al niño de la madre simplemente por permitir que fuera testigo de la violencia de género que el padre ejercitaba sobre ella sin denunciarlo<sup>82</sup>. Además, en la mayoría de los supuestos las situaciones que dan lugar a la separación del niño son superables, pues solo en casos extremos la recuperación de los padres es imposible (enfermedad mental grave etcétera)<sup>83</sup>. Debe distinguirse por otro lado entre las situaciones de negligencia y de maltratos.

Por tanto deberían agilizarse los trámites para procurar la vuelta del menor a su familia de origen lo más pronto posible y la

---

<sup>81</sup> Por su parte señala ZUG, Marcia, en «Should I Stay or Should I Go: Why Immigrant Reunification Decisions Should Be Based on the Best Interest of the Child», *B.Y.U.L. Rev.* 2011, p. 1139, que la ASFA ha aumentado los incentivos federales para adopciones a fin de permitir la supresión de la patria potestad y adopción de la mayor parte de los niños en situación de acogimiento; por lo que parece ser que es ésta la política que se está siguiendo a nivel federal.

<sup>82</sup> Es interesante al respecto el artículo a KOHLER, Adriana, «The Battered Mother's Struggle in New York: The Laws and Policies that Led to the Removal of Children from their Abused Mothers Based on the Child's Exposure to Domestic Violence», *13 U.Pa. J.L. and Soc.*, 2009, p. 243.

<sup>83</sup> Roberts, Dorothy E., señala que aproximadamente solo un 15% de los padres son irrecuperables, por lo que debería procurarse que en el resto de los supuestos los menores pudieran volver con sus familias biológicas. (Seminario 12 de diciembre de 2011). DOROTHY, Roberts, *Shattered Bonds: The Color of Child Welfare* (2003).

adopción solo debería quedar para los casos absolutamente irreuperables. La opción contraria ha dado lugar a un despojo sistemático e irrevocable de menores de sus familias pobres a favor de familias ricas, de familias que no pueden defenderse a familias que pagan grandes cifras por el niño y alimentan la industria de la adopción. Despojo fomentado por los propios estados, pues según el vigente sistema de protección de menores estatal tiene derecho a recibir fondos federales por cada adopción que apruebe, y por los propios jueces que en ocasiones olvidan las leyes de protección de menores, como es el caso de las minorías nativas indias, que están sufriendo de un auténtico acoso sin que las autoridades judiciales estén dispuestas a defenderlos, como veremos seguidamente. Definitivamente, debe potenciarse a la familia de origen y debe recordarse que cada niño tiene los padres que le ha tocado en suerte tener, que la solución no está en la búsqueda de la mejor familia posible, y que la felicidad no puede medirse en dosis meramente materiales<sup>84</sup>. Por todo ello nos vemos obligados a criticar el Proyecto de Ley de Adopción y Acogimiento Familiar español que se presentó en 2011 en el que se abogaba por fomentar la adopción rápida del menor, igualmente las iniciativas que se están siguiendo en la vigente legislatura parecen ir en esta línea. Creo que de seguirse estas pautas podríamos caer en el mismo error que ha llevado al sistema de adopción norteamericano a la situación actual. Solo excepcionalmente debería descartarse la vuelta de los niños con sus padres biológicos y en todo caso de acogida debería ser prioritario el mantenimiento del contacto entre el menor y su familia biológica. El legislador debería procurar que situaciones como las que dieron lugar a las circunstancias que abocaron al Tribunal Supremo a dictar la STS de 31 de julio de 2009 (ya comentada, nota 75) puedan repetirse. Recordemos que en tal caso cuando la madre biológica reclama recuperar a su hijo por haber rehecho su vida, formar con su nuevo marido una familia estructurada y haber tenido un nuevo hijo al que atendía correctamente, el juez no solo decidió no atender su razonable solicitud, sino privar a ella y a toda la familia biológica del derecho de visita y de todo contacto con el menor (derecho del que

---

<sup>84</sup> Recojo aquí las impresiones y conclusiones extraídas del Seminario impartido por la Profesora Dorothy E. ROBERTS (Profesora de Derecho de familia). De la Facultad de Derecho de la Northwestern University (Chicago) en fecha 12 de diciembre de 2011, en la Facultad referida. Señala que en esta materia debe presidir la premisa de devolver al menor a su familia de origen en cuanto sea posible. En ocasiones un retraso injustificado puede provocar la definitiva pérdida del hijo, señala a título de ejemplo el caso en que el hijo de una familia hispana es entregado a una familia anglosajona que le enseña a hablar exclusivamente en inglés, y que cuando es devuelto a sus padres no les entiende hablar en su lengua materna.

hasta ese momento habían disfrutado tanto ella como la abuela), lo cual provocó que posteriormente cuando el asunto llegó al TS la situación fáctica resultante era que el menor no guardaba recuerdo de su familia biológica y que estaba correctamente ajustado con la familia de acogimiento con la que guardaba un fuerte vínculo afectivo, por lo que el informe psicosocial fue favorable a continuar el acogimiento preadoptivo. El Tribunal Supremo no tenía otra salida que mantener al menor con la familia de acogida, y eso fue lo que decidió en sentencia de unificación de doctrina. Lo más lamentable de este caso es que si atendemos a las razones por las que el juez ignoró la petición de la madre biológica y le prohibió todo contacto con su hija, la sentencia solo deja entrever que el motivo era el leve retraso mental de la madre que carecía de habilidades sociales.

Una cuestión últimamente debatida en los EEUU es la edad en la que el joven acogido ha de quedar desvinculado de la familia de acogida pues algunas voces creen inadecuado que quede sin protección al cumplir los dieciocho años al perder los beneficios que le corresponderían durante su minoría de edad. En esta línea los servicios sociales disponen de fondos para permitir la adaptación de estos adolescentes, si bien la más reciente normativa permite que cada Estado pueda optar por extender el acogimiento hasta que el acogido cumpla 21 años, y que las agencias encargadas del acogimiento diseñen un plan personal de transición para cada joven acogido<sup>85</sup>.

Por otro lado, una vez desamparado el menor y en régimen de acogida, su lazo jurídico con la familia de origen se mantendrá en tanto que no sea objeto de adopción o se decida la privación de la patria potestad de sus padres. Ahora bien, ¿en qué supuestos es lícito privar a los padres biológicos de todo contacto con su hijo acogido? Evidentemente se trata de una decisión difícil no exenta de riesgo, pues ha de ser tomada por personas que siempre actuarán con un cierto margen de discrecionalidad. La Jurisprudencia norteamericana ha optado por establecer un estándar mínimo consistente en que medie una evidencia clara y convincente de que la privación de la patria potestad es conveniente para el menor<sup>86</sup>. Por tanto, numerosos Estados han considerado que exigir este estándar mínimo implica probar que dicha medida sea acorde con el interés superior del menor.

---

<sup>85</sup> Fostering Connections to Success and Increasing Adoptions Act, Pub. L. No. 110-351, artículo 101 (2008). (Normativa federal).

<sup>86</sup> El precedente en el que se acuñó este estándar mínimo fue *Santosky v. Kramer*, 455 US 745 (1982).

## 5. LÍMITES AL CONTROL ESTATAL EN EL SUPUESTO DE LA EDUCACIÓN EN CASA O *HOMESCHOOLING*

La intervención estatal está limitada por la decimocuarta enmienda, y no se puede impedir arbitrariamente que los padres ejerzan su potestad dentro del ámbito de libertad que la Constitución americana les reconoce (en relación con la primera enmienda)<sup>87</sup>. De esta forma se considera contrario a la Constitución el Estatuto de un Estado federal que obligue a los padres a ingresar a sus hijos en colegios públicos, prohibiendo por tanto la escolarización de menores en centros privados. Tal fue el supuesto resuelto en el caso *Pierce v. Society of Sisters*<sup>88</sup> en el que se consideró que la decimocuarta enmienda garantiza la libertad de los padres o guardianes de menores a dirigir la educación de sus hijos pudiendo por tanto seleccionar tanto profesores como centros a tal efecto. Ello implica que el Estado no puede intentar estandarizar la formación de los menores obligando a escolarizarlos en centros públicos.

Este temprano precedente de 1925, es el embrión de la llamada escolarización en casa *homeschooling* que se ha desarrollado en el ámbito anglosajón<sup>89</sup>. Sin embargo quedaba aún un largo camino antes que la llamada *homeschooling* fuera legalmente aceptada y en este proceso jugó un relevante papel la comunidad Amish. Esta comunidad religiosa se negaba a escolarizar a sus hijos en centros públicos o privados alegando que la libertad de religión reconocida por la *free exercise clause* de la primera enmienda les amparaba a educar a sus hijos en el seno de sus comunidades. Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal Supremo Federal en el caso *Wisconsin v. Yoder*<sup>90</sup>, los argumentos jurídicos entonces esgrimidos nos resultan

<sup>87</sup> La cuestión fue a discutida en 1923 en el famoso caso *MEYER v. NEBRASKA* [262 US 390 (1923)], en el que se discutió sobre si la prohibición de enseñar cualquier otra lengua que no fuera la inglesa a niños que no hubieran alcanzado los diez años y superado el «grado octavo» establecida por el Estatuto de Nebraska era contraria a la catorce enmienda. Finalmente se entendió que el enseñar otra lengua, en este caso el alemán, no era en absoluto un perjuicio para los menores cuando igualmente estaban aprendiendo inglés, por lo que no podía ser prohibido.

<sup>88</sup> *Pierce v. Society of Sisters*, 268 US 510 (1925).

<sup>89</sup> Es curioso constatar que el origen de la decimocuarta enmienda echa raíces en la derogación de la esclavitud, pues dicha esclavitud imponía, entre otros extremos, la alienación cultural al prohibir a los esclavos enseñar su cultura e idioma a sus hijos. PEGGI, Cooper Davis, «Contested Images of Family Values: The Role of the State», 107 *Harv. L.Rev.* 1348, 1363 (1994).

<sup>90</sup> *Wisconsin v. Yoder* 406 US 205 (1972). No obstante uno de los miembros del tribunal (Justice Douglas) disintió parcialmente por entender que era el futuro de los estudiantes, no es de sus padres el que estaba en juego, y que la decisión adoptada podía impedirles participar de la diversidad existente en la sociedad actual. La pregunta que subyace aquí es precisamente si el interés de los padres y el de los hijos deambulan por caminos separados, en este punto mi opinión es que debemos atender a la capacidad natural del

de gran interés. El Estado de Wisconsin exigió la escolarización de unos niños *amish* de 14 y 15 años para que pudieran completar el octavo grado de educación, alegando que dicho nivel de educación era necesario para preparar la inserción del individuo en la sociedad y para preservar su libertad e independencia. Sin embargo el Alto Tribunal dio la razón a los padres que afirmaban que el ingreso de sus hijos en dicho tipo de colegios podría ser dañino al exponer a sus hijos a un mundo en conflicto con sus creencias, por ser la formación que se recibe en dicho tipo de centros incompatible a su fe, al no ser los profesores miembros de la comunidad *amish*. El Tribunal consideró que dicha comunidad aportaba miembros íntegros a la sociedad y que su concepción de la vida basada en la comunidad, bondad y sabiduría podía ciertamente oponerse a los valores perseguidos por los centros de enseñanza basados en el conocimiento técnico y la competitividad. Por todo ello consideró que era tolerable tal tipo de intromisión estatal en las decisiones religiosas que únicamente corresponde adoptar a la familia, permitiendo la no escolarización de los menores.

Actualmente la educación en casa o *homeschooling* está permitida en los cincuenta estados federales, si bien la mayoría de ellos han regulado su desarrollo<sup>91</sup>. Precisamente, la siguiente cuestión que se ha planteado ha sido determinar hasta qué punto puede el Estado regular la *homeschooling* sin violar el derecho de los padres a decidir la educación y religión de sus hijos, pues últimamente se ha planteado la posibilidad de establecer pruebas estándar para examinar a los menores cuyas familias hayan optado por este tipo de educación<sup>92</sup>.

Contrasta esta regulación con la situación en España, pues si bien en nuestro país la técnica del *homeschooling* no está expresamente prohibida por ley, como por ejemplo ocurre en Alemania, sin embargo tampoco está expresamente autorizada. Ante este vacío legal se están dando soluciones contradictorias al problema. Así por ejemplo en el País Vasco se ha permitido este tipo de educación en el que caso de K. Sánchez, madre que decidió optar por la educación en casa como medio de enseñanza para sus dos hijos. Para ello los matriculó a distancia en un colegio de los EEUU, donde obtenían títulos homologables. Evidentemente tanto Bienestar Social como la fiscalía de menores se alarmaron al detectar la falta de

---

menor, pues un adolescente de quince años puede ser suficientemente maduro para decidir incluso salir de la comunidad Amish, por lo que habría que estar al caso concreto; no obstante esta solución aceptable en el Ordenamiento español, casaría muy mal con el sistema legal norteamericano como posteriormente veremos.

<sup>91</sup> LEITER, Richard A. *National Survey of States Laws* 261-276 6th ed. 2008.

<sup>92</sup> YURACKO, A. KIMBERLY, «Education Off the Grid: Constitutional Constraints on Homeschooling», 96 *Cal. L. Rev.* 123 (2008).

escolarización de sus hijos. De hecho se informó a la madre que de no escolarizar inmediatamente a sus hijos se iniciaría una causa penal contra ella por desobediencia a la autoridad y un delito de abandono a la familia. Sin embargo, encontró apoyo en el Defensor del Menor del País Vasco y fue oída en el propio parlamento vasco donde los diputados le apoyaron, por fin consiguió que los servicios sociales visitaran a los niños, siendo evaluado positivamente su nivel de aprendizaje y permitiéndosele continuar educando a sus hijos en casa<sup>93</sup>. Por otro lado el TC en sentencia de 2 de diciembre de 2010 ha considerado que el derecho de los padres a educar a sus hijos no comprende su escolarización en casa<sup>94</sup>.

## 6. ADOPCIÓN E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El interés superior del menor es el criterio básico que deber regir las decisiones en materia de adopción<sup>95</sup>, pero junto a él recientemente se han introducido nuevas pautas al entender de la doctrina norteamericana. Esta nueva realidad viene determinada por la proliferación de los nuevos modelos familiares, el vertiginoso aumento de divorcios y segundos matrimonios, y la consecuente adopción por padrastros, por último por la adopción de adultos<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> <http://www.hazteoir.org/node/23654>

<sup>94</sup> STC 133/2010 de 2 de diciembre (RTC/2010/133), que consideró que el deber de escolarización venía exigido por el artículo 9 de la LOCE (RCL 2002, 3012).

<sup>95</sup> La doctrina señala reiteradamente la primacía del interés del menor en esta materia: HERZIG J.»Doma and Diffusion Theory: Ending Animus Legislation Through a Rational Basis Approach», 44 *Akron L. Rev.* 2011, p. 621. MILLER, Monica K. «How Judges Decide Whether Social Parents Have Parental Rights: A Five Factor Typology», 49 *Fam. Cr. Rev.* January 2011, pp. 72 y ss.

<sup>96</sup> La adopción de adultos está hoy permitida por la mayor parte de los estados norteamericanos. Este tipo de adopción normalmente solo requiere del consentimiento de las partes y ha sido frecuentemente utilizado por parejas de gays y lesbianas para dar un cierto contenido jurídico a su relación en aquellos estados en los que está prohibido el matrimonio homosexual. Esto ha provocado que algunos estados se hayan incorporado requisitos especiales para evitar tal tipo de adopciones, ej.: requiriendo cierto tipo de consanguineidad, ej.: Va Code Ann. Sección 63.2-1243 (2007); o exigiendo que le procedimiento se inicie cuando aún el adoptado es menor de edad (ej.: Idaho Code sección 16-1501 Supp. 2008), o exigiendo una determinada diferencia de edad entre adoptante y adoptado. Recojo aquí uno de los casos más pintorescos que he leído: *Bedinger v. Graybill's Ex'r and Tr.*, 302 SW 2d 594 Ky.1957); en el que en el Estado de Kentucky se permitió la adopción de la esposa por su marido (no tenían hijos) en orden de poder nombrarla heredera legal con mejores derechos que unos primos nombrados herederos en un primer testamento. En otro caso señalado por McCABE, Brynne E., en «Adult Adoption: The Varying Motives, Potential Consequences, and Ethical Considerations», 22 *Quinnipiac Prob. L.J.* 300 (2009). Recoge el caso de un matrimonio de cincuenta años que quiso adoptar a una mujer de su misma edad, por conformar los tres un «equipo de iguales» y tener los tres una especial relación afectiva. La solicitud fue rechazada por no mediar la diferencia mínima de edad de diez años entre adoptante y adoptado exigida por el Estatuto aplicable. No obstante en muchos casos los tribunales están negando derechos hereditarios a las personas adultas adoptadas por considerarlo fraudulento, especialmente para evitar

En todo caso el llamado «mercado de adopciones» presenta grandes paradojas, por un lado hay una escasez de niños adoptables en las condiciones que la gran mayoría de los solicitantes desean (bebés sanos y blancos) y por otro existe una gran cantidad de niños que por sus carencias nadie quiere adoptar (niños mayores, de color, discapacitados, enfermos...). Esto ha provocado que desde el Gobierno se haya incentivado la adopción de este tipo de menores por diversos medios (beneficios fiscales e incentivos estatales<sup>97</sup>).

Si bien, la regla general es que la adopción rompe todo lazo jurídico entre el menor y la familia de origen, la realidad es que poco a poco se ha ido introduciendo una cierta flexibilización en esta regla y ya ciertamente no se considera que se trate de confrontar dos situaciones extremas: Es decir que el menor tenga toda o ninguna relación con su familia biológica, según haya sido o no adoptado. De hecho, ya en el año 1994 se introdujo una regla en el *Uniform Adoption Act* que establecía que la familia de origen seguiría vinculada al menor a pesar de la adopción en tanto que podría tener que hacerse cargo del pago de los atrasos en los alimentos del niño<sup>98</sup>. Además se aducen motivos psicológicos para defender que el menor pueda investigar su paternidad, aconsejándose la superación del secretismo con el que antes solía tratarse a las adopciones. Por todo ello hoy se plantea si la regla general que establece la ruptura todo vínculo con la familia de origen no debería ser modificada.

De hecho poco a poco se va caminando hacia la llamada «adopción abierta» (*open adoption*)<sup>99</sup>. Si pensamos en los motivos por los cuales se estableció el secretismo en materia de adopción, encontramos que ello fue debido a la estigmatización que sufrían las madres solteras y los niños nacidos fuera del matrimonio, el miedo a que los padres biológicos pudieran interferir en la familia de adopción y en la creencia de que la familia adoptiva podría imitar los comportamientos de la familia biológica<sup>100</sup>. Bajo estas premisas los distintos estados establecieron reglas para asegurar el secreto de la adopción, estableciendo que su aprobación implicaría

---

que puedan heredar de distintas familias, suele pensarse que el derecho a la herencia debería ser intergeneracional.

<sup>97</sup> Protecting Incentives for the Adoption of Children with Special Needs Act del año 2009, *Pub. L.No.* 111-20, 123 Stat. 1616 en 15 de mayo de 2009.

<sup>98</sup> UAA, sección 1-104 y 1-105.

<sup>99</sup> Debe señalarse la aportación de BODENHEIMER, Brigitte M., «New Trends and Requirements in Adoption Law and Proposals for Legislative Change», 49 *S. Cal. L. Rev.* 10, 41 (1975), como pionera en la materia.

<sup>100</sup> Así lo señala SAMUELS, Elizabeth J., «The Idea of Adoption: An Inquiry into the History of Adult Adoptee Access to Birth Records», 53 *Rutgers L. Rev.* p. 367 (2001).

la expedición de un nuevo certificado de nacimiento en el que no aparecería ni el apellido originario del adoptado, ni referencia alguna a sus padres biológicos. Posteriormente paulatinamente algunos estatutos comenzaron a permitir la revelación de la información biológica del adoptado, especialmente para poder prevenir y diagnosticar determinadas enfermedades genéticas, si bien solían negar que dicha información pudiera facilitarse para favorecer el ajuste psicológico del menor<sup>101</sup>.

La reforma legislativa comenzó en Alaska y Kansas, los primeros estados en permitir que las personas adoptadas adultas pudieran conocer los datos registrados sobre su nacimiento. Posteriormente los avances se han sucedido<sup>102</sup>. Por su parte el Estado de Oregón, en 1998 optó por dar acceso a todas las personas adultas adoptadas a los datos inscritos de sus nacimientos. Algunos estados han optado por crear registros voluntarios para proveer información a ambas partes, como fue el caso del artículo 9-9-503 del Código de Arkansas. En otros estados, como Indiana, se prevé la intervención de un intermediario que, tras el registro de una parte, pueda ponerse en contacto con la otra para obtener su consentimiento al intercambio de información<sup>103</sup>. En otros casos se han dictado leyes que permiten el intercambio de información siempre que no medie el veto de una de las partes (ej.: Michigan). Sin embargo ha sido el Estado de Tennessee el primero en establecer una cláusula general que permite revelar la información de la adopción apostando por las adopciones abiertas, si bien recoge la posibilidad de que una de las partes, excepcionalmente, pueda negarse a que sea facilitada dicha información<sup>104</sup>.

Finalmente, el movimiento por la adopción abierta se está imponiendo sobre la base de la necesidad de saber del adoptado y el convencimiento de que el secretismo puede causar daños psicológicos a las partes afectadas, especialmente al adoptado. Esto ha provocado que los acuerdos entre padres biológicos y adoptivos para permitir una «adopción abierta» y por tanto el continuo contacto del menor con su familia de origen estén aumentado. APELL señala tres razones distintas para este nuevo enfoque de la adopción. En primer lugar debido al incremento de niños de cierta edad que si bien tienen vínculos afectivos con sus familias biológicas se decide que sean adoptados; en segundo lugar, por la disminución del número de bebés «ideales» para ser adoptados, determinado

<sup>101</sup> In Application of Maples, 563 SW 2d 760 (Mo. 1978).

<sup>102</sup> Desarrolla esta materia ANDERSEN, Roberts S. «Why Adoptees Search: Motives and More», 67 *Child Welfare* 15, 18 (1988).

<sup>103</sup> Ind. Code Ann. Sección 31-19-24-2.

<sup>104</sup> Tennessee Code Ann. Sección 36-1-127 y 128.

muy especialmente por la legalización del aborto, junto al hecho de que se ampare jurídicamente que los padres biológicos puedan condicionar la adopción de su hijo a la inclusión en el acuerdo de una cláusula que contemple una adopción abierta; y finalmente debido a que los expertos señalan que un sistema de adopción abierta evita los dañinos efectos psicológicos que el anonimato conlleva para adoptantes, familia de origen y adoptado. Lo cierto es que hoy en día la mayor parte de las adopciones en los Estados Unidos, debido a que son hechas por el consorte del progenitor, o parientes, o niños que han estado en acogimiento, no son anónimas<sup>105</sup>.

En ocasiones tras el acuerdo entre las partes que deciden una adopción abierta, los padres adoptivos se niegan a cumplir el acuerdo impidiendo el contacto del menor con su familia de origen. La mayoría de los estados que han aprobado leyes de adopción abierta, suelen dejar la decisión final en manos de la autoridad judicial que deberá decidir atendiendo en primer lugar al interés del menor<sup>106</sup>. Traemos a colación uno de los primeros precedentes existentes en la materia, se trata del caso *Groves v. Clark*<sup>107</sup> en el que si bien inicialmente se había llegado a un acuerdo de adopción abierta o de contacto entre padres biológicos y adoptivos, posteriormente estos últimos se negaron a permitir todo contacto entre el menor y su familia de origen. Planteada la demanda por los padres biológicos el Tribunal Superior de Montana decidió que el acuerdo de adopción abierta establecido entre las partes era vinculante y debía ser cumplido por exigirlo así el interés superior del menor, añadiendo que el pequeño debía mantener el contacto con su madre biológica pues de lo contrario podría sufrir sentimientos de abandono, inseguridad y duelo.

Una vez que la batalla por la adopción abierta está ganando terreno, se plantea una nueva cuestión. Esto es, si deben mantener los padres adoptivos una relación global y exclusiva con el hijo adoptado, o deberían reconocerse las conexiones del menor con distintas figuras paternas. Parte de la doctrina considera que esta última es la alternativa idónea cuando el proyecto de familia nuclear originario ha fracasado<sup>108</sup>. En todo caso se considera que el

---

<sup>105</sup> APPELL, Annette Ruth, «The Move Towards Legally Sanctioned Cooperative Adoption: Can It Survive the Uniform Adoption Act?», 30 *Fam. L.Q.* 483 (1996).

<sup>106</sup> Más lejos llega el Estado de Texas que permite la visita de los abuelos biológicos tras la adopción. Tex. Fam. Code sección 161.206(c) (Vernon 2008). Se ha llegado a plantear si esta legislación convierte a los padres adoptivos en padres de segunda clase.

<sup>107</sup> *Groves v. Clark*. Mont. Sup. Ct. 982 P.2d 446 (1999).

<sup>108</sup> BARTLETT, Katharine T., «Rethinking Parenthood as an Exclusive Estatus: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed» 70 *V. L. Rev.* 879 (1984).

tribunal deberá decidir si es procedente optar por una adopción abierta caso por caso<sup>109</sup>.

Otra interesante debate se ha planteado respecto al derecho de arrepentimiento de la madre biológica. Es decir, si una madre cuyo hijo esté siendo objeto de un procedimiento de adopción pueda estar legitimada para reclamar su hijo antes de que dicho procedimiento haya terminado. En concreto, nos referimos al supuesto en que la madre haya decidido voluntariamente dar su hijo en adopción y posteriormente se arrepienta de tal decisión. Ciertamente podríamos objetar que una vez tomada la decisión no es legítimo actuar en contra de los propios actos, pero ¿Cuál será el interés superior del menor en este supuesto? Al respecto encontramos distintas respuestas en la Jurisprudencia norteamericana, sin embargo el precedente más citado es *Scarpetta v. Spence-Chapin Adoption Service*<sup>110</sup>, en el que se decidió que la madre natural tenía el derecho a reclamar a su hijo siempre que ello fuera acorde con el interés superior del menor y aunque la agencia tramitadora de la adopción se opusiera a la devolución del menor. De hecho, posteriormente el Estado de Nueva York modificó su estatuto para prever que en caso de revocación del consentimiento, los padres naturales no debían ser preferidos a los adoptivos y la decisión debería tomarse por el juez atendiendo al interés del menor<sup>111</sup>. Este precedente no debe llevarnos a engaño, pues si bien es cierto que muchas jurisdicciones otorgan a la madre un derecho absoluto de reclamar a su hijo antes de que la adopción esté consumada (es decir se lo devuelven siempre que lo pida salvo que se pruebe que medie un impedimento perjudicial para el interés del menor), en otros casos no es así y se deja el asunto a la plena discreción de la autoridad judicial. En este tipo de casos en ocasiones median problemas de jurisdicción, especialmente cuando unos y otros afectados viven en distintos estados. El *Uniform Adoption Act* (UAA) de 1999 establece como criterio general para determinar la Jurisdicción competente el lugar donde el adoptado o los padres de adopción hayan vivido durante los últimos seis meses (UAA Sección 3-101). En todo caso, de mediar una adopción interestatal

<sup>109</sup> FERRELL, Tracy/ GREGOR, Rosemary/ PAYNE, Anne / ZAKOWLSKI, Lisa, «VII Proceedings for Adoption, 131 Welfare and best interest of the child» 2 *Am. Jur 2d Adoption* 131. *American Jurisprudence* 2nd Edition. November 2011.

<sup>110</sup> *Scarpetta v. Spence-Chapin Adoption Service*. N.T. Ct. App. 269 N.E.2d 787 (1971). En la década de los setenta y antes del precedente *Roe v. Wade* decidido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1973, existía una gran presión sobre la mujer para evitar que tuviera hijos fuera del matrimonio. Hoy en día los motivos por los que se entregan los niños en adopción han cambiado y suelen deberse a la imposibilidad económica de la familia que no puede hacerse cargo de otro hijo.

<sup>111</sup> N.Y. Dom. Rel. Law art. 115-b(6) dv.

debería aplicarse el *Interstate Compact on the Placement of Children* (ICPC).

Es competencia estatal regular las circunstancias en las que la renuncia de la madre ha de hacerse. A título de ejemplo en el Estado de Illinois está previsto que el plazo para poder renunciar comience 72 horas después del nacimiento y termine a los doce meses del nacimiento<sup>112</sup>. En otros estados se prevé que la renuncia pueda realizarse desde el justo momento del nacimiento y que dicha renuncia pueda ser revocada en cualquier momento anterior al decreto que extingue la patria potestad o del decreto que aprueba la adopción. Es llamativa la notable diferencia entre estas legislaciones y la española donde se prohíbe que la madre biológica pueda consentir en la adopción de su hijo antes de haber transcurrido treinta días tras el parto, pues se entiende que en dicho periodo la madre puede estar condicionada por una depresión posparto (art. 177.2 CC *in fine*<sup>113</sup>). Otra notable diferencia entre un sistema y otro es que mientras en el sistema norteamericano se considera que toda madre tiene el derecho a renunciar a la patria potestad de su hijo dándolo en adopción, en el sistema español dicha posibilidad se limita a situaciones especiales en las que queda totalmente justificado la entrega del niño por las circunstancias concurrentes (grave enfermedad de la madre, situación económico de pobreza extrema...). Por otro lado en los Estados Unidos, si bien la madre puede desprenderse del menor dándolo en adopción en cualquier momento se distingue según sea un bebé o de corta edad, en cuyo caso cualquier agencia estará encantada de recibirlo, o si ya tiene cierta edad, en cuyo caso difícilmente será admitido por ninguna agencia de adopción. No obstante, la madre sea cual sea la edad del menor, puede darlo siempre en adopción mediante acuerdo con otra familia<sup>114</sup>.

Respecto al consentimiento del padre biológico el Derecho norteamericano distingue según esté o no casado con la madre. De no mediar matrimonio el padre sólo tendría derecho a exigir su con-

---

<sup>112</sup> 750 Ill. Comp. Stat. Ann 50/9 (West 2009).

<sup>113</sup> Se trata de la previsión legal de asentimiento por parte de la madre en la adopción de su hijo cuando la misma no está privada de la patria potestad ni haya incurrido en causa legal de privación de la misma. Dicha posibilidad de asentir se permite a partir de los treinta días siguientes al parto. Se concluye que aunque teóricamente no se puede renunciar a la patria potestad, *de facto* la ley abre un cauce para que así ocurra. Sin embargo, cabe preguntarse cuales serán esos supuestos en los que es posible tal renuncia y creemos que se tratará de supuestos similares a los que justifican la asunción de la guarda asistencial administrativa. Supuestos en los que por causas ajenas a la voluntad de los padres estos se vean totalmente impedidos de asistir a sus hijos y que por dichas circunstancias especiales no quepa considerar que los padres están incurso en causa de privación de la patria potestad (Pues entonces procedería la declaración de desamparo).

<sup>114</sup> SHAPO, Helene, Seminario sobre interés del menor. 29 de diciembre de 2011, Facultad de Derecho. Northwestern University.

sentimiento si pudiera ser considerado un *presumed father*, y lo curioso es que las distintas normativas solían derivar dicha presunción del hecho de que el padre biológico residiera en la casa con el menor y lo tratara como hijo suyo<sup>115</sup>. Esto significaba que finalmente eran las madres las que decidían y si permitían que el padre viviera en la vivienda familiar, sería un padre presunto (con posesión de estado) y podría rechazar la adopción, caso contrario no. Señala Shapo que habrá que estar al caso concreto, pues si se demuestra que el padre ha empleado todos sus esfuerzos en poder tener una relación normalizada con su hijo y la única causa por la que no lo ha conseguido ha sido la absoluta negativa de la madre a permitir el más mínimo contacto entre padre e hijo, los tribunales suelen entender que dicho padre tiene el derecho a rechazar la adopción de su hijo<sup>116</sup>.

En el importante precedente *Adoption of Kelsey S.*<sup>117</sup> el Tribunal Supremo californiano consideró que salvo en el supuesto en que no se demostrara la capacidad para hacerse cargo de la custodia del menor, debía atenderse a la presunción según la cual el menor estaría mejor atendido por su propio padre biológico que por una familia de adopción. La presunción recogida por este precedente fue asumida con posterioridad en determinados textos jurídicos (*Uniform Parentage Act, UPA*)<sup>118</sup>.

No obstante, en estos casos es difícil fijar hacia dónde puede oscilar el interés del menor, pues si bien de partida el interés del niño es vivir con su padre biológico, en ocasiones la impugnación de la adopción se ha presentado al cabo de los años cuando el menor había alcanzado ya fuertes vínculos afectivos con la familia de adopción. Ante tal panorama ha de decidirse si el interés del menor estará con la familia psicológica o biológica. Sin duda la solución aportada por el derecho español en el artículo 180 CC nos parece equilibrada al limitar la posibilidad de que el padre biológico pueda anular la adopción a dos años desde su aprobación, si bien esta solución crea el problema añadido que se dará cuando se haya ocultado al padre el nacimiento del hijo durante más de dos años, quizá en este excepcional caso, sería adecuado aplicar la regla que no permite caducar los plazos antes de que los derechos puedan ser ejercitados. En todo caso, en determinados estados se ha optado por crear registros de padres putativos (*putative father*

<sup>115</sup> A título de ejemplo el artículo 7004, subdivisión (a)(4) del Código de California.

<sup>116</sup> SHAPO, Helene, Seminario sobre interés del menor, 29 de diciembre de 2011. Facultad de Derecho. Northwestern University, Chicago.

<sup>117</sup> *Adoption of Kelsey S.* Cal. Sup. Ct. 823 P.2d 1216 (1992).

<sup>118</sup> El UPA ha sido admitido como regulación propia por diez estados: Alabama, Delaware, Nuevo México, North Dakota, Oklahoma, Texas, Utah, Washington, Wyoming y Colorado.

*registries*) donde pueden voluntariamente inscribirse los padres solteros, bajo la pena de perder sus derechos de no hacerlo (entre ellos el derecho a rechazar la adopción). No obstante esta solución plantea el problema de que queden registrados datos falsos.

Por último, en el caso de que el menor haya sido fruto de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, se presenta el problema de si es necesario que el marido de la madre que no ha aportado material reproductivo tenga que dar su consentimiento en caso de que el niño sea objeto de adopción. El caso se planteó en *In re Adoption of Anonymous*<sup>119</sup>, en el que la madre, tras tener un hijo fecundado *in vitro* con aportación de donante extraño, se divorció de su marido, casándose con un segundo esposo que quiso adoptar al pequeño. El tribunal de Nueva York consideró que en tanto la inseminación artificial se hizo previo consentimiento de ambos esposos, debía presumirse como padre legal al primer marido y por tanto su consentimiento era necesario. Exactamente es la misma solución que la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana prevé en el ordenamiento español. Por otro lado, el referido *Uniform Parentage Act* (UPA), en su versión de 2002 (arts. 702-704), estableció que aunque el marido no hubiera prestado su consentimiento, se le consideraría como padre si durante los dos años siguientes al nacimiento hubiere convivido con madre e hijo, tratando a éste como a un hijo<sup>120</sup>.

El interés del menor exige que los padres adoptivos reúnan unas determinadas características<sup>121</sup>. La encargada de seleccionar a los padres es la agencia de adopción (*agency adoption*) autorizada por el Estado (la agencia puede ser pública o privada), dicha agencia

<sup>119</sup> *In re Adoption of Anonymous*, N.Y. Surrogate's Ct. 345 NY S 2d 430 (1973). No obstante, en casos similares otros tribunales han optado por considerar al hijo como no matrimonial.

<sup>120</sup> En estos supuestos de inseminación artificial con aporte de material reproductivo de un tercero, si bien originariamente se partía del absoluto anonimato de la donación, actualmente las cosas están cambiando. Hoy en día los bancos de espermatozoides están aportando los datos del donante cuando éste lo ha aceptado, incluso se han establecido sistemas para que los niños concebidos por el mismo donante puedan entrar en contacto. CROCKIN, Susan L., «Where Is Anonymous Reproduction Taking Us Now?», 12 *DePaul J. Health Care L.* p. 241 (2009). En el caso del Reino Unido, el Human Fertilization and Embryology Act de 2008, ch 22, art. 24 permite la identificación por razones de salud u otra información, permitiendo al niño nacido de las técnicas de inseminación artificial poder investigar en su paternidad.

<sup>121</sup> Una peculiaridad del sistema norteamericano es que en algunos estados se permite que el padre pueda adoptar a su propio hijo biológico, como es el caso del Estado de Arkansas. Se recoge el supuesto en las anotaciones legales de biografía en materia de género de la revista 17 *Cardozo J.L. and Gender* 2011, p. 717. En concreto se prevé tal posibilidad en la sección 9-9-204 del Código de Arkansas, regla que ha sido confirmada por reciente jurisprudencia: *King v. Ochoa*, *In re Adoption of M.K.C.I* o *In re Adoption of M.K.C.II.*, evidentemente se trata de supuestos especiales en los que no media presunción de paternidad, entre los cuales puede recogerse el no mediar matrimonio entre los padres o el haber perdido previamente la patria potestad.

realiza el llamado *home study* y la *Preplacement investigation* para determinar la idoneidad de los candidatos a la adopción (*certified as qualified adoptive parents*). Posteriormente el menor es entregado a la familia solicitante durante un determinado periodo de tiempo en el que queda bajo la supervisión de la agencia y seguidamente el juez otorga el decreto de adopción. En el caso de que los padres hayan entregado voluntariamente a su hijo para la adopción dicha renuncia determina que, si por ejemplo, los solicitantes no son considerados idóneos tras el periodo de estancia del menor, éste vuelva a la agencia y no con los padres biológicos, pues en principio se entiende que la renuncia es definitiva.

Señala Dwyer<sup>122</sup> que respecto a la idoneidad de los solicitantes la mayoría de los estados se limitan a establecer criterios minimalistas centrados en el interés superior del menor, las cualidades personales de los posibles padres adoptivos y las condiciones del hogar que ofrecen al menor. A título de ejemplo señala que en el Estado de Colorado se exige como requisitos para la idoneidad de los solicitantes que tengan un buen carácter con un estándar moral adecuado, la habilidad y capacidad para alimentar y educar al menor, una vivienda adecuada, así como ausencia de antecedentes penales. Si comparamos estos criterios con las largas listas que nuestros legisladores autonómicos han redactado, vemos hasta qué punto se pueden simplificar las cosas. No obstante la exigencia de un «comportamiento moral adecuado» nos parece peligrosa, pues puede servir para discriminar genéricamente a quienes, según criterio del aplicador de la norma, no tengan dicha conducta, por ejemplo, personas homosexuales.

Por su parte el estatuto del Estado de Hawai se limita a señalar que el solicitante sea persona adecuada, con buena salud, con capacidad financiera para soportar la educación del menor y proporcionarle una vivienda adecuada. Igualmente se indica que previamente a la adopción se deberá realizar una investigación de los solicitantes para determinar si son adecuados al interés del menor (art. 578-8b). En esta línea el estatuto de Indiana refiere que la investigación deberá incluir una descripción física de los solicitantes, su estado de salud, su vivienda, zona residencial. En el Estado de Washington se llega a exigir que se describan los servicios comunitarios que el barrio donde residan los solicitantes pueda ofrecer al menor. Otros estatutos establecen que se deberán ponderar además la edad del solicitante, su estado civil, en especial si

---

<sup>122</sup> DWYER, James G. en «No place for children: Addressing Urban Blight and Its Impact on Children Through Child Protection Law, Domestic Relations Law, and «Adult-Only» Residential Zoning», 62 *Ala. L. Rev.* pp. 887 y ss., 2011.

está casado, la zona donde resida, su religión y raza en tanto pueda aportar al menor la oportunidad de crecer en un determinado entorno espiritual o étnico. Por su parte el estatuto de Montana exige que se valoren los lazos afectivos generados entre menor y futuros adoptantes cuando previamente hayan tenido al menor en acogimiento (art. 42-5-107 (2)).

Hoy en día la mayor parte de las adopciones son tramitadas por agencias públicas, una pequeña parte por agencias privadas y, en algunos supuestos, por personas privadas especialmente autorizadas, como determinados abogados<sup>123</sup>. En este último caso se trataría de adopciones independientes en las que los propios padres biológicos eligen a los padres adoptivos sirviéndose de un intermediario, entregándoles el hijo directamente, si bien quedando el trámite pendiente de un decreto judicial de adopción que la legitime; este tipo de adopciones está prohibido en algunos de los estados de la unión<sup>124</sup>.

Esta realidad ha llevado a que parte de la doctrina haya calificado de «mercado de adopciones» las prácticas adoptivas empleadas en ocasiones en los Estados Unidos<sup>125</sup>. Aunque en ciertos estados como Nueva York está prohibida que la intermediación se realice por abogados, exigiéndose la intervención de una agencia autorizada, en otros como California permiten que los *adoption facilitators* se hagan cargo del proceso de selección de padres adoptivos de «forma independiente y sobre la base de su conocimiento», así lo prevé la sección 8801 del Código de familia de California. En la práctica dicha intermediación se suele traducir en el vertido de la información de los padres solicitantes en una página web de internet donde los padres biológicos puedan leer sus perfiles y elegir los que crean más adecuados. Es más, si bien está estrictamente prohibido el pago de dinero a los padres biológicos por la entrega de su

<sup>123</sup> PLACEK, Paul, «National Adoption Data», en *Adoption Factbook IV* 3. 5-6, National Council for Adoption. 2007.

<sup>124</sup> SAMUELS, Elizabeth J., «Time to Decide? The Laws Governing Mother's Consents to the Adoption of Their Newborn Infants», *72 Tenn. L. Rev.* 509, 519 n.68 (2005). Este peculiar sistema de adopción cuenta con sus defensores al permitir a los padres biológicos elegir a los padres de adopción, evitar a estos sufrir de interminables listas de espera que se prolongan durante los años, permitirles ejercer un papel activo en el proceso y evitar el periodo transitorio del acogimiento familiar, muchas veces problemático. Sin embargo, nos planteamos hasta que punto permitir estos tratos puede derivar en un mercado de menores, que se convertirían por tanto en mero producto de compraventa. No obstante, desde el momento en que en muchos de estos estados se permiten la gestación substitutoria, es comprensible que se admitan estas prácticas.

<sup>125</sup> KRAWIEC, Kimberly D., «Altruism and Intermediation in the Market for Babies», *66 Wash and Lee L. Rev.* 203 (2009). Recomendando la lectura de: CHERNEVA, Iveta, «The 2010-2011 Mitchell Lecture: article: Human Trafficking for Begging», *17, Buff. Hum. Rts. L. Rev.* 2011, pp. 25 y ss. en el que se plantea si el actual sistema de adopción internacional no está amparando un auténtico tráfico de niños.

hijo, la doctrina señala que en la práctica se ha actuado permisivamente y que aún hoy pueden darse casos, especialmente para asegurarse recibir bebés blancos<sup>126</sup>. Partimos aquí del presupuesto en que los padres biológicos presten su consentimiento a la adopción, no obstante ya se ha señalado que el Estado puede ordenar una adopción sin el consentimiento de los padres cuando así venga exigido por el interés superior del menor<sup>127</sup>.

Por otro lado, se ha planteado si los familiares del menor deberían tener algún tipo de preferencia al decidirse sobre su adopción. Curiosamente los precedentes cambian según estudiemos la Jurisprudencia de uno u otro Estado. Así mientras en el caso *In re Adoption of D.M.*<sup>128</sup> se le negó a los familiares poder intervenir en el proceso de adopción; en el caso *Baker v. Webb*.<sup>129</sup>, por el contrario se permitió intervenir a unos primos segundos que querían adoptar al menor. Se trata de una cuestión sin resolver pues las distintas regulaciones guardan silencio, salvo en el caso de ICWA donde, como de seguido veremos, se prevé una preferencia para la adopción entre los familiares o miembros de la tribu<sup>130</sup>.

Una de las cuestiones más debatidas en Estados Unidos y que revela hasta qué punto la religión determina muchas de las regulaciones estatales es la posibilidad de adopción de menores por personas homosexuales. (Obsérvese que existe un gran número de agencias de adopción de índole religioso, algunas de ellas pertenecientes a la Iglesia Católica, que no siempre están dispuestas a aceptar las leyes antidiscriminatorias estatales, como ocurrió en Massachussets en relación con la aprobación de los matrimonios homosexuales)<sup>131</sup>.

<sup>126</sup> N.Y. Soc. Serv. Law sección 374(6)(McKinney Supp. 2009) y FREUNDLINCH, Madelyn, *The Market Forces in Adoption* pp. 11-13 (2000).

Esta realidad la refleja CARROL, Andrea B. en «Cracks in The Cost Structure Of Agency Adoption», 39, Cap. U.L. Rev., Spring 2011, pp. 443 y ss. al recoger un largo número de supuestos abusivos. Así señala un caso en el que se ofrecieron \$90.000 a la madre que estaba en el séptimo mes de gestación por dar su consentimiento a la adopción (*Adoption House Inc v. P.M. No. 02-12-07TN, 00-37796, 2003 WL*). En el supuesto *Douglas v. State*, 438 SE 2d 361 (Ga. 1994), se ofreció un automóvil a la madre biológica a cambio de su consentimiento. La lista que ofrece es interminable, con supuestos pintorescos como la venta de un niño a un policía por \$3000. Señala que estas prácticas de pagar dinero a los padres biológicos o de que las agencias exijan pagos a los adoptantes muy superiores a lo estipulado [ej.: solicitar \$10.000 por gastos médicos no justificados: *In re Adoption of Baby Boy M.*, 18 P3d 304, 305 (Kan. Ct. App. 2001)] son conductas injustificables que por sí solas deberían impedir que el tribunal aprobase la adopción.

<sup>127</sup> Por todos, Mass. Gen. Laws Ann. Ch. 210, art.3(a) (ii) (West Supp. 2009).

<sup>128</sup> *In re Adoption of D.M.*, 710 N.W.2d 441 (S.D.2006).

<sup>129</sup> *Baker v. Webb*. 127 S.W.3d 622 (Ky. 2004).

<sup>130</sup> En concreto el ICWA da preferencia en el caso de adopción de niños de tribus indias nativas en primer lugar a los miembros de la familia extensa del niño (Child's extense family), en segundo lugar a otros miembros de la tribu de la que es originario el niño y en tercer lugar a otras familias indias. 25 USC sección 1995(a) (2006).

<sup>131</sup> APPLETON, Weisberg, *Modern...* p. 972.

Puede servirnos de ilustración los argumentos por los que el Tribunal federal denegó el derecho a adoptar a un hombre gay en *Lofton v. Department of Children and Family Services*<sup>132</sup>. En concreto se solicitaba que se declarase la inconstitucionalidad del Estatuto de Florida que prohíbe que puedan adoptar menores personas que realicen prácticas homosexuales de forma voluntaria<sup>133</sup>. Lo primero que sorprende es que se distinga legalmente entre persona con cierta orientación sexual y persona que además voluntariamente realice actividades homosexuales para discriminar una respecto a la otra. En el caso de referencia Steven Lofton, ATS pediatra que había criado a tres niños con HIV satisfactoriamente, decidió solicitar la adopción de un niño, Doe, que estando bajo su cuidado en régimen de acogimiento permanente (que curiosamente sí se admite a favor de padres homosexuales en La Florida) habían nacido con HIV y positivo de cocaína. Su solicitud fue denegada por el Departamento de Niños y Familias (DCF) debido a que era gay.

Pues bien el Tribunal consideró que bajo la ley de Florida la adopción no era un derecho, sino un privilegio creado por el Estado por lo que no se violaba ningún derecho constitucional que pudiera atañer a una persona homosexual, al permitírsele al Estado clasificar a los solicitantes en orden a preservar el bien del niño<sup>134</sup>. Además arguyó que las personas gays y lesbianas no podían ser equiparadas a las personas heterosexuales solteras porque éstas últimas están en situación de poder dotar al menor de una familia matrimonial<sup>135</sup>. Sin duda nos parece lamentable que la discriminación irracional que sufrió el Sr. Lofton se justificara con dichos argumentos.

El desarrollo de los derechos de los gays y lesbianas es una realidad que está provocando que poco a poco vayan modificándose las leyes estatales, es de esperar que esta evolución llegue también al ámbito de las adopciones, y se hagan depender éstas del exclusivo interés del menor y no de prejuicios morales o religiosos.

---

<sup>132</sup> *Lofton v. Department of Children and Family Services*, 358 F.3d 804 (11th Cir. 2004), cert. denied, 543 U.S. 1081 (2005).

<sup>133</sup> Florida Statute, sección 63.042 (3).

<sup>134</sup> No se consideró aplicable el precedente *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), en el que se consideró que no podía ser sancionada una persona por conductas homosexuales; porque en ese otro caso mediaba un menor cuyo interés «debería salvaguardarse».

<sup>135</sup> En la misma línea el Código (sección 170-B.4) del Estado de New Hampshire que expresamente excluye a gays y lesbianas de la lista de personas que pueden adoptar.

Por su parte KRUSE, Katherine R., en «Festschrift for Ted Schneyer Lawyer: Regulation for the 21st Century: The Jurisprudential Turn in Legal Ethics», 53 *Ariz. L. Rev.* Summer 2011, p. 493; pone de manifiesto como aún hoy en día encontramos pronunciamientos jurisprudenciales que califican «el intento de usar el interés del menor para extender la adopción a familias del mismo sexo como una manipulación y corrupción de los valores y principios del Derecho que atenta contra la santidad del matrimonio heterosexual».

Como entre nosotros señala Musitu Ochoa<sup>136</sup>, lo importante es el funcionamiento familiar y no el modelo familiar. Es decir, la capacidad de cuidar y dar afecto al menor es el referente al que hay que atender, sin que quepa discriminar a todo un sector de la población por criterios anacrónicos.

Posteriormente, algunos tribunales del Estado de Florida han declarado inconstitucional su Estatuto en tanto prohíbe la adopción de menores por gays y lesbianas. A título de ejemplo *In re Adoption of Doe*, 2008 WL 5070056<sup>137</sup> y *In re Adoption of Doe*, 2008 WL 5006172<sup>138</sup>. No debemos olvidar que media siempre un doble juego constitucional, pues por un lado está la Constitución federal y por otro la de cada Estado, pudiendo por tanto llegarse a pronunciamientos distintos según sea el tribunal que decida. En todo caso aunque la prohibición se mantiene en Florida y en algún otro Estado<sup>139</sup>, un gran número de los estados federados permiten hoy la adopción de menores por padres o madres homosexuales. Como botón de muestra recojo aquí el razonamiento 20 de la sentencia del Tribunal de Florida en el caso *In re Adoption of Doe*, 2008 WL 5006172: «La cualidad y amplitud de la investigación disponible, así como los resultados de los estudios desarrollados sobre los padres homosexuales y los niños de padres homosexuales, es suficientemente robusta para lograr un presupuesto de consenso en este campo. Los informes y estudios encuentran que no hay diferencias en el ajuste de los niños de padres homosexuales. Estas conclusiones han sido aceptadas, adoptadas y ratificadas por la Asociación Norteamericana de Psicología, la Asociación Norteamericana de Pediatría, la Academia Norteamericana de Pediatras, la Liga por el Bienestar del Niño de Norteamérica y la Asociación Nacional de Trabajadores Sociales. Este Tribunal está satisfecho de que se haya superado la controversia en esta materia, pues sería irracional sostener lo contrario; el interés superior del menor no se garantiza en absoluto mediante la prohibición de las adopciones homosexuales». Es célebre el precedente fijado ya

---

<sup>136</sup> MUSITU OCHOA, Gonzalo, «Intervención social con familias. Programas de intervención», en el Curso sobre Menores y Familias en riesgo social organizado por la Universidad de Málaga y la Diputación Provincial de Málaga. 2 de marzo de 2006. Señala que no se trata de buscar al menor la mejor familia posible, sino una familia suficientemente estructurada para que el menor pueda ser feliz. Esto significa que no es tan importante el modelo familiar como el funcionamiento familiar. (Así mientras que una familia con un modelo tradicional puede estar totalmente desestructurada, una familia monoparental puede presentar unos caracteres idóneos al bien del niño). Esto significa que deben superarse los prejuicios que suelen rodear esta materia y centramos exclusivamente en el interés del menor.

<sup>137</sup> *In re Adoption of Doe*, 2008 WL 5070056, Fla. Cir. Ct. 2008.

<sup>138</sup> *In re Adoption of Doe*, 2008 WL 5006172, Fla. Cir. Ct. 2008.

<sup>139</sup> A título de ejemplo en Utah se prohíbe la adopción fuera del matrimonio heterosexual (el único permitido), Utah Code Ann. Sección 78B-6-102 (2008).

en 1993 en el Estado de Massachusetts en el caso *Adoption of Tammy*<sup>140</sup> en el que el Tribunal Supremo del Estado decidió admitir la solicitud conjunta de adopción formulada por dos mujeres<sup>141</sup>.

Otra cuestión relevante es la protección de las minorías y su incidencia en la adopción de menores. Lo cual se ha traducido en una especial sensibilidad hacia los miembros de minorías para evitar adopciones masivas de niños como ocurría con anterioridad a 1978. En dicho año se aprobó el *Indian Child Welfare Act*, ICWA<sup>142</sup> con el objetivo de que los niños de las tribus nativas indias no fueran separados arbitrariamente de sus familias y dados en adopción o acogimiento, regulación que ha dado lugar a cierta litigiosidad en supuestos en los que si bien el menor tenía antecedentes nativos era fruto de una pareja mixta. La solución adoptada ha sido estudiar en cada caso si media una *Existing Indian Family*, pues en tal caso no estaría permitida la adopción al separarse al menor de su cultura de origen o no, por tanto el criterio racial no es tan decisivo como el cultural<sup>143</sup>. No obstante Roberts nos informa que al día de hoy el despojo de niños nativos sigue siendo una cruda realidad en los Estados Unidos pues en muchas ocasiones los jueces no atienden al ICWA y ordenan el desamparo y adopción, simplemente por la mala situación económica de los padres biológicos y las grandes oportunidades que le brindan al menor los padres adoptivos. En tanto que las familias indias nativas no tengan medios económicos para contratar un abogado no podrán defenderse y por tanto su caso quedará en el silencio y el olvido<sup>144</sup>.

El hecho cierto es que Estados Unidos es un país interracial en el que existe una pequeña cantidad de niños blancos (caucásicos) adoptables y muchos matrimonios blancos solicitando niños en adopción. Esta realidad que sin duda deja entrever que las diferencias sociales y económicas siguen teniendo una base racial, plantea el problema de las adopciones interraciales. Al final de los años noventa se impuso un movimiento a favor de la adopción interra-

<sup>140</sup> *Adoption of Tammy*, Mass. Sup. Jud. Ct. 619 NE 2d 315 (1993).

<sup>141</sup> En esta línea señalar que en supuestos en los que no ha mediado adopción, pero el menor ha convivido con una pareja homosexual, se ha permitido tras la ruptura de ésta el mantenimiento del contacto del menor con la pareja en aplicación de la teoría del «padre psicológico» en aras de salvaguardar el interés superior del menor, especialmente cuando existen fuertes lazos afectivos. Esta fue la solución que se adoptó en *In re Clifford K.* 217 W. Va. 625, 619, S.E. 2d 138 (2005). HOOPS, Frederik k/ HOOPS, Frederik H/HOOPS, Daniel S., *Family State Planning Guide*, 4th edition, Chapter 33, «Non-Traditional State Planning», 2011.

<sup>142</sup> *Indian Child Welfare Act*, ICWA, 25 U.S.C. sección 1901 y siguientes.

<sup>143</sup> Véase *In re Baby Boy C.* N.Y. App. Div. 805 N.Y.S. 2d 313 (2005).

<sup>144</sup> Seminario impartido por la profesora Dorothy ROBERTS en la Facultad de Derecho de la Northwestern University en Chicago el 12 de diciembre de 2011.

cial<sup>145</sup> que se tradujo en un considerable aumento de asignación de niños afroamericanos a padres blancos para su acogimiento o adopción<sup>146</sup>. De hecho el Congreso decidió prohibir toda barrera u obstáculo a la adopción interracial al establecer que ningún Estado u entidad que recibiera fondos federales podría denegar a un individuo la oportunidad de ser padre adoptivo o de acogimiento por razón de color u origen nacional del menor o solicitante<sup>147</sup>.

Sin embargo este movimiento a favor de la supresión de toda barrera a la adopción interracial, que era aparentemente solidario e igualitario, escondía en realidad el hecho de que los defensores de este tipo de adopciones únicamente presuponen la posibilidad de la adopción o acogimiento de menores afroamericanos (o de otras minorías, hispanos, indios nativos...) por familias blancas y nunca el supuesto contrario. Además, como señala Roberts<sup>148</sup>, este tipo de adopciones pronto dejaron entrever las disfunciones y quiebras del sistema, especialmente cuando los padres biológicos (afroamericanos...), normalmente de bajo estrato social<sup>149</sup>, rechazaban ser separados de sus hijos<sup>150</sup>. Afirma que la situación se está tornando explosiva por el hecho que se intenta imponer una falsa presunción, esta es la creencia y prejuicio de que los niños afroamericanos crecerían mejor en el seno de una familia de adopción o acogimiento blanca que volviendo a casa con sus padres adoptivos y el hecho cierto de que la inmensa mayoría de los matrimonios blancos en realidad preferían recibir niños no afroamericanos. Se comprende que las pretensión de que la adopción interracial fuera una panacea era cuando menos ingenua, sino hipócrita y totalmente alejada de la realidad<sup>151</sup>.

<sup>145</sup> Por todos, BARTHOLET, Elizabeth, «Where do Black Children Belong? The Politics of Race Matching in Adoption», 139 *U.Pa.L.Rev.* pp. 1163 y ss. (1991).

<sup>146</sup> Adoption and Safe Families Act de 1997 (ASFA).

<sup>147</sup> 42 U.S.C. sección 1996b (2006) y Fam. Code sección 162.308(b) (Vernon 2008)

<sup>148</sup> ROBERTS, Dorothy, *Shattered Bonds: The Color of Child Welfare*, pp. 165-172 (2002).

<sup>149</sup> Al respecto, me parece peligroso el planteamiento de DWYER, James G. en «No place for children: Addressing Urban Blight and Its Impact on Children Through Child Protection Law, Domestic Relations Law, and "Adult-Only" Residential Zonings», 62 *Ala. L. Rev.* p. 887, 2011, cuando señala que el Estado debería intervenir en determinados entornos y zonas urbanas que sencillamente no son adecuadas para la crianza de niños y procurar evitar que los menores crecieran en esos ambientes negativos, adoptando las medidas necesarias incluyendo la separación de los hijos. Esta política supondría una auténtica discriminación económica y no atiende a lo principal que es el afecto que pueda haber entre el menor y sus padres y la básica satisfacción de sus necesidades.

<sup>150</sup> Recojo aquí el caso planteado por HALL, Elizabeth, en «Where Are My Children... And My Rights? Parental Rights Termination As A Consequence Of Deportation», 60 *Duke L.J. March* 2011, pp. 1459 y ss., en el que se planteó si lo mejor para el menor era proveerle un hogar en los Estados Unidos, pues se ponía en tela de juicio la clase de vivienda que podría ofrecerle la madre deportada en Guatemala.

<sup>151</sup> Como señalan FERRELL, Tracy/ GREGOR, Rosemary/ PAYNE, Anne / ZAKOWLSKI, Lisa, en «VII Proceedings for Adoption, 131 Welfare and best interest of the child» 2 *Am.*

Por otro lado junto a la raza de los padres biológicos como criterio para decidir sobre la adopción del menor, se ha planteado también considerar el grupo religioso al que pertenezcan los progenitores a la hora de elegir a los padres adoptivos, determinados Estados establecen una preferencia a favor de adopciones dentro de la misma comunidad religiosa, a título de ejemplo el Estado de Nueva York que da prioridad a las familias que practiquen la misma religión que el menor adoptado<sup>152</sup>. En otras ocasiones la legislación prevé que se pueda atender a las preferencias solicitadas por los padres biológicos a la hora de elegir a los padres adoptivos; tal es el caso del Código de Arkansas, que recoge que se atienda a las preferencias religiosas de los padres<sup>153</sup>. Sin duda nos planteamos hasta qué punto dichas exigencias deberían ser atendidas, en todo caso deberían quedar supeditadas al interés del menor y en todo caso será distinto según se trate de un bebé o de un menor con siete años que tenga ya inculcadas determinadas creencias.

Respecto a los efectos de la adopción, es obvio que el hijo adoptado tendrá los mismos derechos que tendría el hijo natural, entre ellos los hereditarios. En esta materia se aplica en los EEUU la teoría del *estoppel*, por lo que se permite la herencia intestada a favor del menor cuando, sin llegar a haber sido adoptado (no media *formal adoption decree*), ha sido tratado como si lo fuera y el causante había prometido al adoptado que lo adoptaría<sup>154</sup>. Normalmente los tribunales exigen que haya mediado algún tipo de acuerdo entre los padres biológicos y los que cuidan al menor que implique un intento de adopción<sup>155</sup>. La doctrina del «padre de equidad» (*equitable parent* doctrina) no solo se aplica en supuestos de herencia, también se ha hecho uso de ella para permitir que el padrastro pudiera conseguir la custodia de la hija de su mujer en casos de divorcio<sup>156</sup>. Igualmente la doctrina del *estoppel* o los principios de equidad han justificado que se haya permitido a la pareja de una lesbiana poder ejercer facultades de custodia sobre la hija de su expareja<sup>157</sup>. En el Ordenamiento español evidentemente no

---

*Jur 2d Adoption 131. American Jurisprudence 2<sup>nd</sup> ed.*, november 2011, si bien la adopción debe decidirse dando prioridad al interés del menor, ello no implica que los derechos de los padres biológicos sean irrelevantes, todo lo contrario, hay que respetarlos y considerar que el bien del niño puede exigir la vuelta con su familia de origen.

<sup>152</sup> N.Y. Soc. Servs. Law, sección 373. (McKinney Supp. 2009).

<sup>153</sup> Ark. Code Ann secciones 9-9-102 (2008).

<sup>154</sup> DRAKE, R. Brent, «Status or Contract? A Comparative Analysis of Inheritance Rights Under Equitable Adoption and Domestic Partnership Doctrines», 39 *Ga. K. Rev.* 675 (2005).

<sup>155</sup> *In re Estate of Ford*, 82 P.3d, 747 (Cal. 2004), o *Ramsey County v. Lee*, 770 NW 2d 572 (Minn. Ct. App. 2009).

<sup>156</sup> *In re Marriage of Gallagher*, 539 NW 2d 479 (Iowa 1995).

<sup>157</sup> *Kristine H. v. Lisa R.*, 117 P.3d 690 (Cal. 2005).

sería aplicable la figura del *estoppel*, tampoco el artículo 3 CC permitiría una solución de equidad si ésta no se apoyase en otra norma que lo previera. Quizá podría pretenderse que se tratara de casos en los que mediara la posesión de estado y por tanto que en los que se ejercitara una acción póstuma de filiación, pero sin embargo se trataría de supuestos en los que se presumiría la relación biológica entre padre e hijo por lo que difícilmente prosperarían.

La última cuestión que planteo en esta materia se refiere a las llamadas «adopciones fallidas» que en los EEUU se sitúan entre el 6 y el 11 por 100 según el Estado de que se trate<sup>158</sup>. En concreto me refiero al supuesto en que los padres adoptivos deseen revocar la adopción debido a las tergiversaciones hechas por la agencia de adopción al entregarles un menor ocultándoles sus reales circunstancias, o cuando los niños entregados sufran de trastornos mentales que se exteriorizan una vez hecha la adopción. En principio, el interés del menor exige considerar la adopción al igual que la patria potestad como irrevocable. Esto implica que el simple hecho de que los padres desconozcan el completo historial del niño adoptado no puede ser motivo por sí solo para poner fin a dicha adopción. No obstante, deberá matizarse esta opinión pues si puede llegarse a la conclusión de que la agencia intermediaria ha ocultado a sabiendas información relevante sobre el menor entregado puede ser que sí medie motivo suficiente para anular la adopción.

Tal fue el caso resuelto en *In re Lisa Diane G.*<sup>159</sup>, en el que el intento de los padres adoptivos de anular la adopción por padecer el niño entregado de serios desordenes de comportamiento no prosperó en primera instancia, por no entenderlo suficiente para revocar la orden de adopción. Sin embargo, el Tribunal Supremo de Rhode Island decidió que la tergiversación hecha por la Agencia de adopción al ocultar información relevante sobre el menor obligaba a replantear la cuestión que debía oscilar entre el bien del niño y el daño sufrido por los padres adoptivos por la conducta fraudulenta de la agencia. Finalmente se revocó la decisión y se consideró haber lugar a la anulación de la adopción. Para esta acción de revocación de la adopción la regulación aplicable no prevé plazo de caducidad.

Además, en muchas ocasiones los padres adoptivos han pedido indemnización de daños y perjuicios a las agencias intermediarias por causar éstas una «*wrongful adoption*» al ocultar a los padres adoptivos con negligencia o dolo la real situación médica del

<sup>158</sup> COAKLEY, Jennifer F. / BERRICK, Jill D., «In a Rush to Permanency: Preventing Adoption Disruption», 13 *Child and Fam. Soc. Work* p. 101 y ss. (2007).

<sup>159</sup> *In re Lisa Diane G.* R.I. Sup. Ct. 537 A.2d 131 (1988).

menor<sup>160</sup>. Esto provoca que actualmente las agencias incluyan en el expediente de adopción el completo historial clínico del menor, requisito establecido igualmente por la mayoría de los estatutos<sup>161</sup>. La doctrina llega más lejos y señala que podría incluirse como requisito legal la incorporación en el proceso de adopción de un test genético completo del menor<sup>162</sup>. Creo que si se intentase introducir tal medida en nuestro Ordenamiento, no encontraría base constitucional y por tanto no creo que los padres adoptivos pudieran exigirlo. Una vez informado del historial médico del menor (no del genético), el padre que consiente en la adopción no debería poder revocar su consentimiento posteriormente por la misma razón que el padre biológico no puede renunciar a la patria potestad: cada padre deber hacerse cargo del niño que le toca en suerte tener ya sea adoptivo o biológico. No creo que el interés del menor pueda ser sometido a tal tipo de pruebas para justificar su rechazo, es parte de los riesgos de la vida que deben asumirse al adoptar a un menor.

## 7. INTERÉS DEL MENOR Y MATERNIDAD SUBROGADA

El reconocimiento legal de los contratos de gestación sustitutoria está planteando serios problemas y un acalorado debate entre la doctrina<sup>163</sup>. Inicialmente admitidos en el Estado de California, ya han trascendido las fronteras norteamericanas, pues se admiten en Israel por la *Surrogate Motherhood Agreements Law* y en el Reino Unido donde si bien como norma están prohibidos y se opta por considerar madre legal a la madre de gestación, sin embargo se permite que en determinadas circunstancias los padres contratantes

<sup>160</sup> A título de ejemplo. *Jackson v. State*, 956 P.2d 35 (Mont.1998).

<sup>161</sup> Por todos, la sección 8-129(A) del estatuto de Arizona. *Ariz. Rev. Stat. Ann. Sección 8-129 (A)* (2007) o la sección 8706 del Código de Familia de California. *Cal. Fam. Code, sección 8706* (West 2004).

<sup>162</sup> SCHLEE, Jessica Ann, «Genetic Testing: Technology That Is Changing the Adoption Process», 18 *NYL Sch. J. Hum Rts.* p. 133 (2001) y WERTHEIMER, Ellen, «Of Apples and Trees: adoption and Informed Consent», 25 *Quinnipiac L. Rev.* p. 601 (2007).

<sup>163</sup> Señala SHAPO, Helen, en «Assisted Reproduction and the Law: Disharmony on a Divisible Social Issue», 100, *Northwestern Uni. L.R.* 2006, vol.1, p. 479, que la división entre los distintos tribunales es manifiesta, pues se trata de una controversia que domina tanto foros públicos como privados. Por ello considera que hasta que no se supere la polarización social existente no podrá conseguirse una armonización a nivel nacional y, añado yo, internacional. Es por ello que, ante el presumible aumento de casos la problemática pueda durar décadas. También puede consultarse los siguientes trabajos de la citada autora: «Matters of Life and Death: Inheritance Consequences of Reproductive Technologies», 25.4 *HOFSTRA L. R. Summer* 1997, pp. 1091 y ss.; y «Frozen Pre-Embryos and the Right to Change One's Mind», 12.1 *Duke J. Com. and Int. L.*, pp. 75 y ss.

sean considerados como padres legales siempre que el niño haya sido concebido con los gametos de al menos uno de ellos<sup>164</sup>.

La doctrina ha acuñado un nuevo término respecto al niño que nacerá fruto de técnicas de reproducción asistida, ya que no se puede hablar de interés superior del menor, se refiere el interés del «niño resultante»: *Best Interest of the Resulting Child* (BIRC)<sup>165</sup>. El matiz es importante pues es muy distinto especular sobre el bien de un niño que ya existe que sobre el de un niño por nacer. Señala Cohen que en esta materia, de forma intencionada o no, los profesionales médicos y legisladores han confundido en ocasiones ambos conceptos y defendido y permitido, en aras de un supuesto interés del menor, situaciones que ciertamente pueden ser contrarias al mismo. A título de ejemplo y como caso extremo recoge el supuesto de la mujer llamada Rajo Devi Lohan que en Baddu Patti<sup>166</sup> (India) pudo concebir su único hijo mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, convirtiéndose de esta forma en la madre más anciana del mundo a la edad de setenta y dos años.

Quiero comenzar este apartado sobre gestación sustitutoria con el estudio de un caso que si bien no aborda directamente el supuesto planteado (contrato de pareja con madre de alquiler) sí

<sup>164</sup> Human Fertilisation and Embryology Act, 2008.

<sup>165</sup> COHEN, Glenn, «Regulating Reproduction: The Problem with Best Interest», *Minnesota Law Review*, Vol. 96, 2011, pp. 101-102. El BIRC puede ser de utilidad, por ejemplo, a la hora de analizar si deben legalizarse las uniones entre hermanos en tanto esté científicamente probado que tal tipo de uniones pudieran realmente causar anomalías genéticas en los futuros bebés (pp. 125-126).

<sup>166</sup> En España ya se ha producido un caso en circunstancias asimilables, me refiero a María del Carmen Bousada, gaditana que a la edad de 67 años tuvo dos gemelos fruto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a la que se sometió en Los Ángeles (California). Lamentablemente falleció poco después a consecuencia de un cáncer terminal que se le detectó poco después del parto. ¿Es conforme al interés del menor permitir este tipo de gestaciones a favor de persona que presumiblemente fallecerá o enfermará cuando aún los menores estén en la infancia? Evidentemente no. ([http://www.elperiodico-dearagon.com/noticias/sociedad/muere-en-cadiz-mujer-que-tuvo-gemelos-a-los-67-anos\\_512102.html](http://www.elperiodico-dearagon.com/noticias/sociedad/muere-en-cadiz-mujer-que-tuvo-gemelos-a-los-67-anos_512102.html).)

Esta hipótesis no debe pareceros gratuita. Pensemos en un caso planteado en Alemania en 2004 que obtuvo gran repercusión mediática. Se trataba de dos hermanos de Leipzig de 27 y 21 años que en el seno de una relación afectiva y de mutuo acuerdo decidieron tener un hijo. La cuestión era determinar cuál podía ser el interés del recién nacido en dicho supuesto: ¿Crecer junto a sus padres?, ¿Ser desamparado? o ¿vivir solo con su madre?, en tanto que la Ley no ampara dicho tipo de uniones «Justiz: Liebe ohne Gesetz», *FOCUS*, 17 de septiembre de 2005, pp. 44-45. La polémica abierta dio lugar a que el TC alemán tuviera que pronunciarse sobre la constitucionalidad del parágrafo 173 del Código penal alemán (StGB) que tipifica la procreación entre hermanos como supuesto de incesto. Finalmente en marzo de 2008 dicho TC ha dictado sentencia manteniendo la prohibición del incesto con la finalidad de impedir el nacimiento de futuros hijos fruto de este tipo de relaciones, es decir se justifica tal decisión únicamente en el deber de impedir el comienzo de nuevas vidas en tales circunstancias. Dicha doctrina constitucional es contraria a los planteamientos de parte de la doctrina alemana, que abogaba por la supresión de dicho párrafo, especialmente la profesora Tatiana HÖMLE, que entiende que dicha prohibición se asienta únicamente en un tabú social de carácter moral, no jurídico. <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/0,1518,541628,00.html>.

puede servirnos para un primer acercamiento al problema a tratar. Nos referimos al caso *K.M. v. E.G.*<sup>167</sup>, en el que dos lesbianas decidieron concebir un hijo, si bien una de ellas aportó sus óvulos para facilitar la gestación de la otra, naciendo un par de gemelos. El problema evidentemente surgió cuando al romperse la pareja, la madre genética solicitó ser reconocida como tal a pesar de no tener relación biológica con los menores. La solución que dio el Tribunal Supremo de California fue considerar como madre legal también a la madre genética y no solo a la biológica si quedaba probado que la intención de las mujeres fue criar a los niños en el hogar común. Se consideró que no eran de aplicación los estatutos que protegían a los donantes de material reproductivo de todo tipo de reclamaciones de paternidad y a las madres de todo tipo de reclamación de los donantes por las especiales circunstancias concurrentes.

Si bien en algunos de los estados federados están legalmente permitidos los contratos de gestación sustitutoria, en la mayoría no están legalizados, a título de ejemplo traemos a colación el famoso caso *In Matter of Baby M.* en el que el Tribunal Supremo de *New Jersey* consideró que el contrato con la madre sustituta era nulo pues debería aplicársele por analogía la regulación que prohíbe la venta de niños, considerando además que dicho contrato perjudicaría al interés del menor al privarle de la posibilidad de vivir con su madre natural<sup>168</sup>.

La gestación sustitutoria a la que la doctrina norteamericana suele denominar como «reproducción en colaboración» o «adopciones tecnológicas»<sup>169</sup>, fue admitida en primer lugar en California, Estado pionero en autorizar este tipo de técnicas, pues ya en 1993<sup>170</sup> el Tribunal Supremo de California consideró válido el contrato por el que un matrimonio alquiló la gestación de una mujer a la que donaron ambos su material reproductivo a fin de que el bebé nacido fuera reconocido legalmente como hijo del matrimonio y no de la madre de gestación<sup>171</sup>. El siguiente paso se dio cuando se autorizó la posibilidad de reconocer la paternidad a quienes habiendo suscrito el contrato con la madre de gestación, sin embargo no habían aportado todo el material genético (al necesitarse la donación de un extraño), en concreto fue el caso *In re Marriage of Buz-*

<sup>167</sup> *K.M. v. E.G.* Cal. Sup. Ct., 37 Cal. 4th 130, 117 P.3d 673 (2005).

<sup>168</sup> *In Matter of Baby M.* New Jersey Supreme Court, 537, A.2d. at 1227 (1988).

<sup>169</sup> BATHOLET, Elizabeth, «Adoption and the Politics of Parenting», 219 *rev. ed.* 1999.

<sup>170</sup> Sin duda se consideró aplicable el *Uniform Parentage Act* de 1973, en vigor entonces en el Estado de California, que señala que la vinculación genética determina la familia legal.

<sup>171</sup> *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993).

zanca<sup>172</sup>. (En este caso el marido de la madre genética pretendía tras el divorcio desentenderse del menor por no haber aportado su material genético para su concepción). De hecho, las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo de California han buscado favorecer a los padres que quieren encargarse de la crianza del menor, antes que a la madre de gestación que ya iniciado el embarazo decide no renunciar a la maternidad del niño, pues el tribunal considera que sin el contrato de gestación el niño no habría nacido.

Por otro lado, la distinta normativa que hoy regula los acuerdos de gestación sustitutoria (principalmente estatutos estatales pero también art. 801 C.K.G. Act), establece como requisito necesario para que el acuerdo sea válido que haya sido adoptado antes de la aplicación de las técnicas de reproducción y su validación y aprobación judicial previo un estudio y proceso que en cierta forma se asemeja al necesario para determinar la idoneidad de los padres adoptivos. Establecen los artículos 806 a 809 del UPA que sin estos requisitos el acuerdo carecerá de efectos legales<sup>173</sup>.

Actualmente se está produciendo un arduo debate entre la doctrina norteamericana sobre esta materia, hay autores que consideran que lo adecuado sería aplicar las normas de la adopción y permitir que la madre genética pudiera adoptar el niño nacido de otra mujer<sup>174</sup>. De hecho para que la filiación determinada según las normas del Estado de California a favor de la madre genética y su marido en caso de gestación sustitutoria sea aceptada por otros estados federales, en ocasiones es necesario que medie una adopción, tal como ocurrió en el caso *In re Adoption of Sebastian*<sup>175</sup>. Otros autores afirman que debe tenerse en cuenta la raza del bebe, pues en ocasiones será distinta a la de la madre de gestación, o incluso de la futura madre legal (por haberse usado material reproductivo de donante de otra raza)<sup>176</sup>. En todo caso es una materia en la que habría que establecer una regulación precisa y uniforme a partir de unos límites claros, pues caso contrario cualquier limitación que se quiera imponer equivaldrá a intentar poner puertas al campo. En tanto un Estado admita este tipo de contratos, siempre será posible que parejas que residan en otro Estado que no las per-

<sup>172</sup> *In re Marriage of Buzzanca*, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Ct. App. 1998). En la misma línea *Litowitz v. Litowitz*, 48 P.3d 261 (Wash. 2002).

<sup>173</sup> No obstante, de los estados en los que está en vigor el UPA, solo admiten la maternidad subrogada, North Dakota, Texas, Utah, Washington y Wyoming.

<sup>174</sup> GARRISON, Marsha, «Law Making for Baby Making: An interpretative Approach to the Determination of Legal Parentage», 113 *Harv. L. Rev.* 835 (2000). Se hace eco de esta polémica la profesora Helene Shapo en sus clase. (Curso de Derecho de Familia, Semestre de otoño septiembre/diciembre 2011).

<sup>175</sup> *In re adoption of Sebastian*, 879, NY S. 2d 677 (Sur. Ct. 2009).

<sup>176</sup> SMERDON, Usha R., «Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy Between the United States and India», 39 *Cumb. L. Rev.* 15 (2008-2009).

mite, opten por contratar la gestación sustitutoria de una mujer que resida en el estado permisivo, y una vez que nazca el niño y sea reconocido como hijo legal de los padres contratantes por decisión avalada por juez en el Estado de residencia de la madre gestatoria, el problema resultará de muy difícil solución. Si añadimos la problemática que puede surgir cuando la pareja contratante provenga de un país distinto a los Estados Unidos, el problema puede llegar a alcanzar una envergadura preocupante, pues la incompatibilidad de normativas puede provocar que finalmente el niño nacido quede apátrida.

Es por ello que el problema está adquiriendo un carácter global. Por ejemplo en España son numerosos los casos de parejas que debido a problemas de infertilidad, su condición homosexual o razones de conveniencia, están optando por trasladarse a California y contratar una madre sustituta, especialmente debido a las dificultades que rodean a la adopción tradicional y el deseo de conservar la herencia genética. Se trata de supuestos en lo que se viola lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida que considera nulos este tipo de contratos y concede la maternidad legal únicamente a la madre de gestación. A título de ejemplo recogemos el caso de la pareja homosexual española que tras conseguir ser declarados padres legales de gemelos nacidos tras un contrato con una madre sustituta en California y material reproductor de uno de ellos, pretendió que dicha decisión fuera homologada en España<sup>177</sup>. En concreto mediante escrito presentado en el Registro Civil Consular de Ángeles (Estados Unidos), dos ciudadanos españoles que conformaban un matrimonio homosexual solicitaron la inscripción de nacimiento de sus dos hijos nacidos en San Diego, California (Estados Unidos) en el mes de *octubre de 2008* mediante «gestación de sustitución». Aportando como documentación: certificados de nacimiento de los menores y libro de familia de los interesados, que contrajeron matrimonio en Valencia en *octubre de 2005*. El Encargado del Registro Civil Consular, mediante auto de *noviembre de 2008*, denegó lo solicitado por los interesados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10, párrafos 1 y 2 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida. Los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español. La DGRN resolvió mediante Resolución de 9 de febrero de 2009 admitiendo

<sup>177</sup> DE VERDA Y BEAMONTE. José Ramón. «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia JPI 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010)», publicado en *Diario La Ley* de 3 de noviembre de 2010. n.º 7501.

la inscripción del menor haciendo constar la filiación paterna a favor de los dos solicitantes.

Dicha resolución aplicó el *artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, el cual considera como título para la inscripción el «documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o Tratados internacionales»*. Apoyándose en este precepto, la Dirección General de los Registros y del Notariado, entendió que el funcionario encargado del Registro Consular debía limitarse a comprobar si, como exige el artículo 85 del Reglamento, el documento aportado era «regular y auténtico, de modo que el asiento [...] en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley Española». Añadiendo que en virtud del principio del interés superior del menor procedía la inscripción pues el menor no podía quedar apátrida.

Dicha resolución fue recurrida, argumentándose que: *a)* el artículo 23 de la Ley del Registro Civil dice que podrá practicarse inscripción, «sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española». *b)* Que el hecho inscrito no se corresponde con la realidad pues los dos varones solicitantes no pueden ser padres biológicos del hijo. *c)* El artículo 10 LTRHA prohíbe terminantemente la gestación sustitutoria por lo que no se ha cumplido la legalidad prevista por la ley española que declara nulos dicho tipo de contratos. *d)* Que la aplicación del principio superior del menor no permite inaplicar normas imperativas de nuestro Ordenamiento. *e)* Que existen otras vías indirectas conformes a nuestro Ordenamiento para lograr el fin propuesto. Finalmente el JPI dictó sentencia el 15 de septiembre de 2010 admitiendo el recurso y decretando la nulidad de la filiación. Sentencia que el 23 de noviembre de 2011 sería confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia<sup>178</sup>. No obstante, a los pocos días de la referida sentencia del juez de primera instancia, la DGRN dictaba una Instrucción de 5 de octubre de 2010 por la que para poner fin a esta inseguridad jurídica admitió dicho tipo de filiaciones cuando se aportara en el expediente resolución de juez competente extranjero que declarase la filiación. Sin duda la

<sup>178</sup> La SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 n.º 949/2011 (Ponente Ilmo. Sr. don Carlos Esparza Olcina) confirmó la sentencia del Juez de Primera Instancia por entender que aunque mediaba certificación californiana expedida por orden de una previa decisión judicial «lo cierto es que dicha resolución no consta en el procedimiento, ni tampoco la identidad de la madre gestante, por lo que no es posible aseverar que conforme a la nueva instrucción, la filiación californiana de los menores se inscribiría en el Registro Civil español».

cláusula general del interés superior del menor obligaba a adoptar esta solución, pues lo que no era una alternativa viable era que el menor fuera declarado apátrida por no quedar ni bajo el amparo de la ley de California (que considera padres a la pareja española), ni por la ley española (que considera única madre legal a la madre que da a luz al niño). Es un supuesto en el que a mi entender una cláusula general puede neutralizar la aplicación de una norma imperativa, pues ambas normas incompatibles tienen el mismo rango, y debiendo optarse por una de ellas, resulta con *vis atractiva* las cláusulas generales establecidas en nuestro ordenamiento para lograr su flexibilidad y adaptación a la realidad social (pensemos en la cláusula general de la buena fe). Si bien la referida Instrucción ha sido objeto de críticas, es mi opinión que debemos ser coherentes con la realidad existente e intentar alejarnos de todo tipo de hipocresía.

Posteriormente la nueva Ley 20/2011 del Registro civil ha introducido un nuevo Título X relativo a las normas de Derecho Internacional privado que si bien no menciona la gestación sustitutoria, podría ser interpretado como una legalización de la misma en nuestro ordenamiento cuando es realizada en un país en la que es legal, de hecho hay quien afirma que se regula sin nombrarse. De hecho se refiere que el nuevo artículo 98 exige un examen de carácter formal lo que excluiría la exigencia de su legalidad conforme al Derecho español y habría que estar exclusivamente a las normas respecto filiación del país donde se hubiera celebrado el contrato. Señala Albert Márquez que es presumible que la nueva LRC nos coloque a la postre en un escenario muy parecido al que planteaba el auto de la DGRN, de febrero de 2009, que, a su vez recogía literalmente la argumentación del matrimonio homosexual que era parte recurrente: exclusión de aplicación del artículo 10 de la LO 14/2006 y comprobación formal y no material del hecho inscrito, ex artículo 81 RRC, pues todo parece indicar que el modelo se parece más al de la certificación del acceso a nuestro Registro de una filiación ya determinada que al del la propia certificación de la filiación ante el encargado del Registro español<sup>179</sup>. No obstante es esta una cuestión muy discutible y habrá que esperar a ver como se aplica la nueva Ley.

Es evidentemente que la posición que mantenemos es favorable a la admisión de los contratos de gestación sustitutoria, la razón última por la que preferimos esta opción es tanto por cohe-

---

<sup>179</sup> Véase ALBERT MÁRQUEZ, Marta, «Los contratos de gestación de sustitución en el extranjero y la nueva Ley del Registro civil», *Revista Jurídica La Ley*, n.º 7863, publicada el 22 de mayo de 2012. Dicha Ley se publicó en el *BOE* el 22 de julio de 2011 con una *vacatio legis* de tres años.

rencia como por rechazo a la hipocresía con la que es tratada esta materia, aparte de considerarla compatible con el interés del menor. Este planteamiento merece una explicación detenida: Es claro que debería intentarse no separar nunca al menor de su familia de origen y permitirlo únicamente con carácter excepcional cuando toda otra solución quedase descartada procurándose el reingreso con la propia familia en cuanto fuera posible. Solo en contados casos excepcionales, las circunstancias especiales de los padres (ej.: trastornos mentales graves, etc.), justificarían la separación definitiva del niño de sus padres y su adopción. Sin embargo, sabemos que la realidad es muy distinta, especialmente en el ámbito de la adopción internacional en el que los niños son separados de sus familias principalmente por razón de su pobreza. Esto implica que en la práctica en muchos casos estamos en un mercado internacional de adopción menores en el que éstos se convierten en objeto de transacciones lucrativas y sostienen toda una industria. Ya hemos analizado la situación en los Estados Unidos, y cómo desde los propios Estados se incentivan las adopciones en tanto que implican obtención de fondos federales. Igualmente hemos analizado los problemas que está suponiendo la nueva política proclive a la adopción exprés entre las comunidades marginales (afroamericanos, hispanos y muy especialmente indios nativos). Por tanto, llegados a este punto, no se encuentran razones para prohibir los contratos de gestación sustitutoria y admitir las adopciones y el negocio que rodea a las mismas. En ambos casos al final nos solemos encontrar con una madre que se desprende del menor por razones económicas. Todo esto significa que o bien, rechazamos unas y otras, o admitimos unas y otras<sup>180</sup>. Y ya que al día de hoy las adopciones no van a ser prohibidas, ni limitadas (no obstante la tendencia hacia la «adopción abierta», todo un adelanto), no encontramos grandes objeciones para negar los contratos con madres de gestación, pues hay ciertos casos en los que realmente pueden ser útiles, como supuestos de infertilidad y parejas homosexuales.

En todo caso no se trata de justificar o rechazar moralmente estos contratos, sino simplemente de reconocer que debido a la realidad social existente no nos queda más remedio que aceptarlos y desde luego lo que no entenderíamos es admitir el vigente sistema de adopciones, que permite a la madre renunciar a la maternidad y negar a esa misma madre poder celebrar un contrato de gestación sustitutoria.

---

<sup>180</sup> Sigo en este punto la opinión de la profesora ECHEZARRETA FERRER, Mayte. *Seminario sobre adopción internacional*. Facultad de Derecho de Málaga, enero 2012.

## 8. CUSTODIA DEL MENOR TRAS LA RUPTURA DE LA RELACIÓN MATRIMONIAL

Tras la separación o divorcio en la mayoría de los casos se suele alcanzar un acuerdo sobre la custodia de los hijos, si bien existe un importante porcentaje de supuestos en los que el acuerdo no es posible y debe decidir el juez atendiendo al interés del menor. En estos casos litigiosos el menor se suele convertir en una víctima inocente del encono existente entre sus padres, y aunque teóricamente el primer criterio decisorio haya de ser el bien del niño, en la práctica, en muchas ocasiones cada uno de los padres lucha por sus propios intereses quedando los intereses del menor en un plano subsidiario.

En los Estados Unidos hasta hace pocas décadas se seguía la llamada «*tender years presumption*»<sup>181</sup>, según esta presunción jurisprudencial el menor debía permanecer con la madre durante sus primeros años debido a la preferencia que la ley mostraba por la madre como cuidadora natural de los hijos, por ello también se le denominaba a esta presunción «*maternal preference*». Esta tendencia jurisprudencial quebró en 1981 cuando el Tribunal Supremo de Alabama resolvió el caso *Devine v. Devine*<sup>182</sup>, citado en todos los tratados. En este caso en primera instancia se había decidido otorgar la custodia a la madre en virtud de la referida presunción. El padre, profesor universitario, estimó que prescindiendo de dicha presunción, no mediaban argumentos reales para preferir a uno u otro progenitor, motivo por el que recurrió alegando que la «*tender years presumption*» era inconstitucional al basarse únicamente en el sexo del progenitor y violar el principio de igualdad recogido en la Constitución. Argumentación aceptada por el Tribunal Supremo de Alabama que declaró inconstitucional dicha presunción. No obstante, lo cierto es que aún hoy los jueces suelen seguir prefiriendo a la madre como cuidadora de los hijos (aunque no funden su decisión ya en la referida presunción), si bien los porcentajes entre padres y madres custodios se van igualando progresivamente.

Actualmente la «*tender years presumption*» ha sido sustituida por el estándar del interés superior del menor, clave para decidir sobre este tipo de disputas. A partir de este estándar jurídico los

<sup>181</sup> Presunción introducida en la casuística norteamericana en el asunto *Helms v. Franciscus*, 2 Bl Ch. (Md.) 544 en el año 1830, sobre la base de que separar al hijo de la madre «violaría las leyes de la naturaleza».

<sup>182</sup> *Devine v. Devine*, Ala. Sup. Ct. 398 So. 2d 686 (1981). En España sería en el año 1990 cuando la reforma del artículo 159 CC suprimiera definitivamente la presunción a favor de la madre (siempre que se tratase de hijos de hasta siete años).

tribunales suele entender que la separación de los hermanos menores de edad es contraria a su interés superior<sup>183</sup> y suelen exigir a los padres presentar un plan del ejercicio de la custodia o «*parenting plan*», especialmente requerido por la legislación cuando se pretenda una custodia compartida.<sup>184</sup> En todo caso la adjudicación de la custodia a uno u otro progenitor no puede nunca implicar una penalización a los padres, sino buscar el interés del menor<sup>185</sup>.

Para facilitar la aplicación del estándar jurídico del interés del menor los Estatutos de distintos Estados recogen listas de factores a tener en cuenta, se trata de simples relaciones de factores que no recogen directrices que aporten criterios para priorizar entre unos y otros, ni el peso que deban tener en la decisión del juez, que por tanto tendrá un amplio ámbito de discreción, siendo ciertamente difícil apelar su decisión. Por otro lado, tal como se dijo en la introducción de este trabajo, se carece en Estados Unidos de «*Checklists*» en leyes federales que determinen el alcance del interés del menor, como en el caso del *Children Act* o del *Adoption Act* en el Derecho inglés. Si bien se han incluido listas de factores a considerar en el artículo 402 del *Uniform Marriage and Divorce Act* de 1998<sup>186</sup>, artículo titulado «Del interés superior del menor». Señala dicho artículo que el tribunal acordará la custodia según lo que determine el interés del menor, añadiendo que se consideraran como factores relevantes los siguientes: Los deseos de los padres del niño respecto a la custodia; los deseos del niño respecto a la custodia; la relación existente entre el niño con sus padres, hermanos u otra persona con la que el menor pueda tener lazos afectivos significativos para su interés; la adecuación y ajuste del niño a su casa, colegio y comunidad, y la salud física y mental de las personas implicadas.

Respecto a las listas estatales a título de ejemplo el Estado de Nueva York recoge en su regulación los siguientes factores a considerar a la hora de decidir sobre la custodia del menor: el mantenimiento de la estabilidad del niño, los deseos del niño, las relaciones del menor con cada padre, las atenciones que cada uno de los progenitores haya prestado al menor con anterioridad, el estado de salud, la capacidad para proveer y guiar el bienestar general del

<sup>183</sup> Recogida en el caso *Owens v. Owens*, 950, So. 2d 202 (Miss Ct. App. 2006).

<sup>184</sup> El «*parenting plan*» ahora generalizado fue inicialmente propuesto en los *ALI Principles American Law Institute's Principles Governing the Allocation of Custodial and Decisionmaking for Children*.

<sup>185</sup> *B.B.V. v. B.B.V.*, 859 N.E. 2d 448 (Maas. App. Ct. 2006). Se estimó que el hecho de que la madre mantuviese una «relación incestuosa» no debía afectar a la decisión sobre la custodia del menor pues dicha decisión debe basarse en el principio general del interés superior del menor y no en las «deficiencias» de los padres.

<sup>186</sup> *Uniform Marriage and Divorce Act*, 9A ULA (pt II) 282 (1998).

menor y la predisposición de cada padre a cooperar en el cuidado del niño<sup>187</sup>. Finalmente señala que el tribunal no deberá tener en cuenta aquella conducta del posible custodio que no afecte a su relación con el menor.

Uno de los factores más recogidos por la Jurisprudencia norteamericana es el lugar de residencia de los padres, al respecto es generalizada la opinión recogida en *Colvin v. Colvin* de que la residencia de los padres en dos estados distintos es incompatible con la custodia compartida (física y legal) de su hijo<sup>188</sup>, de hecho en tal supuesto suele obligarse a los padres a mantener sus domicilios próximos<sup>189</sup>. Igualmente suele considerarse como muy favorable para el menor el modelo hogar-nido en casos de custodia compartida<sup>190</sup>.

En todo caso, cuando la custodia se atribuya exclusivamente a uno de los progenitores, el criterio tradicional ha sido entender que será el progenitor custodio quien deba decidir el lugar de residencia del menor. Sin embargo el derecho del excónyuge custodio a cambiar su lugar de residencia cuando ello implique el traslado a otro Estado y por tanto implique la imposibilidad física de contacto del otro progenitor no custodio con sus hijos está siendo objeto de debate en los EEUU pues dicho pretendido derecho del progenitor custodio puede quedar en entredicho desde la perspectiva del interés superior del menor cuando implique privar a los hijos de la figura del otro progenitor<sup>191</sup>. Señala la profesora Shapo que es una cuestión no resuelta de forma definitiva aún por los tribunales, y en la que encontramos dos posibles soluciones que abren distintas alternativas, o

<sup>187</sup> Lo comenta PRZEKOP, Mary, en «One more Battleground: Domestic Violence, Child Custody, and the Batterers' Relentless Pursuit of their Victims Through the Courts», 9 *Seattle J. Soc. Just.* Spring/Summer 2011.

<sup>188</sup> *Colvin v. Colvin*. 914 So. 2d 662 (la App. Ct 2005).

<sup>189</sup> *Brown v. Brown*, Nebraska Supreme Court, 35 Creighton L. Rev. 185, 211-12 (2001).

<sup>190</sup> FLANNERY, Michael T. «Is *Bird Nesting* in the Best Interest of Children?», 57 *SMU L. Rev.* 295 (2004).

<sup>191</sup> En el caso *In marriage of Matchen*, el Tribunal en primera instancia decidió prohibir a la madre el traslado de la residencia de sus dos hijos menores a otro Estado por entender que el interés de los menores era permanecer en la zona donde vivían (quería mudarse de Illinois a Wisconsin). Apelada la sentencia el Tribunal de apelaciones consideró que la decisión del tribunal de primera instancia no podía ser revocada salvo que mediaran razones de peso que pusieran de manifiesto la injusticia de tal medida. In *Marriage of Matchen*, 372 Ill. App. 3d 937, 310 Ill. Dec. 522, 530, 866, NE 2d 683, 691 (2d Dist. 2007). STEIGMAN, Robert J. / NICHOLSON, Lori A., *Illinois Evidence Manual*, «Capítulo 20.21 Standards of Evidence», 2011. Este tipo de limitaciones a la libertad se ha establecido en algunos estatutos como el de Missouri, en el que se obliga a los padres a vivir en domicilios próximos tras el divorcio, al comentarlo señala HIXSON-LAMBSON que deberá distinguirse entre los que podríamos llamar «motivos legítimos» para el cambio de domicilio, de los «motivos adecuados y compatibles con interés superior del menor». HIXSON-LAMBSON, Julie, «Consigning Women to the Immediate Orbit of a Man: How Missouri's Relocation Law Substitutes Judicial Paternalism for Parental Judgment by Forcing Parents to Live Near One Another», 54 *St. Louis L.J.*, Summer 2010, pp. 1365 y ss.

bien mantener que el progenitor custodio (normalmente la madre) pueda decidir libremente el lugar de residencia y el traslado a otro Estado, o bien entender que el juez puede prohibirlo. No obstante caso de que se permitiese podría establecerse un sistema compensatorio (por ejemplo que el excónyuge custodio se hiciera cargo de los gastos de transporte y estancia del otro progenitor durante los periodos que se trasladara para ver a sus hijos) o bien permitir que el progenitor custodio pueda elegir libremente su lugar de residencia pero perdiendo la custodia del hijo que quedaría a cargo del otro progenitor, por ser lo mejor para los menores permanecer en el lugar de origen. En todo caso el juez deberá decidir atendiendo a las circunstancias del caso concreto y sopesando si las razones del traslado están suficientemente justificadas o deberse a un mero capricho o incluso buscar evitar el contacto del niños con su otro progenitor<sup>192</sup>.

Superada ya la época en la que imperaba la presunción a favor de la madre, hoy en día se plantea si el mandato constitucional de igualdad y el interés del menor obligan a establecer como criterio generalizado la custodia compartida<sup>193</sup>. El Derecho norteamericano distingue entre la custodia física y legal del menor, la primera conlleva el cuidado y atención del mismo, la toma de decisiones del día a día y la determinación de la residencia del menor, la segunda únicamente la participación en la toma de decisiones más importantes sobre el menor, pero no en su cuidado. Pues bien cuando nos referimos aquí a la custodia compartida nos estamos refiriendo a la que conlleva tanto el aspecto legal como físico. Uno de más importantes precedentes en esta materia es la sentencia del Tribunal Supremo de Arkansas de 1990 en el caso *Bell v. Bell*, en el que la regla de derecho establecida fue que la custodia compartida (física y legal) sería la medida apropiada cuando así lo exija el interés del menor<sup>194</sup>.

El movimiento a favor de la custodia compartida comenzó en los Estados Unidos en la década de los años setenta del pasado siglo en paralelo al cuestionamiento de la constitucionalidad de la presunción a favor de la madre. Fue una lucha abanderada por asociaciones de padres que veían como tras la ruptura matrimonial se veían irremediabilmente separados de sus hijos<sup>195</sup>. Por ello, no es

<sup>192</sup> SHAPO, Helene, *Curso de Derecho de familia*, Semestre de otoño de 2011, Northwestern University, Chicago.

<sup>193</sup> Por otro lado, GALATZER-LEVY y KRAUS señalan que tras la superación de la «*tender years presumption*» se ha optado igualmente por conceder derechos de visitas «muy amplios» que se han impuesto en los últimos tiempos. GALATZER-LEVY, R.; KRAUS, L.; GALATZER-LEVY, J., *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, New Jersey, 2.ª ed., 2009, pp. XI-XII.

<sup>194</sup> *Bell v. Bell* Alaska Sup. Ct. 794, P.2d 97 (1990).

<sup>195</sup> JACOB, Herbert, *The Silent Revolution: The Transformation of Divorce Law in the United States*, pp. 136 y ss. (1988).

de extrañar que el Estado de California, pionero en avances en materia de Derecho de familia, fuera el primero en establecer en el año 1980 el reconocimiento de la custodia compartida en la sección 4600.5 (a) de su Código civil; si bien hoy regulado en el artículo 3080 de su Código de Familia. A partir de ese momento distintos Estados federales recogieron la custodia compartida en sus legislaciones. Algunos, estableciendo una presunción a favor de la custodia compartida previo acuerdo de los padres, otros como Alaska estableciendo una presunción general a favor de la custodia compartida (ya hemos señalado que nos estamos refiriendo a la física y legal), y finalmente la mayoría estableciendo la custodia compartida como una opción que ha de adoptarse cuando así lo exija el interés del menor<sup>196</sup>.

Al día de hoy el debate sobre la prevalencia de la custodia compartida sigue abierto<sup>197</sup>. En lo que todos están de acuerdo es en que la madre no tiene un interés superior al de su hijo y en lo que discrepan es en si la custodia compartida exige de un previo el acuerdo entre los padres o no (mientras que unos estados así lo exigen en sus estatutos, otros no lo requieren); así como si una custodia compartida podría imponerse a un padre renuente a mantener la custodia de sus hijos<sup>198</sup>. Respecto a este último punto, si bien es cierto que esta materia ha de atenderse al interés del menor antes que al de los padres, lo que a mi parecer no sería lógico sería imponer una custodia compartida a un padre que se negase a ser custodio de su hijo, cuando el otro progenitor estuviese dispuesto a hacerse cargo

<sup>196</sup> En materia de custodia compartida, el Derecho de familia norteamericano ha estado a la vanguardia y Europa ha estado a retaguardia, si bien los avances que se logran en Norteamérica terminan influyendo en las legislaciones europeas. A título de anécdota señalamos aquí como este carácter pionero de la Jurisprudencia estadounidense ha trascendido incluso al nivel de las mascotas maritales. Materia estudiada por STROH, Heidi, «Puppi love: Providing for the Legal Protection of Animals When Their Owners Get Divorced», 2 *J. Animal L. and Ethics* 231 (2007). No obstante el amor por las mascotas propio de la cultura anglosajona, tal como hemos visto ya en el primer caso de este estudio, o cuando nos referíamos a la prohibición de dejar animales encerrados en coches, no prevista para caso de niños menores, en ocasiones roza el esperpento. En su artículo comenta BRITTON, el caso de un divorcio en el que el juez acordó la custodia compartida del perro, que mientras la mujer alegaba que el perro atendía satisfecho a sus explicaciones bíblicas, el marido alegaba que el can disfrutaba de paseos en la parte de atrás de su moto. El juez concedió la custodia si bien obligando al marido a poner a la mascota un casco cuando subiera a la moto y a ambos a no beber alcohol en presencia del animal. BRITTON, Ann Hartwell, «Bones of Contention: Custody of Family Pets», 20 *J. Am. Acad. Matrimonial Law*. 1, pp. 3-4 (2006). En todo caso, como ya sabemos, está cundiendo el ejemplo y ya son varios los juzgados españoles en los que se han adoptado medidas parecidas a la custodia compartida de mascotas. A título de ejemplo la sentencia del JPI de Badajoz de 7 de Octubre de 2010 (Ponente: Hernández Díaz-Ambrona, Luis), Publicada en *Diario La Ley*, n.º 7506, el 10 de noviembre de 2010.

<sup>197</sup> Por todos, MEYER, David D., «The Constitutional Rights of Non-Custodial Parents», 34 *Hofstra L. Rev.* pp. 1461 y ss. (2006).

<sup>198</sup> ADAM, STEPHEN D./JOHNSON, Russell, «Research-based Analysis of Joint Custody Presumptions: Thinking Outside the Box», 50, *Orange, County Law*, 38, 38 (July, 2008).

por sí solo de la custodia del menor<sup>199</sup>. Respecto al previo acuerdo entre los padres es un requisito que algunos estados exigen y que todos tratan de fomentar, de hecho se suelen ofrecer programas de educación parental para parejas divorciadas, cuya observación y seguimiento pueden ser exigidos por el juez. Se trata de un intento de toma de conciencia de las consecuencias y efectos negativos del divorcio, un mecanismo para prevenir cualquier tipo de violencia doméstica posterior y de protección de menores tras el divorcio y fomentar la custodia compartida<sup>200</sup>.

Actualmente se está produciendo una relectura de la custodia compartida y mientras que en unos estados se está optando por abandonar la presunción a favor de la custodia compartida por considerar que la práctica de esta medida ha puesto de manifiesto que no siempre es conveniente al interés del menor<sup>201</sup>; sin embargo, en otros estados se está optando por potenciar la presunción, como es el caso de Vermont<sup>202</sup>. Lo cierto es que en los últimos años se han alzado voces entre la doctrina en contra de las reformas legislativas que establecieron la custodia compartida<sup>203</sup>. Se afirma que en muchos de los casos en los que se decidió tal tipo de custodia, al cabo de un año los hijos terminaban residiendo con uno solo de los progenitores (normalmente con la madre)<sup>204</sup>. Otros autores critican

<sup>199</sup> Al respecto y en el ámbito del derecho español me parece muy significativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 14 de abril de 2010 (JUR 2010\418948), en la que la madre solicitaba la custodia exclusiva de las hijas y el marido la compartida; si bien ambos estaban de acuerdo en que querían mantener a las hijas en un internado. En realidad en estas circunstancias resulta risueño pensar que el padre estuviese buscando verdaderamente el interés de sus hijas cuando pretendía que estas siguieran internadas y solo reclama verlas fines de semana alternos y no reclama sacarlas del internado y tenerlas consigo el máximo tiempo posible. Tampoco parece que la madre primara el interés de sus hijas.

<sup>200</sup> MCGOUGH, Lucy S., «Protecting Children in Divorce: Lessons from Caroline Norton», *57 Me. L.Rev.* 13, 23 n.52 (2005).

<sup>201</sup> Por ejemplo el Estatuto que regula el divorcio en Arkansas establece que el interés superior del menor exige que tras la ruptura matrimonial el menor puede mantener el máximo contacto con sus dos padres, lo cual se interpreta por la doctrina como una norma que exige la custodia compartida, MEADORS, Brian, «The Not-So Standard Visitation Order and a Proposal for Reform», *64. Ark. L. Rev.*, 2011, p. 703.

<sup>202</sup> En los EEUU ya en el año 2000, once Estados y el Distrito de Colombia habían establecido una presunción legal a favor de la custodia compartida (legal y física), obligando a los jueces a decretarla salvo que las circunstancias concretas del caso prueben que es contraria al interés del menor. En todo caso la mayoría de los estados establecen como prioritaria la custodia compartida legal. PRUETT, M. K. y BARKER C. «Joint Custody: A Judicious Choice for Families –But How, When and Why? en GALATZER-LEVY, R.; KRAUS, L.; GALATZER-LEVY, J, *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, New Jersey, 2.ª ed. 2009, pp. 420.

<sup>203</sup> Ver MELTON, Brian J. «Solomon's Wisdom or Solomon's Wisdom Lost: Child Custody In North Dakota—A Presumption that Joint Custody Is in the Best Interest of the Child in Custody Disputes», *73 N.D. L. Rev.* 1997, pp. 263 y ss.

<sup>204</sup> BRINING, Margaret F. «Does Parental Autonomy Require Equal Custody at Divorce?», *65 La. L. Rev.*, pp. 1345 y ss. (2005).

que la presunción a favor de la custodia compartida pueda suponer un serio riesgo en materia de violencia doméstica<sup>205</sup>.

Es cierto que la admisión de una presunción absoluta a favor de la custodia compartida puede llegar a causar más daños que ventajas al menor en situaciones extremas, es por eso que últimamente cierta parte de la doctrina y del derecho legislado esté negando la conveniencia de tal tipo de presunciones. De hecho existe actualmente un movimiento en pro de reconsiderar los beneficios de la custodia compartida<sup>206</sup> y es claro que no es la panacea universal con la que se etiquetó en los años ochenta; no obstante mi opinión es que por regla general sigue siendo la menos mala de las alternativas y que salvo en los supuestos en los que medie una tensión extrema entre los padres puede ser muy beneficiosa para el menor. De hecho tanto psiquiatras como psicólogos desde un primer momento han abogado a favor de la custodia compartida<sup>207</sup>. Igualmente contamos con estudios serios que avalan la custodia compartida, como señala Bauserman que añade que los niños bajo la custodia compartida están mejor adaptados y ajustados que los niños bajo la custodia de uno solo de sus progenitores<sup>208</sup>. A las mismas conclusiones se llega a partir de la llamada «Attachment theory» (podríamos traducirla como teoría del cariño o del lazo afectivo») formulada por Thompson<sup>209</sup>, quien afirma que la pérdida de uno de los progenitores únicamente sirve para acrecentar el trauma del menor tras el divorcio de sus padres. De hecho cuando medie custodia exclusiva de un progenitor y el régimen de visitas que se otorgue al otro sea escaso, ello en la práctica equivaldrá a la pérdida de uno de los lazos afectivos con una de las figuras más importantes y necesarias para el menor, por ello el mantenimiento del contacto sería de primordial importancia para el menor desde la perspectiva de la psicología<sup>210</sup>. En

<sup>205</sup> GREENBERG, Judith G. «Domestic Violence and The Danger or Joint Custody Presumptions», 25 *N. Ill. U. L. Rev.*, pp. 403 y ss. (2005).

<sup>206</sup> Al igual que el auge de la custodia compartida en la década de los años ochenta del pasado siglo se debió a la presión ejercida por colectivos de padres que se veían privados de sus derechos a resultas de la «*tender age presumption*»; actualmente las mayores críticas hacia la custodia compartida vienen de grupos feministas que consideran perjudicial y contrario al interés de las madres dicho tipo de custodia. Señalan que la opción de la custodia compartida se usa para manipular a la mujer durante las negociaciones que preceden al divorcio y acosarla posteriormente. Críticas que son contestadas por los defensores de la custodia compartida señalando que lo importante no es ni el interés de la madre ni el del padre, sino el de su hijo común. ELLMAN, Ira Mark; KURTZ, Paul M.; WEITHORN, Lois A.; BIX, Brian H.; CZAPANSKIY, Karen; EICHNER, Maxine, *Family Law: Cases, Text, Problems*, 2010, pp. 681-682.

<sup>207</sup> GOLDSTEIN, FREUD y SOLNIT, «Beyond the Best...».

<sup>208</sup> BAUSERMAN, Robert, «Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements», 16 *J. Fam. Psyc.*, pp. 91 y ss. (2002).

<sup>209</sup> THOMPSON, R.A., «Attachment theory and research» en *Child and adolescent psychiatry: A comprehensive textbook*, Baltimore, 1996, pp. 126-134.

<sup>210</sup> Recojo aquí las opiniones de KRAUS, L. y POPE, K., «The importance of Attachment in Custody Evaluations: Toward the Best Interest of the Child», en GALATZER-LEVY,

todo caso las investigaciones han demostrado que el máximo contacto con los dos progenitores minimiza los efectos del divorcio en los menores de edad escolar y provocan una mejora en su autoestima y sociabilidad<sup>211</sup> (Informe Pagani-Kurtz/Deverensky<sup>212</sup>). Además, la solución más justa será dar a los padres un trato lo más equitativo posible en el reparto del tiempo en que cada uno de ellos pueda disfrutar de su hijo común, además es la única alternativa válida para ambos puedan sentirse a gusto con la decisión judicial y el menor pueda relacionarse con ambos de forma equitativa<sup>213</sup>.

La solución ha de encontrarse en el término medio, es decir, es admisible presumir que por regla general la custodia compartida es ventajosa para el interés del menor, si bien dicha custodia compartida es incompatible con situaciones de tensión extrema entre los progenitores<sup>214</sup> o en casos de violencia doméstica<sup>215</sup>. Simplemente ahora se considera que no es una medida absoluta que pueda imponerse aun cuando las desavenencias entre los padres sean muy gra-

---

R.; KRAUS, L.; GALATZER-LEVY, J., *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, New Jersey, 2.ª ed., 2009, pp. 179-181.

<sup>211</sup> En la misma línea LAMB y KELLY señalan que para que los padres puedan tener un impacto positivo en el desarrollo y evolución de sus hijos es necesario que sean partes integrantes de sus vidas. Por ello la situación ideal es aquella en la que los hijos de padres separados tienen la oportunidad de relacionarse con sus padres de forma frecuente y en sus distintas actividades, día y noche. En todo caso las investigaciones han demostrado que el sistema de visitas tradicional del cónyuge no custodio solo producen insatisfacción y sentimiento de pérdida en los hijos, por lo que debe evitarse toda restricción arbitraria y hay que procurar el mantenimiento de los lazos afectivos del menor con sus dos padres de forma equitativa. LAMB, M.E. y KELLY J.B., «Improving the Quality of Parent-Child Contact in Separating Families with Infants and Young Children: Empirical Research Foundations», en GALATZER-LEVY, R.; KRAUS, L.; GALATZER-LEVY, J., *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, New Jersey, 2.ª ed. 2009, pp. 196-197.

<sup>212</sup> PAGANINI-KURTZ, L.; DEVERENSKY J.L. Access by noncustodial parents: «Effects upon children's postdivorce coping resources». *Journal of Divorce and Remarriage*, 27, pp. 43-55.

<sup>213</sup> GALATZER-LEVY, R.; KRAUS, L.; GALATZER-LEVY, J., *The Scientific...* p. XXII.

<sup>214</sup> Señala CONNER, Dana Harrington, en «The Changing Face of Families: Back to the Drawing Board: Barriers to Joint Decision-Making in Custody Cases Involving Intimate Partner Violence» 18 *Duke J. Gender L. and Pol'y*, Spring 2011, p. 223, que la custodia compartida puede ser considerada contraria al interés del menor cuando se llega al extremo en que se pierde toda comunicación entre los padres cuando median situaciones ciertamente límite así como cuando median maltratos, violencia... En la misma línea BROWNE, Noah L., «Relevance and Fairness: Protecting the Rights of Domestic-Violence Victims and Left-Behing Fathers under the Hague Convention on International Child Abduction», 60, *Duke L.J.*, February 2011, pp. 1193 y ss.; y SEMPLE, Noel, «The «Eye of the Beholder»: Professional Opinions about the Best Interest of a Child», 49 *Fam. Ct. Rev.*, October 2011, p. 760. No obstante, la simple falta de comunicación no debería impedir por sí sola la custodia compartida: BIRNBAUM, Rachel y BALA, Nicholas, «Toward the Differentiation of High-Conflict Families: An Analysis of Social Science Research and Canadian Case Law», 48 *Fam. Ct. Rev.*, July 2010, p. 403. Por otro lado, CLEVELAND, Alison, «Specialization Has the Potential to Lead to Uneven Justice: Domestic Violence Cases in the Juvenile and Domestic Violence Courts», 6 *Am. U. Modern Am. Spring* 2010, p. 17, señala que el hecho de que medie violencia de genero, de que uno de los progenitores haya maltratado al otro, es un dato importante a la hora de decidir sobre el interés del menor, pero no debería ser el único dato a tener en cuenta.

<sup>215</sup> BERG, Rita, «Parental Alienation Analysis, Domestic Violence and Gender Bias in Minnesota Courts», 29 *Law and Ineq.*, Winter 2011, p. 5.

ves. Por tanto la custodia compartida sigue siendo en muchos casos la regla, si bien con la importante excepción de no ser viable en casos de tensión extrema. A la hora de hacer tal tipo de juicio ha de tenerse en cuenta que un nivel medio de conflictividad si será compatible con una custodia compartida, pues la custodia compartida puede ser viable aunque los padres no cooperen, siempre que cada uno de los padres procure el mejor y más sano ajuste del menor a la situación y tenga en cuenta las necesidades del menor, puesto que cuando cada uno de los padres es capaz de aceptar y apreciar las necesidad de su hijo de contactar con su otro progenitor, la cooperación no es tan importante <sup>216,217</sup>.

Finalmente llegamos a dos conclusiones: Primera, que mientras que por un lado, al día de hoy son muchos los estados que siguen otorgando preferencia a la custodia compartida, por entender que viene exigida no solo por el interés del menor sino por el interés público, como señalan a título de ejemplo los estatutos de New Jersey, Montana<sup>218</sup>, Ohio o Michigan donde se introdujo la presunción a favor de la custodia compartida en el año 2005, y son muchos los tribunales<sup>219</sup> y la doctrina que sigue apostando por otorgar preferencia a la custodia compartida<sup>220</sup>. Por otro lado, como señala Cuadra, muchos estados no dan prioridad alguna a la custodia compartida e incluso mantienen una presunción a favor de la custodia exclusiva de la madre soltera, lo cual supone un distinto trato para el padre según esté o no casado con la madre, imponiéndole una discriminación injusta<sup>221</sup>.

<sup>216</sup> PRUETT, M.K. y BARKER, C. «Joint Custody: A Judicious Choice for Families – But How, When and Why?» en GALATZER-LEVY, R.; KRAUS, L.; GALATZER-LEVY, J, *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, New Jersey, 2.ª ed. 2009, pp. 437.

<sup>217</sup> De hecho, las investigaciones han demostrado que la custodia compartida es compatible con situaciones de moderada conflictividad entre los padres y que en todo caso los estudios realizados demuestran que en muchas ocasiones el nivel de conflictividad entre padres que habitan dos viviendas separadas no difiere del de padres que habitan en una única vivienda MACCOBY, E.E., MNOOKIN R.H. Y DEPNER, C.E., «Coparenting in the second year after divorce», *Journal of Marriage and the Family*, 52, 141-155.

<sup>218</sup> FOX, Christina, «Contracting for Arbitration in Custody Disputes: Parental Autonomy vs. State Responsibility», 12 *Cardozo J. Conflict Resol.*, Spring 2011, p. 547.

<sup>219</sup> Me remito al estudio realizado por Burt, Marlina, «When the Best Interest is not Enough: Evaluating Kentucky's Use of «Best Interest» to Modify Custody Decrees in Recolation Disputes», 50 *U. Louisville L. Rev.*, Winter 2011, pp. 337 y ss.

<sup>220</sup> FINLEY, GORDON E. Y SCHWARTZ, J. «The Divided World of the Child: Divorce and Long-Term Psychosocial Adjustment», 48 *Fam. Ct. Rev.*, July 2010, p. 516. KAYE, David H. y GASTWIRTH, Joseph L., «Where Have All the Women Gone? The Gap in Supreme Court Checkships Jurimetrics, Vol. 49, No. 4 2009. pp. 5 y ss. Por su parte FOX, Christina, «Contracting for Arbitration in Custody Disputes: Parental Autonomy vs. State Responsibility», 12 *Cardozo J. Conflict Resol.*, Spring 2011, p. 547, señala que existe un auténtico interés público en que los padres compartan sus derechos y responsabilidades sobre el menor.

<sup>221</sup> CUADRA, Bernardo, «Maternal and Joint Custody Presumptions for Unmarried Parents: Constitutional and Policy Considerations in Massachusetts and Beyond», 32 *W. New Eng. L. Rev.*, 2010, p. 599.

Segunda: Caso de que la práctica anterior a la crisis matrimonial haya sido el cuidado compartido del menor por sus dos progenitores y por tiempos iguales, de mediar tensiones o desencuentros entre los padres deberá analizarse si son de baja, media o alta intensidad. En el primer y segundo caso la presencia de tales tensiones (propias del divorcio) no debe impedir la custodia compartida. Como señalan Pruett y Barker, la custodia compartida (física y legal) es una medida acorde con el interés del menor que beneficia al niño por encima de la relación entre sus padres y determinados conflictos entre ellos, aportando por lo general una satisfacción que redunde en el menor y que si bien funciona mejor cuando no media conflicto, es compatible con cierto nivel de tensión entre los padres (salvo casos de conflicto extremo)<sup>222</sup>. En el tercer supuesto, cuando la tensión sea de alta intensidad, deberá analizarse si se trata de una maniobra disuasoria para evitar la custodia compartida, «una estrategia de parte», en cuyo caso sería lícito no tener en cuenta tales desavenencias, pues es presumible que terminado el pleito las tensiones se calmen; o si realmente existe un sustrato de rechazo y aversión severo y grave entre los excónyuges, pues en tal supuesto imponer una custodia compartida podría dañar al menor. No obstante en este último caso, debería distinguirse según si el claro responsable de las desavenencias fuera uno de los padres o fuera una responsabilidad compartida, pues en el primer caso creo que sería un grave error premiar a la parte que lucha por separar al hijo de su otro progenitor con una custodia exclusiva de su hijo.

Por tanto, en el caso de que ambos padres hubieran compartido el cuidado del menor durante el matrimonio, el juez sí debería sopesar, a la hora de decidir a quién entregar la custodia del hijo, cual ha sido la disposición de cada uno de los padres durante el proceso, y cuál de ellos ha presentado una actitud colaboradora, ofreciéndose incluso a intentar poner en práctica una custodia compartida, y cual se ha negado rotundamente a ello. Es mi opinión que si este fuera el talante del juez, si el juez no tuviera su decisión predeterminada por prejuicios basados en el género de los litigantes, se facilitaría mucho la toma de acuerdos entre los cónyuges. Esta última conclusión a la que llego podría igualmente aplicarse en el Derecho español, pues entre nosotros la situación además se agrava por los importantes intereses en juego, principalmente el

---

<sup>222</sup> PRUETT, M. K. y BARKER C., «Joint Custody: A Judicious Choice for Families –But How, When and Why?» en GALATZER-LEVY, R.; KRAUS, L.; GALATZER-LEVY, J, *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, New Jersey, 2.ª ed. 2009, pp. 445-446.

derecho del progenitor custodio a permanecer en la vivienda familiar aunque sea propiedad del otro<sup>223</sup>.

En todo caso estimamos que la solución a la que se llegue en materia de custodia del menor debería seguir los criterios propios de la llamada «*approximation presumption*». Se trata de optar por tomar una decisión neutral basada en el efectivo tiempo que cada padre haya estado en contacto con el menor antes del divorcio, antes que especular sobre cuál puede ser el futuro comportamiento de uno y otro. Dicha regla no supone otorgar prioridad a ninguno de los progenitores, sino que pretende preservar las relaciones tal como tenían lugar antes del divorcio, reduciendo el riesgo de que los niños queden en manos de un padre muy poco experimentado en su cuidado. Desde esta perspectiva se propone una concreta división de la custodia del menor entre los padres<sup>224</sup>. Podemos terminar este capítulo afirmando que la experiencia norteamericana no ha de interpretarse como una derrota del movimiento a favor de la custodia compartida, sino como un reajuste y limitación de la presunción que da prioridad a dicho tipo de custodia.

## 9. RELACIONES ENTRE ABUELOS Y NIETOS

En ocasiones una vez que se decide la custodia del menor a favor de uno u otro progenitor, son los abuelos quienes reclaman poder visitar al menor. En esta materia se aprecia un alto número de litigios. Normalmente estos casos se dan cuando fallecido uno de los excónyuges, el otro impide el contacto de los hijos con los padres del progenitor muerto; aunque también se encuentran casos en los que las desavenencias se deben a las malas relaciones entre uno de los progenitores y sus propios padres.

Desde la perspectiva norteamericana y tal como se puso de manifiesto en el caso *Troxel v. Granville*<sup>225</sup>, la cuestión a resolver será determinar si la admisión de la solicitud de los abuelos que quieren relacionarse con sus nietos puede interferir en el derecho fundamental que tiene los padres a educar a sus hijos menores,

<sup>223</sup> Igualmente considero que sería oportuno reformar el artículo 92 del Código civil español para establecer un sistema similar al aprobado por los Parlamentos de Aragón y Valencia, dando prioridad a la custodia compartida como regla general.

<sup>224</sup> Esta presunción igualmente ha sido criticada, especialmente por ciertas voces que consideran que tiende a cargar a las madres tras el divorcio. PRUETT, M.K.Y BARKER, C. «Joint Custody: A Judicious Choice for Families –But How, When and Why? en GALATZER-LEVY, R.; KRAUS, L; GALATZER-LEVY, J, *The Scientific Basis of Child Custody Decisions*, New Jersey, 2.<sup>a</sup> ed. 2009, pp. 421.

<sup>225</sup> *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 120 S. Ct. 2054, 147 L. Ed 49 (2000).

especialmente si se tiene en cuenta que se parte de la presunción a favor de los padres de que las decisiones que tomen sobre sus hijos serán las correctas. De hecho, la aplicación de esta presunción explica que en muchos supuestos los tribunales norteamericanos hayan denegado a los abuelos el derecho de visita por entender que no han desvirtuado la referida presunción.

En ocasiones el rechazo a la solicitud se justifica afirmando que el otorgar el derecho de visita a los abuelos en contra de la voluntad del padre violaría el «*father's right to privacy*» derecho conectado con la libertad que la Constitución otorga a los padres para decidir sobre el modelo de crianza, educación y cuidados de su hijo<sup>226</sup>. Además en muchos supuestos se hace correr a los abuelos la suerte de su hijo cuando éste es definitivamente apartado del menor, a título de ejemplo podemos atender al caso *Seagrave v. Prince*<sup>227</sup> en el que no se admitió la petición porque al ser los abuelos solicitantes los padres del progenitor que había abusado sexualmente del menor, se entendía que podía éste concurrir en esos periodos de visita.

Por su parte la doctrina norteamericana defiende que esta presunción formulada por los tribunales ha de tenerse como regla general y por tanto debe presumirse que la decisión paterna es acertada<sup>228</sup>, estimándose que solo cuando medien circunstancias excepcionales que impliquen que la negación del derecho de visita de los abuelos sea perjudicial para el niño por dañar su interés superior podrá permitirse la relación del menor con sus abuelos<sup>229</sup>, tal como se estimó en el caso *Koshko v. Haining*<sup>230</sup>.

Por otro lado, distintos estatutos han regulado la materia dando primacía a la decisión del padre custodio, lo cual ha provocado que para muchos sean contrarios a la Constitución en tanto discriminan a los abuelos según los padres estén o no casados. Se afirma que en el primer caso por corresponder *prima facie* la custodia a los dos padres las relaciones con los cuatro abuelos suelen ser fluidas; pero que en el segundo caso, por corresponder en muchas ocasiones la custodia física únicamente a la madre, es ella la que tiene el dere-

---

<sup>226</sup> A título de ejemplo: *Saul v. Brunetti*, 753 So. 2d 26 (Fla. 2000). En el caso *Beagle v. Beagle*, 678 So. 2d 1271 (Fla. 1996), se llega más lejos y se afirma que este derecho fundamental de los padres solo puede ser excepcionado cuando de contrario se produzca un grave daño para los menores.

<sup>227</sup> *Seagrave v. Prince*, 349 Ark. 433, 79 S. W. 3d 339 (2002).

<sup>228</sup> En esta línea, KUSHNER, James A., *Government Discrimination: Equal Protection Law and Litigation*, «Chapter 6. Fundamental Rights», p. 35, n.24 2011.

<sup>229</sup> Señala *Currey v. Currey* [2002 SD 98, 650 N.W. 2d 273 (S.D. 2002)], que solo puede otorgarse el derecho de visita a los abuelos cuando no interfiera en la relación entre padres e hijos ni implique privar a los padres de su derecho fundamental a decidir sobre sus hijos.

<sup>230</sup> *Koshko v. Haining*, 398 Md. 404, 921 A.2d 171 (2007).

cho a decidir si los niños ven o no a sus abuelos paternos. Finalmente en alguna ocasión se ha llegado incluso más lejos y se ha afirmado que cuando son los dos padres los que conjuntamente se niegan al contacto de su hijo con los abuelos, la presunción ha de ser considerada *iuris et de iure*<sup>231</sup>.

Ahora bien, si se estima que procede el derecho de visita de los abuelos por exigencia del interés del menor y por no interferir en el ejercicio de la patria potestad (entendiéndose en tal caso que la relación del menor con sus abuelos puede serle muy beneficiosa), habrá que fijar un régimen de visitas. Dicho régimen de visitas en absoluto se asimila al que podría corresponder al progenitor no custodio y de hecho suele fijarse con una frecuencia y periodos mucho menores. Por ejemplo en el caso *Hamit v. Hamit* se estableció que las relaciones de los abuelos con su nieto se limitasen a un día al mes durante unas diez horas y siete días durante las vacaciones de verano<sup>232</sup>. Por otro lado, señalar que de entre los casos estudiados en los que se ha concedido el derecho de visita a los abuelos destacan por su reiteración aquellos en los que fallecida la madre y celebradas nuevas nupcias por el padre, se permite que los hijos mantengan el contacto con sus abuelos maternos, a título de ejemplo el caso *E.S. v. P.D.*<sup>233</sup>. Respecto a estos últimos casos añadir que cuando el nuevo cónyuge del progenitor adopte a los hijos de éste suele estimarse que debe mantenerse el derecho de visita de los abuelos por tratarse de un caso distinto al de una adopción conjunta por una pareja, supuesto éste último en que los abuelos (padres del progenitor premuerto), perderían su derecho de visita<sup>234</sup>.

En caso de divorcio se suelen aplicar los estatutos que regulan la presunción a favor del padre en el sentido de entender que cada progenitor tiene el derecho a evitar el contacto del menor con los abuelos de la otra línea ascendente en el periodo en que estén bajo su custodia, por respeto al derecho fundamental del padre a decidir libremente sobre la crianza de sus hijos y su control mientras permanecen bajo su custodia y al hecho de que los hijos podrán ver a sus otros abuelos cuando estén bajo custodia del otro progenitor<sup>235</sup>. Finalmente procede señalar que existen cuatro tipos de estatutos que regulan el derecho de visita de los abuelos, unos basados en la llamada «*derivative rights theory*» condicionada por los derechos

<sup>231</sup> 480 Mich. 1135, 745 N.W. 2d 789 (2008).

<sup>232</sup> *Hamit v. Hamit*, 271 Neb. 659, 715 N.W. 2d 512 (2006).

<sup>233</sup> *E.S. v. P.D.*, 8 N.Y. 3d 150, 831 N.Y.S. 2d 96, 863 N.E. 2d 100 (2007). En similares terminus, *Harrold v. Collier*, 107 Ohio St. 3d 44, 2005-Ohio-5334, 836 N.E. 2d 1165 (2005) y *In re Parentage of C.A.M.A.*, 154 Wash. 2d 52, 109 P.3d 405 (2005).

<sup>234</sup> *Jackson v. Tangreen*, 199 Ariz. 306, 18 P. 3d 100 (Ct. App. Div. 1 2000).

<sup>235</sup> *Schmehl v. Wegelin*, 592 Pa. 581, 927 A. 2d 183 (2007).

de los padres, otros fundados en la ruptura familiar (divorcio, muerte de uno de los padres), otros basados en el principio del interés superior del menor y finalmente los que requieren de una previa relación sustancial entre abuelo y nieto<sup>236</sup>. No obstante, en todo caso subyace la presunción a favor de los padres, que suele ser observada en las decisiones judiciales.

Si comparamos el Ordenamiento norteamericano con el español apreciamos que carecemos en nuestra legislación de una presunción expresa a favor de los padres similar a la existente en los Estados Unidos en los casos de conflicto con los abuelos. De hecho en la Jurisprudencia española parece que de mediar alguna presunción lo es a favor de los abuelos antes que de los padres<sup>237</sup>. Sin embargo, mi opinión es que en tanto que son los padres los únicos investidos con la patria potestad no deberían quedar favorecidos los abuelos por presunción alguna. Creo que habrá que estar al caso concreto y considerar que puede ser contrario al interés del menor exponerlo a tensiones y enconos que solo pueden desestabilizar su ajuste emocional. La cuestión de fondo es que no estamos refiriéndonos a un supuesto normal de interrelación familiar, pues en situaciones normalizadas los familiares no acuden a los tribunales. Por tanto estamos hablando de una situación «anormal» en la que sin duda mediarán fuertes tensiones entre unos y otros y en la que debemos impedir que el menor sea víctima injusta o chivo expiatorio de dichas disputas.

No obstante, el enfoque de la cuestión deberá ser distinto según medie o no una previa relación entre el menor y sus abuelos. Si ha mediado una previa relación y el menor por sus condiciones cognitivas, edad etc puede ser consciente de la pérdida de sus abuelos, debe procurarse por una u otra vía intentar mantener dicha relación para evitarle un daño real que puede provocarle serias secuelas psicológicas dado los lazos afectivos preexistentes, salvo que circunstancias graves justifiquen la privación del contacto (art. 160 CC). De existir fuertes lazos afectivos, la denegación del

---

<sup>236</sup> FERNÁNDEZ, Patricia S., «Grandparent Access: A Model Statute», 6 *Yale L. & Pol'y Rev.* 109, pp. 118-124 (1988).

<sup>237</sup> Véase el trabajo que he publicado con el título: *Interés de menor y Derecho de familia, una perspectiva multidisciplinar*, 2009, pp. 271-285. Por un lado, nuestro TS de forma reiterada mantiene que el hecho de que existan unas relaciones tensas entre padres e hijos en nada ha de empeorar el derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos (entre otras SSTs de 17 de septiembre de 1996, Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Termes, RJ 1996\6722; de 20 de septiembre de 2002, Ponente: Excmo. Sr. don José de Asís Garrote, RA RJ 2002\8462 y de 27 de julio de 2009, RJ 2009\4577) y por otro el derecho de visita que en muchas ocasiones se le concede a los abuelos se confunde con el que correspondería a los padres: A título de ejemplo la SAP de Barcelona de 18 de abril de 2005 (JUR\2005\122828) en la que el derecho de visita de los abuelos debía extenderse a todo el mes de agosto y fines de semana alternos.

derecho de visita podría perjudicar gravemente el ajuste psicológico del menor. Por tanto debería sopesarse las ventajas e inconvenientes que derivarían de permitir mantener dicho contacto del menor con sus abuelos en casos de gran encono entre éstos y sus padres. En estos casos la evaluación del psicólogo debería ser determinante al evaluar si la continuación de la relación del menor con sus abuelos le es beneficiosa<sup>238</sup>.

Si por el contrario no hubiera existido previo contacto entre el menor y sus abuelos, o el menor no hubiera sido consciente de la existencia de sus abuelos, el enfoque debería ser distinto. En tal caso por carecerse de un previo lazo afectivo, podría pensarse que el interés del menor no se perjudicaría por no tratarse con sus abuelos, en tanto que no mediaría ninguna ruptura dolorosa para el menor. En tal caso si la relación entre padres y abuelos fuese enconada debería primar el bien del niño y no el interés de los abuelos y considerar que el interés del menor ante todo tendría que lograrse garantizándole una convivencia armonizada con su familia nuclear y protegiéndole de todo riesgo o peligro que pueda desestructurar sus relaciones familiares.

Se concluye que la decisión a tomar ha de serlo siempre en interés del menor y no en interés de los abuelos. Recojo aquí mis opiniones que si bien son minoritarias entre nuestra doctrina, al menos creo que deberían hacernos meditar. Si bien los abuelos y principalmente las abuelas son las heroínas de la nueva situación social española tras la entrada en el mercado laboral de la mujer, pues se están haciendo cargo en muchas ocasiones de la crianza de los nietos; ello no puede hacernos olvidar que la patria potestad sigue correspondiendo exclusivamente a los padres y que debería ser legítimo presumir que sus decisiones sobre sus hijos son correctas. Por todo ello, creo que la reforma legislativa del año 2003<sup>239</sup> sobre las relaciones entre abuelos y nietos además de ser innecesaria por tratarse de un supuesto ya contemplado por nuestro Código civil con anterioridad, puede ser exagerada, al atribuir a los abuelos excesiva preponderancia en el caso de ruptura de los padres<sup>240</sup>. No olvidemos que si las relaciones entre padres y abuelos son fluidas,

---

<sup>238</sup> De hecho los tribunales norteamericanos suelen decidir al respecto atendiendo a la evaluación que del estado del menor haga el psicólogo, a título de ejemplo: *Berta v. Michener*, 72 Pa. D. and C. 4th 487, 494-97 (2005), en el que se mantuvo el contacto del menor con sus abuelos por aconsejarlo así el psicólogo.

<sup>239</sup> Ley 42/2003 de 21 de noviembre que modificó el CC y la LEC en lo relativo a esta materia.

<sup>240</sup> Ahora el artículo 160 CC dice que no podrá impedirse sin justa causa las relaciones familiares del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. Igualmente se modificaron los artículos 90 B, 94, 103 y 161 CC, produciéndose una serie de modificaciones que nos permiten plantearnos si pueden los abuelos ser parte en los procedimientos de separación o divorcio de sus hijos en virtud del artículo 13 LEC.

no intervendrán los tribunales; es decir el artículo 160 CC en la práctica solo será alegado en vía judicial en casos de extremo encono y tensión, y en tales circunstancias debería prevalecer el interés del menor sobre todo tipo de prejuicio u opinión moral que pudiera tener el juzgador.

El problema es que nuestro TS en ocasiones mantiene una línea jurisprudencial en la que confunde el interés del menor con el «deber ser de las cosas», pues antes de entender que la familia queda hoy justificada en tanto sea cauce adecuado para el pleno de desarrollo de sus miembros y de sus derechos fundamentales (lo cual vincularía el interés del menor al funcionamiento familiar, a la calidad de las relaciones existentes entre los padres y abuelos y la incidencias de esta sobre el menor, sobre la base de que la patria potestad corresponde exclusivamente a los padre), opta por el deber ser de las cosas afirmando, por ejemplo, que las relaciones entre el padre y los parientes de la mujer (abuelos) no deben influir en la concesión del régimen de visita a éstos. Dicha posición se recoge no solo en la STS de 17 de septiembre de 1996<sup>241</sup>, en la que a pesar del informe psicológico presentado que desaconsejaba el contacto del menor con unos abuelos maternos que nunca había conocido y que, fallecida la madre manifestaban un odio extremo hacia el padre el que habían incluso presentado acusaciones falsas, y a pesar de que el Juez de primera instancia optó por denegar el derecho de visita a los abuelos, finalmente la Audiencia decidió conceder a los abuelos dicho derecho atendiendo más al interés de éstos que al verdadero interés del menor, confirmando dicha decisión el TS. Se trata de unas resoluciones que si bien dicen abandonar el interés del menor se escudan en él justamente para ignorarlo, en esta línea pueden señalarse las sentencias de 20 de septiembre de 2002<sup>242</sup>, de 27 de julio de 2009<sup>243</sup>. Igualmente la SAP de Ciudad Real de 1 de marzo de 2012<sup>244</sup>.

<sup>241</sup> STS de 17 de septiembre de 1996, Ponente: Excmo. Sr. don Eduardo Fernández-Cid de Termes. RA RJ 1996/6722.

<sup>242</sup> STS de 20 de septiembre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. don José de Asís Garrote. RA RJ 2002\8462. El TS consideró que no constituía justa causa para la denegación de las visitas de los abuelos a los nietos la animadversión entre y la familia de la madre ya fallecida, ni la influencia que los abuelos pudieran tener sobre sus nietos.

<sup>243</sup> STS de 27 de julio de 2009, Ponente Excmo. Sr. don Jesús Corbal Fernández. Diario La Ley, n.º 7301, Sección Jurisprudencia, 11 Dic. 2009, Año XXX, pp. 1 y ss.

<sup>244</sup> SAP de Ciudad Real de 1 de marzo de 2012, Ponente: Ilma. Sra. María del Pilar Astray Chacón, publicada en la REVISTA JURÍDICA LA LEY el 25 de mayo de 2012 (n.º 7866). En este caso mediaba un enfrentamiento entre los abuelos paternos y ambos padres, enfrentamiento que a lo largo del tiempo evolucionaba a peor, con tensiones que tuvieron origen en el embarazo de la madre, con un enfrentamiento entre los abuelos paternos y su propio hijo que imputaba a su madre como causante de las desavenencias, que incluían insultos hacia su mujer y supuesta agresión. La propia sala sentenciadora consideró que se trataba de un claro caso en que los abuelos ejercían una influencia de animadver-

## 10. ONCOFERTILIDAD E INTERÉS DEL MENOR<sup>245</sup>

### 10.1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Hemos querido reservar para el final de este trabajo el estudio de una de las cuestiones más novedosas que en materia de menores se están investigando en la actualidad, esto es la aplicación de tratamiento de oncofertilidad. Debemos comenzar por definir el concepto<sup>246</sup>: La oncofertilidad es una nueva especialidad médica que tiene como ejes por un lado la oncología y por otro la preservación de la fertilidad. Dicho término fue acuñado por Teresa Woodruff, profesora de la Facultad de Medicina (Feinburg School of Medicine) de la Universidad Northwestern de Chicago, en el año 2006<sup>247</sup>. Actualmente las investigaciones en este campo se están realizando a través de «Oncofertility Consortium»<sup>248</sup>. Por tanto el termino oncofertilidad busca ser puente entre dos ramas distintas de la ciencia médica a las que quiere unir y busca explorar el futuro reproductor de pacientes bajo tratamiento de cáncer que amenace su fertilidad<sup>249</sup>. Es lo cierto que mientras que los nuevos avances han permitido que el porcentaje de personas que superan un cáncer sea

sión hacia la persona de la madre y del padre. En todo caso mediaban denuncias e imputaciones varias, reflejando el informe psicológico dichas tensiones extremas. Pues bien, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia cuando la menor tenía tres años de edad, reconociendo a los abuelos un derecho de visita a celebrar todos los sábados del año más los días de cumpleaños de los abuelos, la menor y un tío paterno. Presentado recurso, la AP de Ciudad Real mantiene el derecho de visita si bien entendiendo que el régimen de visitas establecido resulta perturbador para la propia vida normalizada de los padres normalizados, lo reduce a dos horas un sábado al mes. La pregunta que podemos plantearnos es sí en este caso no existía justa causa para negar el derecho de visita ¿Cuándo existirá dicha justa causa prevista en el artículo 160.2 CC?

<sup>245</sup> En este capítulo recojo los estudios que está realizando actualmente el grupo de investigación interdisciplinar de la Profesora ROBERTS, Dorothy E. (Northwestern University) agradeciendo que se me permitiera participar como invitado en sesiones de Semestre de Otoño (septiembre-diciembre) de 2011.

<sup>246</sup> Realiza un detallado estudio sobre las nuevas técnicas de oncofertilidad ORENTLICHER, David, en «Discrimination Out of Dismissiveness: The Example of Intertility», 85 *Ind. L.J. Winter* 2010, p. 143. También puede consultarse: GESLEVICH, Nizan, «The Other Side of Health Care Reform: An Analysis of the Missed Opportunity Regarding Infertility Treatments», *St. Mary's Law Review on Minority Issues*, Fall 2011, pp. 14 y ss.; y GORDY, Kimberly, «Adding Life to the Adolescent's Years, Not Simply Years to the Adolescent's Life: The Integration of the Individualized Care Planning and Coordination Model and a Statutory Fallback Provision», 11 *Yale J. Health Pol'y & L. Ethics*, Winter 2011, pp. 169 y ss.

<sup>247</sup> Para profundizar en la materia debe leerse: WOODRUFF, Teresa K. / SNYDER, Karrie Ann, *Oncofertility Preservation for Cancer Survivors Series: Cancer Treatment and Research*, New York. Springer 2008. vol. 138.

<sup>248</sup> El «Oncofertility Consortium» ha recibido financiación del National Institutes of Health (NIH) por un valor superior a los veintitún millones de dólares en los últimos años.

<sup>249</sup> SCHOVER, I.R. fue uno de los primeros autores que vislumbró la nueva línea de investigación que se abría al unir la oncología con las técnicas de fertilidad tal como ya puso de manifiesto en «Motivation for Parenthood after Cancer: A Review». *J. Natl Cancer Inst. Monogr.* Vol.34, 2005, pp. 2-5.

cada vez mayor (en el caso de niños se ha pasado de un veinte por ciento a un ochenta y uno por ciento en los últimos años)<sup>250</sup>; por otro lado, los mismos medicamentos que nos permiten vencer al cáncer resultan ser tóxicos para los órganos reproductivos, especialmente para las células germinales en las mujeres. Esto implica que la ciencia médica se plantee nuevos retos y entre ellos, principalmente, el de intentar dar satisfacción a aquellas personas que tras la intervención y el tratamiento oncológico desean poder recuperar una vida sana y completa, incluyendo la posibilidad de tener hijos. Estos nuevos retos plantean importantes cuestiones jurídicas, la primera de las cuales es si los padres tienen el deber de autorizar los tratamientos de oncofertilidad sobre sus hijos en caso de que vayan a ser tratados de cáncer<sup>251</sup>.

El derecho a la reproducción ya fue declarado un derecho constitucional por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su famosa sentencia *Skinner v. Oklahoma*<sup>252</sup>, aclarando posteriormente en la sentencia de 1972 del caso *Einsestadt v. Baird* que se trata de un derecho que protege tanto a personas casadas como no casadas<sup>253</sup>. Finalmente en el año 1990 dicho Tribunal Supremo dio el siguiente paso al afirmar que el derecho constitucional de poder decidir tener o no tener un hijo, es un derecho predicable tanto de adultos como de menores (se entiende de menores con suficiente madurez)<sup>254</sup>.

<sup>250</sup> Recojo el dato aportado por DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ, Lina M./ WOODRUFF, Teresa K. «Medical Hope, Legal Pitfalls: Potential Legal Issues in the Emerging Field of Oncofertility», *Santa Clara Law Review*, Vol. 49, pp. 673-675. 2009. Por su parte, STETA MONDRAGÓN, Jeannette Rita / GALLO STETA, Pablo / ALMANZA, Roberto y ÁLVAREZ-VALERO, Rolando, en «Oncofertilidad», *Anales Médicos*, Vol. 55. n.º 1, enero-marzo (México), 2010 pp. 33 y ss., señalan que en la actualidad la terapia oncológica esta permitiendo la supervivencia del 75% de los pacientes.

<sup>251</sup> DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ Lina M./ WOODRUFF, Teresa K., «Medical Hope...», pp. 673-675, 2009. En principio un tratamiento oncológico aplicado a una adolescente o a una niña reduce por término medio las probabilidades de tener un hijo en un futuro a la mitad. GOODWIN, Michele y DUKE, Naomi, «Capacity and Autonomy: A Thought Experiment on Minors' Access to Assisted Reproductive Technology», 34 *Harv. J.L. and Gender*. Summer 2011, p. 503.

<sup>252</sup> *Skinner v. Oklahoma*, Williamson, 316, US 535 (1942).

<sup>253</sup> *Einsestadt v. Baird*, 405 US 438 (1972). Por otro lado, ya sabemos que si la madre está casada se exige el consentimiento de su marido para la práctica de estas técnicas en aras de ser considerado padre; igualmente ya hemos referido que en algún estatuto se presume padre al marido que no haya consentido pero que haya convivido con el menor durante los dos años siguientes al nacimiento tratándolo como a un hijo. Por último, el consentimiento también puede darlo la pareja de hecho de la madre, señala ELROD que en este caso se le denomina padre por «*estoppel*», aplicándosele la doctrina del *estoppel* que en el ámbito contractual obliga a quien habiendo hecho una promesa ha provocado un comportamiento en otra persona, respecto al cual no puede desvincularse sin ser tachado de mala fe. ELROD, Linda D., «Symposium Issue: Belonging, Families, And Family Law: Presented at BYU Law School, January 28, 2011: A Child's Perspective of Defining a Parent: The Case for Intended Parenthood», en 25 *BYU J Pub L*. 2011, p. 245.

<sup>254</sup> *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 497 US 502 (1990).

Además tanto la legislación federal como la estatal reconocen implícitamente el derecho a la fecundación *in vitro*<sup>255</sup>, derecho al que por su parte los tribunales otorgan protección constitucional<sup>256</sup>. Este reconocimiento judicial viene de la mano del establecimiento de ciertos límites, pues inicialmente se ha prohibido la aplicación de estas técnicas a madres sustitutas o de alquiler<sup>257</sup>. (No obstante ya hemos estudiado que posteriormente California legalizó los contratos con madres sustitutas, prácticas hoy admitidas en algunos otros estados federales). Por otro lado, resulta llamativo que en los estatutos de algunos estados se exija tener contratado un seguro médico para poder hacer uso de técnicas de reproducción asistida *in vitro*<sup>258</sup>.

El uso de técnicas de reproducción asistida en aras a garantizar la preservación de la fertilidad tras una terapia oncológica tiene sus defensores y detractores. Por un lado, se afirma que es una forma de garantizar el derecho de la mujer a decidir libremente su maternidad, su derecho a la reproducción; por otro que no es sino reflejo de la lacra social que genera la expectación de que toda mujer ha de ser madre y estigmatiza la infertilidad, poniendo de manifiesto las presiones que sufren muchas mujeres para aceptar la aplicación estas técnicas<sup>259</sup>.

En referencia con los menores, ya hemos señalado que en líneas generales tienen el mismo derecho reproductivo que los adultos, si bien los estados pueden limitar en sus regulaciones ciertas decisiones. A título de ejemplo, esta protección de las decisiones del menor maduro queda muy patente en el caso *In Bellotti v. Baird*<sup>260</sup> pues el Estado protege el derecho de la hija menor a decidir sobre su propio embarazo, en este caso se recoge el principio que proscribe el rechazo de los padres a la decisión de su hija menor de edad de abortar, salvo que dicha decisión paterna sea controlada por un juez impar-

<sup>255</sup> Suele afirmarse que mientras que en el supuesto de la adopción se busca satisfacer el interés superior del menor, en el caso del uso de técnicas de reproducción humana asistida sin embargo se atiende únicamente a paliar la infertilidad del hombre o la mujer. CAHN, Naomi, «Article: No Secrets: Openness and Donor Conceived «Half-Siblings», 39, *Cap. U.L. Rev.* Spring 2011, pp. 313 y ss. Sin embargo, esta afirmación se relativiza cuando interviene una madre sustituta, pues finalmente la solución a la que se llegue ha de ser siempre la que priorice el interés del menor.

<sup>256</sup> En el caso *Davis v. Davis*, 842 SW 2d 588, 600 (Tenn. 1992), se consideró que la fecundación *in vitro* (IVF) quedaba dentro del ámbito del «constitutional right to privacy».

<sup>257</sup> *In re Baby M.*, 537 A 2d 1227, 1246-47 (NJ 1988).

<sup>258</sup> Tal es el caso de Louisiana y Nevada. DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ Lina M./ WOODRUFF, Teresa K., «Medical...», p. 680.

<sup>259</sup> RAYMOND, Janice G., *Women as Wombs: Reproductive Technologies and The Battle Over Women's freedom* (1993), se refiere en general a la aplicación de técnicas de reproducción asistida «ART» (*assisted reproductive technologies*), esta cuestión ha sido planteada y discutida especialmente desde la perspectiva feminista.

<sup>260</sup> *In Bellotti v. Baird*, 443 US, 622, 99 S. Ct. 3035, 61 L. Ed 2d 797 (1979).

cial que será en última instancia el que deba decidir. En otras palabras, una regulación estatal que permitiera a los padres vetar la decisión de su hija de abortar sin someterla al control judicial sería inconstitucional. Sin embargo, de decidir la hija menor continuar el embarazo todos los estados federales coinciden en prever que la decisión ha de ser respetada sin que pueda interferir un tercero<sup>261</sup>. Todo esto implica que los padres no podrán privar al hijo menor de su futura capacidad reproductiva sin que su decisión sea supervisada y aprobada por el juez; y que el menor tiene los mismos derechos constitucionales que el adulto respecto a la protección de su derecho a la reproducción aunque el ejercicio de estos derecho se posponga al momento en que físicamente sea posible<sup>262</sup>.

Las distintas técnicas que se ofrecen en el campo de la oncofertilidad divergen según se apliquen a un hombre o a una mujer diagnosticados de cáncer. En el caso del hombre, a partir de la pubertad es posible la crioconservación de sus gametos, los cuales de ser necesario pueden ser extraídos mediante intervención quirúrgica. De tratarse de niños que aún no hayan alcanzado la pubertad se requiere una biopsia testicular y el almacenamiento del tejido obtenido para su uso posterior. Sin embargo, el tratamiento puede ser más complicado en el supuesto de que se trate de una mujer. En principio podría optarse o bien por intentar proteger los ovarios de la radiación, es decir una ooforopiexia (si bien podrían disminuir considerablemente las posibilidades de obtener un embarazo exitoso), o bien intentar aplicar las técnicas de reproducción asistida de urgencia para extraer ovocitos maduros, en su caso su fertilización y congelación del correspondiente embrión o la directa crioconservación de los referidos óvulos. Sin embargo, esta última alternativa encuentra el obstáculo de exigir estimulación hormonal, además deberá posponerse el tratamiento del cáncer en tanto que dure el tratamiento hormonal requerido. Problema añadido será el hecho de que no esté permitido someter a tratamiento de estimulación hormonal a niñas en etapa de pubertad o prepubertad. Por todo ello se ha intentado paliar estos problemas mediante la crioconservación de tejido ovárico, pues dentro de la corteza ovárica existen pequeños ovocitos inmaduros, los cuales después de ser crioconservados podrían permitir la maduración folicular *in vitro* para la producción de ovocitos maduros, o bien podría utilizarse el tejido ovárico crioconservado para un autotransplante. Al respecto se considera la maduración folicular *in vitro* como la mejor alternati-

---

<sup>261</sup> DOLIN, Gregory/ Roberts, Dorothy E. / RODRIGUEZ Lina M./ WOODRUFF, Teresa K., «Medical...» p. 682.

<sup>262</sup> Por otro lado, cada Estado federal establece una edad para el ejercicio de la «libertad sexual».

va ya que evita todo riesgo de reimplantar células cancerígenas<sup>263</sup>. Técnica igualmente útil para obtener ovocitos maduros a partir de los folículos ováricos<sup>264</sup>. En todo caso, la intervención quirúrgica ha de realizarse antes de que comience el tratamiento oncológico correspondiente, especialmente antes de someter a radiación al enfermo y por tanto de que los ovarios puedan quedar afectados<sup>265</sup>.

Si bien esta técnica aún no ha sido practicada en humanos de forma completa, ha funcionado con animales (pájaros) y actualmente se está intentado su aplicación en seres humanos<sup>266</sup>. Por otro lado, ya en el año 2004 se consiguió un producto humano vivo tras un trasplante ortotópico de tejido ovárico crioconservado tras su descongelación en un caso de una mujer que padecía un linfoma de Hodgkin<sup>267</sup>. Evidentemente de resultar exitosa la aplicación en humanos de esta nueva técnica de maduración folicular *in vitro*, será posible la aplicación de las técnicas de reproducción asistida para preservar la fertilidad de niñas en periodo de pubertad o prepubertad, lo cual justifica que nos planteemos las consecuencias jurídicas que dichas intervenciones médicas puedan conllevar.

## 10.2. PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEA LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TÉCNICAS EN EL CAMPO DE LA ONCOFERTILIDAD: EL CONSENTIMIENTO A LA INTERVENCIÓN MÉDICA

La primera cuestión será determinar quién ha de prestar el consentimiento al tratamiento. Al respecto si bien inicialmente se distinguía según el enfermo fuese mayor o menor de edad, otorgando la capacidad de decidir a los padres de todo menor que haya de ser

---

<sup>263</sup> XU M., KREEGER, PK, SHEA L.D., WOODRUFF, T. K., «Identification of a Stage-specific Permissive *In Vitro* Culture Environment for Follicle Growth and Oocyte Development», 75, *Biol Reprod.*, 2006 pp. 916 y ss., y WOODRUFF T.K./ SHEA L.D./ LOWE, M.P., «Perspectives on Oncofertility», *Endocrine News*, June 2008, pp. 15-19.

<sup>264</sup> Los folículos ováricos suponen una acumulación de células haploides que se encuentran en el interior del ovario rodeando el ovocito. Se activan periódicamente permitiendo la ovulación de un ovocito viable.

<sup>265</sup> Puede consultarse: AGARWAL, Sanjay K. y CHANG, R Jeffrey, «Fertility Management for Women with Cancer», en *Oncofertility: Fertility Preservation for Cancer Survivors*, obra dirigida por WOODRUFF, Teresa K. y SNYDER, Karrie Ann, 2007, pp. 15 y 20.

<sup>266</sup> DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ, Lina M./ WOODRUFF, Teresa K. «Medical...» p. 686.

<sup>267</sup> DONNER J., GOLMANS MN, DEMYLLE D., OKTAY K., BUYUK, E., VEECK, L. «Live Birth after Orthotopic Transplantation of Cryopreserved Ovarian Tissue», 364, *Lancet*, pp. 1405 y ss., y STETA MONDRAGÓN, Jeannette Rita / GALLO STETA, Pablo / ALMANZA, Roberto y ÁLVAREZ-VALERO, Rolando, ob. cit. p. 36. quienes señalan que con posterioridad se han conseguido otros casos de autotrasplantes exitosos, si bien la técnica ha de ser mejorada pues se aprecia una pérdida considerable de folículos y un riesgo de reintroducir células cancerígenas.

sometido a intervención, como se puso de manifiesto en *Jehovah's Witnesses of Wash. v. King County Hosp.*<sup>268</sup>, poco a poco se fue evolucionando hacia un reconocimiento de la capacidad natural del menor. En el caso de que el menor no tenga capacidad el consentimiento de sus padres a la intervención solo quedaría justificado si se tratara de un tratamiento necesario desde el punto de vista médico que no causara daños irrazonables al menor y que la finalidad del mismo sería procurar el beneficio del menor, no el de sus padres u otros familiares<sup>269</sup>.

Si el tribunal entiende que el menor tiene suficiente madurez como para comprender el alcance de la decisión que toma, será dicho menor el legitimado para decidir sobre la intervención. Por ello normalmente cuando el menor tiene dieciséis años cumplidos se atiende a su voluntad, si bien habrá que estar a las circunstancias del caso concreto. Por otro lado, en ocasiones también se respeta la decisión de menores de menos edad, según sea el nivel de madurez que se juzgue posee y la gravedad que pueda reportar la decisión<sup>270</sup>.

De hecho en el campo de la reproducción y de la salud sexual del menor el poder decisorio de los padres queda sujeto al control judicial, de forma que los propios hijos tienen derecho a un proceso justo que garantice que sus padres realmente están actuando en su interés y a que se respete su decisión cuando sean suficientemente maduros. Ya se ha señalado que una de las cuestiones más debatidas ha sido si una hija menor de edad puede decidir sobre la interrupción de su embarazo sin necesidad de contar con el consentimiento de sus padres. Al respecto, la Jurisprudencia norteamericana ha considerado que una ley que exigiera que la interrupción del embarazo de una madre menor de edad fuese decidida exclusivamente por sus padres sin ningún tipo de control sería inconstitucional. Por tanto para ser constitucional la ley debería incluir la previsión de que la menor pudiera recurrir al juez para que éste, atendiendo al estado de madurez de la misma, pudiera prescindir del requisito del consentimiento paterno<sup>271</sup>.

No obstante, algunos de los estados que han optado por admitir dicha excepción la han limitado en exceso. Tal fue el caso del la regla de la petición única establecida en Ohio, «Single-Petition

<sup>268</sup> *Jehova's Witnesses of Wash. v. King County Hosp.* 278 F. Supp. 488, 504 (W.D. Wash. 1967). En este caso los padres se negaban a la práctica de una transfusión sanguínea sobre su hijo alegando que era contraria a su religión.

<sup>269</sup> FORD, Kishka-Kamiri, «First, Do No Harm»-The Fiction of Legal Parental Consent to Genital-Normalizing Surgery on Intersexed Infants», 19 *Yale L. and Pol'y Rev.*, 2001, pp. 469 y ss.

<sup>270</sup> SHAPO, Helene, *Seminario sobre interés del menor*, 29 de diciembre de 2011, Facultad de Derecho. Northwestern University, Chicago.

<sup>271</sup> *Lambert v. Wicklund*, 520 US 292, 295 (1997).

Rule», que establecía que la menor solo tenía una única oportunidad de solicitar suprimir el requisito del consentimiento de sus padres por poder decidir ella por sí misma la interrupción de su embarazo. Lo cierto es que las circunstancias pueden cambiar, y una menor puede alegar una vez que le ha sido denegada la solicitud, que ya se ha informado correctamente sobre las consecuencias de su decisión, que ha madurado, o que ha sabido posteriormente que el feto viene con problemas. Lo cual ha motivado que en ocasiones dichos sobrerrequisitos no hayan sido observados por los tribunales por considerarse contrarios al derecho de la menor con suficiente madurez para poder decidir sobre la interrupción de su embarazo<sup>272</sup>.

Este precedente y esta evolución jurisprudencial han roto con la tradición que amparaba las decisiones paternas a partir de la premisa de la «unidad familiar bajo la autoridad de los padres», que se había observado hasta entonces respecto a decisión difíciles de tomar por los padres respecto a sus hijos, como por ejemplo su internamiento en centros de salud mental. En *Parham v. J.R.*<sup>273</sup>, si bien en primera y segunda instancia se afirmó que debía protegerse el interés del menor a una segunda comprobación de su estado mental, el Tribunal Supremo, consideró que solicitar el internamiento del menor era una decisión que incumbía a la autoridad paterna y una vez acordado con los informes médicos iniciales, no revisable a pesar de la oposición del menor<sup>274</sup>.

Tal como se ha señalado, en muchas ocasiones el juez ha optado por permitir el aborto solicitado por la hija menor de edad a pesar de la oposición de sus padres, o se ha autorizado la transfusión de sangre al menor en contra de la voluntad de los padres.

<sup>272</sup> *Cincinnati Women's Services, INC v. Taft*, 468 F.3d 361 (6th Cir. 2006).

<sup>273</sup> *Palham v. JR*, 442 US 584 (1979).

<sup>274</sup> Evidentemente debemos distinguir entre capacidad natural y capacidad de obrar, la capacidad de obrar la alcanzará el menor al emanciparse. La capacidad natural permite al menor decidir sobre el ejercicio de sus derechos fundamentales, mientras que la capacidad de obra le permite contratar. Sin embargo, en el Derecho norteamericano por lo general se ha restringido la posibilidad de decidir a los supuestos de emancipación. La doctrina anglosajona de la emancipación hunde sus raíces en el *common law* y para que el menor pueda alcanzarla antes de llegar a la mayoría de edad requiere que tenga independencia financiera, vivienda distinta a la paterna si bien con consentimiento paterno y la existencia de relaciones incompatibles con las reglas de subordinación a los padres. [Doctrina señalada en *Purdy v. Purdy*, 578 SE 2d 30 (SC Ct App 2003)]. En cada Estado se regulan las distintas formas para alcanzar la emancipación antes de los 18 años, por ejemplo en California el Código de Familia prevé: el matrimonio, el servicio en las fuerzas armadas o la declaración ante la Autoridad Judicial de menor de 14 años cumplidos que desee vivir separado de sus padres con su aquiescencia y que tenga fuentes de financiación. [California's Emancipation of Minors Act. Cal. Fam. Code art.7002 (2004)]. Otros estados establecen edades distintas (En caso de emancipación se aplicará la doctrina de la inmunidad parental (*parental immunity*), por lo que los padres no responderán ante terceros por los daños que puedan haber causado sus hijos. *Buono v. Scalia* N.J. Sup. Ct. 843 A2d 1120 (2004)].

Igualmente en muchos estados se permite que la hija menor de edad pueda solicitar determinados tratamientos para prevenir el embarazo o la transmisión de enfermedades sexuales sin consentimiento de sus padres<sup>275</sup>. Por todo ello señala Farber<sup>276</sup> que ha de entenderse que las decisiones en materia de reproducción quedan excluidas del ámbito de la autoridad paterna pues, por un lado interfieren en un derecho fundamental de todo ser humano y por otro, lo más probable es que esas decisiones en materia de actividad sexual y reproducción no sirvan al interés del menor. En este punto la Jurisprudencia norteamericana se acerca mucho a nuestra regulación en tanto que nuestro Código civil excluye expresamente del ámbito decisorio paterno los actos que afecten directamente a los derechos fundamentales del menor con suficiente grado de madurez (art. 162 CC).

Volviendo al tema objeto de nuestro estudio, esto es si pueden autorizarse la aplicación de técnicas de oncofertilidad sobre menores y quien debe decidir las, nos puede ser de utilidad atender a la Jurisprudencia norteamericana cuando ha resuelto sobre materias conexas. Así por ejemplo en materia de circuncisión los jueces suelen confirmar y aprobar su práctica cuando es solicitada por los padres. Al respecto debemos plantearnos si esta técnica ritual que suele hacerse por razones religiosas o médicas, debería ser siempre admitida en tanto que no siempre es necesaria y conlleva riesgos para la salud del menor. En el caso *State v. Baxter*<sup>277</sup> se entendió que esta práctica milenaria en absoluto atentaba al orden público, siendo ésta la opinión seguida por los tribunales norteamericanos, bastando por tanto con el consentimiento informado de uno de los padres. Por el contrario en los Estados Unidos está absolutamente prohibida la mutilación genital femenina o ablación del clítoris, por algunos llamada circuncisión femenina cuando no responda a razones médicas<sup>278</sup>. Se trata de un ritual ancestral similar a la circuncisión masculina que sin embargo produce severos daños y limitaciones a la salud

<sup>275</sup> COLEMAN, Doriane Lambert, «The legal Ethics of Pediatric Research», 57 *Duke L.J.* 2007, pp. 517 y ss. N.118.

<sup>276</sup> FARBER, Hillary B. «The Role of the Parent/Guardian in Juvenile Custodial Interrogations: Friend or Foe?», 41 *Am. Crim. L. Rev.* 2004, pp. 1277 y ss.

<sup>277</sup> *State v. Baxter*, 141, P.3d 92 (Wash. Ct. App. 2006). En el caso *In re Marriage of Boldt*, 176 P. 3d 388, 393 (Or. 2008), se discutió entre los padres divorciados sobre la pertinencia de la circuncisión de su hijo de doce años, el tribunal estimó que si bien se trataba de una técnica invasiva, que afectaba a la integridad física del menor y no carente de riesgos, lo cierto era que la decisión sobre la circuncisión por razones religiosas o médicas comúnmente correspondía a los padres por razones históricas, si bien se estimó que el juzgado tendría que decidir atendiendo también a la opinión del menor.

<sup>278</sup> En concreto esta prohibida por el Criminalization of Female Genital Mutilation Act, 18 USC, aprobado por el Congreso en 1996.

sexual de la mujer sometida a tal práctica, por lo que ha de considerarse absolutamente contrario al interés del menor.

Uno de los supuestos más interesantes es el desorden del desarrollo sexual en supuestos de sexo ambiguo. Se trata de niños que nacen con una ambigüedad genital, se calcula que en los Estados Unidos padecen este problema uno de cada dos mil niños nacidos<sup>279</sup>. En la mayoría de los casos se opta por una reasignación del sexo mediante una «genitoplastia femenizante», por lo que el menor crecerá como mujer. En tanto que este tipo de intervenciones se suelen realizar durante los dos primeros años de vida del niño, serán los padres los que deban consentir y autorizar la intervención. Este tipo de intervenciones generalizadas a partir de la década de los años setenta del pasado siglo se han puesto en tela de juicio por algunos expertos que tras el estudio de los pacientes intervenidos concluyen que pueden generar severos perjuicios psicológicos al menor, que en ocasiones crece infeliz víctima de una confusión absoluta en sus sentimientos<sup>280</sup>. Al día de hoy estas técnicas están permitidas en los Estados Unidos (o al menos no están prohibidas por la ley) y en la práctica son autorizadas por los tribunales y normalmente recomendadas por los pediatras. Quizá podamos plantearnos si no sería mejor esperar a que el menor suficientemente maduro pudiera decidir, pues es lo cierto que en muchos casos cuando el menor ha crecido en una continua confusión sobre su identidad sexual ha intentado lograr una nueva reasignación de sexo<sup>281</sup>. Quizá sea hora de intentar superar la estigmatización social que una persona hermafrodita pueda sufrir y de pensar que el interés del menor puede ser poder decidir según sus sentimientos una vez alcanzada la madurez<sup>282</sup>. En tanto que dicho avance llegue, hoy por hoy es responsabilidad de los padres decidir sobre este tipo de intervenciones.

Otro supuesto problemático se dará cuando los padres soliciten la esterilización del menor pues debido a su discapacidad psíquica consideren que no es capaz de entender las consecuencias de un embarazo ni capaz de cuidar a un hipotético futuro bebé. En este punto difiere la legislación de los distintos estados. Mientras que en algunos se atribuye la facultad de decidir a los padres, en la

---

<sup>279</sup> KIPNIS, Kenneth/ DIAMOND, Milton, «Pediatric Ethics and the Surgical Assignment of Sex», 9 J. *Clinical Ethics* 1998, pp. 398 y ss.

<sup>280</sup> AM. ACAD. OF PEDIATRICS, «Timing of Elective Surgery on the Genitalia of Male Children with Particular Reference to the Risks, Benefits, and Psychological Effects of Surgery ans Anesthesia, 97, *Pediatrics* 1996, pp. 590 y ss.

<sup>281</sup> Lo comentan DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ Lina M./ WOODRUFF, Teresa K. «Medical...» pp. 697.

<sup>282</sup> Sin embargo, hoy por hoy la mayoría de los profesionales estiman que la reasignación de sexo en las primeras etapas de la vida es obligada para permitir al menor un desarrollo emocional y una salud psicológica normales.

mayoría se considera que será el juez quien de forma independiente deba decidir atendiendo exclusivamente al interés superior del menor, por lo que podría desvincularse de la decisión de los padres e incluso de la opinión de los profesionales médicos<sup>283</sup>.

Como conclusión puede afirmarse que se admite el consentimiento de los padres para la práctica de intervenciones médicas sobre sus hijos sin capacidad natural en materia de capacidad reproductiva y salud sexual en los casos en que se entiende que dicha intervención es beneficiosa para la salud psíquica del menor y entraña pocos riesgos; negándose en otros supuestos.

A partir de los cuatro supuestos estudiados Dolin, Roberts, Rodriguez y Woodruff<sup>284</sup> proponen construir un marco adecuado para el análisis del consentimiento paterno en los supuestos de oncofertilidad. Evidentemente el primer dato a tener en cuenta será la edad del menor, pues en muchos casos se respeta la voluntad del menor maduro incluso cuando ésta es contraria a una intervención médica, podemos traer a colación el importante caso *In re Marriage of Boldt* en el que el Tribunal Supremo de Oregón respecto a una intervención que suponía una alteración permanentes en el cuerpo del menor<sup>285</sup>.

La segunda cuestión respecto a la viabilidad de la intervención, será determinar el grado de capacidad sexual que se mantendrá tras la intervención, pues no es lo mismo que la operación afecte solo a un ovario, que por ejemplo afecte a los dos. En este último caso la extracción de los dos ovarios plantea un alto riesgo para la futura capacidad reproductiva lo cual exige ponderar si la pérdida de dicha capacidad reproductiva en el momento presente compensa la hipotética posibilidad de recuperarla en un futuro. Otra importante cuestión será determinar hasta qué punto el beneficio derivado de la práctica de estas técnicas será real. Es decir, en tanto que las investigaciones en materia de oncofertilidad son aún incipientes, puede plantearse extraer ya el tejido ovárico de una menor, con la esperanza de que dentro de quince o veinte años (momento en que se plantee la maternidad) el avance de la ciencia haya posibilitado ya definitivamente culminar con éxito las técnicas de oncofertilidad. Pero puede plantearse si es lícito someter a un menor a estas técnicas en atención a una hipotética evolución científica.

<sup>283</sup> Se trata ésta de una materia de desarrollo jurisprudencial, por su relevancia puede consultarse: *Wentzel v. Montgomery General Hosp. , Inc.*, 447 A.2d 1244, 1254 (Md. 1982).

<sup>284</sup> DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ Lina M./ WOODRUFF, Teresa K., «Medical...», pp. 700 y ss.

<sup>285</sup> *In re Marriage of Boldt*, 176 P.3d 388, 394 (Or. 2008).

La última cuestión a considerar será analizar si la decisión de los padres busca realmente el interés del menor o su propio interés. En principio la práctica de estas técnicas supondrá la mejor vía para garantizar el derecho del menor a la reproducción o a lo que la doctrina ha denominado «el derecho del niño a un futuro abierto». Sin embargo, igualmente se ha planteado si en realidad someter a una niña menor a esta intervención no generará en un futuro una extraordinaria presión en la mujer para que use el tejido ovárico almacenado. Por otro lado, se ha señalado que en determinados casos en los que las esperanzas de vida de la menor sean mínimas, el uso de este tratamiento puede obedecer al exclusivo deseo de los padres de tener un nieto a partir del tejido ovárico extraído de su hija, mediante su implantación en una madre sustituta. Evidentemente este último supuesto no sería admisible bajo ninguna circunstancia, pues en absoluto estaría acorde con el interés del menor.

No obstante el problema puede plantearse en términos distintos. La cuestión puede ser no si debe respetarse la decisión paterna de someter al menor a un tratamiento oncológico, sino si los padres están obligados a autorizarlos en aras a preservar la fertilidad de su hija. Desde esta nueva perspectiva ¿Cuál será el interés del menor? ¿Podría considerarse la negativa a la intervención como un supuesto de esterilización de la propia hija? Evidentemente habrá que esperar al avance de la ciencia médica para que esta hipótesis se plantee, pero en tanto que parece cierto que en pocos años será viable, quizá la solución más plausible que podamos deducir de la Jurisprudencia norteamericana sea aplicar una regla similar a la que se admite en supuestos de interrupción o mantenimiento del embarazo, esto es que sea el menor de edad suficientemente maduro el que decida<sup>286</sup>. Al respecto ha de tenerse en cuenta que por un lado los riesgos que conlleva este tipo de intervenciones es mínimo en tanto que se realiza en forma laparoscópica y por otro que la pérdida del ovario puede producir alteraciones hormonales y reducir las posibilidades de un embarazo, por tanto habrá que atender a las posibilidades de éxito que finalmente ofrezca este tipo de tratamientos para poder decidir, si bien se considera que de mediar una ratio de éxito del ochenta por ciento, impedir que la hija menor pudiese decidir en un futuro su maternidad atentaría contra su interés superior y no se debería permitir<sup>287</sup>.

Finalmente, aun en el supuesto de que estuviese asegurado un alto porcentaje de éxito, deberían analizarse otras cuestiones. Una de

---

<sup>286</sup> Esta es la regla que proponen DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ Lina M./ WOODRUFF, Teresa K. «Medical...», p. 705.

<sup>287</sup> DOLIN, Gregory/ ROBERTS, Dorothy E. / RODRIGUEZ Lina M./ WOODRUFF, Teresa K., «Medical...», p. 706.

ellas sea quizá una cuestión clave, se trata de evaluar hasta qué punto la aplicación de estas técnicas sobre la niña o adolescente menor puedan perjudicar las posibilidades de éxito del tratamiento oncológico que deba aplicársele, debido al inevitable retraso que supondrá en el inicio de su aplicación. En todo caso, mi opinión es que si el riesgo en posponer el inicio del tratamiento oncológico es mínimo y las posibilidades tanto de superar el cáncer como del éxito de las técnicas de oncofertilidad grandes, debería optarse por intentar preservar la fertilidad de la hija menor de edad, priorizando su interés sobre el de sus padres cuando por razones religiosas o culturales éstos pudieran negarse al mismo y en todo caso de tener la menor capacidad natural suficiente debería atenderse a su decisión.

## 11. CONCLUSIONES

En el Ordenamiento norteamericano el interés del menor funciona como un estándar jurídico que el juez ha de evaluar en el caso concreto. Se carece de normativa federal que aporte pautas para concretar este concepto y si bien a nivel estatal si encontramos alguna legislación que reúne listas de criterios a considerar a la hora de evaluar el bien del niño, se trata de supuestos muy concretos y de listas que difieren de un Estado a otro. Los tribunales estadounidenses han sido pioneros en la elaboración de este principio que poco a poco se ha ido consolidando en la Jurisprudencia. Por tanto, la aportación del Derecho norteamericano a la nueva concepción del Derecho de familia y a la primacía del interés del menor ha sido decisiva y definitiva, no obstante en estas conclusiones no voy a ahondar en dichas virtudes del sistema ya conocidas sino en los puntos controvertidos que a mi entender deben hacernos reflexionar.

En primer lugar, el interés del menor obliga al Estado a intervenir para controlar que el ejercicio de la patria potestad sea el adecuado. La doctrina norteamericana discute si el desamparo del menor debería generalizarse o restringirse y si debería ser provisional o derivar en la adopción. La paradoja está en que mientras se afirma que prevalece el derecho de los padres a recuperar al hijo en cuanto su situación se haya normalizado, en la práctica se está siguiendo en los últimos tiempos una política legislativa a favor de la llamada «adopción exprés» que de hecho impide a los padres biológicos disponer del suficiente tiempo para rehacer sus vidas. Esta política trata de paliar el problema que causan los acogimientos familiares a largo plazo al menor que habiendo generado fuertes lazos afectivos con los padres de acogida se ve obligado a vol-

ver con sus padres biológicos. Sin embargo, esta solución está generando nuevos problemas.

Los hechos ciertos son que una vez decidida la separación del menor por el trabajador social el juez confirma la decisión en la mayoría de los supuestos, y en tales casos solo pueden oponerse las familias que disponen de suficientes recursos económicos como para poder contratar un buen abogado. Es decir, las familias socialmente deprimidas están siendo objeto del despojo de sus menores y siendo testigos de su adopción antes de haber tenido tiempo de reaccionar, lo cual es debido en parte al negocio que supone el llamado «mercado de adopciones». Finalmente las familias afroamericanas, hispanas, nativas y de otras minorías están sufriendo este «acoso» a favor de las familias pudientes. Estas recientes tendencias y sus resultados deben hacernos meditar ahora que en nuestro país se multiplican las voces exigiendo seguir un modelo de adopción exprés para mitigar los daños psicológicos que una separación tardía de los padres de acogida pudiera causar el menor.

Quizá una de las posibles soluciones a esta disyuntiva venga de la mano de la nueva forma de entender la adopción, esto es la «adopción abierta». Algún autor llega a afirmar que este nuevo modelo podría implicar que el menor en la práctica tuviese dos figuras maternas y dos figuras paternas. Se trata de una figura hoy fomentada por doctrina, tribunales y legisladores que sin embargo requiere el previo consentimiento de los padres adoptivos y de origen. No obstante debido a que la adopción directa a través de intermediario y prescindiendo de las agencias de adopción está autorizada, en muchos casos ambas familias se conocen desde un primer momento, pudiendo pactar una adopción abierta. Por otro lado la doctrina igualmente discute si las adopciones interraciales son acordes al interés del menor cuando puedan ser evitadas.

Otra cuestión que creo merece hacernos reflexionar es el pretendido derecho de los padres a negarse a aceptar el tratamiento médico necesario para garantizar la vida de su hijo cuando éste por sufrir de otras dolencias no podría nunca disfrutar de un estándar de vida normalizado, como en casos en que por padecer el hijo el síndrome de Down se nieguen los padres a que sea intervenido, así como en otros casos en los que en alguna ocasión se ha respetado la decisión de los padres fundada en convicciones religiosas.

Quizá en una de las materias en las que el Derecho norteamericano manifieste un mayor dinamismo y apertura sea en la admisión de la llamada «educación en casa» por respeto al derecho constitucional de los padres a elegir el modelo educativo y religioso de sus hijos. Cuando estas prácticas están suficientemente controladas y

el progreso de los menores es evaluable, creo debería respetarse dicha opción paterna. Igualmente se está produciendo una lenta evolución jurisprudencial en la línea de aceptar el derecho del menor con suficiente capacidad natural a decidir sobre las intervenciones médicas que pueda requerir y sobre el derecho a abortar. Sin duda estos dos ejemplos manifiestan la virtud de un sistema de elaboración jurisprudencial del Derecho en el que la adaptación a las exigencias de la cambiante realidad social ha de ser constantes. En nuestro Derecho la única forma de poder alcanzar una flexibilización similar sería estableciendo un sistema de cláusulas generales que dejasen al juez un suficiente margen decisorio y que le permitiera en su caso la neutralización de la aplicación de una norma imperativa cuando fuese contraria a la cláusula general, por exigirlo así las circunstancias del caso concreto.

En materia de custodia, superada la etapa en la que imperaba la presunción a favor de la madre como única custodia de los menores preadolescentes, actualmente se debate si debe establecerse con carácter general una presunción a favor de la custodia compartida. Tras una etapa en la que dicha presunción se impuso con carácter generalizado, actualmente la doctrina se está replanteando si realmente es la mejor medida a favor del menor. Jueces, doctrina y especialistas están debatiendo la cuestión sin que pueda afirmarse que la tendencia actual vaya en una u otra dirección. Mi opinión es que si bien la euforia con la que se recibió la aceptación de la presunción hace ya veinte años está superada, lo que ha ocurrido es que se ha limitado dicha presunción a su justa medida. Es decir, entiendo que no es que proceda renunciar a dicha presunción, sino ampliar los supuestos en los que por excepción no sea aplicable. Esto significa que cuando la tensión entre los padres sea extrema la presunción no debe regir para evitar al menor ser víctima injusta de sus desencuentros. Pero eso no implica que en caso de mediar desavenencias leves o moderadas no deba seguir presumiéndose que la mejor medida ha de ser garantizar al menor el derecho a seguir relacionándose paritariamente con sus dos progenitores. Además, el hecho de que la custodia compartida no sea viable en absoluto no ha de hacer resurgir la superada presunción a favor de la custodia exclusiva de la madre, sino que, caso de que ambos progenitores hubieran compartido los cuidados del menor antes del divorcio, debería obligar a analizar cuál de los dos progenitores es el principal «responsable» de tal situación y obrar consecuentemente.

En materia de relaciones entre abuelos y nietos en el sistema norteamericano se presume que *prima facie* las decisiones de los padres serán las correctas, por lo que los abuelos deberán destruir dicha pre-

sunción cuando quieran disfrutar de un derecho de visita que los padres les hayan negado. La destrucción de la presunción será fácil cuando se demuestre el afecto existente entre menores y abuelo avalado por un informe psicológico. Lo que se intenta es preservar el derecho constitucional del padre a controlar la crianza y educación de sus hijos y de que su modelo no pueda ser cuestionado ni atacado por otros miembros de la familia, en tanto que el ejercicio de la patria potestad solo le corresponde a los padres. Esta solución me parece más adecuada que la que en muchas ocasiones aportan los tribunales españoles al considerar que la existencias de situaciones y tensiones extremas entre padres y abuelos en nada ha de empecer el derecho de estos últimos a visitar a sus nietos, en tales pronunciamientos creo que el algunos supuestos se da prioridad al interés de los abuelos sobre el interés del menor y el de sus padres, especialmente cuando por no haber existido previa relación entre menor y abuelos no medie ningún vinculo afectivo que pueda quedar roto.

En materia de técnicas de reproducción humana asistida nos centramos en dos cuestiones de gran actualidad. Los contratos con madres sustitutas y la preservación de la fecundidad de menores cuando se someten a tratamientos oncológicos. Respecto a la primera cuestión, existe un enconado debate en los Estados Unidos y como resultado de ello mientras que en algunos estados está permitida en otros no. Mi opinión es que debe dársele un mismo trato que la adopción y dado el «mercado de menores» que según ciertos autores se ha convertido la adopción internacional, y dado que en Norteamérica está permitido acordar directamente la adopción entre padres biológicos y de adopción, no entiendo porque ha de prohibirse los contratos con madres sustitutas. Creo que éticamente ambas situaciones son asimilables, en ambos casos nos encontramos con mujeres que suelen actuar por problemas económicos o sociales y pasan por el doloroso trance de quedar despojadas de sus hijos. Por tanto, si se admite una debería admitirse la otra, y si se prohíbe, debería prohibirse la otra.

Por último, la oncofertilidad es una nueva disciplina que a corto plazo va a plantear grandes interrogantes jurídicos. ¿Quién ha de decidir la aplicación de las técnicas, los padres o la hija menor? ¿Hasta qué punto puede justificarse el retraso en la aplicación del tratamiento oncológico para intentar preservar la fertilidad de la paciente? ¿Pueden aplicarse estas técnicas aunque las posibilidades de supervivencia de la menor sean mínimas? Y por último ¿Pueden aplicarse estas técnicas sobre menores sometidas actualmente a tratamientos oncológicos porque es presumible que el avance científico permita dentro de unos pocos años preservar su fertilidad?



# La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución

**IVÁN HEREDIA CERVANTES**

Profesor Titular de Derecho internacional privado  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*El acceso al Registro Civil español de los nacimientos de niños nacidos en el extranjero a través del recurso a la gestación por sustitución es una cuestión especialmente controvertida. Entre los argumentos que suelen esgrimirse en contra de tal posibilidad destacan sin duda el tenor literal del artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que declara la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, y la supuesta contrariedad de la gestación por sustitución con nuestro orden público.*

*Pese a ello, la DGRN, revocando la decisión previa del Encargado del Registro Consular, ordenó en su Resolución de 18 de febrero de 2009 la inscripción de la doble paternidad de unos gemelos nacidos mediante gestación por sustitución en California. La inscripción practicada a resultas de dicha Resolución fue anulada en sede judicial y poco tiempo después, el 5 de octubre de 2010, la DGRN dictó una Instrucción con la finalidad de establecer las pautas a seguir por los Encargados del Registro Civil ante supuestos de esta naturaleza. La Instrucción confirma la posición favorable de la DGRN hacia la inscripción de estos nacimientos pero introduce una serie de requisitos adicionales con la finalidad de salvaguardar los intereses del menor y de la madre gestante. La finalidad esencial del presente trabajo consiste en identificar las diferencias entre la Resolución y la Instrucción y analizar la evolución de la posición de la DGRN sobre esta materia.*

## PALABRAS CLAVE

*Gestación por sustitución internacional; reconocimiento; orden público; interés superior del menor.*

**ABSTRACT**

*Access to the Spanish Civil Registry of children born abroad through the technique of assisted reproduction is a controversial topic. Violation of Spanish public policy and the wording of Article 10.1 of the Spanish Act 14/2006 on Assisted Reproduction Techniques, which states the nullity of surrogacy agreements, are some of the key arguments usually invoked against this possibility.*

*However, the General Directorate of Registries and Notaries (DGRN), an administrative body of the Ministry of Justice, issued a decision dated February 18, 2009, reversing the previous decision of the Consular Register and ordering registration of the double paternity of twins born by means of surrogate motherhood in California. The registration, carried out in implementation of that resolution was challenged in court and soon after the DGRN issued an administrative instruction dated October, 5, 2010, setting out the guidelines for the Civil Registrar in relation to applications for registration of birth made by Spanish citizens of children born abroad as a result of pregnancy using substitution techniques. The Instruction confirms the favorable position of the DGRN towards foreign surrogacy but introduces additional requirements in order to safeguard the interests of the child and gestational mother. The aim of this paper is to identify the differences between the resolution and the instruction and to analyze the evolution of the DGRN's position on this topic.*

**KEYWORDS**

*Foreign surrogacy; recognition; public policy; best interest of the child.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Tutela declarativa y tutela por reconocimiento.–III. La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. IV. La Instrucción de 5 de octubre de 2010.–V. Conclusiones.

**I. INTRODUCCIÓN**

1. Posiblemente pocas figuras susciten hoy en día mayor polémica que la gestación por sustitución, es decir, la renuncia de una mujer (la madre gestante), antes o después del parto, a la maternidad del niño o niños que dé a luz a favor de otra u otras personas (los comitentes)<sup>1</sup>. La controversia que rodea a esta figura

<sup>1</sup> Aunque el término «gestación por sustitución» en realidad se refiere únicamente a una modalidad específica de maternidad de sustitución en la que a la madre gestante le son implantados óvulos de la madre comitente, generalmente fecundados por la pareja de ésta [vid. OREJUDO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de la gestación por sustitución», en NAVAS NAVARRO, S. (Dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, 2012, pp. 469-471], he preferido utilizarlo

se aprecia también en la división existente en el Derecho comparado a la hora de afrontar su regulación. En un gran número de Estados, o bien se encuentra prohibida o bien se declara la nulidad de los contratos en los que se estipula la renuncia a la filiación de la madre gestante (y en su caso del cónyuge) a favor del padre o los padres comitentes. Es más, en algunos sistemas legales se establecen sanciones penales para los sujetos que participen o puedan mediar en su celebración. Por el contrario, en otros ordenamientos la gestación por sustitución está admitida, generalmente bajo la condición de que no tenga fines comerciales y simplemente se compense a la madre gestante por los perjuicios o molestias que pudiera suponerle el embarazo<sup>2,3</sup>.

Por lo que se refiere al Derecho español, aunque la doctrina mayoritaria entiende que existe una prohibición radical de esta figura, lo cierto es que nuestro legislador se limitó a recurrir a una norma de naturaleza meramente obligacional, de contenido similar al artículo 16-7 del Código Civil francés, cuyo tenor literal simplemente declara la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución (el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Asistida)<sup>4</sup>, acompañada de una regla de atribución de la maternidad a la madre gestante (art. 10.2) y un tercer precepto que disocia los aspectos contractuales de los relativos a la filiación y deja a salvo la posibilidad de

---

en el trabajo al ser también el término empleado por el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

<sup>2</sup> Con relación al tratamiento de la gestación por sustitución en el Derecho comparado pueden consultarse los trabajos de: LAMM, E., «Gestación por sustitución», *InDret*, 3/2012, pp. 11-17; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 3/2009, pp. 9-12. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», *op. cit.*, pp. 471-472, y la bibliografía allí citada, STRUYCKEN, A.V.M., «Surrogacy, a new way to be a mother? A new Pil Issue?» *Convergence and divergence in Private International Law*, Liber Amicorum Kurt Siehr, La Haya y Zurich, 2010, pp. 357-372. En cuanto a la regulación contemplada en los diferentes Estados de EE.UU. y, en especial, en California, puede consultarse FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California: Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 1/2010, pp. 7-12. Junto a los trabajos señalados, resulta esencial la consulta del Informe Preliminar de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre las cuestiones derivadas de los acuerdos de gestación por sustitución, de 10 de marzo de 2012.

<sup>3</sup> Entre los países en los que únicamente se admite la gestación por sustitución sin fines comerciales se encuentran: Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia, México DF, Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda. En cambio, en Estados como Georgia, Ucrania, India, Rusia y algunos Estados de los Estados Unidos, esta figura está admitida incluso aunque posea una naturaleza lucrativa. Sobre la posibilidad de retribuir a las madres gestantes puede consultarse el trabajo de WATSON, J., «Growing a baby for sale or merely renting a womb: should surrogate mothers be compensated for their services?», *Whittier J.Child & Fam.Advoc.*, 2006-2007, pp. 529 y ss.

<sup>4</sup> Sobre este precepto se volverá con más detalle en páginas posteriores (*vid. infra* núms. 18 y ss).

ejercer la acción de paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales<sup>5</sup>. En principio el ordenamiento español no sanciona penalmente la participación o la intermediación en un supuesto de gestación por sustitución<sup>6</sup>.

2. Las grandes diferencias existentes a la hora de regular la gestación por sustitución han animado a nacionales de los países en los que esta figura se encuentra prohibida o sometida a grandes restricciones a acudir a Estados que la toleran y a contratar los servicios de mujeres nacionales o residentes en estos Estados con el objetivo de que, una vez nacido el niño y declarada la relación de filiación por las autoridades extranjeras, ésta pueda ser reconocida en el Estado de la nacionalidad o la residencia de los padres comitentes. Aunque el coste difiera de país a país, no creo necesario señalar que la gestación por sustitución no es barata y exige de los comitentes unos recursos económicos cuando menos holgados para poder afrontarla. Entre los destinos preferidos en el mundo se encuentra California. Los motivos que subyacen tras el «éxito» de este Estado norteamericano como polo de atracción de sujetos que desean recurrir a la gestación por sustitución posiblemente no sólo residan en el marco de seguridad jurídica de que goza esta figura y a la existencia de una desarrollada «industria» dedicada a la promoción de esta práctica, sino también en el hecho de que, a diferencia de otros Estados como el Reino Unido, Israel o Grecia, que también admiten la gestación por sustitución y que exigen la residencia habitual o el domicilio del padre o los padres comitentes en su territorio<sup>7</sup>, únicamente se requiere que sea la madre gestante quien resida en California.

<sup>5</sup> Artículo 10 de la Ley 14/2006. «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

<sup>6</sup> No obstante, se ha defendido la posibilidad de que la comitente y la madre gestante incurran en una conducta delictiva, en el caso de que ambas mujeres oculten la verdadera identidad de ésta. Se defiende, en concreto, que la comitente incurriría en el delito de suposición de parto del artículo 220 CP, mientras que la gestante cometería un delito de entrega de hijos a terceros para alterar o modificar la filiación (*vid.*, con más detalle, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», *op. cit.*, pp. 471-472). Ahora bien, en el caso de que la gestación por sustitución se realizara en un Estado en el que tal práctica no fuera delictiva, esta autora considera que nuestros tribunales penales carecerían de competencia sobre el supuesto al exigir el artículo 22.3 LOPJ doble incriminación, esto es, que el supuesto sea delictivo tanto en el lugar en el que se llevó a cabo como en España.

<sup>7</sup> En Grecia la Ley 3089/2002 exige que la madre comitente y la madre subrogada residan en el país (art. 8). En términos similares, el ordenamiento israelí (Ley 5746-1996) exige que tanto la pareja comitente como la madre subrogada residan legalmente en Israel. Y por lo que se refiere al ordenamiento inglés, la Sec. 54(4)(b) de la HFEA de 2008 requie-

3. Hasta la fecha las autoridades españolas no han tenido que enfrentarse a supuestos en los que los comitentes ejercitasen ante ellas una acción de filiación o en los que alguna de las partes exigiera el cumplimiento de las obligaciones contempladas en el acuerdo de gestación por sustitución, sino únicamente ante situaciones en las que se pretendía el reconocimiento en España de las relaciones de filiación derivadas del empleo de técnicas de gestación por sustitución establecidas previamente ante una autoridad extranjera<sup>8</sup>. En el caso concreto de la DGRN su intervención se ha debido al deseo de los padres comitentes de inscribir estas relaciones de filiación en el Registro Civil español y su posición sobre esta materia se aprecia inicialmente a través de la Resolución de 19 de febrero de 2009<sup>9</sup> y, posteriormente, en la Instrucción de 5 de octubre de 2011<sup>10</sup>, en la que modificó alguno de los postulados sobre las que se basaba la resolución de 2009. La inscripción en el Registro Civil español persigue generalmente la obtención de algún documento para el menor (p. ej., un pasaporte español para salir del país en el que se ha producido el nacimiento), y dado que el hecho inscribible se ha producido fuera de España sólo podría procederse a la inscripción si el nacimiento afectase a un español ya que, de no ser así, nuestras autoridades registrales carecerían de competencia<sup>11</sup>. Pues bien, para que el hijo nacido fuera de España sea español es necesario que haya nacido de padre o madre españoles<sup>12</sup>, y por ello el Encargado del Registro deberá proceder con carácter previo a determinar si reconoce la filiación del menor

re que uno o ambos miembros de la pareja comitente y solicitantes de la orden parental residan en el Reino Unido o en alguno de sus territorios.

<sup>8</sup> En cambio, sí se ha acudido a nuestros tribunales para demandar un permiso de maternidad para la madre comitente y éstos lo han reconocido (*vid.* STSJ de Asturias, de 20 de septiembre de 2012, *Diario La Ley*, n.º 7963, Sección La Sentencia del día, 13 de noviembre de 2012, que confirma a su vez la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012). Del mismo modo, en su sentencia de 18 de octubre de 2012, el TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Secc. 4.ª), concedió una prestación por maternidad a uno de los cónyuges de un matrimonio homosexual que previamente habían inscrito a su favor en nuestro Registro Civil la filiación de una menor tras recurrir a una madre subrogada en California. A la hora de conceder la prestación el TSJ entendió que el supuesto era paragonable a uno de acogimiento familiar o de adopción. Similar criterio ha acogido el TSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª), en su sentencia de 23 de noviembre de 2012. Por otro lado, a través de un auto cuyos fundamentos se limitan a reproducir la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sin desarrollo alguno, el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón (Auto de 25 de junio de 2012) ha concedido el exequátur a una sentencia californiana por la que se declaraba la maternidad de una mujer española que recurrió a la gestación por sustitución en California.

<sup>9</sup> RJ 2009/1735.

<sup>10</sup> BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

<sup>11</sup> *Vid.* artículo 15 LRC. También la nueva Ley del Registro Civil establece unos requisitos similares (art. 9).

<sup>12</sup> *Vid.* artículo 17 CC.

como requisito previo para la determinación de su nacionalidad y, por tanto, para justificar su propia competencia.

4. El propósito perseguido con el presente trabajo es muy modesto. No se pretende hacer una valoración moral de la gestación por sustitución, algo para lo que por otro lado, me siento absolutamente incapacitado<sup>13</sup>. Ni siquiera se tiene intención de realizar un estudio general de la problemática que para nuestro ordenamiento plantean los supuestos de gestación por sustitución vinculados con más de un Estado, una tarea que, por cierto, ha sido ya ampliamente acometida por nuestra doctrina<sup>14</sup>. Mi objetivo simplemente consiste en analizar de forma somera el papel que hasta la fecha ha desempeñado la Dirección General de los Registros y del Notariado a la hora de enfrentarse a esta figura. Como se tendrá ocasión de comprobar, la deficiente regulación actual de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento ha complicado sobremanera la tarea del Centro Directivo y posiblemente le ha otorgado un protagonismo mucho mayor que el que necesariamente debería corresponder a un órgano administrativo.

<sup>13</sup> A tal efecto, y sin ánimo de exhaustividad, pueden consultarse: BAUGHMAN, M. H., «In Search of Common Ground: One Pragmatist Perspective on the Debate Over Contract Surrogacy», *Columbia Journal of Gender and Law*, 2001, pp. 263 y ss; BROWNE-BARBOUR, V. S., «Bartering for babies: are preconception agreements in the best interests of children?», *Whittier Law Review*, 2004, pp. 429-486; DRABIAK, K., WEGNER, C. FREDLAND, V. HELFT, P. R., «Ethics, Law and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity», *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2007, pp. 300-309; LANDAU, R., «Israel: Every Person has the Right to Have Children», en BLYTH, E., LANDAU, R. (Ed.), *Third Party Assisted Conception Across Cultures. Social, Legal and Ethical Perspectives*, Londres, Nueva York, 2004, pp. 129-147; RADIN, M., «Market-Inalienability», *Harvard Law Review*, 1987, pp. 1849 y ss.; *vid.* también, de la misma autora, «Reflections on objectification (Symposium on biomedical technology and health care: social and conceptual transformations)», *Southern California Law Review*, 1991, p. 341; SHALEV, C., GOOLDIN, S., «The uses and misuses of in vitro fertilization in Israel: some sociological and ethical considerations», *Nashim: A Journal of Jewish Women's Studies and Gender Issues*, 2006, pp. 151-176: <http://muse.jhu.edu/journals/nashim/v012/12.1shalev.html>

<sup>14</sup> Al margen de los ya señalados, pueden consultarse, entre otros: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2010, pp. 339-377; CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009»; GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero. Hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010)»; de la misma autora, «Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2011: «El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, pp. 51-55. Asimismo, fuera de la doctrina española, un exhaustivo estudio sobre los principales problemas que plantean las nuevas técnicas de reproducción asistida a las soluciones «clásicas» del Derecho internacional privado puede encontrarse en GREEN, S. B., «Interstate Intercourse: How modern assisted reproductive Technologies challenge the traditional realm of conflict of laws» (disponible en [http://works.bepress.com/sonia\\_green/1](http://works.bepress.com/sonia_green/1)) y TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P., «International surrogacy agreements: and urgent need for legal regulation at the international level», *Journal of Private International Law*, 7. 2011, pp. 627-647.

## II. TUTELA DECLARATIVA Y TUTELA POR RECONOCIMIENTO

5. Antes de avanzar en el estudio de la posición de la DGRN sobre la gestación por sustitución es necesario señalar que los supuestos ante los que se ha visto hasta ahora obligado a pronunciarse el Centro Directivo se refieren únicamente a situaciones en las que la relación de filiación ya había sido establecida en el extranjero por las autoridades locales y con posterioridad se pretendía su inscripción en el Registro Civil español mediante la presentación de un título acreditativo de dicha filiación. Por el contrario, la DGRN no ha tenido que dar respuesta todavía a supuestos en los que los comitentes acuden ante nuestras autoridades registrales para solicitar la inscripción del nacimiento del menor por declaración. Esta precisión resulta especialmente importante para contestar a algunas de las objeciones que se han hecho a la posición de la DGRN, en las que se acusa al Centro Directivo de no haber tenido en cuenta ni en la Resolución de 18 de febrero de 2009 ni en la posterior Instrucción de 5 de octubre de 2011 la regla contenida en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 que niega cualquier tipo de efectos a los contratos de gestación por sustitución y cuya aplicación debería haber conducido a la denegación de la inscripción en España de las relaciones de filiación establecidas en el extranjero<sup>15</sup>. Según las críticas señaladas, la aplicación del artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sería obligada como consecuencia de la remisión que la norma de conflicto aplicable en materia de filiación, el artículo 9.4 CC<sup>16</sup>, hace a la ley española como ley de la nacionalidad del menor.

6. Las objeciones expuestas, no obstante, no pueden ser compartidas. Sin querer detenerme ahora en glosar las diferencias entre el método conflictual y el método del reconocimiento a la hora de dar efecto en un Estado a las situaciones establecidas previamente en otro<sup>17</sup>, es necesario tener presente que en todos aquellos casos

<sup>15</sup> Vid. v. gr.: CAMARERO GONZÁLEZ, G. 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», *Diario La Ley*, n.º 7910, Sección Tribuna; LASARTE ÁLVAREZ, C., «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria», *Diario La Ley* núm. 7777, Sección Doctrina, 17 de enero de 2012; SALVADOR GUTIÉRREZ, S., «Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución», *El Derecho*, *Boletín de Derecho de Familia*, 1 de septiembre de 2012.

<sup>16</sup> El artículo 9.4 somete el carácter y contenido de la filiación a la ley personal del hijo y si dicha ley no pudiera determinarse, a la ley de la residencia habitual del hijo.

<sup>17</sup> Para tal cometido puede consultarse: MAYER, P., «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, pp. 547-573; PAMBOUKIS, Ch.,

en los que se pretenda la inscripción en España de relaciones de filiación derivadas del empleo de técnicas de gestación por sustitución establecidas ya ante una autoridad extranjera, es decir, justamente los supuestos sobre los que se ha pronunciado hasta la fecha el Centro Directivo, las normas que deben aplicar nuestras autoridades son, única y exclusivamente, las que regulan la inscripción en España de títulos extranjeros y no la norma de conflicto contenida en el artículo 9.4 CC. Lo que se invoca ante nuestras autoridades registrales es una relación jurídica establecida al amparo de un ordenamiento extranjero o, por ser más exactos, el título extranjero que acredita la filiación. Se trata por tanto de supuestos en los que una autoridad nacional habrá aplicado previamente un determinado ordenamiento jurídico para constatar si realmente se verificaron en su momento todas las condiciones necesarias para atribuir la paternidad a los comitentes y en los que lo único que deberán hacer nuestras autoridades registrales es determinar si se permite que ésta despliegue o no efectos en España, es decir, reconocerla u oponerse a su reconocimiento mediante la aplicación de las normas relativas a la eficacia registral de dichos títulos en nuestro país<sup>18</sup>.

Por el contrario, el recurso a la normativa conflictual sólo debe ser posible cuando lo que se persiga de nuestras autoridades registrales no sea la obtención de una «tutela por reconocimiento» sino una «tutela declarativa» y se pretenda la inscripción del nacimiento mediante declaración (o cuando se pretenda dicha tutela declarativa de nuestras autoridades judiciales a través del ejercicio de la acción de filiación<sup>19</sup>). En tales casos, al contrario que en los anteriores, no se trata de decidir si se permite la continuidad en España de una relación jurídica establecida en el extranjero sino de deter-

«La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance», *Rev.crit.dr.int.priv.*, 2008, pp. 513-560.

<sup>18</sup> Vid. en este sentido: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos ...», *op. cit.*, pp. 366-367, aunque este autor no cierre la puerta por completo al uso del método conflictual ante supuestos específicos en otro de sus trabajos sobre el tema («Reconocimiento de la filiación derivado de gestación por sustitución», en Forner Delaygua, González Beilfuss, C., Viñas Farré, R., Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicourn Alegría Borrás, Madrid, 2013, pp. 77-90; CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación ...», *op. cit.*, esp. pp. 299-307; CUNIBERTI, G., «Nota a la Sentencia de la Corte de Apelación de París de 25 de octubre de 2007, *JDI Clunet*, 2008, pp. 145-153; GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación ...», *op. cit.*, pp. 734-735; MORENO SÁNCHEZ MORALEDA, A., «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», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 731, 2012, pp. 1363-1391, p. 1369; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», *op. cit.*, pp. 476-480.

<sup>19</sup> Algún autor, no obstante, considera el artículo 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida como una norma de policía contractual, lo que significaría que se limitaría a desplazar el juego de las normas de conflicto e impondría las soluciones en ella contemplada únicamente en el ámbito contractual (*vid.* QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación ...», pp. 17-19).

minar si realmente existe una relación de filiación, por lo que el Encargado del Registro Civil sí deberá acudir a un determinado ordenamiento nacional, previo paso por la norma de conflicto, para constatar tal circunstancia<sup>20, 21</sup>.

### III. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009

7. Hecha la precisión anterior, centrémonos ya en la labor que hasta la fecha ha realizado la DGRN sobre la inscripción de relaciones de filiación establecidas en el extranjero y derivadas del recurso a la gestación por sustitución. Como ya se ha avanzado, la posición del Centro Directivo sobre esta cuestión ha sufrido importantes cambios en un corto espacio de tiempo. La primera vez que la Dirección General tuvo que pronunciarse sobre esta materia fue en la Resolución de 18 de febrero de 2009, cuyo origen se encuentra en el recurso planteado por una pareja de dos hombres de nacionalidad española ante el Registro Consular de Los Ángeles. El encargado del Registro denegó la inscripción de los certificados de nacimiento estadounidenses en los que constaba la paternidad a favor de los recurrentes de dos niños mellizos nacidos de una madre subrogada en California a partir de material genético de uno de los recurrentes y de óvulos de donante anónima. El principal argumento en el que se fundamentó la denegación fue el ya mencionado artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Asistida y, más en concreto, en el apartado 1.º que declara la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución.

La DGRN, sin embargo estimó el recurso interpuesto frente a la resolución del Encargado del Registro consular y procedió a la inscripción del certificado de nacimiento. La argumentación del Centro Directivo partía de un presupuesto al que se acaba de hacer referencia: la inscripción de un título extranjero que acredite una relación de filiación derivada de una gestación por sustitución no plantea un problema de determinación del Derecho aplicable a la

<sup>20</sup> Es cierto, no obstante, que no resulta muy coherente que la solución a la que lleguen nuestras autoridades ante un supuesto de gestación por sustitución sea radicalmente diferente cuando se solicita ante ellas una «tutela por reconocimiento» o una «tutela por declaración», circunstancia esta que constituye un nuevo argumento a favor de una reforma legal de la materia (vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Gestación por sustitución ...», *op. cit.*, p. 373).

<sup>21</sup> Cuestión distinta es que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 pueda ser invocado de forma indirecta al aplicar las reglas sobre reconocimiento e inscripción de documentos extranjeros por considerar que es una norma que integra el contenido del orden público en este ámbito (sobre esta cuestión, *vid.*, *infra*, núm. 18).

filiación (por lo que, al menos de forma directa, la aplicación del art. 10 de la Ley 14/2006 por remisión del art. 10.4 CC debería ser descartada), sino un problema de «validez extraterritorial de decisiones». Asumida esta idea, la DGRN identificó el título extranjero cuya inscripción se pretendía –una certificación registral californiana– y tras considerar que constituía título suficiente para el acceso al Registro español admitió su inscripción.

8. Aunque partía de un presupuesto acertado, lo cierto es que la Resolución de 18 de febrero de 2009 ha suscitado el rechazo prácticamente unánime de la doctrina<sup>22</sup>, a salvo de una única y apasionada excepción<sup>23</sup>. La Resolución fue además anulada a instancias del Ministerio Fiscal por la Sentencia de la A.P. de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que confirmó la del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010.

9. Una de las críticas que se han hecho contra el contenido de la Resolución, y que este autor comparte, se centra en ignorar que lo que se pretendía realmente era dar eficacia en España a una certificación registral extranjera que tenía su origen y fundamento en una previa resolución judicial dictada también fuera de España, que, al margen de convalidar y atribuir efectos a un contrato de gestación por sustitución, establecía una relación de filiación a favor de un nacional español y excluía la de la madre gestante y biológica. Ello implica *de facto* que es tal decisión judicial la que está llamada a desplegar efectos en España y convierte en título inscribible, no ya a la mera certificación registral sino a la resolución judicial de la que trae causa.

Lo señalado se entiende con mayor facilidad si se analiza la regulación de la gestación por sustitución en el Estado de California, una regulación que se encuentra diseminada a lo largo de diversas disposiciones del Código de Familia de este Estado («California Family Code») y que ha sido impulsada de forma decisiva a través de varias decisiones jurisprudenciales<sup>24</sup>. El procedimiento

<sup>22</sup> Vid., entre otros muchos: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos...», *op. cit.*, pp. 347-354; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Hijos made in California», *AC*, núm. 3, 2009 (*Westlaw Aranzadi*, BIB 2009/411); ESPINAR VICENTE, J. M.ª, «Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de ley», en *Nuevas fronteras al Derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, pp. 589-604, esp., pp. 589-599; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento...», *op. cit.*, *passim*. e id., «Nota a la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *REDI*, vol. LXI, 2009, pp. 215-217.

<sup>23</sup> CALVO/CARRASCOSA, «Gestación por sustitución...», *op. cit.*, *passim*. Entre otros muchos halagos, estos autores consideran que se trataría de una resolución «vanguardista y audaz», que aportaría «una solución legal de tecnología punta» y que acabaría «con los prejuicios propios del pensamiento vertical».

<sup>24</sup> La eficacia vinculante de los contratos de gestación por sustitución está reconocida desde el año 1993 por la Corte Suprema californiana (*As. Johnson c. Calvert*). De espe-

para obtener la paternidad de un niño a través de un contrato de gestación por sustitución encuentra su fundamento en el artículo 7630 f) del Código de Familia de California y pasa necesariamente por la obtención de una decisión judicial, previa al nacimiento, en la que se homologa el contrato de maternidad subrogada previamente preparado por un tercero, tercero que generalmente será una agencia privada que pondrá a disposición de los padres solicitantes los medios jurídicos y médicos que resulten necesarios para ejecutar el acuerdo de gestación por sustitución. Al margen de la homologación del contrato, el procedimiento judicial tiene como finalidad la obtención de una decisión por medio de la cual se declaran extintos los derechos de la madre gestante y de su eventual pareja y se atribuye la paternidad al padre o a los padres intencionales («*pre-birth judgment*<sup>25</sup>), es decir, se determina la filiación de los niños nacidos por el procedimiento de gestación por sustitución. Asimismo, es esta decisión judicial la que ordena la expedición del certificado de nacimiento, donde ya no consta referencia alguna a la madre gestante, y la que impone que en el acta de nacimiento del hospital no se haga mención alguna a ésta y sí al padre o padres intencionales.

Los recurrentes pretendían la inscripción de una certificación registral californiana y *prima facie* podría entenderse que el modo de hacer efectiva tal inscripción en España era el regulado por el juego conjunto de los artículos 23 de la Ley del Registro Civil y 81 y 85 de su Reglamento para la práctica de inscripciones sin expediente en virtud de certificación de registro extranjero. Ello supondría que se podría practicar la inscripción del hecho o circunstancia de estado civil a través de una fórmula simplificada, consistente en la atribución de la condición de título inscribible a la certificación registral extranjera<sup>26</sup>. Sin embargo, la solución expuesta resulta

---

cial importancia fue la Sentencia *In re Marriage of Buzzanca*, dictada por la Corte de Apelación de California en 1998, al tener su origen en un supuesto en el que ninguno de los padres comitentes aportó material genético propio. *Vid.* asimismo las sentencias de la Corte Suprema de California: *Elisa B. v. Superior Court*, *Kristine H. v. Lisa R.* y *K.M. v. E.G.*, dictadas el 22 de agosto de 2005.

<sup>25</sup> *Vid.* artículo 7633 del «California Family Code».

<sup>26</sup> Evidentemente, el hecho de que se trate de una fórmula simplificada no significa en absoluto que el sistema establecido por los mencionados preceptos introduzca un principio general e incondicionado de reconocimiento de certificaciones registrales extranjeras. Por el contrario, el juego conjunto de los artículos 23 LRC y 85 RRC somete la inscripción en España de estos títulos a un triple requisito: *a)* que exista total certeza sobre la realidad del hecho inscrito; *b)* que no exista duda de su legalidad conforme a la ley sustantiva española; y *c)* que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por el ordenamiento español. Como ya puso de relieve la propia DGRN en su Resolución de 23 de abril de 1993, «el hecho de que los artículos 23 de la Ley del Registro Civil y 85 de su Reglamento permitan practicar sin expediente inscripciones por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, no implica que el Encargado haya de asumir una actitud pasiva ante

inconciliable con la naturaleza y funciones que nuestro ordenamiento atribuye al Registro Civil. La inscripción practicada en California no hace sino reflejar una previa decisión judicial que es la que, en realidad, determina el régimen de filiación de los nacidos. Y esta circunstancia tiene una consecuencia evidente sobre el procedimiento a seguir para que la inscripción californiana goce de efectos en España. No nos encontramos ante un supuesto que atañe al mero control de la eficacia probatoria de los certificados californianos de nacimiento y, por ende, de su acceso al Registro civil español. Tampoco se trata simplemente de inscribir una mera realidad jurídica registral extranjera. Por el contrario, lo que se pretende es dar eficacia en España a una inscripción extranjera que tiene su origen y fundamento en una previa decisión judicial que, al margen de convalidar y atribuir efectos a un contrato de gestación por sustitución, establece una relación de filiación y excluye la de la madre gestante, lo que supone *de facto* que es tal decisión judicial la que está llamada a desplegar efectos en España. De hecho, la certificación registral constituye en realidad un mero reflejo distorsionado de la decisión judicial ya que, tal y como se ha señalado, el Derecho de California impide que en ella se recoja referencia alguna ni a la previa celebración de un contrato de gestación por sustitución ni a la identidad de la madre gestante o biológica<sup>27</sup>.

Todo lo anterior lleva a una consecuencia evidente: en la medida en que la inscripción registral basa su existencia en la resolución judicial o, por decirlo de otro modo, en la medida en que la inscripción se limita a plasmar una determinada realidad jurídica —en concreto, una relación de filiación establecida previamente ante una autoridad judicial extranjera—, el reconocimiento de la decisión judicial se convierte en un trámite previo e imprescindible para lograr el acceso al registro español de tales relaciones de filiación<sup>28</sup>. O, por expresarlo de otro modo: la existencia de una decisión judicial y, sobre todo, su contenido, es el elemento esencial que nuestras

---

la presentación de tales certificaciones, limitándose a la transcripción automática de los datos en ellas consignados. Por el contrario, ha de cerciorarse de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española».

<sup>27</sup> Las certificaciones registrales californianas se limitan a señalar que el menor es hijo del comitente sin hacer referencia alguna a la existencia previa ni de la resolución judicial ni al hecho de que se trate de una gestación por sustitución. Tampoco se puede colegir de la certificación cualquier indicio de que se ha garantizado la libre prestación del consentimiento por parte de la madre gestante.

<sup>28</sup> Así lo entendió la Sentencia de la *Corte di Appello* de Bari, en su sentencia de 13 de febrero de 2009 (citada en CAMPIGLIO, C., «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 589-604, p. 594). En similares términos OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Reconocimiento ...», p. 485-486; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación ...», *op. cit.*, pp. 14-15. Esta solución se recoge también de forma expresa en el artículo 98.2 de la nueva Ley del Registro Civil (*vid. infra* nota núm. 38). Una opinión contraria sostiene, no obstante, G. CUNIBERTI, «Nota ...», *op. cit.*, p. 150.

autoridades registrales debían tener presente al decidir si permiten o no el acceso al registro de una relación de filiación establecida en California. Así lo estipula el artículo 83 RRC, un precepto cuya finalidad es garantizar que siempre que el acto tenga su origen en la resolución de una autoridad que interviene con carácter constitutivo<sup>29</sup>, la inscripción de dicho acto quede sometida al previo reconocimiento de la resolución judicial de la que trae causa.

En apoyo de esta solución es necesario recordar además que admitir la inscripción directa de una certificación registral extranjera que refleje la filiación declarada por los Tribunales del país de procedencia de aquella sin exigir la homologación o reconocimiento judicial de la correspondiente decisión judicial en España, abocaría al inadmisibles resultado de ofrecer un tratamiento diferente a la misma decisión judicial en atención a que el recurrente optara por solicitar el reconocimiento en España de la propia decisión o se decantara por solicitar la inscripción directa de la certificación registral de la que trae causa. A ello hay que añadir, tal y como ya se ha señalado desde nuestra doctrina<sup>30</sup>, que la interpretación realizada por la Resolución suponía dejar sin contenido al artículo 83 RRC desde el momento en que siempre sería posible obtener una certificación registral que acreditase una previa resolución judicial. El ejemplo más evidente de lo apuntado sería el de los divorcios y separaciones extranjeras, que siempre podrían gozar del recurso al artículo 81 RRC en la medida en que se presentase ante nuestras autoridades registrales la correspondiente certificación registral extranjera.

10. Pero las críticas a la Resolución de 18 de febrero de 2009 no se limitan a las señaladas. Pese a ignorar la existencia de una resolución judicial previa a la certificación registral, lo cierto es que la Resolución sometía la inscripción de la propia certificación a requisitos similares a los de la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras. De este modo, al margen de ignorar el artículo 23 LRC, un precepto al que siempre había recurrido la DGRN en su práctica anterior a la hora de reconocer certificaciones registrales extranjeras, la Resolución realiza una interpretación desproporcionadamente extensiva del artículo 81 RRC, que va mucho más allá del tenor literal de la norma. En realidad el artículo 81 RRC se limita a señalar que «El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativa o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento autén-

<sup>29</sup> Artículo 83 RRC: «No podrá practicarse inscripción en virtud de sentencia o resolución extranjera que no tenga fuerza en España; si para tenerla, requiere exequatur, deberá ser previamente obtenido».

<sup>30</sup> Vid. con más detalle, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P «Reconocimiento ...», *op. cit.*, núm. 13.

tico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales». Sin embargo, la DGRN le otorgó un contenido mucho más amplio y *de facto* estableció unos requisitos similares a los que se exige para la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras<sup>31</sup>, todo ello con la finalidad de imponer un control de legalidad a la certificación extranjera<sup>32</sup>. Es decir, intenta llegar prácticamente al mismo resultado que si recurriera al artículo 83 RRC pero aplicando una normativa errónea<sup>33</sup>.

11. Una cuestión que podía plantear ciertas dudas es la posible incompetencia del Registro Consular de Los Ángeles para proceder a la inscripción de los mellizos a la luz de lo señalado en el artículo 68.2 RRC, precepto según el cual, «Cuando sea competente un Registro Consular, si el promotor estuviere domiciliado en España, deberá practicar antes la inscripción en el Registro Civil Central y después, por traslado, en el Consular correspondiente»<sup>34</sup>. En el supuesto que dio origen a la Resolución de 18 de febrero de 2009, los padres comitentes estaban domiciliados en España, motivo por el cual podría sostenerse la necesidad de realizar la inscripción inicialmente en el Registro Civil Central<sup>35</sup>. Sin embargo, tal y como ha señalado la propia DGRN con relación a la inscripción de adopciones internacionales constituidas ante autoridad extranjera –un supuesto que presenta evidentes analogías con el problema que estamos analizando–, a la hora de interpretar la regla contenida en el párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil es necesario partir de un *concepto amplio de la figura del promotor de la inscripción* que va más allá del padre o de la madre comitente.

Es cierto que en los casos de adopciones internacionales constituidas por adoptante/s español/es a favor de menores extranjeros y ante autoridades extranjeras se había entendido tradicionalmente que el promotor de la inscripción no es el adoptando sino los padres

<sup>31</sup> Vid. F.D. 4.º, *in fine*.

<sup>32</sup> Vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento...», *op. cit.*, núm. 13.

<sup>33</sup> En concreto, según la resolución de 18 de febrero de 2009, la certificación registral extranjera debería cumplir los requisitos exigibles a cualquier documento público para que tenga fuerza probatoria (arts. 323 y 144 LEC 2000, y para el ámbito registral, arts. 88 y 86 RRC); tendría que haber sido expedido por una autoridad con funciones equivalentes a las autoridades registrales españolas (art. 85 RRC), es decir, por una autoridad encargada de un registro regular y auténtico que no se limite a dar fe del acto, sino que verifique el cumplimiento de las condiciones exigidas para su validez. Además, dicha certificación debería contener un acto legal y es precisamente en este control de legalidad donde se fuerza el contenido del artículo 81 RRC y se asimila su contenido al del artículo 83 RRC ya que la DGRN incluye dentro de él: *a)* el control de la competencia de la autoridad extranjera; *b)* el control del respeto a los derechos de defensa de los interesados; y *c)* el control del orden público español.

<sup>34</sup> En este sentido, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento...», *op. cit.*, núm. 8 y nota núm. 43.

<sup>35</sup> Recuérdese que el Derecho californiano no exige que los comitentes tengan su domicilio en California a la hora de constituir la relación de filiación a favor de éstos.

adoptantes, que generalmente estarán domiciliados en España, lo que en aplicación del párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil podría dar a entender que la competencia corresponde al Registro Civil Central, y no al Consular. Sin embargo, el Centro Directivo, a partir del concepto amplio y flexible de «promotor» por el que apuesta el artículo 24 de la Ley del Registro Civil y que incluye en el mismo no sólo a las personas especialmente designadas por la Ley en cada caso como obligados a promover la inscripción (en el caso del nacimiento todos los mencionados en el art. 43 LRC), sino también a «aquellos a quienes se refiere el hecho inscribible» (n.º 2), esto es, en el caso del nacimiento y de la adopción, el nacido y el adoptando— ha afirmado en la respuesta a la Consulta de 29 de abril de 1999 que el promotor, al solicitar las inscripciones de nacimiento y de adopción actúa no tanto en su nombre propio, sino como representante legal del adoptado. Ello supone que, en realidad, el adoptando no deja de ser promotor de las inscripciones, aunque por su menor edad no pueda actuar por sí mismo. A la luz de esta argumentación la DGRN consideró que no se infringe el párrafo 2.º del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil cuando estando el adoptando domiciliado en el extranjero se practican las inscripciones de nacimiento y de adopción en el Registro Consular correspondiente. Este criterio hermenéutico fue confirmado por la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 (sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales), y no debe existir problema alguno para extenderlo a la gestación por sustitución.

#### **IV. LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010**

12. Pocos días después de la anulación de la Resolución de 18 de febrero de 2009 por la SJPI n.º 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, la DGRN modificó su posición inicial a través de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>36</sup>. La Instrucción limita su ámbito de aplicación únicamente a aquellos supuestos en los que se pretenda la inscripción en España de una relación de filiación derivada de gestación por sustitución previamente establecida por una autoridad extranjera y se vertebra en torno a dos objetivos esenciales. El primero es lograr la plena protección jurídica del interés superior del menor, para lo cual se recurre a su vez a tres instrumentos. De un lado, se pretenden habilitar

<sup>36</sup> BOE de 7 de octubre de 2010.

los medios necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento. En segundo lugar se intenta evitar que con la inscripción registral se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores. Finalmente, se trata de garantizar el derecho del menor a conocer su origen biológico, tal y como contempla el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999. Junto al respeto al interés superior del menor, el segundo objetivo perseguido con la Instrucción es asegurar la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción y renuncian a sus derechos como madres, garantizando, tal y como se verá a continuación, que otorgaron su consentimiento con total libertad y que tras el supuesto no se encubre ningún caso de explotación de mujeres<sup>37</sup>.

13. El aspecto más destacado de la Instrucción es la rectificación del criterio seguido con anterioridad en la Resolución de 18 de febrero de 2009, al establecerse ahora como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del recién nacido. Ello supone que en todos aquellos casos en los que la relación de filiación hubiera sido determinada en el extranjero a través de una resolución judicial, el título inscribible, y el que por tanto debería superar los requisitos establecidos por nuestra regulación registral, sería este último y no una eventual certificación registral que trajera causa de aquélla<sup>38</sup>. Tampoco sería posible la inscripción mediante declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del deudor. En cuanto a aquellos casos en los que la relación de filiación no hubiera sido establecida mediante una previa resolución judicial, la filiación no resultaría inscribible ni mediante certificación registral ni mediante declaración.

<sup>37</sup> Vid. Exposición de Motivos.

<sup>38</sup> Se ha señalado que la nueva Ley del Registro Civil no sigue la senda trazada por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (vid. ALBERT MÁRQUEZ, M., «Los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», *Diario La Ley*, n.º 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012, núm. V). Discrepo respetuosamente de tal afirmación. La nueva Ley recoge fielmente en su artículo 98.2 los postulados contemplados en la Instrucción al señalar que «En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley».

14. La imposibilidad de inscribir la relación de filiación a menos que se presente ante el Encargado del Registro una resolución judicial ha suscitado críticas doctrinales al entender que la Instrucción vulneraría normas de rango superior como los artículos 23 LRC y 81 y 85 RRC<sup>39</sup>. Se señala en concreto que, dado que estos preceptos permiten la inscripción de los nacimientos acaecidos en el extranjero a través de la presentación de una certificación registral extranjera, si la DGRN mediante una instrucción impidiese tal posibilidad estaría aboliendo *de facto* dichos preceptos sin, lógicamente, tener competencia para ello. Es más, se ha señalado que la posición adoptada por la DGRN supondría una discriminación entre los padres comitentes que acuden a un Estado que, como sucede en California, contempla la constitución de la filiación a través de un procedimiento judicial de aquellos otros en los que no existe tal posibilidad.

15. En respuesta a estas críticas es necesario recordar que *lo que establece en realidad el juego combinado de los artículos 23 LRC y 81 y 85 RRC es que las certificaciones registrales extranjeras son un título válido para acceder al Registro civil español, no que todas las certificaciones registrales extranjeras deban acceder al Registro civil español*. La prueba irrefutable de lo señalado es que ambos preceptos, y en especial el artículo 85, someten la inscripción de la certificación extranjera a un amplio elenco de requisitos<sup>40</sup>, requisitos que la DGRN, dentro de las competencias de ordenación y dirección que ostenta en virtud del artículo 9 LRC y 41 RRC, está perfectamente legitimada para interpretar a través de una instrucción, con vistas a establecer las pautas de actuación de los Encargados del Registro Civil en esta materia<sup>41</sup>.

Y realmente existen motivos de peso para que la DGRN considere que en los supuestos en los que no exista una previa resolución judicial, la filiación establecida ante autoridades extranjeras

---

<sup>39</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos...», *op. cit.*, p. 358-359; CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2011, pp. 247-262, esp. pp. 251-252.

<sup>40</sup> Artículo 85 RRC: «Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española.

Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no pueden obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellas autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad.

La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante título suficiente».

<sup>41</sup> En términos favorables hacia esta solución: GUZMÁN ZAPATER, M., «Gestación...», *op. cit.*, pp. 740-741.

y que derive del recurso a la gestación por sustitución no debería tener acceso a nuestro Registro. Por lo pronto no debe olvidarse que una de las condiciones a las que tanto el artículo 23 LRC como el artículo 85 RRC someten la inscripción de una certificación registral extranjera es que no existan dudas sobre la realidad de los datos y circunstancias recogidos en ella. Sin embargo, lo cierto es que en las certificaciones registrales extranjeras presentadas hasta la fecha ante la DGRN y emitidas tanto en Estados en los que existe una previa resolución judicial —el caso ya mencionado de California es el mejor ejemplo de ello—, como en los que tal resolución no existe, p. ej. Rusia, India, Ucrania, ni siquiera dan cuenta del hecho de que la relación de filiación tenga su origen en un supuesto de gestación por sustitución, algo que, además, constituye un serio menoscabo del derecho de los hijos a conocer su origen biológico (art. 39.2 CE)<sup>42</sup> y que impide constatar si realmente se respetaron los derechos de la madre gestante (p. ej., si su maternidad realmente respondió a una decisión libremente aceptada) o, incluso, si los consentimientos prestados son revocables. Parece evidente que a la luz de este panorama cualquier atisbo de realidad de los datos recogidos en la certificación registral extranjera resulta una mera entelequia<sup>43</sup>.

Por supuesto, la realidad es muy variada y siempre se podrá decir que en el futuro podría encontrarse un supuesto de certificación registral adoptado en uno de los países que hoy en día admiten la gestación por sustitución que cumpla todos los requisitos antes

<sup>42</sup> Vid. QUESADA GONZÁLEZ, M.C., «El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico», *Anuario de Derecho Civil*, 1994, vol. II, pp. 237-304; GARRIGA GORINA, M., «El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero», *Derecho privado y Constitución*, 2007, núm. 21, pp. 167-228.

<sup>43</sup> Además, de la inexistencia de dudas sobre la *realidad* del hecho inscrito, el artículo 23 LRC exige que tampoco haya dudas sobre su *legalidad* conforme al Derecho español. Nuestros tribunales han concebido este precepto como una remisión al ordenamiento material español y ello les ha llevado a negar la posibilidad de inscribir una certificación registral extranjera que acredite una relación de filiación derivada de gestación por sustitución al entender que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 prohíbe esta práctica en España (*vid.* las ya citadas sentencias del JPI núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 y de la AP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, que confirma la anterior). En principio esta interpretación constituiría un nuevo argumento a favor de la postura seguida por la DGRN en la Instrucción, es decir a favor de excluir la certificación registral como título inscribible. Sin embargo, y para ser sincero, el razonamiento seguido tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial me parecen muy discutibles. Al margen de que la remisión del artículo 23 LRC debe entenderse, no como una remisión al ordenamiento sustantivo español sino a *todo* nuestro ordenamiento, incluyendo la normativa conflictual, el mencionado precepto no es en realidad una norma prohibitiva sino una regla de contenido meramente obligatorio que se limita a señalar la nulidad de los contratos de gestación por sustitución (*vid.* con más detalle *infra* núm. 18). En realidad, la única consecuencia que se atribuye a la gestación por sustitución en el artículo 10 (apartado 2.º) es que la filiación de los hijos nacidos será determinada por el parto (en similares términos, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos...», *op. cit.*, p. 356).

apuntados<sup>44</sup>. Ahora bien, no creo que ello sirviera para deslegitimar la solución seguida por la DGRN, en especial si se tiene en cuenta la peculiar naturaleza jurídica de una instrucción interna como la que estamos analizando. Al margen de que se trata de una mera regla de servicio de contenido general que el superior jerárquico dicta dentro del marco de su potestad organizativa con efectos *ad intra* y que, por tanto, ni posee eficacia constitutiva directa sobre los terceros (no obligan ni son oponibles a terceros), ni es habilitante (no crea potestades que incidan sobre la esfera jurídica de los terceros), el único objetivo de una instrucción consiste en condicionar la actividad de los dependientes jerárquicos aportando criterios generales claros y precisos de acuerdo a los cuales interpretar una determinada norma o afrontar una determinada cuestión a la luz de los problemática existente en el momento de dictar la Instrucción.

Es cierto que esa vocación de generalidad y esa «actualidad» que subyace bajo una instrucción de alguna manera la «petrifica», de suerte que podría darse en el caso de que en el futuro llegaran a suscitarse situaciones específicas a las que la Instrucción no otorgase una respuesta adecuada. Ahora bien, en el improbable caso de que se presentara ante nuestras autoridades registrales una certificación registral extranjera dictada en un determinado Estado en la que la información en ella recogida reflejara la existencia previa de un supuesto de gestación por sustitución, la identidad de la madre biológica, la ausencia de coacción en el consentimiento, la irrevocabilidad de los consentimientos, etc., el sistema es lo suficientemente flexible como para posibilitar finalmente la inscripción (p. ej., a través de las consultas que el Encargado del Registro pudiera dirigir a la DGRN sobre el supuesto particular, mediante una modificación de la Instrucción que permitiera inscribir las certificaciones provenientes de ese Estado concreto o, en último extremo, mediante el recurso ante la propia DGRN).

16. La DGRN diferencia además a la luz de la naturaleza del procedimiento que hubiera dado lugar a la resolución judicial extranjera. En el caso de que ésta tuviera su origen en un procedimiento de naturaleza contenciosa, entrarían en juego los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, preceptos que mantienen su vigencia tras la aprobación de la LEC 2000 hasta que se dicte una Ley de cooperación jurídica internacional<sup>45</sup>, y en virtud de los cuales, será necesario instar el reconocimiento a título principal de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala

<sup>44</sup> Vid. un posible ejemplo en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos...», *op. cit.*, pp. 358-359.

<sup>45</sup> Vid. disposición adicional vigésima.

el artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social, como requisito previo a su inscripción. Por el contrario, cuando la resolución judicial derivase de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, tal y como ha proclamado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, la inscripción no quedaría sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

17. La Instrucción, no obstante, se separa de la posición seguida por el Tribunal Supremo <sup>46</sup>, de tal modo que en lugar de exigir que el Encargado del Registro realice un reconocimiento conflictual de la resolución extranjera <sup>47</sup>, tal y como ha venido exigiendo el Alto Tribunal <sup>48</sup>, apuesta por un reconocimiento de naturaleza procesal, independiente de las normas de conflicto, tal y como sucede con el resto de resoluciones judiciales. Ciertamente, está por ver si los tribunales admiten en el futuro este criterio o, por el contrario, exigen el mantenimiento del reconocimiento incidental de naturaleza conflictual, ahora bien, dadas las fuertes y razonables críticas que ha cosechado hasta la fecha esta segunda alternativa, la opción por la que se decantó la DGRN una vez más parece la más lógica <sup>49</sup>, al margen de ser también la que contempla la nueva Ley del Registro Civil, cuyo artículo 96 apuesta por el reconocimiento incidental de las resoluciones judiciales extranjeras, tanto provenientes un proceso contencioso como de jurisdicción voluntaria.

A la hora de realizar este reconocimiento incidental, y ante la inexistencia de norma expresa al respecto, la solución más razonable pasa por identificar las condiciones a las que debe someterse éste por analogía del régimen general contemplado en la LEC 1881 <sup>50</sup>, ajustando tales condiciones a la naturaleza de este tipo de resoluciones. Ello supone en la práctica el control de cuatro

<sup>46</sup> *Vid.*, entre otras, AATS (Sala de lo Civil) de 30 de noviembre de 1999 (*RJ* 9912), 18 de julio de 2000 (*RJ* 7140), 4 de septiembre de 2002 (*RJ* 238646) y 31 de julio de 2003 (*RJ* 6266).

<sup>47</sup> La apuesta por un reconocimiento conflictual significa que sólo se van a reconocer las resoluciones extranjeras que hubieran sido dictadas por el Estado cuya ley fuese aplicable por nuestras normas de conflicto (siempre que, además, se verifiquen los requisitos contemplados en el art. 323 LEC). Con más detalle, *vid.* VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2007, p. 542-544.

<sup>48</sup> *Vid.*, entre otros, ATS de 29 de septiembre de 1998 (*RJ*, 9004) y de 1 de diciembre de 1998 (*RJ* 10540):

<sup>49</sup> Parecen mostrarse favorable a esta opción, DE MIGUEL ASENSIO, P., «La Instrucción de la DGRN de 10 de octubre de 2011» (<http://pedrodemiguelsensio.blogspot.com.es>) y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos ...», *op. cit.*, pp. 360-361.

<sup>50</sup> *Vid. in extenso*, VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho...*, *op. cit.*, p. 713.

circunstancias: autenticidad de la resolución, eficacia y carácter definitivo de ésta, competencia judicial internacional de la autoridad de origen y, finalmente, no contrariedad con el orden público español. La DGRN hace suyos estos imperativos, si bien los adapta a las particularidades de la gestación por sustitución buscando una especialización de la solución dispensada a estos supuestos<sup>51</sup>. De este modo señala que sólo cabrá el reconocimiento incidental de la resolución extranjera como exigencia previa a la inscripción cuando el Encargado del Registro constata: *a)* La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; *b)* que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado; *c)* que el Tribunal de origen basó su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española<sup>52, 53</sup>.

<sup>51</sup> Sobre la necesidad de buscar soluciones especializadas para el reconocimiento de situaciones constituidas en el extranjero y, en concreto, para el reconocimiento de relaciones de filiación derivadas de gestación por sustitución constituidas en el extranjero, *vid.*, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos ...», *op. cit.*, p. 367.

<sup>52</sup> Para algún autor debería negarse el reconocimiento de la relación de filiación cuando se hubiera producido un fraude a la aplicación de la ley española. Se trataría por tanto de controlar la competencia de las autoridades extranjeras cuando el o los comitentes acudieron al extranjero con la única intención de lograr la aplicación de una solución no tolerada por el ordenamiento español (*vid.*, *v. gr.*, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Gestación por sustitución ...», *op. cit.*, pp. 362-364). No obstante, incluso este mismo autor reconoce las dificultades para llevar a la práctica este criterio a la luz de la peculiaridad de los intereses y de las circunstancias que rodean un supuesto de gestación por sustitución» (*ibid.*, p. 364). Otras opiniones doctrinales, por el contrario, consideran que la idea de fraude o de *forum shopping* fraudulento debe quedar al margen del control de la competencia (OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», *op. cit.*), núms. 16-17).

<sup>53</sup> En contra de este requisito se ha señalado que con él «se pretende imponer al resto del mundo los criterios de competencia de los tribunales españoles» y que «arranca del presupuesto falso y equivocado, de que todos los tribunales de todos los Estados del mundo deben comportarse como los tribunales españoles y que deben aplicar, para declararse competentes, en los casos internacionales, la legislación española (CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Notas ...», *op. cit.*, pp. 254-256). La crítica resulta, no obstante, cuando menos desconcertante. La Instrucción únicamente refleja la posición unánimemente seguida por nuestra jurisprudencia (*vid.*, por todos, ATS de 25 de marzo de 2003) y la doctrina más autorizada (FERNÁNDEZ ROZAS, SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 4.ª edición, Madrid, 2007, p. 226; VIRGÓS, GARCIMARTÍN, *Derecho... Vid.* pp. 620-621). Evidentemente no se trata de imponer al Estado de origen que base su competencia en foros idénticos a los españoles. Por el contrario, lo que señala la Instrucción es que el tribunal de origen hubiera basado su competencia en reglas *equivalentes* a las nuestras. Lo único que se pretende con este requisito es garantizar que, dado que en nuestro ordenamiento los foros de competencia judicial internacional responden al principio de *proximidad razonable* –único modo de garantizar en sede de reconocimiento el respeto al art. 24 de la CE– la atribución de competencia realizada en el Estado de origen responda al mismo presupuesto, evitando de este modo el reconocimiento de resoluciones extranjeras dictadas bajo la cobertura de foros exorbitantes o, incluso, la vulneración de nuestros foros exclusivos (*vid.* para este ámbito ÁLVAREZ, S., «Gestación ...», *op. cit.*, p. 363; OREJUDO PRIETO DE LOS

18. En cuanto al último requisito que debe controlarse antes de proceder al reconocimiento de la decisión, la contradicción con el orden público español, gran parte de la doctrina<sup>54</sup> y también la AP de Valencia en la ya citada sentencia de 23 de noviembre de 2009, consideran que se vería vulnerado si se reconociera en España una relación de filiación establecida ante autoridades extranjeras y derivada del recurso a la gestación por sustitución. Los argumentos que se emplean en defensa de esta tesis son variados pero entre los más nombrados destacan, sin duda, la consideración del artículo 10.1 de la Ley 14/2006 como una norma de orden público internacional, así como el supuesto menoscabo que produciría esta técnica a la dignidad de la madre y del hijo y al libre desarrollo de su personalidad.

Sin embargo, y al margen de la opinión que cada uno pueda tener de esta figura, resulta ciertamente dudoso que el reconocimiento de relaciones de filiación que tengan su origen en una gestación por sustitución resulte contrario a nuestro orden público<sup>55</sup>. O, por ser más preciso, no cualquier supuesto de reconocimiento de una gestación por sustitución establecida ante autoridad extranjera resultará contrario al orden público español<sup>56</sup>. Recuérdese que el control del orden público en sede de reconocimiento no consiste en hacer un juicio en abstracto de la compatibilidad de una determinada figura o institución con nuestro orden público sino en determinar si *en cada caso concreto*, el reconocimiento de una determinada resolución dictada en el extranjero supone un atentado contra los valores y principios esenciales de nuestro ordenamiento.

---

Mozos, P., «Reconocimiento ...», *op. cit.*, núm. 17). De hecho la crítica se entiende todavía menos cuando estos mismos autores en el mismo trabajo reconocen que la DGRN al utilizar la expresión «criterios equivalentes, no estaría exigiendo que los criterios de competencia utilizados por la autoridad extranjera fueran idénticos a los españoles sino simplemente que se basen en el principio de proximidad razonable (p. 256).

<sup>54</sup> *Vid.*, entre otros: ALBERT MÁRQUEZ, M., «Los contratos de gestación ...», *op. cit.*, núm. V; MUÑOZ DE DIOS, L., «El Registro Civil admite el alquiler de vientres», *Notario del Siglo XXI*, núm. 27, septiembre-octubre de 2009, p. 59; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», pp. 505-510; De VERDA Y BEAMONTE, «Inscripción de hijos nacidos mediante Gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», *Diario La Ley*, n.º 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010.

<sup>55</sup> Algún autor que sostiene en principio la contrariedad con nuestro orden público admitiría su atenuación en este ámbito y con ello, la posibilidad de reconocer determinados supuestos de gestación por sustitución (OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Reconocimiento ...», *op. cit.*, núm. 28). *Vid.* asimismo QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Doble filiación ...», p. 16), para quien sería complicado atenuar el orden público internacional en aquellos casos en los que el o los padres fueran españoles o tuvieran su domicilio en España, dada la estrecha vinculación del supuesto con nuestro país. Recurre también al expediente del orden público atenuando la ya citada Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012.

<sup>56</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos ...», *op. cit.*, p. 356.

Por lo pronto, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, tal y como ya se apuntó al comienzo del trabajo, es una norma de naturaleza meramente obligacional que establece la nulidad de los contratos de gestación por sustitución y cuya proyección a las cuestiones relativas a la filiación resulta muy discutible<sup>57</sup>. Es más, el hecho de que nuestro ordenamiento establezca la nulidad de los contratos de gestación por sustitución no equivale necesariamente a que la celebración de tales contratos acarree una sanción. Para que la gestación por sustitución estuviera prohibida en nuestro ordenamiento sería necesario que contáramos (dentro de la Ley 14/2006 o en otro lugar) con una norma que la calificase de forma categórica como una conducta prohibida, ilícita o que al menos estableciera algún tipo de sanción para este tipo de prácticas, algo que, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos<sup>58</sup>, no se contempla en nuestro Derecho positivo actual y que tampoco se puede colegir de la Exposición de Motivos de la propia Ley 14/2006. De hecho, la lectura de las Actas de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (un texto que la propia Exposición de Motivos de la Ley señala como referente directo del texto legal) pone de manifiesto que el hecho de que dicha Comisión se opusiera a la gestación por sustitución no era tanto por motivos morales sino por las dificultades legales que supondría la regulación de los contratos entre los comitentes y la madre gestante y de los eventuales conflictos de intereses que pudieran producirse entre la madre subrogada y la pareja comitente<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Especialmente ilustrativa sobre esta cuestión resulta la Sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Nueva York *T.V. (Anonymous) v New York State Department of Health*, de 9 de agosto de 2011 (citada por E. LAMM, «Gestación, *op. cit.*, p. 20), en la que se afirmó que la validez del contrato de gestación por sustitución es irrelevante para la cuestión de la filiación, ya que al tribunal no se le pide hacer cumplir ese contrato. En términos similares, con relación al artículo 16-7 del Código Civil francés cuya redacción es similar a la del artículo 10.1 de la Ley 14/2006, *vid.*, LAGARDE, P., «Nota a la Sentencia de la Corte de Casación de 17 de diciembre 2008», *Rev.cr.dr. int.priv.* 2009, pp. 320-331, p. 328.

<sup>58</sup> Así, por ejemplo, la ley alemana de protección del embrión 745/90 del 13/12/90, en su artículo 1, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece que: «1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; [...]; 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento». En cuanto al ordenamiento suizo, la gestación por sustitución está prohibida por el artículo 119.2 letra *d*) de la Constitución Federal («La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas»), así como por el artículo 4 de la Ley Federal sobre procreación médicamente asistida de 1998 (reformada en 2006) que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito).

<sup>59</sup> *Vid.* con más detalle, ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «De nuevo sobre las madres de alquiler», *Notario del Siglo XXI*, núm. 27, sep-oct. 2009, pp. 52-56, pp. 55-56; FARNÓS AMORÓS, E., «Inscripción ...», *op. cit.*, nota núm. 22.

A lo señalado hay que añadir además que la propia Ley 14/2006 en su artículo 10.3 contempla la posibilidad de que se ejerciten por o frente al padre biológico las acciones de reclamación de la paternidad contempladas en nuestro ordenamiento. Dado que existen muchas posibilidades de que el padre biológico sea también el comitente, es decir, quien contrató con la madre gestante, resultaría ciertamente extraño que el partícipe en un comportamiento prohibido pudiera recibir el «premio» de ver reconocida su relación de paternidad. Es más, debe recordarse además que, al contrario de lo señalado por la Audiencia Provincial de Valencia, tanto el TSJ de Asturias como el de Madrid o Cataluña han concedido beneficios sociales derivados del nacimiento de un hijo en sendos supuestos de gestación por sustitución (el primero concedió un permiso de paternidad mientras que el segundo otorgó una prestación de maternidad), sin cuestionarse en ningún momento la contrariedad de esta figura con nuestro orden público<sup>60</sup>.

Pero es que incluso defendiendo la existencia de una hipotética prohibición implícita de la gestación por sustitución en nuestro Derecho, deducir que de tal prohibición podría derivarse la contrariedad de esta figura con nuestro orden público se antoja un salto demasiado grande. Citando a M. Atienza<sup>61</sup>, la gestación por sustitución no parece contradecir los grandes principios que inspiran la bioética y que nuestra Constitución recoge (principio de dignidad y de daño, es decir, no causar un daño injustificado, de autonomía y de igualdad). De hecho, no parece contradecir el orden público de ninguno de los ordenamientos pertenecientes al constitucionalismo contemporáneo y prueba de ello es que diversos países de nuestro entorno, con un elenco de valores y principios compartidos con el nuestro, reconocen esta figura<sup>62</sup>. Como señala S. Álvarez, «La dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo gestó y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño»<sup>63</sup>. En cuanto a la madre gestante, difícilmente se puede decir que se atente contra su dignidad cuando consciente y voluntariamente acepta someterse a esta práctica.

19. Ahora bien, que la gestación por sustitución no resulte *per se* contraria al orden público español no impide que en determinados casos el reconocimiento de relaciones de filiación establecidas

<sup>60</sup> *Vid. supra* nota núm. 8.

<sup>61</sup> *Vid.* ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «De nuevo», *op. cit.*, p. 56.

<sup>62</sup> *Vid.* ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «De nuevo ...», *op. cit.*, p. 56.

<sup>63</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Efectos ...», *op. cit.*, p. 362. De hecho, la más reciente jurisprudencia inglesa sobre la materia considera un serio atentado contra el interés del menor el reconocimiento de la filiación [*vid. v. gr.* la decisión de la High Court of Justice en el Asunto David L, de 28-9-2012; (2012) EWHC 2631 (Fam)].

en el extranjero al amparo de esta técnica sí pueda vulnerar nuestro orden público. Baste con pensar en supuestos en los que se hubiera empleado violencia contra la mujer o cualquier otro medio para forzar su voluntad. Tal y como se ha señalado desde nuestra doctrina<sup>64</sup>, la clave de la defensa de los intereses en juego en los supuestos de gestación por sustitución está en establecer una regulación que impida su conculcación. El paralelismo con la adopción resulta evidente: al igual que sucede en la gestación por sustitución, la adopción puede generar un tráfico ilegítimo que menoscabe la dignidad de los niños y de sus madres, pero ello no significa que globalmente considerada sea contraria al orden público español sino únicamente, que debe ser estrictamente regulada para evitar que puedan verse vulnerados valores esenciales e irrenunciables de nuestro ordenamiento.

Y esto es precisamente lo que pretende hacer la Instrucción. Identificar los valores más destacados que integran el orden público en este ámbito y que podrían conculcarse en un supuesto de gestación por sustitución (fundamentalmente, respeto a la autonomía de la voluntad y dignidad de la madre gestante y salvaguarda del interés superior del menor), a fin de que los Encargados del Registro los tengan presentes en su tarea y los valore *in casu* ante cada supuesto que pudiera plantearse. La Instrucción concreta en primer lugar el orden público procesal al exigir que se constate el respeto a los derechos procesales de los sujetos involucrados y, en particular, de la madre gestante, y a continuación enumera los elementos esenciales que integran el orden público material en este ámbito, al demandar del Encargado del Registro que constate que no se haya producido una vulneración del interés superior del menor –fundamentalmente mediante la comprobación de que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados no son revocables– y de los derechos de la madre gestante, lo que pasa necesariamente por constatar que tenía capacidad natural suficiente y que su consentimiento se obtuvo de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia.

Por supuesto, la DGRN podría haberse limitado a indicar en términos genéricos que no deberá reconocerse una relación de filiación derivada de gestación por sustitución cuando con tal reconocimiento se vulnerase nuestro orden público. Sin embargo, una vez más hay que recordar la naturaleza jurídica de las instrucciones administrativas y, sobre todo, su objetivo esencial, que no es otro que armonizar y agilizar la actividad de los dependientes jerárquicos, proporcionándoles criterios claros de actuación. Parece evi-

<sup>64</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Efectos ...», *op. cit.*, pp. 361-362.

dente que dichos objetivos difícilmente se conseguirían si se encomendara a cada encargado del Registro que, a título particular, determinara el modo en el que concibe el orden público en este ámbito y los elementos que lo integran. Por otro lado, la enumeración realizada en la Instrucción no es (no puede serlo) excluyente. De nuevo hay que tener presente que la realidad es muy rica por lo que el hecho de que se hayan identificado los supuestos más relevantes que pueden integrar el orden público en este ámbito no impide, claro está, que en algún momento pudiera llegar a plantearse ante nuestras autoridades registrales determinados supuestos en los que el reconocimiento de la filiación derivada de una gestación por sustitución pudiera poner en peligro otros valores esenciales de nuestro ordenamiento. Cuando ello fuera así, y al margen de la posible revisión de la Instrucción, el reconocimiento también debería ser denegado<sup>65</sup>.

## V. CONCLUSIONES

La DGRN ha tenido que dar respuesta a las cuestiones que plantea la inscripción en España de relaciones de filiación derivadas de una gestación por sustitución previamente declaradas por una autoridad extranjera. El Centro Directivo ha afrontado este problema asumiendo que en estos casos lo único que deberán hacer nuestras autoridades registrales es determinar si se permite que dicha relación despliegue o no efectos en España, es decir, reconocerla u oponerse a su reconocimiento mediante la aplicación de las normas que regulan la eficacia registral en nuestro país de los títulos extranjeros. Ello supone la inaplicación en estos casos de la normativa conflictual en materia de filiación (artículo 9.4 CC).

La posición de la DGRN ante esta materia ha experimentado, no obstante, una acentuada evolución. En un primer momento, y a través de la Resolución de 18 de febrero de 2009 la Dirección General permitió la inscripción de una certificación registral californiana del nacimiento de dos gemelos nacidos de gestación por sustitución, si bien los argumentos empleados fueron seriamente criticados, tanto por no haber tenido en cuenta el hecho de que la certificación registral traía causa de una previa resolución judicial

---

<sup>65</sup> Por otro lado, y aunque se trate de una cuestión que ha gozado de menor atención doctrinal, parece muy probable que denegar el reconocimiento en un Estado miembro de relaciones de filiación derivadas del recurso a la gestación por sustitución y constituidas en otro Estado miembro (Grecia, Reino Unido), supondría una vulneración de las reglas sobre libre circulación de personas (*vid.* ALVAREZ GONZÁLEZ, S., «Reconocimiento...», *op. cit.*, pp. 87-88).

que era realmente el título que debía haber sido inscrito, como por someter la inscripción de la certificación a unas condiciones más propias de la inscripción de títulos judiciales extranjeros que de una certificación registral. Sin embargo, poco después de la anulación judicial de la mencionada Resolución, la DGRN promulgó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, en la que se observa un endurecimiento de su posición y se somete la inscripción de una relación de filiación derivada de una gestación por sustitución al requisito de que se presente ante el Encargado la resolución judicial extranjera en la que se determine la filiación del recién nacido, excluyendo por tanto la inscripción mediante certificaciones registrales extranjeras tanto si dicha certificación trae causa de una previa resolución judicial como si dicha resolución no existiese. Además, en aquellos casos en los que la resolución judicial tuviera su origen en un procedimiento contradictorio la Instrucción somete la inscripción a la previa obtención de su reconocimiento a título principal ante nuestros tribunales, mientras que si el procedimiento de origen es equiparable a uno español de jurisdicción voluntaria, el propio Encargado del Registro deberá controlar de forma incidental si es posible el reconocimiento de la resolución como requisito previo a su inscripción.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 también ha sido objeto de diversas críticas. Una de ellas considera que la imposibilidad de inscribir la relación de filiación determinada en el extranjero mediante la presentación ante el Encargado del Registro de una certificación registral extranjera supone una manifiesta contrariedad con dos normas de rango superior como la Ley del Registro Civil y su Reglamento de desarrollo que permiten tal posibilidad. Sin embargo, es necesario tener claro que lo que establecen en realidad ambas normas es que las certificaciones registrales extranjeras son un título válido para acceder al Registro civil español, no que todas las certificaciones registrales extranjeras deban acceder al Registro civil español. La prueba más evidente de ello nos la ofrece el hecho de que el juego combinado de los artículos 23 LRC y 81 y 85 RRC sometan la inscripción de la certificación extranjera a un amplio elenco de requisitos. La DGRN, en el marco de las competencias de ordenación y dirección de los Encargados del Registro Civil que ostenta en virtud del artículo 9 LRC y 41 RRC, está perfectamente legitimada tanto para interpretar tales requisitos a través de una instrucción con vistas a establecer las pautas de actuación de aquéllos, como para determinar en qué supuestos no se cumplen dichos requisitos. Pues bien, a la luz de la naturaleza y contenido de las certificaciones registrales extranjeras presentadas

hasta la fecha ante la DGRN dichos requisitos nunca se verificarían. Pese a que una de las condiciones a las que tanto el artículo 23 LRC como el artículo 85 RRC someten la inscripción de una certificación registral extranjera es que no existan dudas sobre la realidad de los datos y circunstancias recogidos en ella, lo cierto es que, hasta la fecha, en la totalidad de certificaciones examinadas ni siquiera se da cuenta del hecho de que la relación de filiación tenga su origen en un supuesto de gestación por sustitución, algo que supone además un serio menoscabo del derecho de los hijos a conocer su origen biológico (artículo 39.2 CE) y que impide constatar si realmente se respetaron los derechos de la madre gestante (p. ej., si su maternidad realmente respondió a una decisión libremente aceptada) o, incluso, si los consentimientos prestados son revocables.

Por otro lado, se ha criticado también de la Instrucción (y también de la Resolución de 18 de febrero de 2009) que ignora que la inscripción en nuestro Registro Civil de una relación de filiación originada por una gestación por sustitución supone una vulneración de nuestro orden público. Entre otras razones se fundamenta tal afirmación tanto en la supuesta prohibición de la gestación por sustitución en el ordenamiento español a la luz de lo señalado en el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, como en el supuesto atentado contra la dignidad del menor y de la madre gestante que implicaría esta figura. No obstante, una vez más esta argumentación no puede ser compartida. De un lado, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 es una mera norma de naturaleza obligacional que se limita a declarar la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución. No existe en nuestro ordenamiento ningún precepto en el que se prohíba expresamente la gestación por sustitución o que atribuya algún tipo de sanción, al margen de la meramente contractual, a quien recurre a esta técnica. Es más, la propia Ley 14/2006 en su artículo 10.3 contempla la posibilidad de que se ejerciten por o frente al padre biológico las acciones de reclamación de la paternidad contempladas en nuestro ordenamiento y, dado que será muy probable que el padre biológico sea también el comitente, resultaría ciertamente extraño que un sujeto que realizara un comportamiento prohibido pudiera recibir el «premio» de ver reconocida su relación de paternidad.

Ahora bien, incluso aceptando que nuestro ordenamiento prohibiera la gestación por sustitución (que no lo hace), no sería posible afirmar con carácter general que dicha figura contradiga nuestro orden público. Es necesario recordar que el test del orden público no debe realizarse en abstracto sobre una determinada

figura sino sobre los efectos que tendría en nuestro país el reconocimiento de una resolución judicial que tuviera su origen en dicha figura y lo cierto es que, en principio, la gestación por sustitución no parece contradecir los grandes principios de la bioética recogidos en nuestra Carta Magna y en el resto de países de nuestro entorno. Cuestión distinta es que, como se acaba de señalar, en ciertos casos el reconocimiento de relaciones de filiación establecidas en el extranjero al amparo de esta técnica sí pueda vulnerar nuestro orden público cuando exista el riesgo de que con el reconocimiento de la relación de filiación se pongan en peligro los intereses en juego en estos supuestos. Por este motivo, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 tiene como uno de sus objetivos esenciales identificar cuáles son dichos intereses (fundamentalmente, respeto a la autonomía de la voluntad y dignidad de la madre gestante y salvaguarda del interés superior del menor), a fin de que los Encargados del Registro los tengan presentes a la hora de reconocer incidentalmente la resolución extranjera.



# La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores\*

**NIEVES FENOY PICÓN**  
Prof. Titular de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*Este trabajo analiza algunos aspectos del contenido de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, relacionados con la regulación de la compraventa (arts. 2.5, 18, 20) y plantea cómo sería oportuno hacer la transposición al Derecho español en el TRLGDCU. En concreto analiza: a) la definición de la compraventa; el contrato mixto de venta y servicios; b) el cumplimiento e incumplimiento de la obligación de entrega del vendedor-comerciante en algunos de sus aspectos (formas de entrega, sujeto que puede recibir el bien, plazo de entrega, el derecho del comprador-consumidor a resolver la compraventa y modo de ejercitarlo, restitución que el vendedor-comerciante ha de hacer al consumidor-comprador y la relación de la resolución con los otros remedios por incumplimiento); c) el momento en que el riesgo de pérdida o deterioro de la cosa se transmite al consumidor-comprador, mediando transporte.*

*La transposición de la mayoría de los anteriores contenidos normativos de la Directiva podría hacerse en el Título V del Libro II del TRLGDCU, que actualmente regula la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato, así como la garantía comercial y el servicio postventa. Si así se hiciere, dicho Título V contendría la regulación básica de la com-*

---

\* Este trabajo tiene origen en la conferencia que impartí bajo el título «Compraventa de consumo» en el Congreso Internacional *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva 2011/83/UE de derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre compraventa de octubre de 2011 (Propuesta de Reglamento UE)*, celebrado los días 1 y 2 de marzo de 2012, en la Universidad de La Rioja y dirigido por el Dr. D. Sergio Cámara Lapuente, a quien agradezco su amable invitación. El trabajo se inserta en el Proyecto de investigación DER 2011-24293.

*praventa de consumo. La rúbrica del Título habría de modificarse a la de Compraventa.*

*Aprovechando la reforma del TRLGDCU, creo que sería oportuno hacer en él algunas mejoras, en lo que se refiere a la obligación de entregar un producto conforme con el contrato. Todas estas reformas deberían ir acompañadas de la del Código civil en materia de compraventa.*

*A lo largo del trabajo se hacen las comparaciones que resultan oportunas con la correspondiente regulación del Código civil, del Draft Common Frame of Reference (DCFR) y de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea y, Normativa común de compraventa europea (CESL).*

### **PALABRAS CLAVE**

*Directiva 2011/83/UE. Compraventa. Compraventa y prestación de servicios: contrato mixto. Obligación de entrega del vendedor-comerciante. Resolución de la compraventa por el incumplimiento de la obligación de entrega del bien. Distribución de riesgos entre vendedor-comerciante y comprador-consumidor, mediando transporte de la cosa. Reforma del TRLGDCU. DCFR. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, CESL.*

### **ABSTRACT**

*This work analyses some aspects of the contents of Directive 2011/83/EU on Consumers Rights, in the context of the regulation of sales contracts (arts. 2.5, 18, 20) and suggests which way would be the most appropriate one to implement the transposition of such directive into the Spanish Law, videlicet the TRLGDCU. Specifically, the work analyses: a) the definition of sale transactions; mixed sales and services contracts; b) some aspects of the performance and the non performance of the obligation of delivery of the seller-merchant (methods of delivery, individuals who may receive the goods, delivery term, the right of the purchaser-consumer to terminate the sales contract and the way in which such rights may be exercised, restitution by the seller-merchant in favour of the consumer-purchaser and the relationship between the termination and any other available remedies for non performance); c) the time upon which the risk of loss or deterioration of the goods is transferred to the consumer-purchaser, in case that the goods have to be shipped.*

*The transposition of most of the above-mentioned regulations of the Directive could be implemented in Title V of Book II of the TRLGDCU, which currently regulates the obligation of the seller to deliver a product which is in conformity with the contract, as well as any commercial warranties and the after sales service. In such a case, Title V would contain the basic regulations on consumer sales transactions. The heading of the Title should be changed to Sales transactions.*

*Taking advantage of the reform of the TRLGDCU it would be advisable, in my opinion, to introduce some improvements, as far as the obligation to deliver a product in conformity with the contract is concerned. All these reforms should be accompanied by the reform of the Civil Code, in the context of sales transactions.*

*The appropriate comparisons have been made throughout this work to the relevant regulations contained in the Civil Code, the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, and the Common European Sales Law (CESL).*

## KEYWORDS

*Directive 2011/83/EU. Sales transactions. Sales and rendering of services: mixed contracts. Obligation of delivery by the seller-merchant. Termination of the sales contract for non performance of the obligation to deliver the goods. Allocation of risks between the seller-merchant and the consumer-purchaser when the goods are to be shipped. Reform of the TRLGDCU. DCFR. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, CESL.*

SUMARIO: I. Introducción. Objeto del trabajo. II. La definición de la compraventa. Las obligaciones del vendedor-comerciante y del comprador-consumidor. La Compraventa y la prestación de servicios. 1. La definición de la compraventa.–La definición de la compraventa en el DCFR.–La definición de la compraventa en la Propuesta de Reglamento. 2. La obligación del vendedor-comerciante de transmitir la propiedad de la cosa vendida y el sistema jurídico para su transmisión. 3. La obligación del vendedor-comerciante de entregar el bien: remisión. 4. La obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato. Su relación con el saneamiento por vicios ocultos y con la indemnización de daños y perjuicios: el artículo 117 TRLGDCU. 5. La obligación del comprador-consumidor de pagar el precio. 6. La compraventa y la prestación de servicios sobre el bien. El contrato mixto.–Algunas ideas sobre el contrato mixto en nuestro Derecho.–El contrato mixto en el DCFR.–El servicio relacionado y el prestador del servicio en la Propuesta de Reglamento. El contrato mixto en el CESL.–La incidencia del contrato mixto en la Propuesta de Reglamento a efectos de determinar el ámbito de aplicación material del CESL. 7. La nueva definición de compraventa en el TRLGDCU. La inclusión y exclusión de ciertos contratos. El concepto de bienes.– III. La obligación del vendedor de entregar el bien y la resolución de la relación contractual de compraventa por su incumplimiento. Los otros remedios del consumidor por el incumplimiento de esta obligación del vendedor. 1. La obligación de entrega del vendedor. 1.1 Las formas de entrega.–Las formas de entrega en el DCFR.–Las formas de entrega en el CESL. 1.2 Quién puede recibir el bien.–Quién puede recibir el bien en el DCFR.–Quién puede recibir el bien en el CESL. 1.3 El plazo de entrega del bien.–El plazo de entrega del bien en el DCFR.–El plazo de entrega del bien en el CESL. 1.4 La reforma del TRLGDCU. 2. La resolución de la relación de compraventa por el incumplimiento de la obligación del vendedor de la entrega del bien. Los otros remedios del consumidor. 2.1 Cuándo puede resolverse la relación de compraventa: la regla general de la previa fijación de un

plazo para el cumplimiento y la regla especial de la no necesaria previa fijación de dicho plazo. La reforma del TRLGDCU.—La posibilidad de resolver tras haberse fijado al deudor un previo plazo para el cumplimiento en el DCFR.—La posibilidad de resolver tras haberse fijado al deudor un previo plazo para el cumplimiento en el CESL.—La posibilidad de resolver directamente la relación contractual en el DCFR.—La posibilidad de resolver directamente la relación contractual en el CESL. 2.2 La forma de ejercicio de la resolución: la resolución mediante declaración de voluntad del acreedor.—La forma de ejercicio de la resolución en el DCFR.—La forma de ejercicio de la resolución en el CESL.—La forma de ejercicio de los remedios del consumidor por la entrega de un producto no conforme con el contrato (reparación, sustitución, resolución, reducción del precio). 2.3 El efecto restitutorio de la resolución: qué ha de restituir el vendedor-comerciante al comprador-consumidor y el plazo para llevarlo a cabo.—La no restitución del valor del uso del producto, en la resolución por la entrega de un producto no conforme con el contrato.—Sobre el alcance de la gratuidad del remedio de la sustitución del producto no conforme con el contrato, por otro conforme. 2.4 La relación de la resolución de la relación de compraventa por la no entrega del bien con los otros remedios por incumplimiento. 2.5 ¿Dónde han de incorporarse las normas del artículo 18, apartados 1, 2 y 3, de la Directiva 2011/83/UE? La nueva sistemática del Título V del Libro II del TRLGDCU y la progresiva completitud de la regulación de la compraventa del TRLGDCU. IV. El momento de la transmisión del riesgo de la pérdida o del deterioro del bien del vendedor-comerciante al comprador-consumidor.—La venta y el transporte del bien gestionado por el vendedor en el DCFR. El momento del traspaso del riesgo de pérdida o deterioro del bien del vendedor al comprador-consumidor en el DCFR.—La venta y el transporte del bien gestionado por el vendedor en el CESL. El momento del traspaso del riesgo de pérdida o deterioro del bien del vendedor al comprador-consumidor en el CESL. V. Conclusiones.—Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN. OBJETO DEL TRABAJO

[1] La transposición al Derecho español de la *Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores*<sup>1</sup> (Directiva 2011/83/UE en lo sucesivo) conlleva que haya de acometerse un importante conjunto de reformas legislativas en el *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (TRLGDCU en lo sucesivo)<sup>2</sup>. El plazo para su transposición termina el 13 de diciembre de 2013 y las medidas que se lleven a cabo para su transposición han de

<sup>1</sup> Por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; DOUE 22.11.2011, L 304.

<sup>2</sup> BOE 30.11.2007, núm. 287; corrección de errores BOE 13.02.2008, núm. 38.

aplicarse a partir del 13 de junio de 2014 (art. 28.1 de la Directiva 2011/83/UE<sup>3</sup>).

[2] Del amplio contenido de la Directiva 2011/83/UE<sup>4</sup> he seleccionado, en este trabajo, el estudio de las siguientes cuestiones:

a) La *definición del contrato de compraventa*; trato también del *contrato mixto* de compraventa y prestación de servicios (art. 2.5 de la Directiva 2011/83/UE).

b) La *obligación del vendedor-comerciante de entregar en plazo la cosa* al comprador-consumidor y las consecuencias de su *incumplimiento*; en particular, en lo que se refiere al remedio de la *resolución* de la relación contractual (art. 18 de la Directiva 2011/83/UE).

c) El momento *hasta el cual el vendedor-comerciante asume el riesgo* de la pérdida o del deterioro fortuito de la cosa vendida y *a partir del cual* lo asume el comprador-consumidor, cuando, además de la venta, hay *transporte* de la cosa (art. 20 de la Directiva 2011/83/UE).

[3] En mi opinión, esas cuestiones que la Directiva 2011/83/UE ordena han de incorporarse al Título V, *Garantías y servicios posventa*, del Libro II, *Contratos y garantías*, del TRLGDCU (arts. 114 a 127). Si así se hiciere, el Derecho español dispondría de una regulación para la compraventa en la que el vendedor es un empresario, el comprador un consumidor y el bien un producto<sup>5</sup> *notablemente más completa* de la ahora existente en los artículos 114 y ss. TRLGDCU<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Artículo 28 de la Directiva 2011/83/UE: «Transposición/ 1. Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 13 de diciembre de 2013, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. (...) / Aplicarán dichas medidas a partir del 13 de junio de 2014./ (...) 2. Las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán a los contratos celebrados después del 13 de junio de 2014».

<sup>4</sup> Ofrece una panorámica del contenido de la Directiva 2011/83/UE, TWIGG-FLENER (2012) pp. 87-102.

<sup>5</sup> *Infra* nota 94 y siguientes, y en el texto, se indican distintas definiciones como las de comerciante, vendedor, consumidor, bienes, además de realizarse otras consideraciones.

<sup>6</sup> a) Los artículos 114 a 123, 125 TRLGDCU tuvieron origen en la transposición de la *Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* (DOCE L 171, 7.7.1999; Directiva 1999/44/CE en lo sucesivo). Inicialmente, la transposición de la Directiva 1999/44/CE se hizo por *Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo* (BOE 11 de julio de 2003, núm. 165; Ley 23/2003 en lo sucesivo). La Ley 23/2003 es una de las leyes derogada y refundida en el TRLGDCU (*vid.* DD única y artículo único TRLGDCU).

b) La Directiva 2011/83/UE no deroga la Directiva 1999/44/CE (art. 31 de la Directiva 2011/83/UE) sino que le añade un artículo –el art. 8 *bis*– referido a ciertas informaciones que los Estados miembros han de proporcionar (art. 33 de la Directiva 2011/83/UE).

c) En cambio, la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores* de 2008 [Propuesta de Directiva de 2008 en lo sucesivo; COM(2008) 614 final] y antecedente de la Directiva 2011/83/UE, derogaba la Directiva 1999/44/UE. Según el artículo 47 de la Propuesta de Directiva de 2008: «Cláusula derogatoria/ *Quedan derogadas las Directivas 85/577/CE, 93/13/CEE, 97/7/CE y 1999/44/CE*, modificadas por las Directivas que figuran en el anexo IV./ Las referencias a las Directivas

La leyenda del Título V del Libro II del TRLGDCU habría de modificarse, pues dicho Título no regularía solo los aspectos de las garantías y del servicio postventa como hace ahora. El Título V podría rubricarse *Compraventa* y recogería una regulación moderna de este contrato, al cual voy a referirme de ahora en adelante como la *compraventa del TRLGDCU*.<sup>7</sup>

derogadas se entenderán hechas a la presente Directiva y se leerán con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo V» [vid. además Considerando (64) de la Propuesta de Directiva de 2008].

Los artículos 21 a 29 de la Propuesta de Directiva de 2008 (Capítulo IV, *Otros derechos de los consumidores específicos de los contratos de venta*) disponían una específica regulación sobre algunos aspectos de la compraventa: ámbito de aplicación, entrega, momento de la transmisión al consumidor del riesgo de pérdida o de deterioro del bien, conformidad con el contrato y derechos por la no conformidad, garantía comercial. Si bien algunos de esos artículos de la Propuesta de Directiva de 2008 tienen su equivalente en la Directiva 2011/83/UE, no lo tienen en cambio los dedicados a la conformidad con el contrato, pues, como hemos indicado, la Directiva 2011/83/UE no deroga la Directiva 1999/44/CE.

Sobre la Propuesta de Directiva de 2008, vid. por ejemplo LETE ACHIRICA (2009) pp. 493-511; EBERS, *InDret* 2/2010, 47 pp., quien en su análisis tiene presente el carácter de armonización plena de dicha Propuesta.

d) Aunque sean dos las Directivas 2011/83/UE y 1999/44/CE, al regular ambas aspectos distintos de la compraventa, las considero como una única norma comunitaria de Derecho sustantivo en la que se ordenan algunas de las importantes cuestiones que el contrato de compraventa genera. De este modo son tratadas en el trabajo.

<sup>7</sup> Distinta opinión sostiene CORDERO LOBATO. La autora expone las diferentes posibilidades sobre cómo puede transponerse la Directiva 2011/83/UE a nuestro Derecho: «Promulgar una Ley de Derechos de los Consumidores que no tenga por objeto modificar otras disposiciones (el TRLCU, por ejemplo), sino reproducir para el Derecho español, como norma independiente, lo establecido en la Directiva./ La segunda opción consistiría en incorporar la Directiva al TRLCU, modificándolo en aquello que sea incompatible con las nueva regulación e introduciendo las nuevas disposiciones que sean necesarias./ Más que componer la parcial y parcheada regulación de consumidores contenida en el TRLCU, la tercera opción sería afrontar la elaboración de un cuerpo ordenado de disposiciones estatales sobre consumo, al que llamaremos Código de Consumo./ Por último, tanto si se opta por la opción segunda, como por la primera, sería posible plantearse la eventual modificación de ciertas normas del régimen general de obligaciones y contratos contenidas en el Código Civil» (pp. 45-46). CORDERO LOBATO comenta cada una de esas opciones. En relación con la reforma del TRLGDCU, la autora apunta la dificultad de coordinar el distinto ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83/UE –cuyo artículo 3 indica los contratos a los que se aplica y a los que no se aplica– y el ámbito de aplicación «mucho más general (cfr. arts. 1 a 7)» del TRLGDCU y «sólo estaría limitado [el TRLGDCU] a ciertas clases de contratos a la hora de reglamentar los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento (arts. 93 y 108 TRLCU). El problema no sería, ciertamente, que hubiera que ajustar los artículos 93 y 108 TRLCU a la Directiva. Por el contrario, el verdadero problema es que el artículo 3 de la Directiva no podría sustituir el ámbito actual del TRLCU sin que el Estado español incumpliese otras directivas comunitarias, pues, por ejemplo, la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas (...) regula toda clase de contratos con consumidores sin que sean aplicables las exclusiones contempladas en el artículo 3 de la Directiva 2011/83/UE. Lo mismo sucede con la Directiva sobre venta y garantías, que sólo excluye de su ámbito ciertos bienes de consumo [cfr. el art. 1.2 b) de la Directiva 1999/44/CE (...)]» (p. 46). Teniendo presente la interpretación conjunta de los artículos 3 y 4 de la Directiva 2011/83/UE, CORDERO destaca que el legislador nacional no puede disponer «una regulación divergente para los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, pues sólo son éstos los aspectos objeto de armonización. Pero la Directiva no impide que los Estados miembros regulen de la misma forma o de otra diferente (más o menos protectora de los consumidores) aquellos contratos no comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83» (p. 6). Más adelante señala: «En cuanto al resto de disposiciones aplicables a cualesquiera contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva (arts. 5, 15, 17 a 22

La presente y necesaria reforma legislativa de la compraventa del TRLGDCU por la transposición de la Directiva 2011/83/UE puede ser aprovechada para mejorar algunos aspectos de la regulación legal de *la falta de conformidad del TRLGDCU*. De esas otras posibles mejoras legislativas, voy dando cuenta al hilo de la exposición y estudio de las tres indicadas cuestiones de la Directiva 2011/83/UE.

[4] En el trabajo, además del oportuno Derecho comunitario, de la normativa del Código civil y de la del TRLGDCU, expongo –por su interés en sí y porque suelen facilitar la interpretación de la Directiva 2011/83/UE– la regulación del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR en lo sucesivo) y la regulación de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea* (Propuesta de Reglamento en lo sucesivo) así como la regulación de su Anexo I titulado *Normativa común de compraventa europea* (CESL en lo sucesivo)<sup>8</sup>.

[5] En estas palabras introductorias, conviene, por último, recordar que la Directiva 2011/83/UE es una directiva de *armonización plena*, «salvo disposición en contrario de la presente Directiva» [art. 4 de la Directiva 2011/83/UE<sup>9</sup>; *vid.* en especial Considerandos (2)<sup>10</sup> y (7)<sup>11</sup> de la Directiva 2011/83/UE].

---

y 27), el Legislador estatal tendrá que decidir si solo dispone la aplicación de estas reglas a los contratos incluidos en el art. 3 de la Directiva o si, por el contrario, dispone su aplicación general a cualesquiera contratos de consumo sujetos al TRLCU de conformidad con lo dispuesto en sus artículos 1 a 7. No vemos razones para no disponer la aplicación generalizada de este nuevo régimen a cualesquiera contratos celebrados con consumidores. La transposición de estas reglas podría realizarse introduciéndolas entre las disposiciones generales aplicables a los contratos con consumidores y usuarios, en el Libro II del TRLCU, destinado a regular los contratos y garantías (arts. 59 a 67 TRLCU)» [pp. 46-47; CORDERO LOBATO, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2012) núm. 1].

Sobre el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo y contratos excluidos de la aplicación de la Directiva 2011/83/UE, M. J. MARÍN LOPEZ, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1 (2012) pp. 11-12.

<sup>8</sup> COM(2011) 635 final, 11.10.2011.

<sup>9</sup> Artículo 4 de la Directiva 2011/83/UE: «Nivel de armonización/ Los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva». Cfr. con el artículo 4 de la Propuesta de Directiva de 2008.

<sup>10</sup> Considerando (2) de la Directiva 2011/83/UE: «Dichas Directivas [Directiva 85/577/CEE y Directiva 97/7/CE] han sido reexaminadas a la luz de la experiencia adquirida, a fin de simplificar y actualizar las normas aplicables y eliminar las incoherencias y las lagunas no deseadas. Este reexamen ha mostrado que conviene sustituir las dos Directivas citadas por la presente Directiva. Por tanto, la presente Directiva *debe fijar normas estándar para los aspectos comunes de los contratos a distancia y fuera del establecimiento y alejarse del principio de armonización mínima presente en las Directivas anteriores, permitiendo al mismo tiempo a los Estados miembros mantener o adoptar normas nacionales en relación con determinados aspectos*» (la cursiva es nuestra). Cfr. Considerando (2) de la Propuesta de Directiva de 2008.

<sup>11</sup> Considerando (7) de la Directiva 2011/83/UE: «Una armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales debe reforzar considerablemente la

Sobre las materias que la Directiva 2011/83/UE no regula y en lo que nos interesa, el Considerando (13) de la Directiva 2011/83/UE indica:

«La aplicación de las disposiciones de esta Directiva *a aspectos no incluidos* en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo *competencia de los Estados miembros*, con arreglo al Derecho de la Unión. De este modo, un *Estado miembro* podrá mantener o introducir normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente Directiva o a algunas de las disposiciones de la misma *respecto* de contratos que queden *fuera* del ámbito de aplicación de la presente Directiva. (...). *Además*, los Estados miembros pueden también mantener o adoptar disposiciones nacionales sobre cuestiones que la presente Directiva *no* regule específicamente, tales como *normas adicionales sobre contratos de venta, también en relación con la entrega de bienes (...)*» (la cursiva es nuestra).

En el Considerando (14) se añade:

«[l]a presente Directiva *no debe afectar* a la legislación nacional en el ámbito de Derecho contractual respecto a aquellos aspectos del mismo que la Directiva no regula. Por consiguiente, la Directiva se debe entender *sin perjuicio de las disposiciones nacionales que regulan, entre otros, la celebración o la validez de un contrato, por ejemplo en caso de vicio del consentimiento*. Igualmente, la presente Directiva *tampoco debe afectar* a la legislación nacional en lo que respecta *a las vías de recurso generales en materia contractual, (...)*»<sup>12</sup> (la cursiva es nuestra).

El artículo 3.5 de la Directiva 2011/83/UE ordena lo adelantado en el Considerando (14)<sup>13</sup>.

seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes. Los consumidores y los comerciantes deben poder contar con un *único marco normativo* basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán determinados aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores en la Unión. *Como consecuencia de dicha armonización, deberán desaparecer los obstáculos derivados de la fragmentación de las normas y será posible la consecución del mercado interior en este ámbito. Estos obstáculos solo podrán eliminarse estableciendo normas uniformes a escala de la Unión*. Además, los consumidores deben disfrutar de un elevado nivel común de protección en toda la Unión» (la cursiva es nuestra). Cfr. Considerando (8) de la Propuesta de Directiva de 2008.

<sup>11</sup> Vid. además Considerandos (8), (9), (10) (11) y (12) de la Directiva 2011/83/UE.

<sup>12</sup> Vid. además los Considerandos (15) y (16) de la Directiva 2011/83/UE.

<sup>13</sup> Artículo 3.5 de la Directiva 2011/83/UE: «La presente Directiva *no afectará* a las disposiciones generales del Derecho contractual nacional, por ejemplo a las normas sobre validez, formalización o efectos de los contratos, *en la medida en que* esos aspectos generales del Derecho contractual *no estén regulados* en la presente Directiva».

## II. LA DEFINICIÓN DE LA COMPRAVENTA. LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR-COMERCIANTE Y DEL COMPRADOR-CONSUMIDOR. LA COMPRAVENTA Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

### 1. LA DEFINICIÓN DE LA COMPRAVENTA

[6] El artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE define a la compraventa de este modo:

*«Definiciones*

*A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:*

*(...)*

*5) contrato de venta: todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, con inclusión de cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios;»<sup>14</sup>.*

[7] En el Código civil, el artículo 1445 define a la compraventa como aquel contrato en el que «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente».

Por su parte, el TRLGDCU no contiene una definición del contrato de compraventa y, en consecuencia, ha de acudir a la definición del Código civil (art. 59.2.I TRLGDCU<sup>15</sup>).

#### – La definición de la compraventa en el DCFR

A) En virtud del artículo IV.A.- 1:202 DCFR:

*«Contract for sale*

*A contract for the “sale” of goods is a contract under which one party, the seller, undertakes to another party, the buyer, to transfer the ownership of the goods to the buyer, or to a third person, either immediately on conclusion of the contract or at some future time, and the buyer undertakes to pay the price».*

A.1) En el *Comment A* del artículo se indica que la definición del contrato de compraventa es breve y sencilla y simplemente contiene las principales obligaciones de las partes; así, la obligación de transferir la propiedad para el vendedor y la obligación del

---

<sup>14</sup> El artículo 2 de la Propuesta de Directiva de 2008 disponía: «(...)/ 3) “contrato de venta”: [es] todo contrato destinado a la venta de bienes del comerciante al consumidor, incluidos los contratos mixtos, que tienen como objeto bienes y servicios;/ (...)». La Directiva 1999/44/CE no define el contrato de compraventa, ni lo hizo la Ley 23/2003, ni lo hace el TRLGDCU.

<sup>15</sup> Artículo 59.2.I TRLGDCU: «Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles».

pago del precio para el comprador. Tal definición refleja la esencia del contrato de compraventa. La CISG (*Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980) y la Directiva 1999/44/CE no contienen una definición semejante. En cambio, muchos Derecho nacionales contienen una definición de compraventa y parece adecuado incluir una en el DCFR.<sup>16</sup>

El artículo IV.A.-2:101 (a) DCFR reitera la obligación del vendedor de transferir la propiedad de los bienes<sup>17</sup>.

B) La compraventa de consumo es definida del modo siguiente en el artículo IV.A.-1:204 DCFR:

«Consumer contract for sale

For the purpose of this Part of Book IV [del DCFR], a consumer contract for sale is a contract for sale in which the seller is a business and the buyer is a consumer».

### – La definición de la compraventa en la Propuesta de Reglamento

A) El artículo 2 de la Propuesta de Reglamento, precepto en el que se contienen las definiciones a efectos de dicha Propuesta,<sup>18</sup> indica la de la compraventa:

«Definiciones

A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

(...).

<sup>16</sup> *Comment A* del artículo IV.A.-1:202 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1234. Según el *Comment C* del artículo IV.A.-1:202 DCFR: «By including both cases in which the seller is to transfer ownership immediately and those in which ownership is to be transferred at some future time, paragraph (2) ensures, first of all, that the present rules apply both to sale transactions where ownership passes immediately on conclusion of the contract, for instance at supermarkets, petrol stations or other self-services stores, and to sales transactions where this is not the case, for instance when the contract concerns the sale of goods that are not yet in existence or contains a retention of ownership clause» (*op. cit.*, p. 1235). En este mismo *Comment C* se aclara que las reglas de la compraventa no regulan la cuestión de cuándo la propiedad se transfiere del vendedor al comprador; de esto otro se ocupan las reglas del Libro VIII del DCFR sobre la adquisición y la pérdida de la propiedad de los bienes (*op. cit.*, p. 1235).

<sup>17</sup> Artículo IV.A.-2:101 DCFR [Chapter 2 (Obligations of the seller), Section 1 (Overview)]: «Overview of obligations of the seller/ The seller must: (a) transfer the ownership of the goods;/ (b) deliver the goods;/ (c) transfer such documents representing or relating to the goods as may be required by the contract; and/ (d) ensure that the goods conform to the contract». En el *Comment B* del artículo IV.A.-2:101 DCFR se reitera que la cuestión de en qué momento se transfiere la propiedad, se regula en el Libro VIII del DCFR (*vid.* la nota que antecede a ésta).

<sup>18</sup> WENDEHORST señala: «Their purpose [el de las definiciones del art. 2 de la Propuesta de Reglamento] is to facilitate the application of the instrument and to reduce the danger of divergent interpretations» [«Comentario del artículo 2 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 1, p. 16; la cursiva es negrita en el original]. El autor también afirma: «For many of the definitions listed there is an equivalent definition in *Dir No 2011/83/UE*. Unless there are indications that the drafters of the CESL (P) deliberately deviated from *Dir. No 2011/83/UE*, there is a certain presumption that the terms have the same meaning. This is important because, in *Dir. No 2011/83/EU*, some of the definitions are explained further in the recitals» (*op. cit.* núm 3, pp. 16-17; la cursiva es negrita en el original).

(k) “contrato de compraventa”: *todo contrato en virtud del cual el comerciante («el vendedor») transfiere o se compromete a transferir a otra persona («el comprador») la propiedad de los bienes, y el comprador paga o se compromete a pagar su precio; se incluyen los contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir, pero se excluyen los contratos de compraventa judicial o los contratos que impliquen, de cualquier otra manera, el ejercicio de autoridad pública;»* (la cursiva es nuestra)<sup>19</sup>.

B) Para la compraventa de bienes de consumo, el artículo 2 de la Propuesta de Reglamento ordena:

«(...).

(l) “contrato de compraventa de bienes de consumo”: [es] un contrato de compraventa, en el que el vendedor es un comerciante y el comprador un consumidor»<sup>20</sup>.

## 2. LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR-COMERCIANTE DE TRANSMITIR LA PROPIEDAD DE LA COSA VENDIDA Y EL SISTEMA JURÍDICO PARA SU TRANSMISIÓN

[8] Como acabamos de ver, en virtud del artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE, el vendedor-comerciante tiene la obligación de transmitir la propiedad del bien al comprador-consumidor, regla jurídica que contrasta con la literalidad de nuestro Derecho positivo, lo que veremos *infra* [9].

Sobre el sistema de transmisión de la propiedad, el Considerando (51) de la Directiva 2011/83/UE señala que es materia que corresponde al legislador nacional (lo es la de determinar «las *condiciones para la transmisión de la propiedad de los bienes y el momento en que dicha transmisión se produce; infra* [21]). En consecuencia, a la compraventa del TRLGDCU ha de seguir aplicándosele el sistema de transmisión del título más modo del artículo 609.II *in fine* CC (cfr. art. 1450 CC; art. 59.2.I TRLGDCU).

[9] En su regulación de la compraventa (arts. 1445 ss.), el Código civil no ordena de modo expreso que el vendedor tenga la obligación de transmitir la propiedad de la cosa (art. 1461 CC), lo cual contrasta con otros Códigos civiles europeos que así lo disponen (*v.gr.* § 433

<sup>19</sup> Según WENDEHORST: «(...), the definition of “sales contract” is more of a *rule on scope*» [la cursiva es negrita en el original; «Comentario del artículo 2 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 24, p. 21; *vid.* también «Comentario del artículo 5 de la Propuesta de Reglamento», *op cit.*, núm. 3, p. 41; sobre el contrato de compraventa, núms. 3-15 pp. 41-43].

<sup>20</sup> Según WENDEHORST: «According to letter l, a “consumer sales contract” means a sales contract where the *seller is a trader and the buyer is a consumer*. In particular in Chapters 9-12 [del CESL], the term may also denote a contract for the supply of digital content where the supplier is a trader and the user is a consumer» [«Comentario del artículo 2 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 25, p. 22; la cursiva es negrita en el original].

BGB<sup>21</sup>, art. 1470 CC ital. 1942<sup>22</sup>). Según el Código civil, el vendedor garantiza al comprador la posesión legal y pacífica de la cosa (art. 1474.1.º CC). Cuando un tercero priva total o parcialmente de la cosa al comprador por sentencia firme y derecho anterior a la compraventa (art. 1475.I CC), el vendedor tiene la obligación de sanear al comprador por esa evicción (arts. 1480, 1481 CC). El artículo 1502 CC contempla la facultad del comprador de suspender el pago del precio ante el posible riesgo de evicción.<sup>23</sup>

No obstante lo anterior, en 1994, Fernández de Villavicencio defendió que, en nuestro Derecho, el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad de la cosa al comprador. Justifica tal obligación con argumentos de carácter legal (arts. 1464, 1473, 1502, 1509, 1445, 1462, 1456, 1458 y 1474 CC)<sup>24</sup>; en «una reflexión de orden práctico o, si se quiere, de orden sociológico: no se puede negar que en la conciencia social está el resultado traslativo de la venta»<sup>25</sup>; en que «podría, en aplicación del art. 1258 Cc.,

<sup>21</sup> § 433 BGB: «Deberes contractuales típicos en el contrato de compraventa/ (1) Por el contrato de compraventa, el vendedor de una cosa se obliga a la entrega de la cosa al comprador y a transmitirle la propiedad sobre la cosa. El vendedor debe entregar la cosa al comprador libre de vicios materiales y jurídicos./ (2) El comprador está obligado a pagar al vendedor el precio de compra y a recibir la cosa comprada» [traducción de Jordi NIEVA FENOLL, revisión de la traducción Kai FISCHER, *Código Civil alemán, Bürgerliches Gesetzbuch* (2008)].

<sup>22</sup> Artículo 1470 CC ital. 1942: «Nozione.- La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo».

<sup>23</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (1994) p. 123. La autora señala: «La razón del dilema actual [la de si el vendedor está obligado a transmitir la propiedad de la cosa] tiene su origen en las fuentes romanas; (...)./ Una vez desaparecidos los presupuestos romanos, la idea de que el vendedor no viene obligado a transmitir se mantuvo, sin embargo, en épocas posteriores y continúa hoy, inexplicablemente, en el ánimo de los autores, que tienden a interpretar en ese sentido la normativa vigente [la de la compraventa del Código civil]» (*op. cit.* pp. 124-125; en la nota 295, la autora ofrece una amplia información sobre autores españoles, los defensores de que el vendedor *no* tiene obligación de transmitir la propiedad, los otros partidarios de que *sí*; *vid.* también nota 124, y p. 127). Vid. ALBALADEJO (2011) pp. 523-526.

<sup>24</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO: «(...), dentro del grupo de argumentos legales, consideramos –en abierta contradicción con aquellos [autores] que siguen sosteniendo que el Código Civil sólo impone al vendedor la obligación de transmitir la quieta y pacífica posesión al comprador– que si bien es cierto que nuestro Código no es tan explícito como lo son otros, en el esquema legal está sin lugar a dudas implícita la función traslativa de la venta./ De este modo, presuponen claramente el resultado traslativo de la venta./ (...)» (pp. 127-128; a continuación, en pp. 128-131, se refiere a los arts. 1464, 1473, 1502, 1509, 1445, 1462, 1456, 1458 y 1474 CC); «Hay todavía algún dato más: cuando excepcionalmente se quiere en la compraventa transmitir la posesión pero no la propiedad, es necesario un pacto expreso, el *pactum reservati dominii*, por el que las partes, no obstante la entrega de la cosa, suspenden el traspaso del dominio hasta (...)» (p. 131); advierte la autora que «[n]o suponen, a nuestro juicio, en modo alguno argumento en contra de la tesis que defendemos las normas relativas al saneamiento por evicción, (...)./ (...)./ Las consideraciones anteriores abren una importante herida a la figura del saneamiento [por evicción], pues muchos de los supuestos que tradicionalmente entran en su radio de acción escapan por la vía del incumplimiento. (...)» [pp. 132-133; (1994)].

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (1994) p. 133.

considerarse la obligación de transmitir, si no de la naturaleza del contrato, sí [que es algo] usual o conforme a la buena fe»<sup>26</sup>; en la voluntad de las partes «en el concreto contrato celebrado, [que] como resultado pretendido deberá entenderse el efectivo traspaso de la propiedad del comprador» (art. 1281 CC)<sup>27</sup>. Finaliza su exposición como sigue: «Resumiendo, se observa que resulta absurdo aferrarse a un modelo de compraventa cuando ha desaparecido toda razón que pudiere justificarlo, se contradice abiertamente con la idea que comúnmente se tiene de este contrato, y no resulta tampoco una exigencia de nuestro Ordenamiento. Es, por lo tanto, inadmisibles hoy día una compraventa que se limite a exigir al vendedor la entrega del *habere licere* y no la efectiva traslación del dominio. Hay base suficiente en el esquema legal y en la realidad social –voluntad concreta de la totalidad de los compradores–, así como respaldo jurisprudencial, para considerar que el vendedor debe procurar la propiedad de la cosa vendida al comprador, sin que sea concebible que éste deba, ni tan siquiera que pueda, conformarse con la posesión, pues en tal caso habría que negar al contrato celebrado la naturaleza de compraventa»<sup>28</sup>.

A fecha de hoy y en defensa de la tesis que sostiene que el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad del bien al comprador, hay que recordar que el artículo 30 CISG dispone dicha obligación de modo expreso<sup>29</sup>.

A) Si se entiende que el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad de la cosa al comprador, cuando se vende una cosa ajena, aquél tendrá la obligación de su adquisición<sup>30</sup>. Esto podrá o no conseguirlo, pues la posibilidad de su cumplimiento depende de que el tercero, verdadero propietario de la cosa, quiera o no enajenar y si quiere, que lo haga por un precio no exagerado.

El incumplimiento del vendedor de su obligación de transmitir la propiedad del bien –bajo el presupuesto de que el comprador no

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (1994) p. 134.

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (1994) p. 134; sobre la jurisprudencia, *vid. op. cit.* pp. 134-135 y notas, en particular, la nota 324 bis.

<sup>28</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (1994) p. 136.

<sup>29</sup> Artículo 30 CISG: «El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención». Cfr. art. 4.b) CISG.

<sup>30</sup> Sobre esta obligación, *vid.* FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (1994) pp. 157-171.

Por su parte, el artículo 1476 CC ital. 1942 dispone: «Obbligazioni principali del venditore.- Le obbligazioni principali del venditore sono: / 1) quella di consegnare la cosa al compratore. / 2) quella di fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto. / 3) quella di garantire il compratore dall'evizione e ai vizi della cosa»; y el artículo 1478 CC ital. 1942: «Vendita di cosa altrui: Se al momento del contratto la cosa venduta non era di proprietà del venditore, questi è obbligato a procurarne l'acquisto al compratore./ (...)» (las cursivas son nuestras).

lo haya adquirido mediante algún mecanismo jurídico (art. 85 CCO; arts. 464, 1941 ss. CC)—justifica que el comprador pueda resolver la relación de compraventa (art. 1124 CC)<sup>31</sup>.

De interés es la STS, 1.ª, 7.7.2008 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller; Cendoj, Roj STS 4618/2008) que, reproduciendo parte de la STS 11.11.1997, expone las distintas vías jurídicas de solución para la venta de cosa ajena. En palabras del Alto Tribunal:

«A propósito de la venta de cosa ajena, dice la sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 1997 que “siendo en nuestro Derecho el contrato de compraventa productor sólo de obligaciones, no transmitiéndose el dominio por él sino al cumplirse con la entrega de la cosa con el requisito de la ‘traditio’ (art. 609 CC), la venta de una cosa que no pertenece a quien actúa como vendedor le obligará a adquirirla para cumplir con aquel requisito, o ante una imposibilidad de cumplir el contrato por causa que le es imputable, a indemnizar los daños y perjuicios correspondientes (arts. 1101 y 1106 CC). Todo ello, naturalmente, si el comprador no se conforma, y exige válida y lícitamente la anulación del negocio por error (ha creído de buena fe que la cosa era del vendedor) o por dolo (el vendedor le ha hecho creer que es suya). También podrá pedir la resolución por incumplimiento del vendedor, pues no está obligado a aceptar como cumplimiento de la obligación una cosa sobre la que ni tiene la libre disposición ni capacidad para enajenarla (art. 1160 CC)”» (FD 4.º)<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO considera que hay que diferenciar supuestos:

a) Si se vendió cosa ajena, *conociéndolo ambas partes y el vendedor se comprometió a adquirirla, si este no cumplió* la diligencia exigible en su adquisición, hay incumplimiento imputable al deudor, aplicándose la regulación de dicha categoría; si cumplió la normal diligencia exigible en el cumplimiento de su obligación de adquirir la cosa, la imposibilidad de adquirirla extingue esta obligación y extingue la obligación de dar; en este caso hay que estar a lo pactado o interpretar el contrato; si la compraventa fue a «riesgo y ventura» del comprador, el vendedor se libera, siendo posible «que incluya la pérdida del precio por el comprador y de cualquier pretensión de éste por daños»; si bien admite que «quizás lo más habitual (...) sea dar por resuelta la obligación del comprador de pagar el precio, que, al no ser posible la entrega, habrá quedado sin causa ex art. 1274, y, por lo tanto, también el contrato ex art. 1124 en su interpretación objetivista por la jurisprudencia» [(1994) p. 374].

b) *Si la cosa se vendió como propia del vendedor, sin saber éste que era ajena*, «supuesta su relevancia como error, la imposibilidad de hacerse con la propiedad de la cosa le libera de su obligación de entrega; para una posible imputación de daños, habrá que atender a la excusabilidad o no del error padecido por el vendedor en combinación con el propio error del comprador. Si el vendedor, conociéndola, ocultó la ajenidad, no cabe hablar en este caso de liberación: es un claro supuesto de incumplimiento culpable, que llevará a la resolución del contrato unida a la indemnización por daños si se probasen» (*op. cit.*, p. 374).

c) *Si siendo la cosa ajena, el vendedor la entrega al comprador*; «(...) el pretendido cumplimiento del contrato por el vendedor *non dominus* es inadmisibles; sólo si con la entrega se transmite al mismo tiempo la propiedad, podrá decirse cumplido el contrato. De otro modo, procederá, al igual que si no hubiera habido entrega, su resolución por la vía del art. 1124 Cc.» (*op. cit.*, p. 376).

Sobre la posibilidad de anular el contrato por error (art. 1266 CC) o por dolo (art. 1269 CC), *vid. op. cit.*, pp. 190-207, 221-223; *vid.*, además las consideraciones de las pp. 367-373.

<sup>32</sup> Continúa el FD 4.º: «Cuando la venta sea sobre cosa parcialmente ajena, como contempla la sentencia de 7 de noviembre de 2007, se tratará en realidad de un incumplimiento del contrato concebido como un todo unitario y se podrá dar lugar a la resolución

### 3. LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR-COMERCIANTE DE ENTREGAR EL BIEN: REMISIÓN

[10] El artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE nada dispone sobre esta otra obligación del vendedor-comerciante (*supra* [6]). El artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE es el que se ocupa de ella. *Infra* [19] y ss., analizo la presente obligación del vendedor-comerciante y las consecuencias de su incumplimiento. Por lo dicho, sólo recordaré ahora que, según el artículo 1445 CC, el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa (además, art. 1461 CC). Esta obligación también la tiene el vendedor de la compraventa del TRLGDCU (art. 59.2.I TRLGDCU).

### 4. LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE ENTREGAR UN PRODUCTO CONFORME CON EL CONTRATO. SU RELACIÓN CON EL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS Y CON LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: EL ARTÍCULO 117 TRLGDCU

[11] La Directiva 2011/83/UE no se ha ocupado de esta (la tercera) obligación del vendedor. En nuestro Derecho y para la compraventa del TRLGDCU, la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato se regula en los artículos 114 y ss. TRLGDCU, fruto de la transposición de la Directiva 1999/44/CE<sup>33</sup>.

[12] Como indiqué en la Introducción del trabajo, además de tratar algunas de las materias de la Directiva 2011/83/UE, iba tam-

por tal incumplimiento cuando se haya frustrado la finalidad del negocio –resolución total y no parcial como pretendió la recurrente ya desde la formulación de la demanda– e incluso podrá el comprador optar por solicitar una indemnización de los daños y perjuicios sufridos por tal incumplimiento según lo dispuesto en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil. Lo que en ningún caso queda al alcance del comprador es optar por aprovechar los efectos del contrato en cuanto le beneficia e interesar, en primer lugar, la nulidad parcial y, subsidiariamente, la resolución parcial, con mantenimiento de la validez de una parte del contrato. En el caso, si existían 217 m<sup>2</sup> que se incluyeron en el objeto vendido y eran de propiedad del Ayuntamiento de Valencia y no de la parte vendedora –lo que no es aceptado por la Audiencia al afirmar que la actora (compradora) ha llegado a transmitir todo lo que fue objeto de venta en su día– cabía instar una resolución del contrato (no parcial) por incumplimiento o exigir la correspondiente indemnización por cumplimiento defectuoso, pero nada de ello ha sido lo pretendido por la parte demandante que ahora recurre en casación./ Por ello se ha de rechazar el motivo».

<sup>33</sup> *Supra* nota 6. Pero, los autores han ampliado la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato a otros contratos distintos del de compraventa: *vid.* por ejemplo MARTÍN ARESTI (2010) pp. 45-48; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2009) pp. 1423-1427; ORDÁS ALONSO (2009) pp. 37-38; FENOY PICÓN (2006) [48] pp. 142-143.

bién a dar cuenta de algunas de las posibles mejoras legislativas referidas a la regulación de la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato en la compraventa del TRLGDCU. Inicio, en este momento, la exposición de la primera de esas posibles mejoras legislativas la cual se relaciona con el artículo 117 TRLGDCU.

El artículo 117.I TRLGDCU precisa la relación del saneamiento por vicios ocultos con el régimen de la falta de conformidad: *son incompatibles*. En otro anterior trabajo argumenté y concluí que, cuando el artículo 117.I TRLGDCU ordena la incompatibilidad de los remedios («acciones») derivados de la entrega de una cosa no conforme con el contrato con los del saneamiento por vicios ocultos, lo que está disponiendo es que *no procede aplicar el saneamiento por vicios ocultos a la compraventa del TRLGDCU*. El régimen de la falta de conformidad *desplaza* al del saneamiento por vicios ocultos<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Para mi opinión y argumentos: FENYOY PICÓN (2006) [5]-[12] pp. 32-42. Me pronuncié estando vigente la DA I de la Ley 23/2003, ahora artículo 117.I TRLGDCU. Con posterioridad, MARTÍN ARESTI ha señalado: «(...) el art. 117 TRLGDCU, en su párrafo primero, excluye la aplicación de los arts. 1484 y ss. del CC a las ventas comprendidas en el Título V del Libro Segundo del TRLGDCU (esto es, a las comprendidas en la Directiva 1999/44) (...). De este modo, y desde la incorporación de la citada norma comunitaria a nuestro ordenamiento interno, la aplicación de los arts. 1484 y ss. del CC se limita a la compraventa de inmuebles, a las compraventas de bienes muebles celebradas entre consumidores, y a aquellas ventas que estén excluidas del Título V del Libro Segundo del TRLGDCU por aplicación del art. 115.2 de dicha Ley» [(2010) pp. 25-26]. En el mismo sentido M. J. MARÍN LÓPEZ: «A mi juicio, a pesar de la confusa redacción de la norma [la del art. 117.I TRLGDCU], el régimen del saneamiento por vicios ocultos (arts. 1484 y ss. CC) no es aplicable a las ventas de bienes de consumo, porque a ésta se aplica el régimen propio establecido en los arts. 114 y ss. TRLGDCU» [«Comentario del artículo 117 TRLGDCU» (2009) p. 1475]. *Vid.* además TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 117 TRLGDCU» (2011) p. 1081.

En la línea de que el saneamiento por vicios ocultos es desplazado por la falta de conformidad, en la SAP, Secc. 1, Girona, 15.2.2006 (Pte. Sr. D. Fernando Lacaba Sánchez; JUR 2006/250033) se indica: «(...)/ La demanda de donde trae causa el recurso acumula dos acciones que son incompatibles entre sí, la acción de saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida, de conformidad con lo previsto en los artículos 1484 y siguientes del Código Civil, así como las que faculta la Ley 23/2003 de 10 de julio de garantía en la venta de bienes al consumo. Ambas acciones son incompatibles según dispone la disposición adicional primera de aquella Ley que dice: “El ejercicio de las acciones que contempla esta ley derivadas de la falta de conformidad será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa”, y ello porque dicha Ley, tal y como reza su exposición de motivos, crea un régimen específico aplicable a los contratos de compraventa civil de bienes de consumo celebrados entre los consumidores y los vendedores profesionales. El régimen de saneamiento de vicios ocultos del Código Civil permanece inalterado, siendo de aplicación a las compraventas civiles no comprendidas en el ámbito de la meritada Ley. En conclusión las acciones de reparación y sustitución del bien vendido, de rebaja de su precio y de resolución de la compraventa previstas en esta ley, sustituyen, en el ámbito de las compraventas de bienes de consumo, a las acciones redhibitoria y quanti minoris derivadas del saneamiento por vicios ocultos, y dejan a salvo las acciones indemnizatorias que asisten a los compradores» (FD 2.º).

La mayoría de los autores que sobre esta cuestión se han pronunciado, han entendido que el saneamiento por vicios ocultos *no* se aplica a las ventas del TRLGDCU<sup>35</sup>. Otros, en cambio, han interpretado de modo distinto el artículo 117.I TRLGDCU.

Rodrigo Bercovitz ha defendido que la incompatibilidad del artículo 117.I TRLGDCU significa la no posibilidad del ejercicio simultáneo del saneamiento por vicios ocultos y de la falta de conformidad del producto con el contrato. Esta imposibilidad de ejercicio simultáneo no impide entender que el consumidor pueda optar por ejercitar uno u otra. En la interpretación de Rodrigo Bercovitz, la incompatibilidad del artículo 117.I TRLGDCU implica una relación de carácter alternativo entre el saneamiento por vicios ocultos y la falta de conformidad<sup>36</sup>. Con posterioridad, Ordás Alonso comparte la expuesta opinión<sup>37</sup>.

Susana Navas, por su parte, ha sostenido que, durante el plazo en el que procede aplicar el régimen derivado de la falta de conformidad del producto con el contrato (cfr. art. 123 TRLGDCU), no se puede aplicar el régimen del saneamiento por vicios ocultos. Transcurrido dicho plazo, podrá aplicarse el saneamiento. En esta otra interpretación, se entiende que la incompatibilidad del artículo 117.I TRLGDCU opera de modo distinto en los

---

<sup>35</sup> Información: FENOY PICÓN (2006) nota 19 en pp. 42-44; *vid.* también MARTÍN ARESTI (2010) nota 20 en p. 26; ORDÁS ALONSO (2009) pp. 111-112; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 117 TRLGDCU» (2009) pp. 1474-1475.

<sup>36</sup> Información sobre esta tesis: FENOY PICÓN (2006) [14] pp. 44-45; *vid.* [15] pp. 46-51.

<sup>37</sup> ORDÁS ALONSO señala: «Es cierto que la Exposición de Motivos de la Ley 23/2003 utilizaba la expresión “sustituyen”, pero la misma no pasó al texto legal, siendo así que las Exposiciones de Motivos carecen de valor normativo. Ciertamente es que las mismas pueden ser un importante elemento que sirva de ayuda a la hora de interpretar el concreto articulado de la Ley de la que forman parte, pero también lo es que, en este caso concreto, el art. 117 TRLGDCU (...) no “deroga”, ni “sustituye” las normas del Código Civil reguladoras de los vicios ocultos, dentro de su ámbito de aplicación, claro está, sino que únicamente las declara “incompatibles”./ Dicha expresión significa que, dentro del ámbito de aplicación de la ley especial, el consumidor, ante un producto que presenta una falta de conformidad con el objeto del contrato que encaje igualmente en la definición de vicios ocultos contenida en el art. 1484 CC, podrá optar por alguno de los remedios previstos en los arts. 118 y ss. TRLGDCU o por ejercitar las acciones *ex art.* 1486 (...). Eso sí, en este último supuesto, en el breve plazo de seis meses desde la entrega, (...). Considero, en este sentido, correcta la opinión sustentada por Bercovitz (...)./ Interpretación que, soy consciente, produce inseguridad jurídica pero, en su defensa, cabe igualmente alegar las consideraciones siguientes: / Por un lado, y siempre que no hayan transcurrido seis meses desde la entrega, el consumidor podrá acudir directamente a las acciones estimatoria o redhibitoria si opta por la disciplina codicística, sin necesidad de optar previamente por la reparación o sustitución, lo que, en función del caso concreto, puede satisfacer sus intereses./ No se ha de olvidar tampoco el carácter de principio general del derecho, principio general informador del Ordenamiento Jurídico en terminología del TRLGDCU (art. 1), que en nuestro Derecho merece la protección de los consumidores, en cuya virtud en la duda sobre la interpretación que ha de darse a una norma deberá prevalecer aquella que en mayor medida favorezca los intereses del consumidor, lo que estimo que se consigue mejor con la tesis que defiendo» [(2009) pp. 120-121; *vid.* también pp. 137-138].

distintos tramos temporales que se diferencian. Puede considerarse que la autora defiende una compatibilidad sucesiva en el tiempo.<sup>38</sup>

Las tres tesis expuestas –la mayoritaria, la de Rodrigo Berco-vitz y Ordás Alonso, y la de Susana Navas Navarro– conducen a soluciones prácticas muy dispares. Aunque, a mi modo de ver, el legislador del TRLGDCU se pronuncia con claridad sobre cuál es la relación que media entre el saneamiento por vicios ocultos y el régimen de la falta de conformidad, ante la existente divergencia de opiniones de los autores, *considero conveniente que el legislador se pronuncie de modo muy nítido sobre qué relación media entre aquéllos*. El legislador podría aprovechar la reforma que ha de hacer en el TRLGDCU por la transposición de la Directiva 2011/83/UE y realizar ese oportuno pronunciamiento legal.

[13] El artículo 117.II TRLGDCU prescribe que el consumidor tiene derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la entrega de un producto no conforme con el contrato, *según la legislación civil y mercantil*. El artículo 117.II TRLGDCU es norma de remisión y en mi opinión, teniendo presente que considero que el artículo 117.I CC desplaza la aplicación del saneamiento por vicios ocultos por la figura de la falta de conformidad, aquél nos remite, además de a otros preceptos, a los artículos 1101 y ss. CC. El artículo 117.II TRLGDCU *no* remite al artículo 1486.II CC<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Información sobre esta tesis: FENOY PICÓN (2006) [16]-[19] pp. 51-55.

<sup>39</sup> Lo que indiqué para la entonces vigente la DA II de Ley 23/2003 (hoy art. 117.II TRLGDCU); también señalé que podrían resultar aplicables los entonces vigentes artículos 25 y ss. LGDCU y, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos [esta última hoy derogada e incorporada a los artículos 135 y ss. TRLGDCU, además del art. 129 TRLGDCU; *vid.* asimismo art. 128 TRLGDCU; FENOY PICÓN (2006) [4] pp. 29-31]. Según TORRELLES TORREA: «A pesar de la ausencia de regulación expresa al respecto, cabe el resarcimiento de daños y perjuicios de naturaleza contractual de los arts. 1101 y concordantes del CC (...) con un plazo de prescripción de la acción de quince años (art. 1964 CC) dado que nada especifica el art. 117.2 TR-LGDCU. Podemos apoyar esta postura en el hecho de que la falta de conformidad es una manifestación del incumplimiento contractual, a pesar de que el plazo de quince años es excesivamente largo y debería haberse previsto tal circunstancia en la norma. La indemnización también puede fundamentarse en los arts. 1902 ss. CC y los arts. 128 ss. y 138 ss. TRLGDCU./ Se excluye, sin embargo, la indemnización prevista en el art. 1486.2 CC para el saneamiento por vicios ocultos, entre otras causas, por la incompatibilidad con las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos prevista en el apartado primero del art. 117 TR-LGDCU (...)» [«Comentario del artículo 117 TRLGDCU» (2011) p. 1083; para la relación con los arts. 128 y 129 TRGDCU y la responsabilidad por productos defectuosos, *op. cit.* pp. 1084-1085; *vid.* hasta p. 1086]. PICATOSTE BOBILLO considera, en relación con el artículo 117.II TRLGDC, que «es imprescindible acudir al régimen establecido en los artículos 1101 y siguientes del CC» [(2011) p. 300]. Por su parte, MARTÍN ARESTI entiende que la remisión del artículo 117.II TRLGDCU se refiere a los artículos 1101 y ss. CC y no al artículo 1486.II CC; esta autora plantea si, a efectos del artículo 117.II TRLGDCU, podría considerarse aplica-

Las razones de la norma que el artículo 117.II TRLGDCU recoge residirían en que la Directiva 1999/44/CE *regula* los remedios (derechos) de la reparación del producto, de su sustitución, de la reducción del precio y de la resolución de la relación de compraventa por la entrega de un bien no conforme con el contrato (art. 3 de la Directiva 1999/44/CE<sup>40</sup>) y, *no regula* el remedio de la indemnización de daños y perjuicios; y *en que*, según el artículo 8.1 de la Directiva 1999/44/CE, los derechos que dicha Directiva reconoce al consumidor *lo son, sin perjuicio* de otros de los que pueda disponer en virtud de otras normas nacionales de responsabilidad contractual o extracontractual<sup>41</sup>.

*En mi opinión, el artículo 117.II TRLGDCU podría suprimirse*<sup>42</sup>, pues lo que dispone ya lo ordena con carácter general el artículo 59.2.I TRLGDCU. Con la supresión, se lograría un mejor diseño en lo que se refiere a la distribución de las normas dentro del propio TRLGDCU.

---

ble la regulación de la indemnización de daños y perjuicio de los artículos 74 y ss. CISG; a su entender no es admisible una aplicación en bloque de dichas normas de la CISG, pues las mismas han sido diseñadas para ser aplicadas a la compraventa celebrada entre profesionales y, en la compraventa del TRLGDCU el comprador es un consumidor; ahora bien, «[e]ste rechazo al recurso en bloque a este régimen de responsabilidad [el de la CISG] no impide que algunas de las normas y de los principios inspiradores de aquel sistema puedan ser tenidos en cuenta en las ventas de consumo» [p. 178, pp. 176-178, (2010)]. Según M. J. MARÍN LÓPEZ: «Con independencia del tipo de daño, el consumidor que adquiere un bien no conforme siempre podrá exigir la indemnización de daños conforme a las reglas generales de los arts. 1101 y ss. y 1902 y ss. del Código civil (art. 128.II TRLGDCU). Pero si se trata de daños comprendidos en el art. 129.I TRLGDCU (daños personales, incluida la muerte, y daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes –distintos del producto no conforme– objetivamente destinados al uso o consumo privado y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado), podrá, si lo desea, exigir su resarcimiento conforme a las reglas del TRLGDCU, con los límites que el propio TRLGDCU establece. Por otra parte, no parece apropiado el recurso a la indemnización prevista en el art. 1486.II CC para el saneamiento por vicio ocultos» [«Comentario del artículo 117 TRLGDCU» (2009) p. 1480, pero *vid.* hasta p. 1482]. ORDÁS ALONSO considera: «estimo preferible la tesis que afirma que la remisión efectuada por el [art. 117] TRLGDCU, (...), lo es a las normas generales de incumplimiento, excluyendo el sistema de indemnización propio del saneamiento por vicios ocultos y ello sobre la base de que la noción de conformidad es mucho más amplia que la de vicio oculto y aglutina diferentes supuestos de incumplimiento por presentar anomalías el bien objeto de entrega, (...)» [(2009) p. 59].

<sup>40</sup> Transcrito *infra* nota 172.

<sup>41</sup> Artículo 8 de la Directiva 1999/44/CE: «Derecho interno y protección mínima/ 1. Los derechos conferidos por la presente Directiva se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual./ 2. (...)».

<sup>42</sup> En el mismo sentido M. J. MARÍN LÓPEZ: «(...) La norma [del art. 117.II TRLGDCU] se limita a declarar la compatibilidad con los remedios regulados en el art. 118 TRLGDCU, y a hacer una genérica remisión a la normativa reguladora aplicable. (...) / Así entendida, la norma es *superflua*. Nada cambiaría si no existiera» [«Comentario del artículo 117 TRLGDCU» (2009) p. 1478, la cursiva es nuestra].

## 5. LA OBLIGACIÓN DEL COMPRADOR-CONSUMIDOR DE PAGAR EL PRECIO

[14] El artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE dispone que aquél pague o se comprometa a pagar el precio (*supra* [6]). El artículo 2.5 de la Directiva no indica expresamente, que el precio haya de ser en dinero o signo que lo represente. La Propuesta de Directiva de 2008 (*vid.* su art. 2) tampoco lo hacía. En cambio, el artículo 1445 CC sí lo dispone y esto último se aplica a la compraventa del TRLGDCU (art. 59.2.I TRLGDCU).

A) En el Anexo de Definiciones del DCFR (cfr. art. I.-1:108 DCFR, Definitions in Annex) se define el término «price» del modo que sigue:

«The “price” is what is due by the debtor under a *monetary obligation*, in exchange for something supplied or provided, expressed in a currency which the law recognizes as such» (la cursiva es nuestra).

B) Según el artículo 2 de la Propuesta de Reglamento:

«Definiciones

A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

(...).

(i) «precio»: el *dinero* pagadero a cambio de bienes vendidos, contenidos digitales suministrados o servicios relacionados prestados;/ (...)» (la cursiva es nuestra).

## 6. LA COMPRAVENTA Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOBRE EL BIEN. EL CONTRATO MIXTO

[15] Según el artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE (*supra* [6]), la compraventa consiste en la transmisión de la propiedad de la cosa (presente o futura) a cambio de un precio, *e incluye cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios*<sup>43</sup>. Los siguientes son *algunos* de los posibles casos en los que hay venta y prestación de servicio.

a) El vendedor, además de vender el bien, se obliga a *instalarlo* en el lugar indicado por el consumidor. Ahora bien, si el incumplimiento de esta obligación de hacer –la de la instalación por parte

<sup>43</sup> Según el artículo 2 de la Directiva 2011/83/UE: «(...)/ 6) “contrato de servicios”: [es] todo contrato, *con excepción de un contrato de venta*, en virtud del cual el comerciante provee o se compromete a proveer un servicio al consumidor y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio;» (la cursiva es nuestra). Sobre la noción de contrato de servicio en la Directiva 2011/83/UE, *vid.* VAQUER ALOY (2012) pp. 423-427; para su regulación, pp. 430-436. Según el artículo 2 de la Propuesta de Directiva de 2008: «(...)/ 5) “contrato de servicios”: todo contrato, con excepción de un contrato de venta, por el que el comerciante presta un servicio al consumidor;».

del vendedor— *conlleva* que el bien no sea conforme con el contrato, la Directiva 1999/44/CE lo regula expresamente: su artículo 2.5 lo califica como supuesto de falta de conformidad<sup>44</sup> (para el Derecho nacional, el art. 116.2 TRLGDCU<sup>45</sup>; *vid.* arts. IV.A.-2:304 DCFR y 101 CESL de los que doy cuenta más adelante).

b) El vendedor del bien, cuyo modo de funcionar no conoce el consumidor, estipula con el consumidor que le facilitará el oportuno conocimiento (le instruirá) durante cierto tiempo o, durante el preciso para que el consumidor logre alcanzar un determinado nivel de conocimientos y manejo del bien.

c) Se vende un bien y se pacta que el vendedor se encargará de su posterior mantenimiento durante un tiempo (si el bien se estropea, aquél lo reparará, lo que puede conllevar que haya de incorporar o sustituir alguna o algunas piezas en el bien).

En los anteriores casos surge la cuestión de determinar, *cuál es el régimen jurídico aplicable a las prestaciones implicadas* (dar/hacer). Sobre ello, los Considerandos de la Directiva 2011/83/UE no ofrecen una explicación que pudiera orientarnos. En cambio, en la Propuesta de Directiva de 2008 encontramos algunas indicaciones de interés. El artículo 2.3) de la Propuesta de Directiva de 2008 consideraba compraventa todo aquel contrato destinado a la venta de bienes «*incluidos los contratos mixtos, que tienen como objeto bienes y servicios*»<sup>46</sup>. Según el artículo 21.1 de la Propuesta de Directiva de 2008 —precepto ubicado en el Capítulo IV *Otros derechos de los consumidores específicos de los contratos de compraventa*— los artículos 21 a 29 de la Propuesta de Directiva de 2008<sup>47</sup> se aplicaban a los contratos de compraventa, si bien *en los contratos mixtos que incluyeran bienes y servicios*, aquellos artículos «*sólo se aplicarían a los bienes*», salvo el supuesto en el que la falta de conformidad del bien tuviera por causa su incorrecta instalación, si dicha instalación formase parte del contrato de venta y los bienes los hubiere instalado el comerciante o, ello se hubiere hecho bajo su responsabilidad<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Artículo 2.5 de la Directiva 1999/44/CE: «La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del bien de consumo se presumirá equiparable a la falta de conformidad del bien cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. (...)».

<sup>45</sup> Artículo 116.2 TRLGDCU: «La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del producto se equipará a la falta de conformidad del producto cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa o suministro regulados en el art. 115.1 y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, (...)».

<sup>46</sup> Artículo transcrito *supra* nota 14.

<sup>47</sup> *Supra* nota 6, letra c).

<sup>48</sup> Artículo 21 de la Propuesta de Directiva de 2008: «Ámbito de aplicación/ 1. El presente capítulo [arts. 21 a 29] se aplicará a los contratos de venta. No obstante, lo dispuesto en el artículo 24, apartado 5, en los contratos mixtos que abarquen bienes y servicios, el presente capítulo sólo se aplicará a los bienes./ 2. El presente capítulo se aplicará

En otro plano, en el de la compraventa internacional de mercaderías, es oportuno recordar que el artículo 3.2 CISG *excluye* la aplicación de la CISG «a los contratos en los que *la parte principal de las obligaciones* de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios»<sup>49</sup>.

[16] Trasladándonos al TRLGDCU y para el supuesto *de venta y prestación de servicios*, se ha planteado si procede aplicar, al bien vendido, el régimen jurídico de la falta de conformidad de los artículos 114 y ss. TRLGDCU<sup>50</sup>.

Al margen del supuesto del artículo 116.2 TRLGDCU (instalación del producto por el vendedor), M. J. Marín López entiende que si «el empresario asume una obligación de contenido mixto: entre-

---

también al suministro de bienes que hayan de fabricarse o producirse./ 3. El presente capítulo no se aplicará a las piezas de recambio sustituidas por el comerciante para subsanar la falta de conformidad de los bienes mediante una reparación en virtud del artículo 26». Artículo 24.5 de la Propuesta de Directiva 2008: «Conformidad con el contrato/ (...) / 5. Toda falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación de los bienes se considerará falta de conformidad de los bienes si su instalación forma parte del contrato de venta y los bienes fueron instalados por el comerciante o bajo su responsabilidad. Esta disposición también se aplicará cuando se trate de bienes cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien los instale y la instalación incorrecta se deba a un error en las instrucciones de instalación». El artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008 trataba de la *Subsanación de la falta de conformidad*.

<sup>49</sup> CAFFARENA LAPPORTA: «Piénsese en los casos en que el vendedor asume la prestación de un servicio postventa, un deber de asistencia técnica, la instalación del material entregado, la formación de un grupo de técnicos del adquirente, etc.» [«Comentario del artículo 3 CISG» (1998) p. 70; *vid.* hasta p. 71]. HONNOLD pone el siguiente ejemplo al que se le aplicaría la CISG: «Ejemplo 3C. En un contrato internacional suministrador acuerda la entrega e instalación de maquinaria manufacturadora en la factoría del comprador y también enviar técnicos para controlar el funcionamiento de la maquinaria por el periodo de un año. El valor de la maquinaria es de 1.000.000 de dólares y el valor de la prestación de los técnicos es de 200.000 dólares» (núm. 60 p. 115); no sería aplicable la CISG «si el contrato exigiese unos servicios por un valor que excediera del 1.000.000 de dólares» (núm. 60 p. 115); el autor indica que el artículo 3.2 CISG «se aplica sólo cuando las partes incluyen tanto mercaderías como servicios en un único contrato. Debemos aceptar que existen relaciones significativas entre los dos aspectos del contrato; si éste no fuera el caso, el acuerdo debe ser tratado como dos contratos diferentes y la Convención se aplicaría solamente al contrato referente a las mercaderías. Dada la relación entre el suministro de mercaderías y los servicios, sería importante para aplicar un conjunto único de reglas a la totalidad del contrato. Cuando surja una controversia, los problemas más complicados, no regulados en el contrato, estarían probablemente en relación con los derechos y acciones en caso de incumplimiento –particularmente la cuestión de si el incumplimiento justifica la resolución de la totalidad del contrato–. Un tratamiento único de este tipo de problemas es esencial. Muchas de las disposiciones de la Convención conciernen al aspecto físico de las mercaderías –transporte, daños, destrucción, deterioro–. La prestación de servicios no genera estos problemas, pero la irrelevancia de estas disposiciones de la Convención no deberían presentar dificultades. Y un tratamiento general de la Convención en lo relativo a la interpretación y al cumplimiento del contrato sería necesario para la transacción entera. (...)» [núm. 60 pp. 115-116; las citas de «Comentario del artículo 3 CISG» (1987 de la trad. esp.); la cursiva de este último párrafo es nuestra].

<sup>50</sup> Limitándose sus consideraciones a los servicios, *vid.* TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2011) pp. 1069-1070.

gar un bien y prestar un servicio»<sup>51</sup> y el bien resulta no conforme, el empresario responde bajo el régimen jurídico de los artículos 114 y ss.<sup>52</sup> El citado autor afirma que ello es así, incluso si los *servicios* que el empresario vaya a prestar son de *mayor importancia* (sea económica, o por la trascendencia que las partes le hayan dado) que el *bien* que vaya a entregar<sup>53</sup>. Esto tiene «una única excepción: que la prestación de hacer desempeñe un rol absolutamente preponderante en comparación con la prestación de dar (entrega), pues el objeto del contrato es, fundamentalmente, la prestación de un servicio»<sup>54</sup>.

Sobre *el contrato de reparación* de un bien (prestación de hacer), en cuya ejecución se utiliza(n) una o algunas piezas, resultando ésta o éstas no conformes, algunos de nuestros autores se han pronunciado sobre si procede, o no, la aplicación de los artículos 114 y ss. TRLGDCU.

Girando su exposición en torno a los talleres de reparación de vehículos, M. J. Marín López expone distintos casos y señala, entre otras cosas, que si el instalador se procura por su cuenta el bien que va a instalar, responderá de las faltas de conformidad que tenga dicho bien. Pero «[I]a situación puede ser diferente cuando durante la prestación de unos servicios de reparación el profesional procede a cambiar una pieza del bien (por ejemplo, una biela o el filtro del aire del vehículo), por considerarlos desgastados o averiados. ¿Responde de la falta de conformidad que presenta la pieza que él introduce? Creo que la respuesta debe ser positiva, con la excepción citada en el párrafo anterior»<sup>55</sup> (que es la excepción indicada al final del segundo párrafo que antecede a éste).

Por su parte, Martín Aresti entiende que si la pericia del profesional es el elemento fundamental del contrato, siendo elemento secundario para el consumidor que, quien repare, aporte los materiales, los artículos 114 y ss. TRLGDCU no se aplican. «Esta situación puede corresponderse, en principio, con los contratos de mantenimiento de vehículos, o de reparación de electrodomésticos, en

---

<sup>51</sup> M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2009) p. 1425. En la nota 49 de p. 1425 indica estos ejemplos: «(...), academia de informática que, además de impartir clases de informática, entrega a sus alumnos un ordenador en propiedad; academia de inglés que se obliga a prestar el servicio de enseñanza y a entregar determinado material (libros de texto, casetes, CDs, etc.); empresa de seguridad que vende el kit de alarma y presta servicios de mantenimiento y seguridad».

<sup>52</sup> M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2009) p. 1425.

<sup>53</sup> M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2009) p. 1425.

<sup>54</sup> M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2009) p. 1425; a continuación indica: «Ésta es una cuestión que habrá de resolverse caso a caso». Con anterioridad y para la Directiva 1999/44/CE, *vid.* M. J. MARÍN LÓPEZ (2004) tomo I, pp. 66-67.

<sup>55</sup> M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2009) p. 1426, pero *vid.* desde p. 1425.

los que el consumidor, además de la responsabilidad propia del prestador del servicio de reparación, cuenta con la garantía que legalmente debe otorgarse en relación con el estado de las piezas y repuestos utilizados»<sup>56</sup>. En cambio, si la mano de obra tiene «una trascendencia puramente instrumental y de importancia secundaria respecto de la finalidad perseguida por el consumidor (...), los arts. 114 a 124 TRLGDCU resultarán de aplicación a las piezas, componentes, o repuestos empleados»<sup>57</sup>.

Expuesta la problemática que surge cuando hay venta y prestación de servicios sobre el bien y las soluciones apuntadas por algunos de nuestros autores, voy a referirme a continuación al tratamiento del contrato mixto en nuestro Derecho, en el DCFR y en el CESL.

### – Algunas ideas sobre el contrato mixto en nuestro Derecho

#### A) Según Juan Bautista Jordano (1951):

«[I]os contratos mixtos son aquellos que se cumplen fusionando o conjugando en un solo negocio prestaciones de dos o más negocios reconocidos por la ley, prestaciones en parte propias de uno o más negocios nominados y en parte nuevas, o bien prestaciones no pertenecientes a ningún tipo legal y diversas entre sí. Cuando todas o algunas de las prestaciones características de dos o más contratos se encuentran en relación de recíproca *coordinación*, tendremos un negocio mixto.

Hace falta, por tanto, que las prestaciones o elementos negociales combinados tengan ya, y conserven después de la fusión, la virtud informadora del *tipo* legal o social a que pertenecen, pues si a la prestación principal de un determinado negocio se añade otra prestación, más *subordinada* a la primera, no se estará frente a un verdadero negocio mixto, sino ante un negocio puro correspondiente a la prestación preponderante. En ese caso, la mezcla no tiene ninguna autonomía; se tratará, entonces, de un *simple* negocio nominado o innominado, según los casos»<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> MARTÍN ARESTI (2010) p. 49; en la nota 62 de la p. 49, la autora indica «[s]eguimos, en este punto, la respuesta a la consulta *CG/03/05*» (vid. nota 47 en p. 42).

<sup>57</sup> MARTÍN ARESTI (2010) p. 49; vid. hasta p. 50.

<sup>58</sup> JORDANO, *ADC* (1951) pp. 328-329. En p. 330 afirma: «En cualquiera de los casos, las prestaciones o elementos correspondientes a varios moldes contractuales se conjugan o agremian entre sí en orden a la realización de una función práctica *unitaria*. El contrato mixto es, pues, un solo contrato y no se identifica con la unión o pluralidad de contratos, (...)» (vid. además el núm. 5 en p. 330). Y en p. 335: «Como dijimos, de los contratos mixtos debe distinguirse la unión o pluralidad de contratos. En ésta, los contratos conservan su autonomía: se acumulan o yuxtaponen, no se funden o mezclan. Dentro de la amplia categoría de la unión de contratos cabe separar dos grandes grupos: / A) La unión meramente formal, externa o aparente, que resulta del hecho fortuito de haberse concluido los contratos en la misma ocasión, constanding, por ejemplo, en el mismo documento. Este tipo de unión está desprovisto de valor dogmático, pues en nada afecta a la individualidad y régimen de los respectivos contratos: cada uno de ellos debe seguir exclusivamente su disciplina peculiar. / B) La conexión o ligamen de contratos (negocios coligados), que también supone la unión de contratos distintos, pero queridos globalmente por las partes como

B) Sobre el régimen jurídico aplicable al contrato mixto, Jordano señala:

«A este propósito, en la doctrina se debaten (...) las tres conocidas teorías de la absorción (...), de la aplicación analógica (...) y de la combinación (...), no faltando tampoco quienes postulen un cómodo eclecticismo.

Según la primera, lo decisivo para individualizar las normas aplicables al contrato mixto es el elemento preponderante: su disciplina vendría dada por las normas que regulan el elemento que imprime carácter a todo el contrato. Para la segunda teoría, los contratos mixtos se deben equiparar a los contratos innominados puros, sujetándolos, por ende, a la disciplina propia de los mismos: aplicación directa de las disposiciones generales sobre los contratos, aplicación analógica de las disposiciones especiales relativas al contrato nominado que más se asemeje al contrato a disciplinar y, como recurso último, la analogía *iuris*. Para la tercera teoría, la disciplina jurídica del contrato mixto es la resultante de la combinación de las normas establecidas para cada uno de los negocios concurrentes y fusionados entre sí. Por último, la posición ecléctica se reduce a aplicar las diferentes teorías, según los casos.

A nuestro modo de ver es preferible adoptar la teoría de la combinación. (...)» (la cursiva es nuestra)<sup>59</sup>.

#### – El contrato mixto en el DCFR

A) El artículo II.-1:107 DCFR se ocupa con carácter general del contrato mixto.

Según su apartado (1), el contrato mixto es aquél cuyas partes encajan en dos o en más de las categorías contractuales específicamente reguladas por el DCFR o, aquel contrato en el que una de sus partes encaja en algunas de las categorías contractuales reguladas por el DCFR y la otra parte en la categoría de contratos regulados solamente por las reglas aplicables a los contratos en general. Definido el contrato mixto, el apartado (2) del citado precepto dispone la regla general de que, salvo que sea contrario a la naturaleza

---

un todo, bien en relación de mutua dependencia (contratos recíprocos), de subordinación (contratos subordinados) o de alternancia (contratos alternativos), que presenta mayor relieve teórico y práctico, pero en cuyo estudio no nos detenemos por ser un tema ajeno a la *quaestio iuris* planteada al Supremo en esta ocasión».

<sup>59</sup> JORDANO, ADC (1951) pp. 330-331. Y en p. 332 el autor indica: «Concluyendo pues, el contrato mixto, como negocio constituido por la combinación de diversos elementos o formas negociales típicas y atípicas ya conocidas, tiene una unívoca disciplina peculiar que consiste en la combinación de las normas legales o extralegales pertinentes a los varios moldes que, fundidos, componen el contrato. Claro es que el juez o el intérprete deben, ante todo, acudir a la autorregulación de los intereses libremente escogida por las partes (arg. art. 1255 Cc), y sólo en su defecto o falta podrán recurrir al método de la combinación. Únicamente nos resta advertir que con él no queremos significar una combinación meramente mecánica, sino, más bien, la combinación hecha con criterio orgánico, “mirando a la unidad del fin económico”, para repetir palabras del Supremo, porque –conviene tenerlo muy en cuenta– el contrato mixto es *síntesis* y no *suma* de diversos elementos negociales» (la cursiva es del autor).

y al propósito del contrato, las reglas aplicables *a cada una* de las relevantes categorías contractuales implicadas *se aplican, con las adecuadas adaptaciones, a la correspondiente* parte del contrato y a los derechos y obligaciones que de la misma surjan.<sup>60</sup>

En los *Comments* del artículo II.-1:107 DCFR se señala, junto con otras consideraciones, que el problema del contrato mixto no siempre puede evitarse diciéndose que hay dos o más contratos. Puede haber efectivamente dos o más contratos y el caso no será uno de contrato mixto.<sup>61</sup> Se indica que frecuentemente será un problema de oportunidad determinar si hay uno o dos contratos, lo cual sugiere que, como resultado práctico, sea preferible no diferenciar en función de que las partes hayan concluido uno o dos contratos. Esta es una de las razones de adoptar la regla del artículo II.-1:107 DCFR. La otra razón es que toda solución alternativa parece inaceptable, pues, aplicar *solo* un conjunto de reglas especiales, dejaría que la otra parte del contrato no se regulase por las reglas que le han sido especialmente creadas. Y aplicar sólo las reglas generales de los Libros I, II y III del DCFR recibiría la misma objeción anterior, ahora para ambas partes del contrato. Además, la creación de unas posibles reglas para todo tipo de contrato mixto sería algo impracticable. Por ello, *el artículo II.-1:107 DCFR opta por la solución que supone aplicar el relevante conjunto de reglas, a la relevante parte del contrato mixto.*<sup>62</sup>

En el mismo *Comments* del artículo II.-1:107 DCFR también se lee, que el apartado (2) del artículo se refiere a casos en los que dos materias, que podrían regularse en distintos contratos, sin embargo las partes han elegido tratarlas en uno. A continuación se indican varios casos, de los que solo doy cuenta de aquellos que pueden interesarnos a propósito de la definición que de la compraventa realiza la Directiva 2011/83/UE. Por ejemplo, el contrato que obliga a una de las partes a vender una máquina y a proporcionar un curso de formación sobre cómo usarla: las reglas de la compraventa se aplican a la parte de venta, las del contrato de servicios a la parte sobre formación para su uso.<sup>63</sup> Otro importante tipo de contrato mixto que frecuentemente encaja en el artícu-

---

<sup>60</sup> Artículo II.-1:107 DCFR: «Mixed contracts/ (1) For the purposes of this Article a mixed contract is a contract which contains:/ (a) parts falling within two or more of categories of contracts regulated specifically in these rules; or/ (b) a part falling within one such category and another part falling within the category of contracts governed only by the rules applicable to contracts generally./ (2) Where a contract is a mixed contract then, unless this is contrary to the nature and purpose of the contract, the rules applicable to each relevant category apply, with any appropriate adaptations, to the corresponding part of the contract and the rights and obligations arising from it./ (...)».

En los *Comments* del artículo II.-1:107 DCFR se explica el supuesto del artículo II.-1:107 DCFR: «Paragraph (1) (b) is not meant to deal with a contract which is partly governed by special rules and partly by the general rules. A pure contract for the sale of goods would then be governed by the rules on mixed contracts. This is not what is intended and not what is said. The provision is, as its wording indicates, intended to deal with contracts which contain a part falling with one category and *another* part falling only within the general rules – e.g. a contract for (a) the sale of a horse and (b) the granting of permission to keep it on a certain plot of land» [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 155].

<sup>61</sup> VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 155.

<sup>62</sup> VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 155.

<sup>63</sup> VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 156.

lo II.-1:107 (2) DCFR es el de venta y «processing»<sup>64</sup>; el taller acuerda vender e instalar el neumático o el tubo de escape; un empresario pacta la reparación de una máquina y la venta al cliente (de acuerdo con una lista de precios) de cualquier elemento necesario para la reparación<sup>65</sup>. La ventaja de la regla general del DCFR para los contratos mixtos es que, con ella, se alcanza la misma solución tanto si las partes celebran un contrato, como si celebran dos<sup>66</sup>.

Además de la expuesta regla general, el artículo II.-1:107 DCFR dispone otra regla especial para los contratos mixtos. Según su apartado (3), la regla general del apartado (2) no se aplica, *si hay una norma* que dispone que el contrato mixto ha de ser considerado *principalmente* («primarily») en una categoría contractual [letra (a)]; *tampoco se aplica la regla general*, si, no encajando el caso en la anterior regla especial, una parte del contrato mixto es *de hecho tan predominante* que sería irrazonable no considerar que el contrato encaja *principalmente* en una categoría contractual [letra (b)]. Para estos dos casos del apartado (3), el artículo II.-1:107 (4) DCFR ordena que las reglas de la categoría contractual principal –la de la categoría primaria– se apliquen al contrato y a los derechos y obligaciones que de él nacen. No obstante, *las reglas aplicables*, a cualquiera de los elementos del contrato que encajen en *la otra categoría contractual*, se aplican, con las adecuadas adaptaciones, *en la medida en que sea preciso* para regular dichos otros elementos, *y con tal de que esas reglas no entren en conflicto* con las reglas aplicables a la categoría contractual principal.<sup>67</sup>

En relación con el artículo II.-1:107 (3) (a) DCFR –cuando *por ley* («rule») se indica que un contrato mixto debe considerarse principalmente en una categoría contractual– en los *Comments* se menciona un ejemplo de particular interés para nosotros por ubicarse en el Libro IV.A del DCFR, Libro en el que se regula la

<sup>64</sup> Artículo IV.C.-4:101: «Scope/ (1) This Chapter applies to contracts under which one party, the processor, undertakes to perform a service on an existing movable or incorporeal thing or to an immovable structure for another party, the client. It does not, however, apply to construction work on an existing building or other immovable structure./ (2) This Chapter applies in particular to contracts under which the processor undertakes to repair, maintain or clean an existing movable or incorporeal thing or immovable structure». Vid. en el Anexo del DFCR la definición de Processing, contract for.

<sup>65</sup> VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 156.

<sup>66</sup> VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 156. «The words “unless this is contrary to the nature and purpose of the contract” [vid. *supra* nota 60] are inserted to cover cases where although the contract contains elements of specific types of contracts it is clearly designed to be governed only by the general rules or only, perhaps, by a special set of standard terms» (*op. cit.*, p. 156).

<sup>67</sup> Artículo II.-1:107 DCFR: «Mixed contracts/ (...) / (3) Paragraph (2) does not apply where: / (a) a rule provides that a mixed contract is to be regarded as falling primarily within one category; or / (b) in a case not covered by the preceding sub-paragraph, one part of a mixed contract is in fact so predominant that it would be unreasonable not to regard the contract as falling primarily within one category./ (4) In cases covered by paragraph (3) the rules applicable to the category into which the contract primarily falls (the primary category) apply to the contract and the rights and obligations arising from it. However, rules applicable to any elements of the contract falling within another category apply with any appropriate adaptations so far as is necessary to regulate those elements and provided that they do not conflict with the rules applicable to the primary category./ (...)». Vid. VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 157, *Comments* del artículo II.-1:107 DCFR.

compraventa y, ejemplo en el que hay elementos de prestación de servicios. En el *Comments* se informa de que en el Libro IV.A del DCFR hay una norma *para el contrato por el cual se fabricarán bienes para transferir su propiedad a quien los ordenó, a cambio de un precio, norma que dispone su consideración principalmente como contrato de compraventa*. Esta indicación se justifica en que la finalidad de la construcción del bien es la de su venta. La construcción es el medio para llegar al fin. El principal interés de la parte que ordena la construcción del bien es obtener un bien conforme con el contrato.<sup>68</sup>

El aludido artículo (o regla) –cuyo número no se menciona en los *Comments* del artículo II.-1:107 DCFR– es el artículo IV.A.-1:102 DCFR (*Goods to be manufactured or produced*)<sup>69</sup>. En el *Comment B* de este último precepto, se nos recuerdan las reglas general y especial de los contratos mixtos del artículo II.-1:107 DCFR. En la regla especial del artículo II.-1:107 (3) (a) DCFR es en dónde encaja el supuesto de hecho del artículo IV.A.-1:102 DCFR<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 156.

<sup>69</sup> Artículo IV.A.-1:102 DCFR: «Goods to be manufactured or produced/A contract under which one party undertakes, for a price, to manufacture or produce goods for the other party and to transfer their ownership to the other party is to be considered as primarily a contract for the sale of the goods».

<sup>70</sup> En el *Comment B* del artículo IV.A.-1:102 DCFR se hace referencia, como ejemplo que encaja en la regla *general* del artículo II.-1:107 (2) DCFR, al contrato en el que se prevé la venta de una maquinaria y la prestación del servicio de postventa de su mantenimiento durante unos años. En este contrato, la parte que se corresponde con la venta se regula por las reglas de la compraventa de la Parte A del Libro IV del DCFR y, la parte correspondiente al servicio de mantenimiento se regula por las reglas que regulan los contratos de servicios del Libro IV del DCFR. Tras esto, en el *Comment B* del artículo IV.A.-1:102 DCFR se trata la regla *especial* de los contratos mixtos en la que, como hemos indicado en el texto, encaja el artículo IV.A.-1:102 DCFR. Tras ello se indica: «What this means in the present context [esto es, sobre que la calificación del contrato del artículo IV.A.-1:102 DCFR sea principalmente la de un contrato de compraventa] is that in a case where the service element in a contract for the manufacture and sale of goods is pronounced –for example, where a prototype or unique item is being constructed under the active direction of the party ordering it– the rules of Part IV.C on Services could be applied with any appropriate adaptations to the services part of the contract. This is necessary, or at least highly desirable, because in some such contracts the service part may last for years and involve any difficulties. This is every reason to apply the normal services rules to the solution of such difficulties in the absence of provision in the contract itself. In any case of conflict, however, the sales rules would prevail. Conflict is likely only at the end of the process when the rules on conformity might differ slightly. It is reasonable to allow the sales rules to prevail at this stage because ultimately what the party wants is to get conforming goods just as in any other case of sale». *Vid.* VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, pp. 1221-1222, *Comment B* del artículo IV.A.-1:102 DCFR. *Vid.* también *Comment D* del artículo IV.C.-3:104 (Conformity) DCFR, *op. cit.*, p. 1720, y *Comment D* del artículo IV.C.-6:101 (Scope) DCFR, *op. cit.*, pp. 1850-1851; asimismo *Comment A* del artículo IV.C.-6:101 (Scope), *op. cit.*, pp. 1848-1849.

Por otro lado, el artículo II.-1:107 DCFR dispone una última regla: «Mixed contracts/ (...) (5) Nothing in this Article prevents the application of any mandatory rules». En aplicación de esta norma, en el *Comment B* del artículo IV.A.-1:102 DCFR se advierte que todas las normas imperativas de protección de los consumidores de esta Parte (lo que puede entenderse referido a la compraventa), se aplicarán no obstante la naturaleza del contrato mixto. Esto es algo fundamental porque, en otro caso, sería muy fácil escapar de la aplicación de esas normas protectoras, calificando el contrato como de venta con algún elemento más [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1222].

B) En contraste con lo que se acaba de exponer, en el DCFR hay un caso de venta y prestación de servicios *considerado directamente como compraventa*.

Para la compraventa de consumo, el artículo IV.A.-2:304 (a) DCFR dispone que cualquier falta de conformidad resultado de una incorrecta instalación del bien se considera que es falta de conformidad si el bien lo instaló el vendedor o ello fue bajo su responsabilidad<sup>71</sup>. Este artículo del DCFR recoge el artículo 2.5 de la Directiva 1999/44/CE<sup>72</sup>.

En el *Comment B* del artículo IV.A.-2:304 DCFR se indica que las partes pueden acordar que el vendedor instalará los bienes. Estas ventas contienen un elemento de prestación de servicios (la realización de la instalación prometida). *En lugar de dividir el contrato en una parte de venta y la otra en una de prestación de servicios*, el artículo IV.A.-2:304 DCFR califica la falta de conformidad, resultado de una incorrecta instalación, como falta de conformidad *de los bienes*.<sup>73</sup>

#### – El servicio relacionado y el prestador del servicio en la Propuesta de Reglamento. El contrato mixto en el CESL

A) Anteriormente se transcribió la definición que de la compraventa dispone el artículo 2 (k) de la Propuesta de Reglamento. Tratando del contrato mixto de venta y prestación de servicios, es oportuno conocer ahora estas otras definiciones. En virtud del artículo 2 de la Propuesta de Reglamento<sup>74</sup>:

##### «Definiciones

A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

(...).

(m) “servicios relacionados”: cualesquiera servicios relacionados *con bienes o contenidos digitales, como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales en virtud del contrato de compraventa, el contrato de suministro de contenidos digitales o un contrato de servicios relacionados separado celebrado en el mismo momento que el contra-*

<sup>71</sup> Artículo IV.A.- 2:304 DCFR: «Incorrect installation under a consumer contract for sale/ Where goods supplied under a consumer contract for sale are incorrectly installed, any lack of conformity resulting from the incorrect installation is regarded as a lack of conformity of the goods if: (a) the goods were installed by the seller or under the seller's responsibility; or/ (b) the goods were intended to be installed by the consumer and the incorrect installation was due a shortcoming in the installations instructions».

<sup>72</sup> *Vid. supra* nota 44.

<sup>73</sup> VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1298. En dicho *Comment B* continúa indicándose: «If the goods do not conform to the contract after the installation, it does no matter whether they were initially unfit or whether something went wrong during the installation» (*op. cit.*, p. 1298). Pero *vid. Comments D y F* del artículo N.C.-4: 101, Scope, *op. cit.*, pp. 1755-1756.

<sup>74</sup> Según WENDEHORST: «The rule in letter m is not a definition of ‘related service’, but a *rule on scope*» [la cursiva es negrita en el original; «Comentario del artículo 2 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 26, p. 22; *vid.* «Comentario del artículo 5 de la Propuesta de Reglamento», *op. cit.*, núm. 2, p. 41].

to de compraventa de los bienes o el contrato de suministro de los contenidos digitales; con exclusión de:

- i) los servicios de transporte,
- ii) los servicios de formación,
- iii) los servicios de apoyo a las telecomunicaciones; y
- iv) los servicios financieros;

(n) “prestador de servicios”: un vendedor de bienes o proveedor de contenidos digitales que se compromete a prestar a un cliente servicios relacionados con esos bienes o esos contenidos digitales;» (la cursiva es nuestra).<sup>75</sup>

A.1) La definición de servicio relacionado de la Propuesta de Reglamento incluye *dos hipótesis*: en una, el servicio relacionado forma parte del contrato de compraventa (hay un único contrato); en la otra hipótesis, el servicio relacionado se inserta en un contrato distinto del de compraventa (hay dos contratos). En ambas hipótesis es preciso que el vendedor sea quien se obliga a prestar el servicio. En la definición de servicio relacionado de la Propuesta de Reglamento se indican unos servicios a modo de ejemplo («como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento»).

Wendehorst afirma que, en términos generales, el servicio debe hacer algo con el bien o, al menos debe facilitar o mejorar su uso al comprador. El citado autor también señala que los ejemplos del artículo 2 (m) de la Propuesta de Reglamento muestran que el contrato de servicios puede ser uno de larga duración, con duración de algunos meses e incluso años.<sup>76</sup>

De la definición de servicios relacionados de la Propuesta de Reglamento se excluyen los servicios de transporte, de formación<sup>77</sup>, de apoyo a las telecomunicaciones y, financieros.

<sup>75</sup> WENDEHORST critica la distinción del CESL entre venta de bienes y suministro de contenido digital: «Another problem is that there is insufficient justification for *differentiating between sale of goods and supply of digital content* and not subsuming the latter under the concept of “sale”. As the distinction is made throughout most of the rules in the CESL (P), but no so for the purpose of Part IV (cf art 91 CELS [P]) it increases the complexity of the instrument. Furthermore, the language is not consistent, as “consumer sales contract” sometimes seems to include contracts for the supply of digital content (eg in art 101 CELS [P]), and sometimes not (eg in art 94[1][a] CÉS L [P]). Probably, one reason why the “supply” of digital content was not simply treated as “sale” of digital content is that it does not imply transfer of ownership. But the notion of “sale” does not necessarily include transfer of ownership in general legal language, as is illustrated by the sale of shares etc. It is therefore perfectly possible to speak of the “sale” of digital content, and it would illustrate much better what the CESL (P) is really about, in particular that it is not about services provided by digital means» [«Comentario del artículo 5 CESL» (2012) núm. 38, p. 48, la cursiva es negra en el original].

<sup>76</sup> WENDEHORST, «Comentario del artículo 5 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 26, p. 46.

<sup>77</sup> WENDEHORST: «Provision of *training services* certainly means more than provision of an instruction manual. Generally speaking, the provision of written material, or of digital content explaining the use of goods or other digital content, should not be subsumed under “training services”. Rather, there must be a *personal element*, in particular that the seller or an employee personally and individually provides the buyer with instructions which are designed to enable him to (better) use the goods or digital content. Still, even

En los Considerandos (19) y (20) de la Propuesta de Reglamento se destaca, entre otras cosas, que la prestación de los servicios la realiza el vendedor y que se trata de servicios directa y estrechamente relacionados con el bien<sup>78</sup>.

B) Conocidas las definiciones de compraventa, servicios relacionados y prestador de servicios de la Propuesta de Reglamento, voy a referirme a la regulación que del contrato mixto se lleva a cabo en el artículo 9.1 CESL<sup>79</sup>. Este dispone:

«Contratos mixtos

1. Cuando un contrato establezca tanto la venta de bienes o el suministro de contenidos digitales como la prestación de servicios relacionados, se aplicarán las normas de la parte IV [«Obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa o en un contrato de suministro de contenidos digitales» (arts. 87 ss.)] a las obligaciones y a los remedios de las partes en su condición de comprador y vendedor de bienes o contenidos digitales, y las normas de la parte V [«Obligaciones y remedios de las partes en los contratos de servicios relacionados» (arts. 147 ss.)] a las obligaciones y los remedios de las partes en su condición de prestador de servicios y cliente./ (...)» (la cursiva es nuestra).

B.1) Schulte-Nölke señala que el artículo 9.1 CESL tiene su antecedente en el artículo II.-1:107 DCFR –el primero es similar al apartado (2) del segundo– si bien el artículo II.-1:107 DCFR es más complejo, pues el DCFR regula tipos contractuales cuya naturaleza es mucho más variada (amplia, extensa) que los tipos contractuales que regula el CESL<sup>80</sup>. El citado autor señala que el artículo 9.1 CESL sólo se aplica si hay un único contrato mixto de venta y pres-

---

with this restriction, the exception poses some problems. It is unclear whether the drafters really wanted to exclude that the seller of a new heating system, after its installation at the customer's home, invests half an hour to explain the heating system to the customer and to give instructions on how to use it. Also, services hotlines provided by many sellers of, for example, furniture to be assembled by the buyer himself, might fall under "training"» [«Comentario del artículo 5 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 29 p. 47].

<sup>78</sup> Propuesta de Reglamento, Considerandos: «(19) Con vistas a maximizar el valor añadido de la normativa común de compraventa europea, conviene que su ámbito de aplicación material incluya asimismo determinados servicios prestados por el vendedor que están directa y estrechamente relacionados con los bienes o contenidos digitales específicos suministrados sobre la base de dicha normativa y que, en la práctica, suelen combinarse en el mismo contrato o en un contrato vinculado celebrado al mismo tiempo, como, por ejemplo, servicios de reparación, mantenimiento o instalación de los bienes o los contenidos digitales./ (20) La normativa común de compraventa europea no debe regular ningún contrato conexo en virtud del cual el comprador adquiere bienes de un tercero o este le presta un servicio. Ello no sería apropiado porque este tercero no es parte del acuerdo concluido entre las partes contratantes para utilizar las disposiciones de dicha normativa. Los contratos conexos celebrados con terceros deben regirse por la legislación nacional respectiva aplicable en virtud del Reglamento (CE) n.º 593/2008 y del Reglamento (CE) n.º 864/2007 o cualquier otra norma pertinente en materia de conflicto de leyes».

<sup>79</sup> Vid. SCHULTE-NÖLKE, «Comentario del artículo 9 CESL» (2012) núm. 5, p. 112.

<sup>80</sup> SCHULTE-NÖLKE, «Comentario del artículo 9 CESL» (2012) núm. 2, p. 111.

tación de servicios<sup>81</sup>. En el artículo 9.1 CESL falta una regla para el caso en el que una parte del contrato mixto sea tan predominante que sería irrazonable no mirar el contrato totalmente dentro de una categoría contractual<sup>82</sup>.

C) Por último, voy a referirme al artículo 101 CESL, el cual ordena:

«Instalación incorrecta en una compraventa de bienes de consumo

1. Cuando en un contrato de compraventa de bienes de consumo los bienes o los contenidos digitales hayan sido *instalados incorrectamente*, cualquier falta de conformidad derivada de dicha instalación incorrecta *será considerada como falta de conformidad de los bienes* o los contenidos digitales si:

(a) los bienes o los contenidos digitales fueron instalados *por el vendedor o bajo su responsabilidad*; o

(...)<sup>83</sup> (cfr. art. 99.2 CESL<sup>83</sup>; *vid.* art. 105, 3 y 5, CESL; la cursiva es nuestra).

C.1) Zoll indica que la *situación típica* a la que se aplica el artículo 101 CESL, junto con las normas de los servicios relacionados (del Capítulo 15 CESL), es la del *contrato mixto* de venta e instalación. Señalado eso, Zoll entiende que el artículo 101 CESL también se aplica si las partes pactan el contrato de instalación *después* de haber celebrado el de compraventa<sup>84</sup>. E incluso si el contrato para instalar los bienes no se celebra bajo el CESL, la incorrecta instalación de los bienes que no cumplan con las exigencias del CESL se valorará como que los bienes no son conformes con el contrato en el sentido del CESL<sup>85</sup>.

En cambio –continúa indicándonos Zoll– el artículo 101 CESL *no se aplica* a la reinstalación; esto es, a bienes instalados y utilizados por el comprador y en los que la reinstalación no tiene por causa el mal funcionamiento de los bienes en el momento relevante después de la conclusión del contrato de venta, sino que se instalan de nuevo<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> SCHULTE-NÖLKE, «Comentario del artículo 9 CESL» (2012) núm. 4 p. 111.

<sup>82</sup> SCHULTE-NÖLKE, «Comentario del artículo 9 CESL» (2012) núm. 6 p. 112. El autor indica además que el artículo 9 (1) CESL es impreciso, pues también se aplica respecto a aquellos elementos de prestación de servicios que encajan en la Parte IV del CESL y no, en la Parte V del CESL. Esto sucede, en concreto, en el caso de *los servicios de transporte e instalación*, los cuales *sólo se regulan en la Parte IV del CESL*; para estos servicios, algunos artículos de la Parte V también deberían aplicárseles, como por ejemplo el artículo 154 CESL que recoge una regla sobre el acceso al establecimiento del comprador en horario razonable (*op. cit.* núm. 6, p. 112).

<sup>83</sup> Artículo 99 CESL: «Conformidad con el contrato/ (...) 2. Para estar en conformidad con el contrato, los bienes o los contenidos digitales deberán asimismo satisfacer los requisitos de los artículos 100, 101 y 102, salvo en la medida que las partes hayan acordado otra cosa».

<sup>84</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 101 CESL» (2012) núm. 4, p. 477.

<sup>85</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 101 CESL» (2012) núm. 5, p. 478; *vid.* núm. 6 p. 478.

<sup>86</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 101 CESL» (2012) núm. 6, p. 478.

### – La incidencia del contrato mixto en la Propuesta de Reglamento a efectos de determinar el ámbito de aplicación material del CESL

A) Aprovecho esta exposición sobre el contrato mixto y voy a hacer una breve referencia a los artículos 5 y 6 de la Propuesta de Reglamento, preceptos en los que se determinan los contratos a los que se aplica el CESL, así como cuando no se aplica el CESL<sup>87</sup>.

Según el artículo 5 de la Propuesta de Reglamento:

«Contratos para los que se puede recurrir a la normativa común de compraventa europea

Se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular:

- a) los contratos de compraventa;
- b) los contratos de suministro de contenidos digitales, independientemente de que se suministren o no en un soporte material, que puedan ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario, o a los que este pueda tener acceso, tanto si los contenidos digitales se suministran a cambio del pago de un precio como si no;
- c) los contratos de servicios relacionados, tanto si se había acordado un precio separado para esos servicios como si no»<sup>88</sup>.

Por su parte, el artículo 6 de la Propuesta de Reglamento ordena:

«Exclusión de los contratos mixtos y de los contratos vinculados a un crédito al consumo

1. *No se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea [CESL] para regular los contratos mixtos que incluyan cualquier elemento que no sea la venta de bienes, el suministro de contenido digitales y la prestación de servicios relacionados a tenor del artículo 5.*

2. (...)» (la cursiva es nuestra).

A.1) Wendehorst señala que la razón de la exclusión que el artículo 6.1 de la Propuesta de Reglamento dispone, reside en que las reglas del CESL se han diseñado para adecuarse a los contratos que contempla el artículo 5 de la Propuesta de Reglamento y dichas reglas pueden no ser apropiadas para otros contratos o elementos

---

<sup>87</sup> Sobre el ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento, *vid.*, por ejemplo, GÓMEZ POMAR/GILI SALDAÑA, *InDret* 1/2012, pp. 10-13; SAN MIGUEL PRADERA/PÉREZ GARCÍA, *ADC* (2012) pp. 1254-1257; ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS, *Derecho de los Negocios* (2012) núm. 265-266, pp. 9-19; ESTEBAN DE LA ROSA/OLARIU, *InDret* 1/2013, pp. 14-26. En otro plano, sobre la oportunidad de un Derecho contractual *opcional*, *vid.* REDING, *InDret* 2/2011, pp. 3-6.

<sup>88</sup> Según WENDEHORST: «Art. 5 has to be read in conjunction with some of the definitions in art. 2, in particular the definition of “sales contract” in art. 2(k), of “digital content” in art. 2(j) and of “related service” in art. 2(m). These definitions, in turn, include positive criteria and exceptions» [«Comentario del artículo 5 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 2 p. 41; el autor explica cada uno de esos contratos en los núms. 3-36, pp. 41-48].

de un contrato<sup>89</sup>. El autor destaca que, incluso un elemento menor («menor») del contrato, distinto de los contratos que indica el artículo 5 de la Propuesta de Reglamento conlleva la no disponibilidad del CESL. El claro tenor del artículo 6 de la Propuesta de Reglamento *no* deja espacio para interpretar el CESL en el sentido de que este esté *disponible, si sólo la parte preponderante de las obligaciones de las partes encajan en el artículo 5 de la Propuesta de Reglamento*.<sup>90</sup>

## 7. LA NUEVA DEFINICIÓN DE COMPRAVENTA EN EL TRLGDCU. LA INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE CIERTOS CONTRATOS. EL CONCEPTO DE BIENES

[17] Teniendo presente todo lo hasta ahora expuesto en torno al artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE, a mi juicio, ha de incorporarse al TRLGDCU una definición de la compraventa *a los efectos del TRLGDCU*. En la definición ha de indicarse que el vendedor-comerciante *se obliga a transmitir la propiedad del producto al comprador-consumidor, a entregárselo y a que el producto sea conforme con el contrato, ello a cambio de un precio en dinero o signo que lo represente (obligación del comprador-consumidor)*.

Debe asimismo indicarse en la definición, que también hay compraventa cuando *el contrato celebrado incluya* que el vendedor-comerciante se obliga a realizar *una prestación de hacer relacionada con el producto vendido*. Para estos casos de contratos mixtos, sería oportuno que el legislador hiciera algún apunte sobre el régimen jurídico aplicable a la prestación de dar, propia de la compraventa y, sobre el régimen jurídico aplicable a la otra presta-

<sup>89</sup> WENDEHORST, «Comentario del artículo 6 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 2, p. 50.

<sup>90</sup> WENDEHORST, «Comentario del artículo 6 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 5, p. 51. El autor señala además que el artículo 6.1 de la Propuesta de Reglamento no impide que las partes puedan celebrar un contrato separado regido por el derecho nacional aplicable para el elemento contractual ajeno al artículo 5 de la Propuesta de Reglamento. Por ello, bajo el prisma del artículo 6.1 de la Propuesta de Reglamento, es esencial determinar si el elemento extraño se ha acordado dentro del mismo contrato o en un contrato diferente. (*Op. cit.* núm. 6, p. 51). Por otro lado, WENDEHORST critica el artículo 6.1 de la Propuesta de Reglamento, pues, al no estar disponible el CESL cuando el contrato contiene un elemento extraño a los del artículo 5 de la Propuesta de Reglamento, incluso siendo dicho elemento menor, contratar bajo el CESL genera a las partes incertidumbre y no resulta atractivo, pues éstas no pueden estar seguras de que un tribunal nacional detecte más tarde un elemento extraño y rehúse por ello la aplicación del CESL. En su opinión, hubiera sido preferible no haber excluido estos contratos mixtos del CESL y tratarlos como contratos vinculados; en el peor caso, el elemento extraño se gobernaría por el derecho nacional aplicable. (*Op. cit.* núm. 12, p. 52).

ción, a la prestación de hacer (a salvo lo dispuesto en el art. 116.2 TRLGDCU)<sup>91</sup>.

*¿En dónde situar esta definición de la compraventa?* Considero que sería oportuno situarla en el artículo 114 TRLGDCU. Si así se hiciera, la norma que ahora dispone aquél –la de que el vendedor tiene la obligación de entregar un producto conforme con el contrato, siendo la entrega el momento relevante para su apreciación– habría de desplazarse a otro precepto. A mi juicio, sería adecuado reubicar aquél en los artículos que desarrollan específicamente la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato.

*Y, ¿sería oportuno insertar en el TRLGDCU otro artículo en el que se enumerasen las obligaciones del vendedor?*

El buen diseño de la regulación de un contrato parece apuntar a ello. El Código civil así lo hace (cfr. arts. 1461, 1474) y también lo hacen el DCFR (art. IV.A.-2:101, transcrito *supra* nota 17) y el CESL (art. 91)<sup>92</sup>. Ahora bien, en la definición que de la compraventa propongo para el TRLGDCU se recogen ya todas las obligaciones que el vendedor tiene y, volver a enumerarlas en otro artículo podría resultar innecesariamente repetitivo.

[18] Si la indicada definición de compraventa se ubica en el artículo 114 TRLGDCU, la misma se aplicará a la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato –obligación que se regula ahora en los artículos 114 y ss. TRLGDCU– y, también se aplicará a la obligación del vendedor de entregar en plazo el producto al consumidor, obligación esta otra que el artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE regula y que a mi juicio, como adelanté (*supra* [3]) y como más adelante explicaré, ha de incorporarse al Título V del Libro II del TRLGDCU. Esto implica que haya de tenerse presente, al hacer la reforma, si las obligaciones de entregar en plazo el producto y de entregar un producto conforme con el contrato tienen el mismo ámbito de aplicación objetivo y contractual o, si entre ellas media una parcial no coincidencia de

<sup>91</sup> En otro ámbito, en concreto para el derecho de desistimiento, en el Considerando (50) *in fine* de la Directiva 2011/83/UE se lee: «En el caso de contratos que tengan por objeto bienes y servicios, las normas previstas en la presente Directiva sobre la devolución de bienes deben aplicarse a los elementos relativos a los bienes y el régimen de compensación se aplicará a los elementos relativos a los servicios».

<sup>92</sup> Artículo 91 CESL: «Principales obligaciones del vendedor/ El vendedor de bienes o el suministrador de contenidos digitales (en esta parte denominado “el vendedor”) deberá:/ a) entregar los bienes o suministrar los contenidos digitales;/ b) transmitir la propiedad de los bienes, incluido el soporte material utilizado para suministrar los contenidos digitales;/ c) garantizar que los bienes o los contenidos digitales son conformes con el contrato;/ d) garantizar que el comprador tenga derecho a utilizar los contenidos digitales con arreglo al contrato; y/ e) entregar cualquier documento representativo o relacionado con los bienes o los contenidos digitales, que exija el contrato».

campo aplicativo. Si sucede esto último, ello tendrá que advertirse de algún modo en relación con cada una de esas obligaciones del vendedor. Las consideraciones que siguen van en la línea de lo que acabo de advertir.

A) La regulación de la *falta de conformidad* del TRLGDCU, además de aplicarse a la compraventa, *se aplica* a «los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse» (contrato de obra; art. 115.1 TRLGDCU; derogado art. 2.II de la Ley 23/2003). Esa norma del TRLGDCU coordina con el artículo 1.4 de la Directiva 1999/44/CE: «[I]os contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse *también se consideran contratos de compraventa a efectos de la presente Directiva*». Como hemos visto, el DCFR contiene un específico artículo en el Libro dedicado a la regulación de la compraventa en el que se dispone que se considera *principalmente* contrato de venta de bienes, aquel contrato en el que una parte promete, a cambio de un precio, fabricar o producir bienes para la otra parte y transferir su propiedad (art. IV.A.- 1:102: *Goods to be manufactured or produced*; contrato mixto)<sup>93</sup>. Hemos también visto, que en la definición de la compraventa del artículo 2 (k) de la Propuesta de Reglamento «se incluyen los contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir» y cuya propiedad se transmite.

Frente a lo anterior, la definición de la compraventa del artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE (*supra* [6]) no incluye expresamente al contrato en el que, a cambio de un precio, una parte se obliga a fabricar o producir bienes y a transmitir su propiedad a la otra. Sin embargo, estos contratos pueden incluirse en esa definición de la Directiva 2011/83/UE. A diferencia de las definiciones de compraventa del DCFR y del CESL, que emplean los términos de *vendedor* y *comprador*, en la definición del art. 2.5 de la Directiva 2011/83/UE los términos utilizados son los de *comerciante* y *consumidor*, siendo *comerciante*, «toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, *con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva*» [art. 2.2) de la Directiva 2011/83/UE]<sup>94</sup> y *consumidor*, «toda perso-

<sup>93</sup> Además, en el DCFR, la regulación de la compraventa se aplica, *con las oportunas adaptaciones*, al contrato de permuta de bienes, en el que ambas partes prometen transmitir la propiedad de su respectivo bien a la otra [arts. IV.A.-1:101 (2) (e), Contracts covered; IV.A.-1:203: Contract for barter).

<sup>94</sup> *Vid.* Considerando (16) *in fine* de la Directiva 2011/83/UE. El artículo 1.2.c) de la Directiva 1999/44/CE dispone: «(...)/ “vendedor”: [es] cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional;». Según el derogado artículo 1.II de la Ley 23/2003: «(...)/ (...) son vendedores las personas físicas o jurídicas que, en el marco de su actividad profesional, venden bienes de consumo. (...)». El TRLGDCU, en cambio, no define al vendedor. En la Exposición de Motivos del TRLGDCU (III) se señala: «Se incorporan, asimismo, las definiciones de empresario, productor, producto y proveedor, al objeto de unificar la terminología utilizada en el texto. Las definiciones de empresario, productor y producto son las contenidas en las normas que se refunden. El concepto proveedor es el de cualquier empresario

na física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión» [art. 2.1) de la Directiva 2011/83/UE]<sup>95</sup>. *Quien se dedica a fabricar o producir bienes y transmite o se compromete a transmitir su propiedad a cambio de un precio, puede encajarse en la definición del artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE*<sup>96</sup>.

B) Según el artículo 115.2 TRGDCU (derogado art. 2.I de la Ley 23/2003), la regulación de la falta de conformidad del TRLGDCU *no* se aplica «a los productos adquiridos mediante venta judicial, al agua o al gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o en cantidades determinadas, y a la electricidad». Esta norma transpone *parte* del artículo 1.2.b) de la Directiva 1999/44/CE, en el que se define al «bien de consumo» como «cualquier bien mueble corpóreo» –la exigencia de que el bien sea corpóreo no se encuentra en los arts. 114 y ss. TRLGDCU–, salvo los «vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento», «el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en el volumen delimitado o en cantidades determinadas» y «la electricidad». Según el artículo 2.3) de la Directiva 2011/83/UE, son «bienes: todo bien mueble tangible, excepto los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento. El agua, el gas y la electricidad se considerarán “bienes” en el sentido de la presente Directiva cuando estén envasados para la venta en un volumen determinado o en cantidades determinadas;».<sup>97</sup> Como hemos visto, el

---

que suministra o distribuye productos en el mercado, distinguiéndose del vendedor, que, *aunque no se define*, por remisión a la legislación civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial» (la cursiva es nuestra). En relación con este texto de la Exposición de Motivos del TRLGDCU, CÁMARA LAPUENTE indica: «No ha de entenderse, por tanto que el término “vendedor” quede confinado a los arts. 114 y ss., sobre garantías en la venta de bienes de consumo, sino que también ha de considerársele un proveedor del art. 7 TR-LGDCU» [«Comentario del artículo 7 TRLGDCU» (2011) p. 198].

<sup>95</sup> Por otro lado, según el considerando (13) de la Directiva 2011/83/UE: «(...)». Por ejemplo, los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean “consumidores” en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas. (...)»; *vid.* además Considerando (17) de la Directiva 2011/83/UE. El artículo 2.1) de la Propuesta de Directiva de 2008 recogía la misma definición de consumidor que la de la Directiva 2011/83/UE. Según el artículo 1.2.a) de la Directiva 1999/44/CE: «(...) “consumidor”: [es] toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional; (...)».

<sup>96</sup> Además, en el Considerando (52), en el que se explica el contenido del artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE, artículo aplicable al contrato de venta (art. 17.1 de la Directiva 2011/83/UE) se indica: «La norma relativa a la demora en la entrega también debe tener en cuenta *los bienes que hayan de fabricarse* (...)» (la cursiva es nuestra).

<sup>97</sup> El artículo 2 de la Propuesta de Directiva de 2008 disponía: «Definiciones/ A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:/(...) / 4) “bienes”: todo artículo mueble corpóreo, excepto los siguientes:/ a) los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento,/ b) el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas,/ c) la electricidad;/ (...)».

Como se ha indicado en el texto, la Directiva 2011/83/UE se refiere al bien mueble *tangible* y la Directiva 1999/44/CE al bien mueble *corpóreo*. En su incorporación de la Directiva 1999/44/CE, el artículo 1.II de la Ley 23/2003 dispuso: «(...)». Se consideran aquí

artículo 2.5) de la Directiva de la Directiva 2011/83/UE define la venta como todo contrato en el que el comerciante transfiere o se compromete a transferir al consumidor la propiedad «*de ciertos bienes*».

bienes de consumo los bienes muebles *corporales* destinados al consumo privado./ (...)». Para el TRLGDCU, hay que tener en cuenta, por un lado, que su artículo 6 dispone una definición de producto («*Concepto de producto*.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 136, a los efectos de esta norma, es producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil); y por otro, que no se ha refundido, en dicho TRLGDCU, el artículo 1.II de la Ley 23/2003: esto es, en la regulación específica de la falta de conformidad del TRLGDCU (arts. 114 y ss.) no se requiere expresamente que el producto sea corporal. Sobre el artículo 6 TRLGDCU, CÁMARA LAPUENTE indica: «(...), cabe preguntarse por la función y virtualidad del art. 6 TR-LGDCU en vigor. La principal función es acuñar un término que excluye los bienes inmuebles y los servicios. Debe subrayarse que el art. 6 no supone la delimitación del ámbito objetivo del TR-LGDCU (...), que no viene propiamente establecido en precepto alguno, a diferencia de lo que ocurre con el ámbito subjetivo (arts. 2, 3 y 4 TR). Además de la función señalada, el nuevo concepto puede tener otras virtualidades: así, aparte de haber supuesto el cambio de “bienes de consumo” a “productos de consumo” en los arts. 114-125 TR-LGDCU (...); la supresión del término “corporales” (art. 2 LGVBC *versus* arts. 6, 114 y 115 TR-LGDCU) da pie a la inclusión de los bienes (muebles) incorporales, incluidos los bienes inmateriales, lo cual, en el futuro merecerá reflexión si la PDCC-2008 [se refiere a la Propuesta de Directiva de 2008], con su carácter de máximos, se mantiene (sólo admite que los bienes muebles objeto de garantía legal sean “tangibles”, como ya hacía la Directiva 1999/44, que era Directiva de mínimos). (...)» [«Comentario del artículo 6 TRLGDCU» (2011) p. 186]. Y a efectos de la reflexión que el autor apunta, ha de indicarse que, finalmente, Directiva 2011/83/UE es de armonización plena, salvo disposición en contrario de la propia Directiva (art. 4; *supra* [5]) y, que en la definición de bienes del artículo 2.3) de la Directiva 2011/83/UE se precisa que son «bien[es] mueble[s] tangible[s]». Sobre el *Derecho ahora vigente*, CÁMARA LAPUENTE indica: «Tras la promulgación del art. 6 TR-LGDCU, con la remisión al art. 335 CC y la supresión del rasgo de corporalidad en los arts. 114 y 115 TR (antiguos arts. 1 y 2 LGVBC) no parece tan claro que esa característica esté implícita en el concepto general de producto (...). De esta forma, por coherencia con la interpretación al uso de la doctrina y la jurisprudencia respecto del art. 335 CC, debe entenderse que el art. 6 TR-LGDCU comprende todos los bienes muebles, corporales e incorporales; y *en relación con los arts. 114 y ss. TR-LGDCU* (...) *se podría pensar en una de estas interpretaciones: o bien sólo se incluyen los bienes muebles corporales, por una interpretación conforme con la Directiva [1999/44/CE], o bien, de acuerdo con el nuevo concepto general de producto, que dichos preceptos no modifican en este punto, se ha ampliado con el Texto Refundido el ámbito de los arts. 114 y ss. también a los bienes muebles incorporales o bienes inmateriales –lo que acaso sea más acertado, habida cuenta del carácter de mínimos de la Directiva [1999/44/CE] y la extensión sin problemas a otros bienes realizada por otros países, como a los inmuebles en Portugal; sin perjuicio sobre las dudas de ese proceder desde el punto de vista de la delegación legislativa–.*» [la cursiva es nuestra; *op. cit.* p. 189; *vid.* también p. 193 en dónde el autor compara los arts. 6 y 114, 115 TRLGDCU; en p. 191 plantea la cuestión de si el hecho de que el art. 6 TRLGDCU no contenga la expresión de «productos de consumo» que contenía la Ley 23/2003 y que aparece en la rúbrica del Libro II, Título V, Capítulo 1, del TRLGDCU, «¿significa que también están comprendidos los bienes muebles de producción adquiridos por un empresario a otro empresario? Aunque habría argumentos para sostener una respuesta afirmativa, parece más fundado contestar negativamente, (...). Por tanto, para despejar cualquier duda, quizás fuera recomendable titular el art. 6 como “concepto de producto de consumo” (o añadir a “todo bien mueble” el atributo “de consumo”) o no añadir nada, dándolo por sobreentendido por efecto de los arts. 2 y 3, pero suprimiendo la coletilla “de consumo” de la rúbrica que antecede a los arts. 114 y ss.» (la cursiva es del autor); sobre la coordinación entre la definición de producto del art. 6 TRLGDCU y los inmuebles por incorporación, *op. cit.* pp. 190-191, de lo que damos cuenta *infra* en nota 196].

Por otro lado, hay diferencias entre la Directiva 2011/83/UE y la Directiva 1999/44/CE en lo que se refiere a la electricidad.

Por otro lado, hemos de tener presente al artículo 17 de la Directiva 2011/83/UE, el cual ordena el ámbito de aplicación de los artículos 18 a 22 de la Directiva 2011/83/UE (Capítulo V, *Otros derechos de los consumidores*) y cuyo apartado 1 dispone: «Los artículos 18 [obligación de entrega del vendedor-comerciante] y 20 [momento de la transmisión del riesgo de pérdida o deterioro del bien al comprador-consumidor] *se aplicarán a los contratos de venta*. Dichos artículos *no se aplicarán* a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, de calefacción mediante sistemas urbanos o el suministro de contenido digital que no se proporcione en un soporte material»<sup>98</sup>.

### III. LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE ENTREGAR EL BIEN Y LA RESOLUCIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL DE COMPRAVENTA POR SU INCUMPLIMIENTO. LOS OTROS REMEDIOS DEL CONSUMIDOR POR EL INCUMPLIMIENTO DE ESTA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR

[19] El extenso artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE se ocupa de todas esas materias y con su transposición, el modelo de la compraventa del TRLGDCU *irá progresivamente completándose*.

#### 1. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA DEL VENDEDOR

[20] El artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE dispone:

«*Entrega*

1. *Salvo acuerdo en contrario de las partes sobre el plazo de entrega, el comerciante entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor sin ninguna*

---

<sup>98</sup> Vid. Considerando (19) de la Directiva 2011/83/UE. El artículo 17.1 de la Directiva 2011/83/UE excepciona lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Directiva 2011/83/UE, el cual dispone: «La presente Directiva se aplicará, en las condiciones y en la medida fijadas en sus disposiciones, a los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor. Se aplicará igualmente a los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistema urbanos, incluso por parte de proveedores públicos, en la medida en que esas mercancías se suministren sobre una base contractual». Vid. el artículo 3.3 de la Directiva, que dispone una lista de contratos a los que no se aplica la Directiva 2011/83/UE. Según el artículo 17.2 de la Directiva 2011/83/UE: «Ámbito de aplicación/(...)/ 2. Los artículos 19 [Tasas por la utilización de medios de pago], 21 [Comunicaciones telefónicas], 22 [Pagos adicionales] se aplicarán a los contratos de venta o de servicios y a los contratos para el suministro de agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital».

*demora indebida y en un plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato»<sup>99</sup>.*

[21] En el Considerando (51) de la Directiva 2011/83/UE se señala que lo relacionado con la entrega de los bienes es una de las principales dificultades que tienen los compradores-consumidores con los vendedores-comerciantes y es una fuente de litigios. De ahí la necesidad de armonizar *cuándo* tiene que producirse la entrega. En cambio, el *lugar* de la entrega, sus (*concretas*) *modalidades* y el *sistema de transmisión de la propiedad* son materias que corresponden al legislador nacional y que la Directiva 2011/83/UE no armoniza. En dicho Considerando (51) también se nos indica que la Directiva 2011/83/UE contempla la posibilidad de que un *tercero* adquiera en nombre del consumidor la posesión o el control de los bienes y, se nos señalan unas ideas sobre *cuándo puede considerarse que el consumidor tiene tal control*. Las palabras del Considerando (51) de la Directiva 2011/83/UE a las que nos referíamos son las siguientes:

«Las principales dificultades que encuentran los consumidores y una de las principales fuentes de litigios con los comerciantes guardan relación con la entrega de bienes, en particular con la pérdida o deterioro de los bienes durante el transporte y las entregas tardías o incompletas. Por tanto, es preciso *aclarar y armonizar* las normas nacionales *sobre cuándo* debe producirse la entrega. El *lugar* y las *modalidades* de entrega así como las normas relativas a la *determinación de las condiciones para la transmisión de la propiedad de los bienes y el momento en que dicha transmisión se produce deben seguir sometidos a la legislación nacional* y, por consiguiente, no deben verse afectados por la presente Directiva. Las normas en materia de entrega establecidas en la presente Directiva deben contemplar la posibilidad de que *el consumidor permita que un tercero adquiera en su nombre* la posesión material o el control de los bienes. Debe considerarse que el consumidor *tiene el control de los bienes cuando él o un tercero* indicado por el consumidor tiene acceso a ellos para utilizarlos *como propietario, o posee la capacidad de revenderlos* (por ejemplo, cuando ha recibido las llaves o está en posesión de los documentos de propiedad)»<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> El artículo 22.1 de la Propuesta Directiva de 2008 disponía: «Entrega/ 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el comerciante entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material al consumidor o a un tercero por él indicado, distinto del transportista, en un plazo máximo de treinta días a partir de la fecha de celebración del contrato./ 2. (...)».

<sup>100</sup> Considerando (37) de la Propuesta de Directiva de 2008: «(...) Las principales dificultades que encuentran los consumidores y las principales fuentes de litigios con los comerciantes guardan relación con la entrega de bienes, en particular con la pérdida o deterioro de los bienes durante el transporte y las entregas tardías o incompletas. Por tanto, es preciso aclarar y armonizar las normas nacionales sobre entrega y transmisión del riesgo».

A continuación voy a referirme a las formas de entrega, a quién puede recibir el bien y al momento en el que el vendedor-comerciante tiene la obligación de entregar la cosa al comprador-consumidor.

### 1.1 Las formas de entrega

[22] En virtud del artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE, la entrega del bien tiene lugar mediante la transmisión *de su posesión material* o mediante la transmisión *de su control al consumidor*. La primera forma de entrega –la de la transmisión de la posesión material del bien– no plantea problema sobre qué quiere jurídicamente indicarse. Sobre la segunda –la de la entrega a través de la transmisión del control del bien– se habrá leído, en el antes transcrito Considerando (51) de la Directiva 2011/83/UE [*supra* (21)], que el comprador-consumidor tiene tal control, si tiene acceso al bien como propietario o posee la capacidad para revenderlo (recibió las llaves, está en posesión de los documentos de propiedad).

[23] En lo que se refiere al Código civil, dentro de las formas de entrega que éste dispone para la compraventa, se encuentra la de la entrega material del bien (art. 1462.I CC) y, otras formas que permiten al comprador adquirir su control (le permiten acceder al bien o le capacitan para revenderlo; arts. 1462.II, 1463 CC). Estas normas se aplican a la compraventa del TRLGDCU (art. 59.2.I TRLGDCU).

#### – Las formas de entrega en el DCFR

A) El artículo IV.A.- 2:201 DCFR dispone:

«Delivery

(1) *The seller fulfils the obligation to deliver by making the goods, or where it is agreed that the seller need only deliver documents representing the goods, the documents, available to the buyer.*

(2) *If the contract involves carriage of the goods by a carrier or series of carriers, the seller fulfils the obligation to deliver by handing over the goods to the first carrier for transmission to the buyer and by transferring to the buyer any document necessary to enable the buyer to take over the goods from the carrier holding the goods.*

(3) (...)» (la cursiva es nuestra).

A.1) En el *Comment C* del artículo IV.A.-2:201 DCFR se indica, que la definición funcional de entrega del apartado (1) («*making available*») permite diferentes formas a través de las cuales puede cumplirse con la obligación de entrega, si bien es el con-

trato el que finalmente responderá a la cuestión de cómo el vendedor tiene que entregar.

En dicho *Comment C* se destaca, que es prácticamente imposible referirse a todas las posibilidades que pueden incluirse en la regla del DCFR sobre la entrega, pero puede ayudar la exposición de algunos ejemplos. Así, el vendedor puede entregar los bienes transfiriendo su control físico al comprador. Salvo que se acuerde otra cosa, el comprador ha de recoger los bienes en el lugar del establecimiento (negocio) o residencia del vendedor, siendo obligación del vendedor ponerlos allí a su disposición. El vendedor también puede entregar las llaves de los bienes (v.gr. las del coche o las del almacén en donde los bienes se encuentren). Esto también cubre otros medios a través de los cuales el comprador obtiene el control de los bienes; por ejemplo, el vendedor facilita al comprador el código de acceso a los bienes. Las partes pueden acordar que el vendedor transportará los bienes para el comprador, en cuyo caso el vendedor pondrá los bienes a disposición, entregándolos al comprador en el lugar del establecimiento (negocio) o en el de residencia del comprador.<sup>101</sup>

En el mismo *Comment C* se indica, que es posible que el vendedor entregue los bienes sin transferir al comprador su inmediato control físico. Encaja aquí el caso en el que el vendedor pone los bienes a su disposición en lugar distinto del lugar del establecimiento (negocio) del vendedor.<sup>102</sup> Y de conformidad con el artículo IV.A.-2:201 (1) DCFR, el vendedor puede cumplir su obligación de entrega transmitiendo los documentos representativos de los bienes.<sup>103</sup>

A.2) Si además de la compraventa, los bienes *han de transportarse*, el artículo IV.A.-2:201 (2) DCFR dispone que el vendedor cumple su obligación de entrega, entregando los bienes al transportista y transfiriendo al comprador cualquier documento que le permita recoger los bienes del transportista. Si hubiera varios transportes, el vendedor cumple su obligación entregando los bienes al primer transportista para que sean transmitidos al comprador y entregándole los documentos relevantes (los que permiten al

<sup>101</sup> *Comment C* del artículo IV.A.-2:201 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, pp. 1259-1260.

<sup>102</sup> *Comment C* del artículo IV.A.-2:201 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1260. Se indica el siguiente ejemplo (*Illustration 2*): A, un detallista, vende a B bienes, acordando que estos estarán disponibles para B en cierta fecha y directamente en el lugar de su producción, una fábrica situada cerca del lugar del negocio de B. A cumple su obligación de entrega, tan pronto como los bienes están disponibles para el comprador en el lugar acordado (*op. cit.*, p. 1260).

<sup>103</sup> *Comment C* del artículo IV.A.-2:201 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1260. En dicho *Comment C* se añade que, puesto que estos documentos encierran los bienes, su transmisión es suficiente para la entrega de los bienes. El comprador que no ha recibido todavía los bienes, obtiene los medios necesarios para exigir dichos bienes de la persona que está en posesión de ellos. Esta forma de entrega desempeña un importante papel cuando los bienes son objeto de transporte. El vendedor también puede adoptar otros medios que permitan al comprador obtener los bienes de un tercero, por ejemplo, instruyendo a dicha persona para que entregue los bienes (v.gr. por e-mail, fax, teléfono) (*op. cit.*, p. 1260).

comprador recoger los bienes del transportista que los tenga). El artículo IV.A.-2:201 (2) DCFR *sólo* se aplica si quien transporta los bienes es un transportista *independiente*; *no abarca* los casos en los que quienes asumen el transporte son los empleados del vendedor o del comprador.<sup>104</sup>

A.3) En el *Comment F* del artículo IV.A.-2:201 DCFR se indica que sus normas tienen carácter supletorio y no contienen especiales elementos protectores del consumidor. Se llama la atención de que, en la *compraventa de consumo*, *el riesgo de pérdida o deterioro del bien, cuando media su transporte, solo pasa al consumidor cuando a este se le entreguen los bienes* (art. IV.A.-5:103 DCFR del que más adelante damos cuenta).<sup>105</sup>

### – Las formas de entrega en el CESL

A) El artículo 94 CESL dispone:

«Modo de entrega

1. *Salvo que se haya convenido otra cosa*, el vendedor cumplirá su obligación de entrega:

(a) *en caso de un contrato de compraventa de bienes de consumo* o de suministro de contenidos digitales que sean un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento comercial, *o en el que el vendedor se haya comprometido a disponer el transporte para el comprador, mediante la transmisión al consumidor de la posesión material o el control de los bienes o los contenidos digitales;*

(b) *en otros casos en que el contrato incluya el transporte de los bienes por un transportista*, poniéndolos a disposición del primer transportista para su transmisión al comprador y entregando a este último *cualquier documento necesario* que le permita recoger los bienes en poder del transportista; o

(c) *en casos que no entren dentro del ámbito de las letras a) o b)*, poniendo a disposición del comprador los bienes o los contenidos digitales, o los documentos representativos de los mismos en el caso de que se haya acordado que el vendedor solo tenga que entregar dichos documentos.

2. (...)» (la cursiva es nuestra).

A.1) Según Zoll, la expresión «posesión material» del artículo 94.1 CESL debe interpretarse referida sólo a bienes y, el equivalente a la posesión material en relación con el contenido digital es la categoría del control del contenido digital<sup>106</sup>. La «posesión material» del CESL significa –señala Zoll– *posibilidad fáctica de ejercitar el control directo de los bienes*. El artículo 94.1 CESL no es norma de derecho imperativo. Las partes pue-

<sup>104</sup> *Comment D* del artículo IV.A.-2:201 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, pp. 1260-1261.

<sup>105</sup> *Comment F* del artículo IV.A.-2:201 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1261.

<sup>106</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 94 CESL» (2012) núm. 6, p. 447.

den pactar que también sea suficiente la adquisición de una posesión indirecta, por ejemplo, pueden pactar la entrega mediante *constitutio possessorium*.<sup>107</sup>

A.2) Según Zoll, *en contratos B2B*, el artículo 94.1(b) CESL incluye aquellos casos en los que el vendedor promete gestionar el transporte, y, aquellos casos en los que los bienes se transportan al comprador pero la gestión del transporte no es obligación del vendedor. En cambio, *si se trata de un contrato B2C*, el último caso antes mencionado se incluye en el artículo 94.1 (b) CESL, mientras que el primer caso antes mencionado lo cubre el artículo 94.1 (a) CESL. Dicho esto, Zoll recuerda que el artículo 94 CESL no es norma de derecho imperativo, incluso para los contratos B2C.<sup>108</sup>

## 1.2 Quién puede recibir el bien

[24] El artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE menciona al comprador-consumidor como el sujeto que puede recibir el bien. El citado artículo no menciona la posibilidad de que un tercero sea quien pueda recibir el bien en nombre del comprador-consumidor. Sin embargo, como se ha visto en el antes reproducido Considerando (51) de la Directiva 2011/83/UE (*supra* [21]), debe contemplarse la posibilidad de que el comprador-consumidor permita al tercero adquirir (recibir), en su nombre, la posesión material o el control del bien.

[25] En cuanto al Código civil, este, en su regulación de la compraventa, nada dispone sobre la posibilidad de que un tercero sea quien reciba el bien. Pero la admisión de esto –que el tercero pueda recibir el bien– no plantea problema, pues los contratantes pueden disponerlo así (art. 1255 CC; en otro plano, arts. 1162, 1163 CC). Esto se aplica a la compraventa del TRLGDCU.

### – Quién puede recibir el bien en el DCFR

A) El artículo IV.A.-2:201 DCFR dispone:

«Delivery

(...).

(3) *In this Article, any reference to the buyer includes a third person to whom delivery is to be made in accordance with the contract»* (la cursiva es nuestra).

A.1) En el *Comment E* del artículo se indica, que el precepto comienza asumiendo que el vendedor ha de entregar los bienes al comprador, pero las partes pueden acordar otra cosa, lo que cla-

<sup>107</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 94 CESL» (2012) núm 7, p. 447.

<sup>108</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 94 CESL» (2012) núm. 10, p. 448.

ramente señala el apartado (3) del precepto. Es posible que los bienes no se destinen al comprador (por ejemplo, éste ha comprado materias primas para una sucursal) o, los bienes no se entregan directamente al comprador (por ejemplo, estos se guardan temporalmente en un almacén). Las reglas del artículo IV.A.-2:201 DCFR se aplican al tercero como si fuese el comprador. Por consiguiente, el vendedor cumple su obligación de entrega de los bienes, poniéndolos a disposición de la persona indicada en el contrato.<sup>109</sup>

#### – Quién puede recibir el bien en el CESL

A) El artículo 94 CESL ordena:

«Modo de entrega

1. (...).

2. En las letras a) y c) del apartado 1, cualquier referencia al consumidor o al comprador incluye a un tercero, distinto del transportista, indicado por el consumidor o el comprador de conformidad con el contrato» (la cursiva es nuestra).

A.1) Señala Zoll que si el consumidor o el comprador, de conformidad con el contrato, ha señalado a un tercero distinto del transportista para la entrega, la entrega a dicho tercero se considera como adquisición material por parte del comprador. Añade el autor, que dado que el artículo 94 CESL no es norma de derecho imperativo, la exclusión del transportista que el artículo 94 CESL dispone puede considerarse como regla de interpretación de la declaración del comprador en la que señale al transportista como la persona a quien deba transferírsele la posesión material: tal transferencia de la posesión no será tratada como entrega. No obstante, las partes pueden pactar otra cosa.<sup>110</sup>

### 1.3 El plazo de entrega del bien

[26] En relación con ello, el artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE marca unos criterios que operan *en defecto de*.

En primer lugar ha de atenderse a lo acordado por los contratantes, quienes podrán establecer una fecha fija o un periodo de tiempo para el cumplimiento. Si no hay acuerdo específico, el artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE indica que la entrega ha de hacerse *sin ninguna demora indebida*. Cuándo hay o no demora indebida, se determinará por las concretas circunstancias del caso. Pero además y por último, *en todo caso el plazo máximo para la entrega del bien son treinta días, contados estos desde la celebración del contrato*. Combinando estas últimas dos reglas supletorias

<sup>109</sup> Comment E del artículo IV.A.-2:201 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1261.

<sup>110</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 94 CESL» (2012) núm. 7, p. 447.

de la autonomía de la voluntad, habrá casos en los que el vendedor-comerciante habrá de entregar el bien en un plazo menor del de treinta días. [Cfr. Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE]<sup>111</sup>.

La directa interpretación del artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE permite destacar lo siguiente: que los contratantes pueden disponer, para la entrega del bien, de un plazo mayor del de treinta días. Estamos ante una norma dispositiva dentro del sector de la contratación con consumidores.

[27] Con relación a nuestro Derecho, el vendedor y el comprador pueden expresamente pactar cuál es el plazo de cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor y, a ello habrá de estarse (autonomía de la voluntad; art. 1255 CC). Si aquéllos nada pactaron o, el Juez no puede inferir un plazo de cumplimiento a partir del contrato (plazo tácito), la obligación del vendedor es una obligación pura y de conformidad con el artículo 1113 CC es «exigible desde luego»<sup>112</sup> (cfr. arts. 62, 337 CCO). Esta regla civil del artículo 1113 CC se entiende en el sentido de que, en función del caso, el

<sup>111</sup> Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE: «En los contratos de venta, la entrega de los bienes puede realizarse de distintas formas, inmediatamente o en una fecha posterior. Si las partes no han acordado una fecha concreta de entrega, el comerciante debe realizar la entrega de los bienes lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo no superior a 30 días contados a partir de la fecha de celebración del contrato».

El artículo 22.1 de la Propuesta de Directiva de 2008, a diferencia del artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE, no disponía la regla de que la entrega ha de hacerse sin ninguna demora indebida (*vid. supra* nota 99).

<sup>112</sup> INFANTE RUIZ: «La regla de exigibilidad inmediata es subsidiaria de segundo grado, a falta del pacto de las partes y, también, a falta de la fijación de un plazo por el Tribunal, de acuerdo con la naturaleza y circunstancia del contrato, en caso de estimar que ésta fue la intención común de los contratantes no manifestada expresamente en el contrato./ Según lo visto, las reglas para la determinación del plazo sintéticamente son éstas: a) la autonomía de la voluntad, teniendo prioridad el plazo que fijen las partes de común acuerdo (plazo convencional); b) en virtud de la regla subsidiaria de primer grado para las obligaciones de carácter duradero que no tengan señalado plazo, éste lo fijará el juez atendiendo a la naturaleza y circunstancias de la obligación (plazo implícito y de señalamiento judicial); c) en virtud de la regla subsidiaria de segundo grado para las obligaciones que no tengan señalado plazo, no tratándose de obligaciones de carácter duradero, rige el *principio statim debetur*./ En consecuencia, las reglas subsidiarias que prevé el Código para la fijación del plazo son dos. La primera es la del “plazo necesario” (o “implícito”) y tiene prioridad en relación con las obligaciones de carácter duradero, (...). La segunda es una regla subsidiaria y de cierre del sistema, aplicable a las obligaciones que no tienen señalado plazo y que no son de carácter duradero. La regla del “plazo necesario” admite la fijación por parte del juez de cualquier momento temporal, según la naturaleza y circunstancias de la obligación, en virtud de una operación de interpretación e integración del contrato. Así el juez podrá establecer una “fecha fija” en la que el deudor deba cumplir (...), o un “espacio temporal” dentro del cual deberá cumplir (...). La misma regla habrá de admitirse frente a obligaciones que no tienen carácter duradero, y de cuya interpretación se infiera que las partes quisieron establecer un aplazamiento del cumplimiento, aunque no lo señalaran expresamente. En este último supuesto, en realidad, no se trata de otra cosa que otorgar preferencia a la aplicación de la regla del término necesario frente a la regla del *statim debetur*, pero para que esto sea posible la interpretación de la voluntad contractual debe llevar a esta conclusión» [(2008) pp. 74-75; *vid. además* p. 78; también desde p. 71; *vid. las dos notas siguientes*].

deudor podrá precisar de un cierto tiempo para poder cumplir, algo que ya Manresa destacó en 1901<sup>113</sup>. La buena fe objetiva (arts. 7.1 y 1258 CC) modulará el cumplimiento de la obligación pura del vendedor de la entrega del bien<sup>114</sup>. A diferencia del artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE, el Código civil no dispone de un plazo máximo para el cumplimiento de la obligación. El artículo 1466 CC dispone el *cumplimiento simultáneo* de la obligación de entrega del vendedor y de la obligación del pago del precio del comprador, salvo pacto en contrario<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> MANRESA Y NAVARRO: «(...): la exigibilidad inmediata. Esta cualidad, no obstante ser característica de la obligación pura, no puede, sin embargo, entenderse con criterio tan extremo que conduzca á interpretaciones absurdas y á exigencias de imposible cumplimiento instantáneo. Ya antes del Código se había suavizado tal rigorismo, tomando como fundamento la necesidad de dar al deudor algún tiempo para cumplir, buscando apoyo en lo dispuesto para el mutuo, tendiendo a generalizar su plazo de diez días á otras obligaciones, y dejando por lo general la determinación del que fuera necesario á la apreciación de los tribunales, para lo cual se acudía también á la legislación de Partidas, que en la ley 2.<sup>a</sup>, título 1.<sup>o</sup>, Part. 5.<sup>a</sup>, se ocupaba de esta materia. La necesidad de mitigar ese rigorismo aparece tan fundada, que aun en la contratación mercantil, donde la celeridad en el cumplimiento es aun más necesaria, es regla general contenida en el art. 62 de nuestro Código de Comercio, que, á falta de término establecido por convenio ó disposición especial, serán exigibles las obligaciones á los diez días si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato si llevaran aparejada ejecución» ([1901] tomo VIII pp. 115-116). Más adelante, MANRESA marca la diferencia entre la obligación pura y la obligación a plazo del artículo 1128.I CC: «El supuesto del primer párrafo de este artículo [1128], aunque parecido, según ya indicamos, á la limitación, que suele tener en su eficacia la inmediata exigibilidad de las obligaciones puras, es, sin embargo, distinto: allí no hubo en la obligación propósito de conceder plazo, pues en tal caso no sería pura; aquí, por el contrario, tal propósito existe. Por eso en el primer caso no se limita la exigibilidad por el acreedor, sino que se facilita el cumplimiento por el deudor; y en cambio, en el segundo, como hay un verdadero plazo, aquella exigibilidad aparece limitada» (*op. cit.* p. 154).

Señala la misma idea de que el «desde luego» de las obligaciones puras no ha de interpretarse con rigor, por ejemplo, ÁLVAREZ VIGARAY [«Comentario del artículo 1113 CC» (1993) p. 76; *vid.* también INFANTE RUIZ (2008) p. 72, y la siguiente nota].

<sup>114</sup> VITERI ZUBIA señala: «El art. 1113 CC acoge la regla romana *quod sine die debetur; statim debetur* [lo que se debe sin plazo, se debe al instante (D. 45, 1, 41, 1)] (...) / (...) / Como regla general, toda obligación debe ser considerada como pura, mientras no se acredite lo contrario; es decir, que si no se prueba que su cumplimiento se ha aplazado efectivamente a la llegada de un día cierto (término) o que ha quedado supeditado a la verificación de un suceso (condición suspensiva), será exigible *desde luego*, a tenor de lo dispuesto en el art. 1113 CC. Tal y como ha señalado la jurisprudencia, ni el término ni la condición se presumen (...), lo cual no impide, empero, la posibilidad de establecer de forma tácita un término (...) o una condición (...)» [(2013) nota 2 en p. 23]; también indica: «Esta exigibilidad inmediata [el desde luego del art. 1113 CC], que tanto quiere decir como que el deudor, sin más, está obligado a cumplir la obligación, y que el acreedor puede ejercitar su derecho de crédito, se encuentra doblemente rebajada. / En primer lugar, por la necesidad, tal y como ha admitido la doctrina, de conceder al deudor el tiempo necesario (*tempus modicum*) que la buena fe exija para facilitar el cumplimiento de la obligación. Algunos autores relacionan esta posibilidad con el artículo 1128 CC, en cuanto a la fijación por el juez de un plazo deducido de la naturaleza y circunstancias, pero sin que ello implique transformar la obligación pura en obligación a plazo, ni ignorar la regla de la exigibilidad inmediata (...). Para otros, empero, conducen al mismo resultado, aun en defecto de actuación judicial, las exigencias de la buena fe y los usos del tráfico (...)» (*op. cit.* nota 3 en pp. 23-24; *vid.* además las pp. 50-52).

<sup>115</sup> Artículo 1466 CC: «El vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el

En la compraventa del TRLGDCU, el vendedor y el comprador pueden expresamente pactar cuál es el plazo de cumplimiento de la obligación de entrega del producto. Si aquéllos nada pactaron o, nada puede inferirse del contrato, la obligación de entrega del vendedor es una obligación pura y, por tanto, el consumidor puede «desde luego» exigir su cumplimiento de conformidad con lo que module la buena fe objetiva (arts. 1113 CC, 59.2.I TRLGDCU). Ahora bien, el artículo 65 TRLGDCU dispone que «[l]os contratos con los consumidores y usuarios *se integrarán, en beneficio del consumidor* [en nuestro caso, el acreedor], conforme al principio de la buena fe objetiva (...)»<sup>116</sup>. A mi juicio, esto implica que en los contratos con consumidores la apreciación práctica del tiempo preciso para que el vendedor cumpla *desde luego* su obligación, ha de aplicarse con rigor y, ante la duda de una posibilidad de franjas temporales razonables de cumplimiento, la solución ha de encaminarse hacia el plazo más corto. A la compraventa del TRLGDCU también se le aplica el artículo 1466 CC.

#### – El plazo de entrega del bien en el DCFR

A) El artículo IV.A.-2:202 DCFR se ocupa del lugar y del momento en el que el vendedor ha de entregar los bienes:

«Place and time for delivery

(1) The place and *time for delivery* are determined by III.-2:101 (Place of performance) and III.-2:102 (*Time of performance*) as modified by this Article.

(2) If the performance of the obligation to deliver *requires the transfer of documents representing the goods*, the seller must transfer them *at such a time and place and in such a form as is required by the contract*.

(3) If in a *consumer contract for sale* the contract involves *carriage of goods by a carrier or a series of carriers and the con-*

---

pago». GARCÍA CANTERO: «Para Espín (...) en las obligaciones bilaterales el tiempo de cumplimiento, cuando no existe término en favor de ninguna de las partes, es el de las obligaciones puras, es decir, el de la exigibilidad instantánea, pero atemperado a la reciprocidad, esto es, a la simultaneidad; en suma, la instantánea y simultánea exigibilidad» [«Comentario del artículo 1466 CC» (1993) p. 917].

<sup>116</sup> Sobre el artículo 65 TRLGDCU, contrastándolo con la buena fe del artículo 1258 CC, CÁMARA LAPUENTE indica: «(...), a diferencia de lo previsto en el art. 1258 CC, que establece una regla neutra sobre las obligaciones derivadas del contrato para *ambas* partes, más allá de lo pactado, el art. 65 TR-LGDCU, al amparo del principio constitucional de protección del consumidor del art. 51 CE, restringe la integración contractual conforme a la buena fe objetiva sólo al supuesto en que aquélla sea beneficiosa para el consumidor (...), cerrando así el paso a una integración contractual *in peius* beneficiosa para el empresario. Los abusos que podría ocasionar esta decisión de política legislativa que matiza la regla general del art. 1258 CC en el ámbito de los contratos de consumo podrían atajarse por la vía de los límites al ejercicio del derecho subjetivo igualmente derivados de la buena fe objetiva (actos propios, abuso de derecho); (...)» [«Comentario del artículo 65 TRLGDCU» (2011) p. 579; la cursiva es del autor].

*sumer is given a time for delivery, the goods must be received from de last carrier o made available for collection from that carrier by that time»* (la cursiva es nuestra).

Por su parte, el artículo III.-2:102 DCFR, al que se refiere el transcrito artículo IV.A.-2:202 DCFR, dispone:

«Time of performance

(1) *If the time at which, or a period of time within which, an obligation is to be performed cannot otherwise be determined from the terms regulating the obligation it must be performed within a reasonable time after it arises.*

(2) *If a period of time within which the obligation is to be performed can be determined from the terms regulating the obligation, the obligation may be performed at any time within that period chosen by the debtor unless the circumstances of the case indicate that the creditor is to choose the time./ (...)*»<sup>117</sup> (la cursiva es nuestra).

A.1) En el *Comment B* del artículo IV.A.-2:202 DCFR se indica que, de conformidad con el artículo III.-2:102 DCFR, el vendedor ha de entregar el bien en el tiempo o en el plazo *fijado* en la compraventa o, en los *determinables* a partir de ella. *En ausencia de acuerdo*, el vendedor ha de entregar *en un plazo razonable* tras la conclusión de la compraventa.<sup>118</sup>

Por su parte, en el *Comment D* del artículo III.-2:102 DCFR se indica que, qué sea tiempo razonable, es cuestión de hecho que depende de factores tales como la naturaleza de los bienes o de los servicios a suministrar. Para las obligaciones pecuniarias, no es razonable esperar su cumplimiento antes de que se haya determinado su cuantía y en algunos casos realizado una factura.<sup>119</sup>

### – El plazo de entrega del bien en el CESL

A) El artículo 95 CESL dispone:

«Plazo de entrega

1. Cuando el plazo de la entrega *no* pueda determinarse *de otro modo*, los bienes o los contenidos digitales deberán entregarse *sin demora indebida tras* la celebración del contrato.

2. En los contratos entre *un comerciante y un consumidor*, *salvo que las partes acuerden otra cosa*, el comerciante deberá entregar los bienes o los contenidos digitales en *un plazo máximo*

<sup>117</sup> Continúa el artículo: «(3) Unless the parties have agreed otherwise, a business must perform the obligation incurred under a contract concluded at a distance for the supply of goods, other assets or services to a consumer no later than 30 days after the contract was concluded./ (4) (...)» [este apartado (4) se transcribe *infra*].

<sup>118</sup> *Comment B* del artículo IV.A.-2:202 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1264.

<sup>119</sup> *Comment D* del artículo III.-2:102 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 727.

*de treinta días* desde la celebración del contrato» (la cursiva es nuestra).

A.1) *Sobre el artículo 95.1 CESL*, Zoll señala que *la primera forma* de determinar el tiempo en el que el bien ha de entregarse es la de *lo acordado en el contrato*. Sin embargo, el tiempo de cumplimiento puede también determinarse de conformidad con *la naturaleza del cumplimiento y con las legítimas expectativas del acreedor*. Así sucede en muchos productos estacionales que precisan ser entregados *antes* de que comience cierto periodo de tiempo (v.gr. en Navidad, en Semana Santa, etc.).<sup>120</sup>

Si el tiempo de entrega del bien *no* puede determinarse *de otro modo* para los contratos B2B, el vendedor ha de entregarlo *sin demora indebida desde la celebración del contrato*. Entiende Zoll, que la expresión *sin demora indebida* indica que la entrega ha de ocurrir *según lo que razonablemente pueda esperar la otra parte, del curso normal del negocio*. Por otro lado, aunque el artículo 95.2 CESL ordene el plazo de treinta días para la entrega *para los contratos B2C*, este plazo también puede aplicarse a los contratos B2B (en ambas direcciones; carácter razonable). El plazo de treinta días puede considerarse razonable y su desviación exigirá siempre una justificación adicional (tipo de transacción, distancia entre las partes, lugar de entrega, forma de entrega, etc.). Zoll recuerda que *en los contratos B2C* (art. 95.2 CESL), el plazo de treinta días es también el plazo más largo para cumplir con la entrega.<sup>121</sup>

A.2) *Sobre el artículo 95.2 CESL*, Zoll destaca en primer lugar que, incluso tratándose de un contrato B2C, los contratantes pueden pactar un plazo de entrega *distinto del que dicho artículo dispone*.<sup>122</sup>

Zoll compara la literalidad de los artículos 95.1 y 95.2 CESL y destaca, que en el apartado 2 del artículo 95 CESL *no se hace expresa referencia a que no pueda determinarse el plazo de entrega de otro modo*. Plantea si ello significa que la naturaleza de la transacción no permite determinar el plazo «de otro modo». Señala que, probablemente de modo intencionado, los redactores del CESL abandonaron esa fórmula por exigencias de transparencia y certidumbre en los contratos B2C. Pero, a su entender, en algunos casos en los que el objetivo del contrato para el consumidor es por sí mismo evidente (entrega de un árbol de Navidad), el mismo constituirá una fuerte indicación de cuál es el tiempo de entrega, *incluso en estos casos de contratos B2C*. Incluso tratándose de consumidores, en tales casos el tiempo de cumplimiento *puede «determinarse de otro modo»*.<sup>123</sup>

Si las partes no han acordado el plazo de cumplimiento de la obligación de entrega, el vendedor tiene que hacerlo en el plazo

<sup>120</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 95 CESL» (2012) núm. 7, p. 451.

<sup>121</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 95 CESL» (2012) núm. 8, p. 452.

<sup>122</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 95 CESL» (2012) núm. 9, p. 452.

<sup>123</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 95 CESL» (2012) núm. 10, p. 452.

máximo de treinta días desde la celebración del contrato<sup>124</sup>. Destaca Zoll que el artículo 95.2 CESL no emplea la expresión *sin demora indebida* del artículo 95.1 CESL. Entiende Zoll que la fijación de los treinta días sirve al objetivo de que haya certeza legal y que la renuncia al empleo de la cláusula general del «sin demora indebida» parece haber sido una decisión calculada de los redactores del CESL. En su opinión, y teniendo esto presente, *en ciertos tipos de transacción* ha de aplicarse el criterio del «sin demora indebida», siendo este plazo más corto que el de los treinta días. Indica que es difícil imaginar, por ejemplo, que en el suministro de contenido digital a través de medios electrónicos o en el acceso a ellos, ello tenga lugar en un plazo de treinta días cuando el tiempo necesario para su entrega no ha de exceder más allá de unas horas. Por tanto –en opinión de Zoll– en la fórmula del artículo 95.2 CESL ha de leerse la noción del «sin demora indebida», con el periodo máximo de los treinta días.<sup>125</sup>

#### 1.4 La reforma del TRLGDCU

[28] A mi juicio, debe incorporarse a la compraventa del TRLGDCU una norma que recoja lo que el artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE dispone.

## 2. LA RESOLUCIÓN DE LA RELACIÓN DE COMPRAVENTA POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE LA ENTREGA DEL BIEN. LOS OTROS REMEDIOS DEL CONSUMIDOR

[29] En virtud del artículo 18.2 de la Directiva 2011/83/UE:

«Entrega

(...)

2. Si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato.

El primer párrafo no será aplicable a los contratos de venta cuando el comerciante haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor informe

<sup>124</sup> ZOLL: «The period of 30 days is to be calculated in compliance with art 11(3). In this case, the ‘special event’ (in the sense of the quoted provision on the computation of time) is the conclusion of contract. The day of the event does not fall within the period in question» [«Comentario del artículo 95 CESL» (2012) núm. 11, p. 452].

<sup>125</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 95 CESL» (2012) núm. 12, pp. 452-453.

*al comerciante, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato»<sup>126</sup>.*

## 2.1 **Cuándo puede resolverse la relación de compraventa: la regla general de la previa fijación de un plazo para el cumplimiento y la regla especial de la no necesaria previa fijación de dicho plazo. La reforma del TRLGDCU**

[30] En el artículo 18.2.I de la Directiva 2011/83/UE –en el que se ordena la que voy a llamar regla general sobre cuándo puede el comprador-consumidor resolver– se recoge un conocido modelo del remedio de la resolución contractual, fácil de aplicar y que genera gran seguridad al acreedor sobre *cuándo* dispone de la posibilidad de resolver la relación contractual. Consiste en lo siguiente. Habiendo incumplido el vendedor-comerciante su obligación de entrega del bien cuando la misma es exigible, el comprador-consumidor le ofrece una nueva oportunidad para cumplir, fijándole para ello un nuevo plazo de cumplimiento adecuado a las circunstancias. Lo que al comprador-consumidor le interesa en *este concreto momento* es que el vendedor-comerciante *cumpla* su obligación de entrega; además, *en este momento*, el comprador-consumidor *no* dispone del remedio de la resolución de la relación de compraventa. *Si* el vendedor-comerciante *vuelve a incumplir* pues no entrega el bien (segundo incumplimiento), el comprador-consumidor podrá resolver.<sup>127</sup> Como

<sup>126</sup> En la Propuesta de Directiva de 2008 no hay artículo equivalente al artículo 18.2 de la Directiva 2011/83/UE.

<sup>127</sup> Sobre este modelo, desde la perspectiva del Derecho comparado, SAN MIGUEL PRADERA indica: «Este requisito de la concesión de un plazo al deudor (...), a pesar de ser común a muchos ordenamientos, no opera en todos ellos de igual forma. En concreto, Schlechtriem pone de manifiesto que existen dos tipos de regulaciones que han sido adoptadas por los diferentes sistemas legales. Un primer grupo de sistemas legales toma como punto de partida el carácter esencial del incumplimiento, que en sí mismo es suficiente para justificar la resolución inmediata del contrato. A continuación, admiten que la resolución tenga lugar como consecuencia de incumplimientos que no son esenciales (el cumplimiento posterior es todavía posible y útil), siempre que previamente se haya concedido un plazo al deudor otorgándole una última oportunidad de cumplir y salvar el contrato./ Frente a esto, otros sistemas legales toman el punto de partida contrario: establecen con carácter general la necesidad de que se conceda un plazo adicional al deudor antes de poder acudir al remedio resolutorio, si bien dicho requisito queda dispensado cuando resulta evidente que la concesión de plazo carece de sentido porque el incumplimiento es esencial (v.gr., el deudor ha declarado que no puede cumplir, el cumplimiento es imposible)./ En cualquier caso, de entrada, resulta evidente que ambos sistemas llegan a los mismo resultados y que la concesión de plazo juega el mismo papel: permitir al deudor que cumpla cuando el cumplimiento posterior es posible y útil» [(2004) [569] pp. 453-454; a continuación la autora expone distintas regulaciones que encajan en uno u otro sistema legal: [570]-[603]

hemos apuntado, en este modelo de resolución, ante el inicial incumplimiento del vendedor-comerciante, el comprador-consumidor *no dispone directamente del remedio de la resolución*.

En el Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE, en el que no se destaca la seguridad que al acreedor ofrece este sistema de resolución, como acabo de hacer, se lee: «(...). La norma relativa a la *demora en la entrega también debe tener en cuenta los bienes que hayan de fabricarse o adquirirse especialmente para el consumidor y que el comerciante no pueda reutilizar sin incurrir en una pérdida considerable. Por consiguiente, la presente Directiva debe establecer una norma que conceda al comerciante un plazo adicional razonable en determinadas circunstancias. Cuando el comerciante no ha hecho entrega de los bienes en el plazo convenido con el consumidor, este último antes de poder resolver el contrato, debe emplazar al comerciante a que le haga la entrega en un plazo adicional razonable y tener derecho a resolver el contrato si el comerciante no ha hecho entrega de los bienes tampoco en dicho plazo adicional*» (la cursiva es nuestra).

**– La posibilidad de resolver tras haberse fijado al deudor un previo plazo para el cumplimiento en el DCFR**

A) El artículo III.-3:503 DCFR dispone:

«Termination after notice fixing additional time for performance

(1) A creditor *may terminate* in a case of *delay in performance* of a contractual obligation which *is not itself fundamental* if the creditor *gives* a notice *fixing* an additional period of time of reasonable length for performance *and* the debtor *does not perform* within that period.

(2) If the period fixed *is unreasonably short*, the creditor may terminate *only after a reasonable period from the time of the notice*» (la cursiva es nuestra).

A.1) En el *Comment A* del artículo III.-3:503 DCFR se indica que la regla que se recoge es *una regla práctica* que se encuentra *ahora* en el Derecho de muchos Estados miembros, aunque ello no sea siempre del mismo modo o con los mismos efectos<sup>128</sup>.

En el *Comment B* del artículo III.-3:503 DCFR se destaca que no todo retraso en el cumplimiento de la obligación tiene la condición de incumplimiento esencial y en consecuencia, el acreedor *no dispone inmediatamente de la resolución por el mero hecho de que la fecha de cumplimiento haya transcurrido*<sup>129</sup>. En los casos en los que

pp. 454-476; *vid. además* [604] pp. 476-477]. La regulación de la Directiva 2011/83/UE se inserta en el segundo grupo de sistemas legales que la citada autora indica.

<sup>128</sup> VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 862.

<sup>129</sup> Del incumplimiento esencial se ocupa el artículo III.-3:502 DCFR, del que más adelante damos cuenta.

el retraso en el cumplimiento *no* sea esencial, el acreedor puede fijar al deudor un plazo de extensión razonable para cumplir en él. Si el deudor incumple en este otro plazo, el acreedor podrá resolver.<sup>130</sup>

Los requisitos de aplicación del artículo III.-3:503 DCFR son que se fije un plazo para el cumplimiento y que dicho plazo sea razonable. *Sobre el primer requisito*, en el *Comment C* del artículo III.-3:503 DCFR se indica que no es suficiente con indicar que se cumpla «tan pronto como sea posible». Se debe requerir el cumplimiento diciendo «en un semana», «no más tarde del 1 de julio». El requerimiento de cumplimiento tampoco debe formularse en términos ambiguos. No basta con indicar «esperamos que el cumplimiento pueda realizarse antes del 1 de julio». Por otro lado, el plazo que se fije *debe ser razonable*. Si el acreedor señala un plazo menor del razonable, no es preciso que aquél lleve a cabo una segunda comunicación; el acreedor podrá resolver *después de que* haya transcurrido el tiempo razonable desde la fecha de la comunicación.<sup>131</sup>

La determinación del plazo razonable ha de dejarse, en último lugar, al Tribunal. Para su determinación varios factores son importantes como el plazo de cumplimiento establecido inicialmente en la obligación, la necesidad del acreedor de que el cumplimiento sea rápido con tal de que ello sea aparente para el deudor, la naturaleza de los bienes, de los servicios o de los derechos que han de cumplirse, la naturaleza del evento que provoca el retraso en el cumplimiento.<sup>132</sup>

#### – La posibilidad de resolver tras haberse fijado al deudor un previo plazo para el cumplimiento en el CESL<sup>133</sup>

A) El artículo 115 CESL dispone:

«Resolución por demora en la entrega tras la notificación de fijación de un plazo adicional de cumplimiento

1. *El comprador podrá resolver el contrato en caso de retraso en la entrega no esencial en sí mismo si notifica la fijación de un plazo adicional de duración razonable para que se proceda al cumplimiento y el vendedor no cumple su obligación en dicho plazo.*

<sup>130</sup> VON BAR/CLIVE (ed.) vol. 1, p. 863. También se indica en el *Comment B* del artículo III.-3:503 DCFR que el procedimiento que dispone puede ser útil en relación con el incumplimiento de una obligación accesoria que permita el cumplimiento de la obligación principal de la otra parte. En la *Illustration 2* se pone el ejemplo de un contrato en el que uno de los contratantes de la otra parte se obliga a decorar el apartamento vacío, de propiedad del otro contratante. Este último no facilita la llave de acceso al apartamento en la fecha acordada para el inicio del trabajo de decoración. Quien tiene que cumplir la obligación de decorar puede dar al propietario del apartamento un tiempo razonable para que le permita acceder al apartamento. Si el propietario no se lo facilita en dicho tiempo, quien está obligado a decorar puede resolver la relación contractual. También en el *Comment B* se indica que el artículo III.-3:503 DCFR se aplica incluso si el incumplimiento es excusable por causa de un impedimento temporal. (*Op. cit.*, p. 863).

<sup>131</sup> VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 863.

<sup>132</sup> VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 864.

<sup>133</sup> Para una comparación general entre las regulaciones del remedio de la resolución en el CESL y en la CISG, *vid.* SENINI (2013) pp. 129-140.

2. *Se considerará que el plazo adicional contemplado en el apartado 1 es razonable si el vendedor no se opone a él sin demora indebida.*

3. *Cuando en la notificación se establezca que el contrato concluirá automáticamente si el vendedor no cumple en el plazo fijado, la resolución producirá efectos una vez finalizado el plazo sin ulterior notificación»* (la cursiva es nuestra).

A.1) Sobre este artículo, Zoll destaca que permite la resolución del contrato incluso si el incumplimiento no es un incumplimiento esencial<sup>134</sup>. El artículo 115 CESL recoge el tradicional supuesto de la *Nachfrist*.<sup>135</sup> La *duración razonable* del plazo adicional tiene en cuenta el tiempo necesario para poder cumplir según el curso normal del negocio, teniendo presente el propósito del contrato y los legítimos intereses del comprador. El plazo ha de indicarse en la notificación. Si el mismo es muy corto, no se cumple el requisito de la duración razonable para poder resolver, *salvo* que el retraso tenga *de modo independiente* la condición de *retraso esencial*. Según el artículo 115.2 CESL, si el plazo *no se objeta*, no podrá considerarse irrazonable su extensión.<sup>136</sup> Zoll entiende que si el plazo adicional fijado es muy corto, esto no puede subsanarlo el hecho de que el comprador se abstenga de resolver la relación contractual hasta que haya transcurrido el plazo razonable. El vendedor ha de contar con la certidumbre de que el caso es un supuesto que conduce a la resolución. De ahí que el artículo 115.2 CESL disponga que si el plazo *no ha sido objetado*, el mismo se considera razonable. Y en el caso de que el plazo *haya sido objetado* y *haya sido muy corto*, este defecto no puede subsanarse posponiendo la resolución. En tal caso, ha de fijarse, de nuevo, un plazo de duración razonable.<sup>137</sup>

[31] La expuesta regla general sobre cuándo puede el comprador-consumidor resolver la relación de compraventa del artículo 18.2.I de la Directiva 2011/83/UE cuenta con dos excepciones, en las que el comprador-consumidor dispone *directamente* del remedio de la resolución. En estas dos excepciones, para poder resolver la relación contractual de compraventa, el comprador-consumidor *no* precisa fijar al vendedor-comerciante un previo plazo para el cumplimiento. Es esta la que he llamado regla especial del artículo 18.2.II de la Directiva 2011/83/UE. Las dos excepciones son:

a) Cuando el vendedor-comerciante *se niega a cumplir*. Se trata –la de la posibilidad de la resolución directa– de una solución

<sup>134</sup> El artículo 87.2 CESL define al incumplimiento esencial, del que damos cuenta más adelante.

<sup>135</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 115 CESL» (2012) núm. 1, p. 518; *vid. además* núm. 6, p. 519.

<sup>136</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 115 CESL» (2012) núm. 7, p. 519.

<sup>137</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 115 CESL» (2012) núm. 8, pp. 519-520.

adecuada. La clara negativa del vendedor-comerciante de cumplir su obligación de entrega del bien conlleva que no sea razonable imponer al comprador-consumidor, el que tenga que dar a aquél otro plazo de cumplimiento y que, en función de cómo aquél actúe, pueda disponer del remedio de la resolución. Hay una muy alta probabilidad de que el vendedor-comerciante vuelva a incumplir en el plazo adicional que el comprador-consumidor pudiera fijarle; además, su inicial comportamiento no merece que el Derecho salga en su ayuda. La Directiva 2011/83/UE no exige expresamente que el incumplimiento sea esencial, pero, no hemos de olvidarlo, el incumplimiento contemplado es el de la no entrega del bien junto con la clara voluntad de incumplimiento del vendedor.

b) La otra excepción es la del *plazo esencial*. En algunos casos, la condición esencial del término se induce a partir de las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato de compraventa. En el Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE se menciona el clásico ejemplo del traje de novia, a entregar antes de la fecha de la boda. En otros casos, el comprador-consumidor informa al vendedor-comerciante, antes de la perfección del contrato, de que es esencial la entrega del bien antes de fecha determinada o en fecha determinada.<sup>138</sup>

<sup>138</sup> Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE: «(...) No obstante, esta norma [la del art. 18.2.1 de la Directiva 2011/83/UE] no debe aplicarse cuando el comerciante haya declarado de forma inequívoca que se niega a entregar los bienes. Tampoco debe aplicarse en determinadas circunstancias en las que *el plazo de entrega sea esencial* como, por ejemplo, en el caso de un vestido de novia que ha de entregarse antes de la boda. *Tampoco* debe aplicarse en circunstancias en las que *el consumidor informa al comerciante que la entrega en una fecha determinada es esencial*. A estos efectos el consumidor puede utilizar los datos de contacto del comerciante facilitados de conformidad con la presente Directiva. *En estos casos concretos*, si el comerciante no hace entrega de los bienes a tiempo, el *consumidor* debe tener la facultad de *resolver* el contrato *en cuanto* expire el plazo de entrega acordado inicialmente. (...)» (la cursiva es nuestra). En relación con nuestro ordenamiento, INFANTE RUIZ ha señalado: «Pertenece al acervo común italo-español determinar la esencialidad del término sobre la base de una distinción que siempre se da por presupuesta, “término esencial subjetivo” frente a “término esencial objetivo”, pero de contornos difusos y no siempre susceptibles de ser dibujados con una precisión cartesiana. (...) / Bajo el primer concepto se acoge todo supuesto en el que la esencialidad del término proviene del acuerdo expreso o tácito de las partes, mientras que bajo el segundo se consideran todos aquellos supuestos en los que la esencialidad se fundamenta en la naturaleza de la prestación a realizar. Cuando el acuerdo de las partes se refiere a que la prestación deberá realizarse precisamente en el tiempo señalado, porque el interés del acreedor a que la prestación se realice puntualmente se eleva a rango fundamental del programa contractual, aun cuando pueda resultar en el contexto de la operación o contrato que el cumplimiento ulterior todavía sea de utilidad material o económica, se habla de término esencial subjetivo. Si la esencialidad surge del hecho de que una prestación posterior al momento fijado en el contrato (expresa o tácitamente) para su ejecución hace desaparecer con carácter absoluto su utilidad, se habla, entonces, de término esencial objetivo. Téngase en cuenta que en ambos supuestos hay un acuerdo (expreso o tácito) sobre el término. La diferencia se cifra en que en el caso del término subjetivo el acuerdo es *sobre* el término esencial, mientras que en el caso del término objetivo el acuerdo está en el término, no en la esencialidad, que las partes, o dan por supuesta, o irremediablemente proviene de la naturaleza y circunstancias de la prestación» [(2008) pp. 98-99, la cursiva es del autor; *vid.* pp. 109-112

**– La posibilidad de resolver directamente la relación contractual en el DCFR**

A) El DCFR regula algunos supuestos en los que el acreedor dispone directamente del remedio de la resolución, como podrá comprobarse en lo que sigue.

Según el artículo III.-3:502 DCFR:

«Termination for fundamental non-performance

(1) A creditor *may terminate* if the debtor's non-performance of a contractual obligation is *fundamental*.

(2) A non-performance of a contractual obligation is fundamental if:

(a) *it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract*, as applied to the whole or relevant part of the performance, *unless* at the time of the conclusion of contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; *or*

(b) *it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on*» (la cursiva es nuestra).

Y en virtud del artículo III.-3:504 DCFR:

«Termination for anticipated non-performance

A creditor *may terminate before* performance of a contractual obligation is due *if the debtor has declared* that there *will* be a non-performance of the obligation, or *it is otherwise clear* that there *will* be such a non-performance, *and* if the non-performance would have been *fundamental*» (la cursiva es nuestra).

B) Para el incumplimiento esencial del artículo III.-3:502 (2) (a) DCFR, en el *Comment B* del artículo se destaca que en la definición hay tres elementos: *uno*, qué es lo que el acreedor tiene derecho a esperar; *otro*, que el incumplimiento prive sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar; y *el tercero*, si el deudor previó o podría razonablemente haber esperado tal resultado<sup>139</sup>.

*Sobre qué es lo que el acreedor tiene derecho a esperar*, en el *Comment B* se indica que ello depende en amplia medida de la naturaleza y de los términos del contrato. Si el contrato permite al deudor alguna laxitud en el cumplimiento, entonces el acreedor no tendrá derecho a esperar que el cumplimiento sea conforme con el estándar más exigente. Y si el contrato prevé el exacto cumplimiento

---

en relación con el término esencial objetivo, y pp. 115-117 en relación con el término esencial subjetivo; *vid.* también pp. 133-135].

<sup>139</sup> *Comment B* del artículo III.-3:502 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, pp. 853-854. Pero para el incumplimiento de la falta de conformidad en las compraventas B2C (que no es el incumplimiento del que ahora tratamos) el umbral a partir del cual el consumidor puede resolver la relación contractual de compraventa es más bajo que el umbral del incumplimiento esencial (cfr. art. IV.A.-4:201 DCFR).

con seguras previsiones, entonces el acreedor tiene derecho a esperar un cumplimiento exacto. Los usos y las prácticas pueden ser importantes para decidir, lo qué tiene una parte derecho a esperar. Por ejemplo, en algunos campos de actividad puede esperarse un estricto cumplimiento en relación con el tiempo de entrega o, en relación con la provisión de documentos de una determinada manera. En algunos casos, la naturaleza del contrato puede ser algo decisivo. *Por ejemplo*, en un contrato de entrega de flores para una boda en cierto día, el comprador tendrá derecho a esperar que las flores sean entregadas a tiempo para la boda y que no sean entregadas al siguiente día. Asimismo, lo que el acreedor tiene derecho a esperar también depende de las cualificaciones y experiencias de la parte implicada. Es algo razonable esperar más habilidad y conocimiento de un especialista altamente retribuido, que de un empleado modestamente pagado y no hábil.<sup>140</sup>

Para el incumplimiento esencial del artículo III.-3:502 (2) (b) DCFR, en el *Comment B* del precepto se indica que, aunque el incumplimiento no prive al acreedor de lo que este pueda esperar recibir, dicho acreedor puede tratar al incumplimiento como incumplimiento esencial si el mismo fue intencional o gravemente imprudente y le da razón para creer que no puede confiar en el futuro cumplimiento del deudor<sup>141</sup>.

C) Sobre el artículo III.-3:504 DCFR, en el *Comment B* se indica que dicho precepto da al acreedor derecho a resolver, si el deudor *ha repudiado* el contrato *diciendo que no lo ejecutará o es evidente, de cualquier otro modo, que habrá un incumplimiento esencial por parte del deudor*. El derecho del acreedor a resolver se basa en que no es razonable esperar que éste continúe vinculado, una vez que resulta evidente que el deudor no puede o no quiere cumplir la obligación principal en la fecha debida. La principal consecuencia de este artículo del DCFR es que, para el remedio de la resolución, un evidente incumplimiento anticipado esencial *equivale* a un incumplimiento esencial posterior al cumplimiento devenido exigible.<sup>142</sup>

<sup>140</sup> *Comment B* del artículo III.-3:502 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1 pp. 853-854. Sobre la relación entre el derecho del acreedor de resolver la relación contractual y el derecho del deudor de subsanar su incumplimiento, *vid. Comment C, op. cit.*, p. 856. El DCFR regula el derecho del deudor de subsanar su incumplimiento en los artículos III.-3:201 a III.-3:205. Según el artículo III.-3:201: «Scope/ This Section applies where a debtor's performance does not conform to the terms regulating the obligation». *Vid. Comment B* del artículo III.-3:203 DCFR (When creditor need not allow debtor an opportunity to cure), *op. cit.*, p. 818.

<sup>141</sup> *Comment B* del artículo III.-3:502 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1 p. 855.

<sup>142</sup> *Comment B* del artículo III.-3:504 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1 p. 867. Y en el *Comment D* del artículo III.-3:504 DCFR: «In order for the Article to apply it must be "clear" that the debtor is not willing or able to perform at the due date. An express repudiation by the debtor will satisfy this requirement but even in the absence of a repudiation the circumstances may make the situation clear. If the debtor's behavior merely engenders doubt as to willingness or ability to perform, the creditor's remedy is to demand an assurance of performance» (*op. cit.* p. 868).

**– La posibilidad de resolver directamente la relación contractual en el CESL**

A) El CESL también admite que el incumplimiento esencial permite resolver directamente la relación de compraventa y, asimismo admite la resolución por el incumplimiento anticipado («previsible») del deudor<sup>143</sup>.

En virtud del artículo 114 CESL:

«Resolución por incumplimiento

1. Un comprador podrá resolver el contrato a tenor del artículo 8<sup>144</sup> *si el incumplimiento* en que hubiera incurrido el vendedor en virtud del contrato *es esencial a tenor* del artículo 87, apartado 2.

2. (...)» (la cursiva es nuestra).

Según el artículo 87.2 CESL:

«Incumplimiento e incumplimiento esencial

1. (...).

2. Un incumplimiento de una obligación por una parte será esencial si:

(a) *priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo* que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto ese resultado; o

(b) *sea de tal naturaleza como para que resulte evidente que no puede confiar en el futuro cumplimiento* de la parte incumplidora» (la cursiva es nuestra).

---

<sup>143</sup> En relación con el incumplimiento de la falta de conformidad (que no es el incumplimiento del que ahora nos ocupamos) y siendo el contrato B2C, el umbral a partir del cual el consumidor puede resolver la relación de compraventa es más bajo que el umbral del incumplimiento esencial (art. 114.2 CESL). Por otro lado, en los contratos B2B, los remedios del comprador por el incumplimiento del vendedor de la no conformidad con el contrato se encuentran limitados por el derecho del vendedor de subsanar su incumplimiento [cfr. arts. 106.2 (a), 109 CESL], pero eso no sucede en los contratos B2C en los que los remedios de que el consumidor-comprador dispone no se encuentran limitados por un derecho de subsanación del vendedor del que éste no dispone en este otro tipo de contratos [cfr. art. 106.3 (a) CESL]. *Vid.* ZOLL, «Comentario del artículo 106 CESL» (2009) núm 3, pp. 491-492 y, «Comentario del artículo 109 CESL», núms. 2, 3 y 4, pp. 496-497.

<sup>144</sup> Artículo 8 CESL: «Resolución del contrato/ 1. Se entenderá por “resolver un contrato” poner fin a los derechos y obligaciones de las partes en virtud del contrato, a excepción de aquellos que tengan su fundamento en cualquier cláusula contractual que regule la solución de conflictos o cualesquiera otras cláusulas que deban aplicarse incluso después de la resolución./ 2. Los pagos adeudados y las indemnizaciones por daños y perjuicios por cualquier incumplimiento ocurrido antes del momento de la resolución seguirán siendo vinculantes. Cuando la resolución se produzca por incumplimiento o incumplimiento anticipado, la parte que resuelva el contrato también tendrá derecho a indemnización por daños y perjuicios en lugar del futuro cumplimiento de la otra parte./ 3. Los efectos de la resolución en el reembolso del precio y en la devolución de los bienes o los contenidos digitales, y demás efectos restitutorios, se regirán por las normas sobre restitución que establece el capítulo 17».

Por último, el artículo 116 CESL dispone:

«Resolución por incumplimiento previsible

El comprador podrá resolver el contrato *antes* de que venza el cumplimiento *si* el vendedor *ha declarado o queda claro de otro modo, que se producirá el incumplimiento, y si este fuera de tal naturaleza que justificara la resolución*» (la cursiva es nuestra).

B) Los criterios empleados en el CESL para calificar a un incumplimiento de esencial son los mismos que los del artículo III.-3:502 DCFR. Por ello, solo voy a exponer el siguiente comentario que Zoll realiza sobre el artículo 87.2 (b) CESL.

Zoll señala que hay dos supuestos principales que justifican la pérdida de confianza en el futuro cumplimiento o subsanación de la obligación. Uno, es aquel en el que el comportamiento de la parte conlleva que se ponga en cuestión su integridad. Se incluyen aquí las acciones fraudulentas del deudor; por ejemplo, no informar fraudulentamente de la falta de conformidad o, realizar otro comportamiento doloso («intentional misrepresentation»). El otro supuesto es aquel en el que el incumplimiento de la obligación prueba la falta de competencia profesional del deudor.<sup>145</sup>

C) El transcrito artículo 116 CESL contempla los supuestos en los que el vendedor *declara que incumplirá o, queda claro que incumplirá*, siendo necesario que la naturaleza del incumplimiento permita la resolución de la relación de compraventa. Zoll indica que si el vendedor no notifica su incumplimiento anticipado, el contrato puede resolverse si el incumplimiento es seguro. Esto implica que toda razonable valoración del caso podrá conducir a la conclusión de que el contrato no será correctamente cumplido. La carga de la prueba sobre la certidumbre del futuro incumplimiento corresponde al comprador.<sup>146</sup>

[32] En lo que se refiere a nuestro Derecho y en Código civil, al incumplimiento *del vendedor de la no entrega del bien en plazo* ha de aplicársele la regla general de la resolución del artículo 1124 CC (cfr. art. 1506 CC; pues la regulación de la compraventa del Código civil no contempla específicamente la resolución por el incumplimiento de la obligación de entrega del vendedor; cfr. arts. 1503, 1504, 1505 CC).

No lo dice expresamente el artículo 1124 CC, pero el incumplimiento resolutorio es el incumplimiento esencial (o grave), noción ésta conformada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ante el incumplimiento resolutorio, el perjudicado podrá directamente resolver; si el incumplimiento no es resolutorio, no podrá hacerlo. El problema que al respecto se plantea es el de concretar cuándo se

<sup>145</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 87 CESL» (2012) núm. 39, p. 407.

<sup>146</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 116 CESL» (2012) núm. 4, p. 521.

está ante un incumplimiento resolutorio. Y lo es aquél en que habiendo un *término esencial* para el cumplimiento, el vendedor no entrega el bien en la fecha exigible<sup>147</sup>. También es incumplimiento resolutorio, aquél en el que *el vendedor indica al comprador que no le entregará el bien*<sup>148</sup>. Nuestro Derecho (más bien su puesta en práctica) recoge, pues, los dos supuestos del artículo 18.1.II de la Directiva 2011/83/UE que permiten al comprador-consumidor resolver directamente la relación de compraventa. Y los indicados incumplimientos resolutorios también lo son para la compraventa del TRLGDCU (art. 59.2.I TRLGDCU).

En cambio, el Código civil no dispone como regla general que el acreedor pueda resolver la relación contractual cuando resulta infructuoso el plazo adicional que aquél hubiere fijado al deudor incumplidor para cumplir<sup>149</sup>. Esto es, el Código civil no recoge con carácter general la regla del artículo 18.2.I de la Directiva 2011/83/UE.

[33] Teniendo en cuenta todo lo antes señalado, *¿qué habría de incorporarse al TRLGDCU?*

<sup>147</sup> Por ejemplo, SAN MIGUEL PRADERA: «(...) hemos apuntado que no basta cualquier incumplimiento para que se pueda acudir al remedio resolutorio, sino que es necesario que éste sea de cierta importancia. Toda nuestra doctrina está de acuerdo en que *la inobservancia del término esencial* es un incumplimiento de entidad tal que justifica el recurso del remedio resolutorio. A estos efectos, en ausencia de una norma especial, el incumplimiento del término esencial constituye un *incumplimiento subsumible en el artículo 1124 CC* y, por tanto, susceptible de ocasionar la resolución del contrato en él prevista» [(2004) [277] p. 239; en el original, la cursiva es negrita; *vid* además [284]-[286] pp. 243-246]. *Vid.* también INFANTE RUIZ (2008) pp. 207-209; RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 226-227.

<sup>148</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 227-228.

<sup>149</sup> Pero algunos autores son partidarios de tal regla. SAN MIGUEL PRADERA informa: «Algunos de nuestros autores, conscientes de las incertidumbres que rodean al acreedor que, ante la falta de cumplimiento en el momento previsto, quiere desligarse de la relación obligatoria; y conscientes de lo injusto que puede ser exigirle que, a pesar del incumplimiento, permanezca vinculado durante un período de tiempo más o menos prolongado en una relación que finalmente se revela inútil han puesto de manifiesto la *posibilidad de realizar una declaración de resolución condicionada a la falta de cumplimiento en un plazo adicional otorgado por el propio acreedor*./ Estos autores advierten que no se encuentra ningún obstáculo para que el acreedor tome esta iniciativa, a pesar de la falta de un reconocimiento legal expreso de la exigencia de declaración de resolución, condicionada a la falta de pago en el plazo adicional señalado por el acreedor» [(2004) [552] pp. 441-442; la cursiva es negrita en el original]; «La falta de reconocimiento legal de la concesión de un plazo al deudor para que cumpla antes de que tenga lugar la resolución no ha impedido que, en la práctica, sea habitual su utilización» (*op. cit.* [555] p. 443; a continuación, la autora analiza la notificación del art. 1504 CC, el pacto de cláusula resolutoria con concesión de plazo al deudor para cumplir, la jurisprudencia que admite la declaración de resolución condicionada a la falta de pago del precio, y el respaldo de la doctrina: [557]-[567] pp. 443-453; si no se pactó cláusula resolutoria con concesión de plazo: [564] p. 449).

Sumándose a la opinión de Pantaleón, SAN MIGUEL PRADERA es partidaria de que en nuestro Derecho se regule la posibilidad de la resolución tras haber fijado el acreedor, al deudor, un nuevo plazo para cumplir y no cumplir este último en el mismo (*op. cit.* [606] p. 479; sobre las características y requisitos de la concesión de plazo: [607] pp. 479-480; *vid.* [008] p. 33). *Vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 229-232.

Puesto que, como se ha indicado en [32], el Código civil no recoge la regla general del artículo 18.2.I de la Directiva 2011/83/UE –aquella en la que el comprador-consumidor ha de fijar un previo plazo para el cumplimiento– la misma *ha de incorporarse* a la compraventa del TRLGDCU. En cambio, podría parecer que no sería preciso incorporar al TRLGDCU la regla especial del artículo 18.2.II de la Directiva 2011/83/UE –aquella en la que ante el incumplimiento del vendedor-comerciante, el comprador-consumidor puede directamente resolver–; la misma está presente en nuestro Derecho (art. 1124 CC), como también hemos expuesto en [32]. Sin embargo, puesto que nuestro Derecho *debe* contener la regla general y la especial del artículo 18.2 de la Directiva 2011/83/UE *y esto debe hacerse con claridad, sin dejar espacio al planteamiento de dudas (ha de haber plena seguridad de que ello es así), lo correcto es que al TRLGDCU se incorporen ambas reglas general y especial.*

## 2.2 La forma de ejercicio de la resolución: la resolución mediante declaración de voluntad del acreedor

[34] El artículo 18.2 de la Directiva 2011/83/UE no dispone –o no dispone con la pertinente y deseable claridad expresa– cuál es la forma en que el comprador-consumidor ha de ejercitar la resolución que regula. Sin embargo, en el Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE se apunta (puede entenderse) que la forma de ejercicio de la resolución se presupone que es *mediante declaración de voluntad del comprador-consumidor dirigida al vendedor-comerciante*. También se desprende de dicho Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE, que es competencia de los Estados miembros determinar la forma en que el comprador-consumidor ha de realizar la resolución. Por tanto, el legislador nacional podrá disponer que haya libertad de forma en el ejercicio de la resolución o, que la resolución haya de realizarse mediante una/s forma/s determinada/s. Según el Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE: «La presente Directiva debe entenderse *sin perjuicio de las disposiciones nacionales sobre la forma* en que el consumidor debe *notificar* al comerciante su voluntad de resolver el contrato» (la cursiva es nuestra).

### – La forma de ejercicio de la resolución en el DCFR

A) Según el artículo III.-3:507 DCFR:

«Notice of termination

(1) A right to terminate under this Section is exercised by *notice to the debtor*.

(2) Where a notice under III.-3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance) *provides for automatic termination if the debtor does not perform within the period fixed by the notice, termination takes effect after that period or a reasonable length of time from the giving of notice (whichever is longer) without further notice*» (la cursiva es nuestra).

A.1) En el *Comment A* del artículo se indica que el Derecho de algunos Estados miembros exige, al menos en principio, una orden judicial para resolver la relación contractual. *Este acercamiento tradicional se ha encontrado inconveniente y se somete ahora a más y más excepciones*. Por ello, el artículo III.-3:507 DCFR *adopta la regla actual más común, de que la resolución puede realizarse mediante notificación a la otra parte*.<sup>150</sup> La notificación puede realizarse en cualquier forma. No se precisa emplear especiales palabras o expresiones. Sólo se necesita indicar de un modo u otro que el acreedor mira la relación contractual como resuelta<sup>151</sup>.

En el mismo *Comment A* se indica que el deber de ejercitar los derechos de conformidad con la buena fe [art. III.-1:103 DCFR (*Good faith and fair dealing*)] puede, en algunos casos, exigir que la notificación indique la razón de la resolución, y, si se trata de una resolución parcial, su extensión<sup>152</sup>.

#### – La forma de ejercicio de la resolución en el CESL

A) El artículo 118 CESL dispone:

«Notificación de la resolución

El derecho a la resolución en virtud de lo dispuesto en la presente sección [Sección 5, *Resolución*, del Capítulo 11, *Remedios del comprador*, del CESL] *se ejercerá previa notificación al vendedor*» (la cursiva es nuestra).

A.1) Zoll indica que el artículo 118 CESL tan solo aclara que el ejercicio de la resolución exige su comunicación en el sentido del artículo 10 CESL<sup>153</sup>. Normalmente, la razón de comunicar la

<sup>150</sup> *Comment A* del artículo III.-3:507 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 879.

<sup>151</sup> *Comment A* del artículo III.-3:507 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 879.

<sup>152</sup> *Comment A* del artículo III.-3:507 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 879.

<sup>153</sup> Artículo 10 CESL: «Notificación/ 1. El presente artículo se aplicará en relación con las notificaciones que se realicen a cualquier efecto en virtud de las reglas de la normativa común de compraventa europea y del contrato. El término “notificación” incluye la comunicación de cualquier declaración que pretenda surtir efectos jurídicos o transmitir información con una finalidad jurídica./ 2. Las notificaciones podrán realizarse de cualquier forma adecuada a las circunstancias./ 3. Las notificaciones surtirán efecto cuando lleguen a su destinatario, salvo que en ellas se disponga que tendrán un efecto diferido./ 4. La notificación llegará a su destinatario:/ (a) en el momento en que se le entregue;/ (b) cuando se entregue en el domicilio social del destinatario o, si carece de domicilio social, o si la notificación va destinada a un consumidor, en la residencia habitual del destinatario;/ (c) en caso de que una notificación se transmita por correo electrónico u otro medio de comunicación individual, cuando el destinatario pueda acceder a la misma; o/ (d) cuando se ponga a disposición del destinatario en tal lugar y de tal forma que sea razonable esperar que el destinatario tenga acceso a la misma sin demora indebida./ La notificación habrá llegado al destinatario después de que se haya cumplido alguna de las condi-

resolución es que, de este modo, el vendedor puede valorar si las condiciones de la resolución se cumplen.<sup>154</sup>

[35] En cuanto a nuestro Derecho, la resolución del artículo 1124 CC –con la que estamos comparando la del art. 18.2 de la Directiva 2011/83/UE (*supra* [32])– es de ejercicio judicial conforme a una interpretación literal del texto normativo (art. 3.1 CC). Según el artículo 1124.III CC, «[e]l Tribunal *decretará* la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo». Siendo esto así, es conocida la asentada jurisprudencia que admite que la resolución del artículo 1124 CC puede ejercitarse mediante declaración de voluntad del acreedor (en nuestro caso del comprador-consumidor) dirigida al deudor (al vendedor-comerciante) bajo el posterior control de los Tribunales si el deudor la discute (*vid.* por ejemplo la STS, 1.<sup>a</sup>, 27.6.2011, Pte. Excmo Sr. D. Ferrándiz Gabriel; FD 3.<sup>o</sup>, 5.<sup>o</sup>; Cendoj, Roj 4568/2011)<sup>155</sup>. Esta jurisprudencia (Derecho nacional) concordaría con lo que se indica (con lo que se presupone) en el Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE (*supra* [34]).

Entonces, ¿convendría introducir en la compraventa del *TRLGDCU* una norma que dispusiera que la resolución se ejercita mediante declaración de voluntad notificada al vendedor?

ciones descritas en las letras a), b), c) o d), según cual se cumpla primero./ 5. La notificación no surtirá efecto alguno si su destinatario hubiera recibido previamente o al mismo tiempo una revocación de la misma./ 6. En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, las partes no podrán excluir la aplicación de los apartados 3 y 4, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor.»

<sup>154</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 118 CESL» (2012) núm. 1, pp. 523-524.

<sup>155</sup> Información sobre cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido el ejercicio de la resolución por declaración de voluntad unilateral del acreedor y opinión de los autores en: SAN MIGUEL PRADERA (2004) [429]-[451] pp. 353-368. La autora caracteriza así a nuestro Derecho: «La especialidad de nuestro Ordenamiento radica, precisamente, en que la regulación legal de la resolución ha sido obra de la jurisprudencia y de la doctrina» ([451] p. 368; a partir de [453] ss. pp. 369 ss. dedica su obra a construir el régimen de la resolución por declaración de voluntad unilateral en nuestro Derecho). Sobre la relación entre esta resolución y el ejercicio judicial de la resolución, indica: «Admitir la posibilidad de ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria mediante declaración de voluntad afecta sin duda al sistema. Queramos o no, lo transforma. Y esto obliga a replantearse qué papel le corresponde al ejercicio judicial, cuando se produzca./ Si el acreedor opta por esta vía, lo que en realidad está haciendo es manifestar su voluntad resolutoria a través de la demanda, y, al mismo tiempo, solicitar al juez –para evitar el riesgo de una resolución mal hecha– que verifique si tiene o no derecho a ella. La sentencia, como ocurriría en una resolución extrajudicial discutida judicialmente por el deudor, no es constitutiva, sino declarativa de que la resolución ha podido producirse y de que se ha producido, con la demanda, al concurrir los presupuestos de existencia del derecho» (*op. cit.* [620] pp. 515-516; *vid.* también [446]-[448] pp. 365-367). SAN MIGUEL PRADERA daba cuenta de otra línea jurisprudencial sobre el ejercicio extrajudicial de la resolución: *infra* nota 159. *Vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 141-143, 149, 149-152 en particular la p. 152.

Sobre la resolución por declaración de voluntad unilateral, *vid.* FENOY PICÓN, *CCJC* (2005) núm. 68, [3]-[16] pp. 516-533. Una panorámica de los posibles modelos de ejercicio del remedio de la resolución de la relación contractual en: SAN MIGUEL PRADERA, *op. cit.* [015]-[035] pp. 36-52.

Sí. Ha de disponerse *un artículo* en el que se indique *con claridad y sin lugar a dudas* que la resolución es de ejercicio extrajudicial. No basta disponer de una jurisprudencia que, interpretando el artículo 1124 CC, realmente modifica la norma que aquél dispone.

Y también a mi juicio, la notificación de la resolución de la relación de compraventa no habría de sujetarse a una/s concreta/s forma/s. En la contratación con consumidores, para que el consumidor pueda resolver, habría de bastar con cualquier forma admitida en Derecho (cfr. art. 70 TRLGDCU para el derecho de desistimiento).

**– La forma de ejercicio de los remedios del consumidor por la entrega de un producto no conforme con el contrato (reparación, sustitución, resolución, reducción del precio)**

A) Aprovecho otra vez el estudio de las cuestiones que he elegido de la Directiva 2011/83/UE, para volver a referirme al régimen jurídico de la falta de conformidad del TRLGDCU. Me interesa ahora el siguiente problema. Habiendo incumplido el vendedor su obligación de entregar un producto conforme con el contrato, el comprador-consumidor dispone, con las condiciones que el TRLGDCU le exige, del remedio de la resolución. *¿Cómo se ejerce esta resolución?*<sup>156</sup>

B) Teniendo presente al entonces vigente artículo 7 de la Ley 23/2003<sup>157</sup> (ahora art. 121 TRLGDCU) y, también al artículo 11.3 LGDCU<sup>158</sup>, Susana Navas afirmó en 2004:

---

<sup>156</sup> Según el Considerando (15) *in fine* de la Directiva 1999/44/CE: «(...); que la legislación nacional puede fijar las modalidades de resolución de los contratos». En mi opinión, tal expresión implica que los Estados miembros podían determinar la forma de ejercicio del remedio de la resolución. Según M. J. MARÍN LÓPEZ: «Tampoco contiene la norma comunitaria [la Directiva 1999/44/CE] alusión alguna a la forma de ejercicio de la resolución. Se trata de nuevo de un aspecto “no armonizado” por la Directiva comunitaria, por lo que la resolución habrá de adecuarse a la forma establecida por la normativa nacional. Por esta razón, no es contraria a la Directiva la norma nacional que permita la resolución por vía extrajudicial» [(2004) tomo I, pp. 184-185]. MARTÍN ARESTI informa sobre cómo interpreta Bianca aquel Considerando (15): «En opinión de este autor [Bianca], la libertad que el Considerando 15 de la Directiva 1999/44/CE deja a los Estados miembros para decidir las modalidades de ejercicio del derecho a la resolución, no se refiere a si ésta debe ser declarada judicialmente o no, sino a cuestiones tales como la forma de la declaración, o la exigencia de que sea concedido un plazo adicional al deudor para el cumplimiento. La intervención judicial en relación con la resolución (y, en general, con todos los derechos del consumidor) sólo será necesaria en caso de disputa entre las partes sobre la aplicación de los distintos remedios; así, cuando no se pongan de acuerdo sobre la naturaleza del incumplimiento, sobre la cuantía de la indemnización debida, o sobre la medida en la que deba rebajarse el precio del producto» [(2010) nota 130, pp. 159-160].

<sup>157</sup> Artículo 7 de la Ley 23/2003: «Rebaja del precio y resolución del contrato/ La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia».

<sup>158</sup> Artículo 11.3 LGDCU: «Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho, como mínimo a: a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados./ b) En los

«[é]sta [la resolución], como facultad del consumidor junto a la restitución de la cosa, ha sido ya ejercitada, lo que da lugar a la resolución mediante una *declaración de voluntad extrajudicial*, si el deudor/garante acepta la elección del titular de la garantía. Ello no empece para que tenga lugar el control judicial acerca de si la resolución adoptada *extrajudicialmente* procede o no. Esta es, a la sazón, la interpretación doctrinal acerca del art. 1124 CC que, con mayor razón, se puede sostener para los arts. 7 LGVBC y 11,3 LGDCU, lo que está en consonancia, por un lado, con la normativa europea e internacional que después se examina y, por otro lado, con la efectivas *[sic]* protección de los consumidores» (la cursiva es de la autora)<sup>159</sup>.

Más adelante, tras referirse al artículo 3.5 de la Directiva 1999/44/CE<sup>160</sup>, la presente autora señala:

«[e]n este texto europeo [el de la Directiva 1999/44/CE] las medidas se presentan con un *carácter extrajudicial evidente*» (la cursiva es de la autora)<sup>161</sup>.

C) Aunque no haya norma (artículo) que expresamente lo disponga, creo que puede apoyarse, en la propia regulación de los artículos 114 y ss. TRLGDCU, que la resolución por la entrega de un producto no conforme con el contrato tiene lugar mediante la declaración de voluntad del consumidor dirigida al vendedor.

Aun refiriéndose a la reparación y a la sustitución del producto, el artículo 119 TRLGDCU es elemento útil para la anterior afirmación. El artículo 119.1 TRLGDCU dispone que el consumidor puede optar entre la reparación o la sustitución del producto con los límites de la imposibilidad objetiva y la desproporción y señala, que «[d]esde el momento en que el consumidor y usuario *comunique* al vendedor la opción elegida, ambas partes habrán de atenerse a ella». El artículo 119 TRLGDCU se refiere, claramente, al ejercicio extrajudicial de los remedios de la reparación y de la sustitución del producto por parte del consumidor y desde luego,

---

supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a *la devolución del precio pagado*» (la cursiva es nuestra).

<sup>159</sup> NAVAS NAVARRO (2004) pp. 291-292. Esta autora se refiere a la resolución extrajudicial que es aceptada por el deudor/garante. *Supra* nota 155, hemos citado a SAN MIGUEL PRADERA para la jurisprudencia que admite la resolución mediante declaración de voluntad dirigida a la otra parte. A lo dicho, hay ahora que añadir que SAN MIGUEL PRADERA también daba cuenta de otra línea jurisprudencial que admitía la resolución por acuerdo de las partes o resolución consentida, de la opinión de los autores y, llevaba a cabo un análisis crítico de la misma [(2004) [371]-[420] pp. 308-348]. Señalaba SAN MIGUEL: «Nosotros consideramos más acertado hablar de *resolución consentida*, pues, como vamos a demostrar, se trata simplemente de un allanamiento del deudor a la pretensión resolutoria del acreedor, de manera que no significa una nueva forma de resolver el contrato, sino una consecuencia de la resolución judicial» (*op. cit.* [382] p. 318; la cursiva es negrita en el original; *vid.* también [402] p. 331, [405] p. 336, [410] p. 339, y en particular [413] p. 341).

<sup>160</sup> Transcrito *infra* nota 172.

<sup>161</sup> NAVAS NAVARRO (2004) p. 295.

si el vendedor lo discutiere o se opusiere, aquél podrá acudir a los Tribunales.<sup>162</sup>

Las expresiones de los artículos del TRLGDCU que se refieren a la resolución [«el consumidor y usuario podrá exigir (...)», «[l]a rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando (...)»; *vid. arts. 120.d), 120.f) y 121 TRLGDCU*] se refieren, a mi juicio, a los supuestos en los que el consumidor dispone por ley de la resolución. No se refieren directamente (con claridad) a cómo se ejercita la resolución. Ahora bien, si tenemos presente que para la reparación o la sustitución del producto, el artículo 119.1 TRLGDCU regula, con claridad, su ejercicio extrajudicial y que la resolución es remedio subsidiario, lo adecuado es considerar que todo el conjunto de remedios de los que el consumidor puede disponer, por la entrega de un producto no conforme con el contrato, puede válidamente ejercitarse de modo extrajudicial. No parece adecuado que unos remedios tengan una forma de ejercicio y otros, otra.

Mediante la anterior argumentación no preciso acudir a la antes expuesta jurisprudencia del artículo 1124 CC sobre el ejercicio extrajudicial de la resolución (*supra* [35]) para interpretar del mismo modo la resolución del artículo 121 TRLGDCU. Es cierto también, que la interpretación que defiendo para el TRLGDCU está en consonancia con tal jurisprudencia<sup>163</sup>. Pero dicho esto, y aun argumentando como he hecho que la resolución del artículo 121 TRLGDCU es de ejercicio extrajudicial, en mi opinión, debería indicarse expresamente en el propio artículo 121 TRLGDCU que la

---

<sup>162</sup> Sobre los distintos aspectos que implica el ejercicio extrajudicial de los remedios de la reparación del producto no conforme y de su sustitución por otro conforme con el contrato, *vid. por ejemplo*, TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 119 TRLGDCU» (2011) p. 1091; MARTÍN ARESTI (2010) pp. 106-110; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 119 TRLGDCU» (2009) pp. 1497-1499.

<sup>163</sup> MARTÍN ARESTI indica: «El TRLGDCU no regula los pormenores del ejercicio del derecho del consumidor a resolver el contrato. Las referencias a la resolución contractual se limitan a establecer en qué casos ésta es procedente (art. 121 TRLGDCU) y a la previsión específica que, en relación con la restitución del precio, establece el art. 21.1 de la misma ley. Por ello, las demás cuestiones de régimen jurídico que se suscitan en relación con el ejercicio del derecho a resolver el contrato por el consumidor deben ser resueltas atendiendo al tratamiento doctrinal y jurisprudencial del art. 1124 CC. (...)» [(2010) p. 156]. Teniendo esto presente, la autora recuerda la evolución habida en relación con la resolución del artículo 1124 CC hacia la resolución extrajudicial, modelo que aplica a la resolución del artículo 121 TRLGDCU. Afirma: «El modelo de la resolución extrajudicial resulta especialmente adecuado para la tutela de los intereses que se da cita en las compraventas reguladas en el Título V del Libro II TRLGDCU, pues el escaso valor de muchos de los productos que son objeto de las ventas al consumo reduce los supuestos en los que los Tribunales conocen de este tipo de conflictos» (*op cit.* p. 159; *vid.* pp. 158-159). Por su parte, M. J. MARÍN LÓPEZ indica: «(...) el Considerando núm. 15 de la Directiva 1999/44/CE dispone que “la legislación nacional puede fijar las modalidades de resolución del contrato”. La ley española de incorporación no se ha pronunciado sobre este extremo. Pero es opinión común que cabe la resolución judicial (declarada en sentencia) y también la extrajudicial (como consecuencia de una declaración de voluntad del comprador de dar por resuelto el contrato)» [«Comentario del artículo 121 TRLGDCU» (2009) p. 1531]; además, en relación con el remedio de la reducción del precio M. J. MARÍN indica: «La rebaja del precio puede solicitarse extrajudicialmente. En caso de que el vendedor no admita su viabilidad o sus consecuencias, el comprador tendrá que acudir a la vía judicial» [«Comentario del artículo 122 TRLGDCU» (2009) p. 1534].

resolución es de ejercicio extrajudicial, coincidiendo, en esto, con la forma de ejercicio de la resolución por el incumplimiento del vendedor de su obligación de entrega de la cosa (*supra* [35]).

### 2.3 El efecto restitutorio de la resolución: qué ha de restituir el vendedor-comerciante al comprador-consumidor y el plazo para llevarlo a cabo

[36] Producida la resolución de la relación contractual, surge la obligación legal de la restitución si hubo ejecución contractual <sup>164</sup>. Según el artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE:

«Entrega

(...)

3. Cuando se haya resuelto el contrato, el comerciante deberá reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas en virtud mismo» <sup>165</sup>.

[37] La Directiva 2011/83/UE se ocupa de algunas de las cuestiones que implica el efecto restitutorio de la resolución para el vendedor-comerciante, bajo el presupuesto de que la resolución tenga su origen en el incumplimiento de la obligación de entrega del bien.

<sup>164</sup> Recientemente RODRÍGUEZ-ROSADO configura la resolución del modo siguiente: «(...) a mi juicio, aceptada la compatibilidad de resolución y daños y perjuicios, y la pervivencia pese a la resolución de ciertas previsiones contractuales, se debe ir más allá y dar el paso que ya han dado buena parte de los sistemas jurídicos europeos, admitiendo simple y llanamente que la resolución no extingue el contrato ni de forma retroactiva –“como si nunca hubiese existido”– ni actual. La resolución opera ciertamente la extinción de las obligaciones contractuales primarias, los deberes de prestación, produciendo por tanto el consiguiente deber de restitución. Pero el contrato y la relación jurídica contractual no se extinguen, ni devienen ineficaces, sino que se transforman en una relación que obliga a la restitución de las prestaciones realizadas (...). Eso hacen que sigan en vigor estipulaciones contractuales previstas para casos de conflicto, cláusulas penales, determinaciones sobre el Derecho aplicable y, en general las disposiciones no referidas a los deberes de prestación primarios. Y que si concurren los requisitos de la responsabilidad por daños y perjuicios, se derive del contrato –que sigue existente, por más que transformado o “resuelto”– una obligación, ahora ejercitable por la vía de acción de daños y perjuicios, de colocar a la parte que ha sufrido el incumplimiento en igual posición que estaría si el contrato se hubiese cumplido. La resolución, por tanto, cuando viene producida por unos hechos que dan lugar también a indemnización de daños y perjuicios, provoca lo que se podría llamar una “eficacia contractual alternativa”: los deberes de prestación se extinguen, y en su lugar surgen unas obligaciones de restituirse lo realizado; y el incumplimiento imputable da lugar a una obligación del incumplidor de situar a la otra parte en una posición patrimonial equivalente a la que tendría si el contrato hubiese sido regularmente cumplido. Con lo cual, por una vía diferente a la inicialmente prevista –el intercambio de las prestaciones–, el contratante no incumplidor ha de alcanzar el resultado contractual que hubiese obtenido con un devenir contractual ordinario» [(2013) pp. 158-159; *vid.* desde p. 155].

<sup>165</sup> El artículo 22 de la Propuesta de Directiva de 2008 fijaba un plazo de siete días para el reembolso: «1. (...; transcrito *supra* nota 99)./ 2. Si el comerciante no cumple su obligación de entrega, el consumidor tendrá derecho al reembolso de las sumas abonadas en un plazo de siete días a partir de la fecha de entrega prevista en el apartado 1».

Del artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE ha de destacarse la amplitud de la restitución: *toda cantidad abonada en virtud del contrato*. También, que la obligación de restitución ha de cumplirse *sin demora indebida*, concepto indeterminado y expresión que la Directiva 2011/83/UE también dispone, como hemos visto, para el plazo de cumplimiento de la obligación de entrega del bien (art. 18.1; *supra* [26]). Esta segunda norma del artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE supone que la concreción del plazo material de cumplimiento de la obligación de restitución surgida de la resolución –un día, tres días, etc.– ha de fijarse en función de las circunstancias del caso con la guía del *sin demora*. El artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE no dispone un plazo máximo en el que el vendedor-comerciante haya de cumplir su obligación de restitución, como hace el antes comentado artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE.

[38] En cuanto a nuestro Derecho, recordaré brevemente algunas de las reglas aplicables al efecto restitutorio de la resolución, cuyo problema de determinación reside, básicamente, en que el Código civil no lo ha regulado de modo específico<sup>166</sup>. En lo que se refiere a los terceros, el artículo 1124.IV CC remite «a los artícu-

<sup>166</sup> Sobre los efectos restitutorios *vid.* recientemente GONZÁLEZ PACANOSWKA, «Comentario del artículo 1124 CC» (2013) pp. 8251-8256. También RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 233-258; este último señala unos principios generales para el efecto restitutorio de la resolución: «A mi juicio, esos principios que dan unidad al sistema pueden reducirse a tres, que he llamado de integridad, exclusión de otros fines, y equivalencia de resultados. Según el primero de ellos, las partes deben restituirse todas las ventajas que cada una de ellas haya obtenido con el contrato resuelto: su patrimonio debe desprenderse de cualquier activo que lo haya enriquecido merced a la relación contractual, y retransmitirlo a la otra parte. Es lo que ha expresado la jurisprudencia en numerosas sentencias cuando ha dicho que la restitución de las prestaciones fruto de la resolución se encuentra regida por el art. 1303 del Código Civil, que impone, desde el paradigma de la compraventa, la necesidad de reintegrar a la otra parte cualquier aprovechamiento y beneficio que hayan sido consecuencia del contrato. Igualmente, en la medida que esa restitución pueda suponer un enriquecimiento –gastos y mejoras realizados por el obligado a restituir–, habrá necesidad de reembolsarlo, pues de otro modo el contrato resuelto daría lugar, así sea indirectamente, a un incremento patrimonial injustificado./ El segundo principio (...): la resolución debe operar la restitución de las prestaciones realizadas sin que interfieran en absoluto principios resarcitorios o punitivos./ (...) / El tercer y último principio, el que he llamado «de equivalencia de resultados» (...) quiere expresar que el ejercicio de la resolución (...), acompañada en su caso de la indemnización de daños y perjuicios, debe conducir al mismo resultado patrimonial a que hubiese conducido un cumplimiento adecuado y conforme./ (...) / La consecuencia global que se deriva de aceptar que los principios expuestos rijan los efectos restitutorios de la resolución es que ningún conjunto de reglas previsto en el Código y conexos con la resolución puede ser aplicado en bloque a este caso: el sistema restitutorio previsto por el art. 1123 para la condición resolutoria propia remite a las inadecuadas soluciones del 1122; las reglas aplicables al poseedor tampoco son conformes, pues prevén una retención de aprovechamientos contraria a los efectos restitutorios y retroactivos de la resolución; las normas de la nulidad, aunque sustancialmente idénticas, como demuestra la general dicción del 1303, tampoco serán plenamente aplicables, pues la nulidad se basa en la total inexistencia del negocio, y según veremos, el párrafo cuarto del 1124 establece una protección de terceros que se explica por la falta de efectos retroactivo-reales de la resolución; y, en fin, las reglas de la rescisión, por más que escuetas, establecen en el párrafo primero del 1295 una limitación que no resulta coherente con el carácter de remedio al incum-

los 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria»<sup>167</sup>. Para los efectos *inter partes*, dada la concepción que el Código civil acoge del remedio de la resolución –este se regula tras la regulación de las obligaciones condicionales– el Tribunal Supremo ha considerado aplicable el artículo 1123 CC, cuyo primer párrafo dispone, para la obligación de dar (la que nos interesa) y cumplida la condición, que «los interesados (...) deberán restituirse lo que hubiesen percibido»<sup>168</sup>. Además, para la pérdida, el deterioro o la

plimiento de la resolución. En conclusión, se requiere articular un sistema particular y coherente de reglas restitutorias que rijan para este caso» [(2013) pp. 238-240; *vid.* p. 161].

<sup>167</sup> En relación con los terceros, por ejemplo, en la STS, 1.ª, 2.3.2006 (Pte. Excmo. Sr. D. Román García Varela; Cendoj, Roj STS 992/2006) se indica: «El motivo primero del recurso (...) –se estima porque el último párrafo del artículo 1124 establece que la resolución se produzca “sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”, y el artículo 1295.2 del Código civil contempla la posibilidad de que las cosas objeto del contrato se hallen en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe y, si bien, para esta hipótesis, dispone que no “tendrá lugar la rescisión”, esta expresión es impropia, según las doctrinas científica y jurisprudencial, y sólo significa que se excluyen los efectos de la restitución a cargo del tercero de buena fe, como ocurre en la cuestión debatida, es decir, impide que pueda ejecutarse la rescisión, aunque, según señala el párrafo final del precepto, podrá reclamarse la indemnización de daños y perjuicios al causante de la lesión./ Desde la posición recién indicada, esta Sala ha sentado que, en estos casos, se limita el alcance restitutorio de la resolución en cuanto que el contratante incumplidor deberá restituir el valor correspondiente (entre otras, SSTS de 6 de junio de 1995 y 16 de diciembre de 2002)» (FD 2.º; la cursiva es nuestra). *Vid.* CARRASCO PERERA (2010) núm. 45 p. 1153.

<sup>168</sup> Sobre las restituciones que pueda implicar la resolución de la relación obligatoria hay una importante cuestión, la de si la resolución conlleva, o no, la devolución de los frutos de la cosa, la devolución de los intereses del precio; también, la de si la resolución conlleva la devolución del valor del uso de la cosa. Sobre esto hay distintas opiniones doctrinales. En lo que sigue, sólo ofrezco algunas de ellas. Según ÁLVAREZ VIGARAY: «(...) creemos que en el Derecho positivo español (...) habrá que devolver los frutos que las prestaciones realizadas hayan producido o podido producir. Esta restitución de frutos se impone por la remisión que el párrafo final del art. 1124 hace al art. 1295, el cual dispone (...). Además se justifica por la consideración de que la resolución por incumplimiento presupone que una de las partes no ha cumplido o ha cumplido parcial o defectuosamente la obligación que le correspondía, por consiguiente resultará que mientras una de las partes habrá percibido en su integridad los frutos o intereses de la cosa a ella entregada, la otra no habrá experimentado una percepción, en todo o en parte, semejante; por tanto no podrán compensarse los frutos con los intereses, como dice el art. 1120 para las obligaciones condicionales, por la razón de que aquí una parte no los ha percibido./ (...) Asimismo por la utilización y goce de cosas no fructíferas deberá abonarse el valor que esa utilización o goce tuvieran al tiempo de realizarse la prestación» [(2003) p. 374; *vid.* desde p. 372 hasta p. 375]. RODRÍGUEZ-ROSADO: «Un punto que conviene precisar es el relativo al modo de valorar el equivalente económico de la prestación realizada. A mi juicio, coincidente con el de Díez-Picazo, la acción para obtener el equivalente pecuniario en los casos de imposibilidad de restitución en forma específica debe considerarse como una acción de enriquecimiento. (...). El mismo criterio de enriquecimiento determina, en cambio, que si se debe compensar a la otra parte, en la medida que supone un ahorro, el uso temporal de un bien que ha realizado un contratante en virtud de un contrato luego resuelto./ (...) Precisamente esa idea de que la finalidad de la restitución es reintegrar al otro patrimonio cualquier activo patrimonial que traiga causa del contrato resuelto determina que, como ha afirmado unánimemente la doctrina y ha dicho la jurisprudencia, los contratantes deban restituirse los frutos percibidos –o su valor, si no es posible hacerlo *in natura*– y los intereses de las cantidades percibidas. (...) las restituciones consecuencia de la resolución (...) deben regirse por un sistema de restitución absoluto, similar en este punto al que imponen los arts. 1295 y 1303: como ha dicho la jurisprudencia, las consecuencias de la resolución, la rescisión y la nulidad han de ser las mismas –con las mencionadas salvedades en

mejora de la cosa, el artículo 1123.II CC remite al artículo 1122 CC y este último precepto también lo ha aplicado el Tribunal Supremo en relación con el efecto restitutorio de la resolución del artículo 1124 CC (para la mejora)<sup>169</sup>. Esto sin perjuicio de las indicaciones que dicho Alto Tribunal hace de otros preceptos ubicados en sede de nulidad de los contratos (*v.gr.* art. 1303 CC)<sup>170</sup>.

cuanto al régimen de protección de terceros, (...)/ El único punto de discusión en este punto es el relativo al pago de intereses por las cantidades percibidas en virtud del contrato resuelto (...). La jurisprudencia mayoritaria da lugar a dicho pago, entendiéndose que procede desde que se produjo el desembolso de esa cantidad e incluso aunque los intereses no hubiese sido objeto de petición por la parte a la que corresponde su cobro. Pero no faltan otras Sentencias, igualmente recientes, que no los conceden cuando no han sido inicialmente pedidos, o que sólo los entienden procedentes desde la demanda. Y aun hay algunas Sentencias más antiguas que entiende que lo que procede no son los intereses de la cantidad entregada, sino su cuantía actualizada en función de IPC (...)» [(2013) pp. 250-253]. CARRASCO PERERA: «*Frutos e intereses*. El art. 1124 CC no realiza previsión al respecto, y la misteriosa remisión que se contiene en el apartado IV del precepto al art. 1295 CC no es seguro que deba comprender su apartado primero, que es precisamente el que impone la restitución con frutos e intereses. Si se propusiera una interpretación analógica de estos preceptos, los frutos e intereses se deberían en restitución en los términos ordinarios (arts. 1295 y 1303 CC) y no se compensarían impropriamente unos con otros (no se aplicará el artículo 1120 CC). Pero también cabe proponer que el régimen de la rescisión y la nulidad no se aplican a este respecto, y que frutos e intereses sólo son restituibles en concepto de resarcimiento, y siempre que proceda este resarcimiento de resultas del incumplimiento imputable. En mi opinión, y como regla, no procede la aplicación analógica de los arts. 1295 y 1303 CC, y la restitución no alcanza a los frutos ni a los intereses, que sólo pueden ser exigidos y resultar compensados en concepto de *resarcimiento* por los daños de incumplimiento, y, subsiguientemente, como compensación de dicha indemnización. (...). El comprador que resuelve por incumplimiento del vendedor y reclamara de éste el resarcimiento de los daños en la medida de lo que hubiera obtenido de haberse producido el cumplimiento, no puede ser condenado a restituir los frutos obtenidos de la cosa; pero si quiere obtener el resarcimiento en forma de interés legal de la cantidad que (*sic*) dinero entregó como precio, deberá entonces deducir lo que obtuvo como fruto o como uso de la cosa. Es decir, no existe una pretensión abstracta y automática de cada uno los contratantes a obtener la restitución de frutos y pago de intereses como consecuencia de la resolución, distinta de la correspondiente pretensión de resarcimiento (neto) por el daño derivado del incumplimiento. (...)» [(2010) núm. 47 pp. 1155-1156; la primera cursiva es negrita en el original]. *Vid.* FENYO PICÓN, *CCJC* (1998) núm. 48 pp. 1087-1088.

<sup>169</sup> Por ejemplo, refiriéndose a la mejora de la cosa, en la STS 1.ª, 1.7.2005 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros; Cendol, *Roj STS* 4412/2005) se indica: «En efecto, la sentencia recurrida quiso compensar el aumento de valor del solar por efecto del planeamiento urbanístico con los intereses de la parte de precio recibido. Pero aquel aumento de valor no ha sido provocado por la compradora, en nada se ha empobrecido, y de él, además no ha querido beneficiarse, pues ha incumplido voluntariamente la obligación de pago del precio aplazado./ La incidencia favorable del planeamiento urbanístico debe ser considerada como una mejora de la cosa, no es fruto de ella. *La resolución por incumplimiento produce, en cuanto a sus efectos restitutorios, los de las condiciones resolutorias según el artículo 1123 Cód. civ. (sentencia de 5 de febrero de 2002), que en su párrafo segundo se remite al art. 1122 en cuanto a la pérdida, deterioro o mejora de la cosa. Aplicando la regla quinta de este último, el aumento de valor cedería en beneficio del acreedor de la restitución, o sea, de la parte vendedora que ha resuelto*» (FD 1.º; la cursiva es nuestra). Ahora bien, sobre la restitución de mejoras, cuando la relación obligatoria se ha resuelto por incumplimiento, *vid.* CARRASCO PERERA (2010) núm. 48 pp. 1156-1158; FENYO PICÓN, *CCJC* (1998) núm. 48 pp. 1088-1089.

<sup>170</sup> En la STS, 1.ª 27.10.2005 (Pte. Excmo Sr. D. Pedro González Poveda; Cendoj, *Roj STS* 6545/2005) se lee: «Dice la sentencia de 17 de junio de 1986, citada en la de 5 de febrero de 2002, que “es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir,

Sobre lo que en este momento interesa –los efectos restitutorios de la compraventa resuelta por el incumplimiento del vendedor-comerciante por su no entrega del bien– este vendedor-comerciante ha de restituir al comprador-consumidor el precio pagado o, la parte de precio pagada. Sobre el momento de cumplimiento de tal obligación restitutoria, hay que decir, de nuevo, que el Código civil no lo regula específicamente. Ahora bien, surgida la obligación de restitución, desde ese mismo momento la misma es exigible (obligación pura; cfr. art. 1113 CC). El cumplimiento de la obligación de restitución ha de hacerse *sin ninguna demora indebida*. (Vid. *supra* [27]).

Lo anterior es aplicable a la compraventa del TRLGDCU (art. 59.2.I).

[39] *¿Ha de incorporarse al TRLGDCU una norma similar a la del artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE?* Sí, por lo siguiente.

*Por un lado* porque, siendo cierto que en el Derecho español el vendedor debe restituir lo recibido cuando se resuelve la relación contractual, ello se articula bajo una concepción y en un diseño normativo del remedio de la resolución, hoy superado por la doctrina de los autores. Lo cierto es, más allá de la problemática que analizamos (la de la transposición a nuestro Derecho de la Directiva 2011/83/UE) que lo que hoy sería adecuado es regular el remedio general de la resolución por incumplimiento y disponer en el Código civil en qué consisten sus efectos restitutorios. Pero mientras esto no suceda, *debe* incorporarse al TRLGDCU la mínima regulación que para la restitución derivada de la resolución dispone la Directiva 2011/83/UE.

---

no con efectos “ex nunc” sino “ex tunc”, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el art. 1295 del Código civil al que expresamente se remite el art. 1124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para el caso de nulidad en el art. 1303 y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el art. 1123”. Por su parte, dice la sentencia de 11 de febrero de 2003 que “parando mientes en el otro aspecto de la cuestión resulta que el vendedor tiene a su vez que reintegrar el precio percibido con sus intereses legales, los cuales deben ser computados desde que efectivamente se hizo el pago, y no desde la celebración del contrato (sentencia de 12 de noviembre de 1996)”, *doctrina que recaída en torno a la aplicación del art. 1303 del Código Civil en relación con la nulidad contractual, ya sea absoluta o relativa, es aplicable a la resolución de los contratos./ Los términos en que está redactado el antes transcrito pedimento de la demanda reconvenzional evidencian que en el mismo no se contiene una pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios sino, aunque en la fundamentación de la reconvencción no se cita el art. 1303 del Código civil, el reintegro de los intereses legales como forma de obtener la íntegra restitución de lo entregado –el precio con sus intereses–; al no entenderlo así la Sala de instancia ha infringido los preceptos legales citados en el motivo que debe ser estimado con él, el recurso» (FD 1.º; la cursiva es nuestra).*

Por otro lado, la incorporación de las normas del artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE al TRLGDCU supondría marcar *con claridad* la exigencia legal *del cumplimiento sin tardanza* de la obligación de restituir el precio recibido por parte del vendedor-comerciante al comprador-consumidor, lo cual he coordinado con el artículo 1113 CC, siendo consciente del carácter indeterminado que encierra la noción del sin ninguna demora indebida del artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE. (Cfr. art. 104.I TRLGDCU).

**– La no restitución del valor del uso del producto, en la resolución por la entrega de un producto no conforme con el contrato**

A) Es la tercera cuestión relacionada con el régimen de la falta de conformidad del TRLGDCU de la que trato en este trabajo. Cuando el vendedor incumple su obligación de entregar un producto conforme con el contrato y el consumidor, finalmente, resuelve la relación de compraventa, surge la siguiente cuestión. Durante algún tiempo, el consumidor habrá utilizado el producto no conforme con el contrato, utilidad que habrá sido mayor o menor en función de la entidad de la falta de conformidad y del momento en que aquélla se haya manifestado, pero que, en cualquier caso, no habrá sido la utilidad total que el consumidor pudiera esperar del bien conforme con el contrato. Por ejemplo, el consumidor ha usado el coche comprado, pero en diversas ocasiones no pudo hacerlo por haberlo llevado al taller para su reparación por su falta de conformidad; o ha usado el vehículo con inconvenientes; o lo ha usado sin todas las prestaciones que podían ser exigidas según el contrato. En estos casos, el consumidor ha obtenido del producto algún *beneficio de su uso (lo que puede denominarse valor de uso)*. *Ese beneficio, ¿es partida que ha de computarse en el efecto restitutorio que conlleva la resolución de la relación de compraventa?*<sup>171</sup>

La anterior cuestión, lógicamente, no se plantea en el supuesto del artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE: pues el vendedor-comerciante no ha entregado el producto al comprador-consumidor y en consecuencia éste no ha podido usarlo (provecharse de él).

B) Sobre las *consecuencias* de la resolución de la compraventa por la entrega de cosa no conforme con el contrato, el Considerando (15) de la Directiva 1999/44/UE indica:

«los Estados miembros *podrán* establecer que *se pueda reducir* el importe de la restitución al consumidor *teniendo en cuenta el uso que éste haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado*» (la cursiva es nuestra).

---

<sup>171</sup> Di cuenta de esta cuestión en *CCJC* (2008) num. 78, pp. 1322-1327. La exposición que sigue en el texto recoge lo que en tal trabajo indiqué, si bien para este trabajo procedo a hacer algunas nuevas consideraciones y hago referencia a autores que han publicado con posterioridad a aquel trabajo de 2008.

Sobre esta afirmación del Considerando (15), el Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse. Lo ha hecho en su sentencia de 17.4.2008 (Sala 1.<sup>a</sup>; Asunto C-404/06; Quelle; EDJ 2008/20149), si bien sus consideraciones se han dirigido al remedio de la *sustitución* del producto entregado por otro conforme con el contrato, que era sobre lo que el Tribunal tenía que pronunciarse y no, sobre la resolución de la relación contractual.

En síntesis, la compradora-consumidora (Brüning) había adquirido por catálogo un bien que le fue entregado en 2002 y que resultó no conforme con el contrato (lo que se manifestó en 2004, dentro del oportuno plazo legal). El vendedor (Quelle), a quien se le restituyó el bien no conforme con el contrato, entregó a la compradora-consumidora otro bien de sustitución (la reparación del bien era imposible) y le exigió el pago de una cantidad (69,97 €) en concepto de daños *por el beneficio de uso del bien durante el tiempo que lo tuvo y de conformidad con lo que disponía el BGB*. El *Bundesgerichtshof*, que conoció del asunto, planteó al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial sobre si tal normativa nacional se oponía a lo dispuesto por el artículo 3.2 en relación con el artículo 3, apartados 3.I y 4 o, a lo dispuesto en el artículo 3.3.III, todos de la Directiva 1999/44/CE<sup>172</sup>. El Tribunal de Justicia entendió que sí había oposición (núm. 43 de la STJUE, Sala 1.<sup>a</sup>, 17.4.2008): *el remedio de la sustitución debe ser totalmente gratuito para el consumidor*.

En el debate jurídico se manejó el Considerando (15) de la Directiva 1999/44/CE, por cuanto hacía referencia, como se ha visto, al uso que del bien hubiera hecho el consumidor. El Tribunal de Justicia afirmó que dicho Considerando hacía alusión a *la resolución y no a la sustitución del bien por otro conforme con el contrato*. En palabras del Tribunal:

<sup>172</sup> Lo expuesto se extrae de los núms. 12 a 16 de la STJE, Sala 1.<sup>a</sup>, 17.4.2008.

Artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE: «Derechos del consumidor/ 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 debe 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./ 5. El consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato:/ - si no puede exigir ni la reparación ni la sustitución, o/ - si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, o/ - si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor./ 6. El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia».

«38. Por una parte, por lo que respecta al alcance que procede reconocer al decimoquinto considerando de la Directiva, que permite tomar en consideración el uso que el consumidor ha hecho del bien no conforme, procede destacar que la primera parte del citado considerando se refiere a una “restitución” al consumidor, mientras que la segunda parte contiene las “modalidades de resolución de los contratos”. Dichos términos son idénticos a los utilizados en la Posición común del Consejo a la que también se refirió el Gobierno alemán.

39. Esta terminología pone claramente de manifiesto que *la hipótesis que contiene el decimoquinto considerando se limita al caso de la resolución del contrato previsto en el artículo 3, apartado 5, de la Directiva*<sup>173</sup>, caso en el que, *en aplicación del principio de la restitución recíproca de las ventajas obtenidas, el vendedor debe reembolsar al consumidor el precio de venta del bien*. Por lo tanto, contrariamente a lo que alega el Gobierno alemán, el decimoquinto considerando *no puede interpretarse como un principio general que faculta a los Estados miembros a tener en cuenta, en todas las situaciones en las que lo deseen, incluida la de una simple solicitud de sustitución presentada al amparo del artículo 3, apartado 3, de la Directiva, el uso que el consumidor ha hecho de un bien no conforme*» (la cursiva es nuestra)<sup>174</sup>.

C) En la Ley 23/2003 que incorporó al Derecho español la Directiva 1999/44/CE<sup>175</sup>, nada se indicó sobre los efectos restitutorios de la resolución de la relación de compraventa por la entrega de un bien no conforme con el contrato. Lo que el Considerando (15) de la Directiva 1999/44/CE apunta es que los Estados miem-

<sup>173</sup> Vid. la nota anterior a esta.

<sup>174</sup> Además de lo indicado en el texto, *sobre el carácter gratuito de la puesta en conformidad del producto*, el Tribunal de Justicia señaló: A) Que «tanto del tenor como de los trabajos preparatorios pertinentes de la Directiva se desprende que fue voluntad del legislador comunitario hacer de la gratuidad de la puesta en conformidad del bien por el vendedor un elemento esencial de la protección que dicha Directiva garantiza al consumidor» (núm. 33); B) Que la gratuidad de la puesta en conformidad mediante reparación o sustitución «tiene por objeto proteger al consumidor del riesgo de cargas económicas que, como destacó la Abogado General en el punto 49 de sus conclusiones, podrían disuadirlo de hacer valer sus derechos a falta de tal protección. Dicha garantía de gratuidad querida por el legislador comunitario conduce a excluir toda pretensión económica por parte del vendedor en el marco del cumplimiento de su obligación de puesta en conformidad del bien objeto del contrato» (núm. 34); C) Que tal interpretación «viene corroborada por la voluntad, manifestada por el legislador comunitario en el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, de la Directiva de garantizar al consumidor una protección efectiva. (...)» (núm. 35) y «es conforme con la finalidad de la Directiva que, como lo indica en el primer considerando de la misma, es la de garantizar un alto nivel de protección de los consumidores. Como se desprende del artículo 8, apartado 2, (...)» (núm. 36); D) Sobre el argumento del Gobierno alemán de que si el consumidor no paga una compensación económica habría un enriquecimiento sin causa (núm. 40), se señala que si el vendedor no entrega un bien conforme con el contrato, «no cumple correctamente la obligación a la que se había obligado en el contrato de venta y debe, por lo tanto, asumir las consecuencias de dicha ejecución errónea del mismo. Al recibir un nuevo bien en sustitución del bien no conforme, el consumidor que, por su parte, ha pagado el precio de venta y, por lo tanto, ha cumplido correctamente su obligación contractual, no se beneficia de un enriquecimiento sin causa. Únicamente recibe, con retraso, un bien conforme con las estipulaciones del contrato como debería haberlo recibido desde el principio» (núm. 41). Todos los números indicados son de la STJUE, Sala 1.<sup>a</sup>, 17.4.2008.

<sup>175</sup> Vid. *supra* nota 6.

bros «podrán establecer» que podrá tenerse en cuenta el uso que del bien hubiera hecho el consumidor para reducir el importe de la restitución al consumidor.

Por otro lado, cuando entró en vigor la Ley 23/2003, estaba vigente entonces la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>176</sup> (LGDCU en lo sucesivo). El artículo 11.1 LGDCU disponía (redacción originaria):

«El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidades de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, en lo sucesivo deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento» (la cursiva es nuestra).

Los autores, que habían analizado el artículo 11.1 LGDCU, habían reconducido su expresión «precio de mercado» a la de *precio del contrato*; sobre la expresión «devolución (...) total o parcialmente en caso de incumplimiento», indicaban que se refería a la restitución *del precio efectivamente pagado por el consumidor*; y sobre la «devolución equitativa», señalaron que podía entenderse *que incluía el valor de provecho del bien*<sup>177</sup>. Aplicando esto a la resolución por la entrega de un bien no conforme con el contrato, podía entenderse que, entre las partidas que el consumidor habría de restituir al vendedor, estaba la del valor del uso efectivo del bien y la compensación entre las cuantías del valor de uso del bien y de devolución del precio pagado total o parcialmente por el consumidor, daría lugar a la devolución equitativa a la que tenía derecho el consumidor según el artículo 11.1 *in fine* LGDCU (por supuesto, si en el caso la compensación daba como resultado que, a quien materialmente hubiera de restituirsele, fuera al consumidor).

D) El antes reproducido artículo 11.1 LGDCU fue modificado por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios<sup>178</sup>. La modificación implicó un cambio en lo que se refiere a la restitución del valor de uso del

<sup>176</sup> BOE de 24 de julio de 1984, núm. 176.

<sup>177</sup> Así, GARCÍA CANTERO, Rodrigo BERCOVITZ: información en FENYO PICÓN, CCJC (2008) vol. 78 p. 1325. Con posterioridad, PARRA LUCÁN afirma para el artículo 21.1.I TRLGDCU, en aquello que coincide con la redacción originaria del artículo 11.1 LGDCU: «La exigencia de que el consumidor obtenga la “devolución equitativa” del precio “total o parcialmente”, y además, del precio “de mercado”, y no del fijado en el contrato y efectivamente pagado, supone la introducción de una flexibilidad en la aplicación de las reglas tradicionales del Derecho de los contratos, que puede considerarse como una llamada a la equidad (art. 3.2). El juez deberá atender a las circunstancias del caso (...); o para evitar que se produzca un enriquecimiento injusto del consumidor (si ya ha disfrutado durante un tiempo del producto o ha obtenido algún beneficio del servicio)» [«Comentario del artículo 21 TRLGDCU» (2011) p. 290].

<sup>178</sup> BOE de 30 de diciembre de 2006, núm. 312.

bien. En la nueva versión y en lo que interesa, artículo 11.1 LGDCU disponía que el consumidor y usuario:

«(...); pueda hacer efectivas las garantías de calidad y nivel de prestación y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato<sup>179</sup>.

*La devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de que se encuentre dentro del plazo de garantía legal, en los términos previstos en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo [esto es, en los términos de la Ley 23/2003]*» (la cursiva es nuestra y es lo que la Ley 44/2006 añadió a la redacción originaria del art. 11.1 LGDCU en lo que nos interesa).

Sobre esta reforma del artículo 11.1 LGDCU, Silvia Díaz Alabart afirmó:

«Tal disposición, como principio merece aplauso, pero quizás sea excesiva si se aplica rígidamente, pues puede haber casos en que tal cosa significaría un enriquecimiento injusto para el consumidor. (...).

Lo más justo es tomar en cuenta el uso del bien del que se ha beneficiado el consumidor, pero también desde luego los inconvenientes que le ha ocasionado los vicios que el mismo padecía, así el tiempo que se ha visto privado del servicio que debería haberle prestado, los perjuicios que supone la pérdida de tiempo y dinero en tratar de solventar dichos vicios, etc.»<sup>180</sup>.

Es cierto que es de justicia tener presente todos los elementos que la autora indica. Es también cierto que si el reformado artículo 11.1 *in fine* LGDCU se aplicase rígidamente, podría haber casos de enriquecimiento injusto desde la perspectiva de la justicia, que no desde la perspectiva de la ley que permite el enriquecimiento. En mi opinión, cuando el legislador modificó *tal y como lo hizo el artículo 11.1 LGDCU –añadió al art. 11.1 in fine LGDCU el cumplimiento defectuoso y, exceptuó en su segundo párrafo el supuesto de la falta de conformidad (garantía legal)–* se pronunció, al mismo tiempo e implícitamente, por una aplicación estricta de la norma. Pues, al legislador debe presumírsele conocedor de la interpretación que los autores hacían del originario artículo 11.1 LGDCU expuesta *supra* en letra C), consistente en que, en la devolución equitativa al consumidor, había de tenerse en cuenta el valor de uso del bien que aquél hubiere realizado.

¿Qué argumentos (el conjunto de ellos) pueden justificar la aplicación estricta del artículo 11.1.II LGDCU?

<sup>179</sup> PARRA LUCÁN, con quien coincido, señala: «La mención al cumplimiento defectuoso no aparecía en la redacción del art. 11.1 de la LGDCU, pero es evidente que el cumplimiento defectuoso es una forma de incumplimiento, por lo que debía considerarse incluida en el precepto» [«Comentario del artículo 21 TRLGDCU» (2011) p. 290].

<sup>180</sup> DÍAZ ALABART (2007) p. 121.

*Uno* lo acabo de indicar. Creo, por cómo se llevó a cabo la reforma del artículo 11.1 LGDCU, que el legislador se pronunció implícitamente sobre tal aplicación estricta. *Otro*, que el consumidor no ha sido quien ha incumplido el contrato, sino que ha sido el vendedor (aunque esto haya podido hacerlo sin culpa)<sup>181</sup>. Y *el tercer argumento* reside en la posible dificultad de determinar en qué medida el consumidor se ha beneficiado del uso de la cosa no conforme. Esta dificultad de prueba permite entender que, con la nueva redacción del artículo 11.1 LGDCU del año 2006, el legislador evitó la posibilidad del problema: ha decidido (sea más o menos justo) que el valor de uso del bien no sea tenido en cuenta en la restitución surgida de la resolución de la compraventa por la entrega de un bien no conforme con el contrato.

E) Por último, el artículo 11.1 LGDCU, redacción de 2006, se ha refundido en el artículo 21.1 TRLGDCU, disponiendo este último:

«(...) pueda [el consumidor y el usuario] (...), y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del bien o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

La devolución del precio del producto habrá de ser total en caso de falta de conformidad del producto con el contrato, en los términos previstos en el título V del libro II [arts. 114 y ss. TRLGDCU]»<sup>182</sup>.

La anterior interpretación del artículo 11.1 LGDCU en su redacción de 2006 y expuesta en la anterior letra D) es aplicable al vigente artículo 21.1 TRLGDCU.

F) Por la importancia de la norma dispuesta en el artículo 21.1. II TRLGDCU y asimismo, por una razón de mejor sistemá-

<sup>181</sup> Es cierto que este argumento es cuestionable si se tiene en cuenta lo expuesto *supra* nota 168.

<sup>182</sup> *Vid.* TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 121 TRLGDCU» (2011) pp. 1108-1109; en relación con los remedios de la rebaja del precio y de la resolución, esta autora indica: «Además, se trata de derechos gratuitos aunque no lo advierta la ley» [*op. cit.*, p. 1105; *vid.* también de la misma autora «Comentario del artículo 122 TRLGDCU» (2011) p. 1111]. PICATOSTE BOBILLO señala, a propósito del artículo 21.1 TRLGDCU, «[e]n definitiva, parece que la letra de la ley no deja lugar a dudas, de modo que el vendedor no podrá deducir del precio un cantidad por el uso del bien» [(2011) p. 304, *vid.* pp. 303-305; y, en relación con el posible menor valor del producto restituido por el consumidor al vendedor consecuencia de la resolución de la relación de compraventa por la entrega de un producto no conforme con el contrato, *vid.* pp. 305-307]. MARTÍN ARESTI señala que, en virtud del artículo 21.1 TRLGDCU, no es aplicable a las ventas de consumo, el que el «vendedor pueda retener una parte del precio en proporción al disfrute obtenido por el consumidor» y que «el Derecho español hace extensiva al supuesto de la resolución contractual la interpretación dada al art. 3 de la Directiva 1999/44 por la Sentencia del TJCE de 17 de abril para el caso de sustitución del producto, en virtud de la cual sería contraria a la citada Directiva una norma de Derecho nacional que permitiese al vendedor que ha entregado un bien que no es conforme con el contrato, exigir al consumidor una indemnización por la utilización realizada del bien no conforme hasta su sustitución por uno nuevo» [(2010) pp. 164- 165]; *vid.* M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 121 TRLGDCU» (2009) pp. 1531-1532. *Vid.* BUSTO LAGO, «Comentario del artículo 21 TRLGDCU» (2009) p. 300.

tica legislativa, creo que tal norma debe trasladarse a la regulación que el TRLGDCU hace de la resolución por la falta de conformidad del producto entregado con el contrato.

La norma del artículo 21.1.II TRLGDCU podría incorporarse al artículo 121 TRLGDCU que, en relación con los *requisitos* de la falta de conformidad resolutoria, dispone que esta tiene que ser de no escasa importancia. Es esta última una norma especial del TRLGDCU, frente al requisito del incumplimiento grave o esencial de la resolución del artículo 1124 CC (a propósito de la doctrina jurisprudencial de la resolución del *aliud pro alio*)<sup>183</sup>. Si se acepta la anterior propuesta de reforma –la de incorporar al art. 121 TRLGDCU la norma del art. 21.1.II TRLGDCU– el artículo 121 TRLGDCU recogería otra norma especial para la resolución por la entrega de un producto no conforme con el contrato, frente a la regulación del Código civil y en relación, ahora, con su *efecto restitutorio*. Recordaré que sobre el efecto restitutorio de la resolución del artículo 1124 CC se ha indicado, que *el mismo conlleva la devolución del valor de uso* que se hubiere hecho de la cosa; aunque, también se ha indicado, que dicho valor de uso puede tratarse en concepto de resarcimiento por incumplimiento imputable<sup>184</sup>.

El traslado de la norma del artículo 21.1.II TRLGDCU al artículo 121 TRLGDCU requiere además de su reformulación. Pues, lo que ha de dejarse claro es, que en la restitución de la resolución del artículo 121 TRLGDCU no se computa el valor de uso que el consumidor hubiere hecho del producto. Pues, limitarse a indicar, en el artículo 121 TRLGDCU, que la devolución del precio pagado por el producto habrá de ser total, es algo obvio, teniendo presentes las reglas generales del remedio de la resolución (art. 1123.I CC; art. 1303 CC; además, art. 21.1.I *in fine* TRLGDCU).

#### **– Sobre el alcance de la gratuidad del remedio de la sustitución del producto no conforme con el contrato, por otro conforme**

A) Expuesto que el remedio de la resolución por la entrega de un producto no conforme con el contrato no conlleva la restitución del valor del uso que del producto hubiere hecho el consumidor, aprovecho dicha referencia al régimen de la falta de conformidad del TRLGDCU para, continuando en el mismo, referirme al alcance del carácter gratuito *del remedio de la sustitución del producto no conforme con el contrato por otro conforme: primero*, en relación con el valor de uso que del producto hubiere hecho el consumidor; y *segundo*, en relación con los *costes de retirada* del producto no

<sup>183</sup> FENOY PICÓN, ADC (2009) [1]-[16] pp. 159-178, [65]-[93] pp. 242-271. Cfr. arts. IV.A.-4:201 DCFR, 114.2 CESL.

<sup>184</sup> Vid. *supra* nota 168 con referencias a Álvarez Vigaray, Rodríguez-Rosado y Carrasco Perera. RODRÍGUEZ-ROSADO (2013), que señala que el uso temporal de un bien ha de compensarse a la otra parte, indica en la nota núm. 35 de la p. 250: «Típicamente, en casos de viviendas o vehículos. Vid. un ejemplo razonado de esa restitución de enriquecimientos en la Sentencia de Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2002, que condenó a los compradores de un local cuyo contrato se resolvió a restituir el local “más el importe que renta mensualmente el alquiler de un local similar y en análogo lugar al mencionado”».

conforme con el contrato y con los costes *de instalación* del (nuevo) producto conforme con el contrato. Son las dos últimas cuestiones que en este trabajo trato en relación con el régimen de la falta de conformidad del TRLGDCU. De estas dos cuestiones se han ocupado dos sentencias del Tribunal de Justicia, que paso a exponer.

B) Una es la STJUE de 17.4.2008 (Sala 1.<sup>a</sup>, Asunto C-404/06; *Quelle*) a la que ya me he referido y, sentencia en la que el Tribunal de Justicia señala para la Directiva 1999/44/CE y estando implicado el Derecho alemán, que *el carácter gratuito de la sustitución* supone que el vendedor no puede exigir del consumidor el valor del uso que este hubiere hecho del bien no conforme con el contrato. (*Vid. supra* nota 174).

Situados en el Derecho español, el artículo 120.a) TRLGDCU ordena que la reparación y *la sustitución* del producto «serán gratuitas para el consumidor y usuario»<sup>185</sup>. Con apoyo en una interpretación no estricta del término *sustitución* –en la STJUE, Sala 1.<sup>a</sup>, 16.6.2011 (Asuntos C-65/09 y C 87/09) se indica que en la versión española de la Directiva 1999/44/CEE el término *sustitución* se refiere a la operación *en su integridad* [*vid. la siguiente letra C*)]– podemos entender que el vendedor *no* puede exigir del consumidor que este le pague el valor del uso que del producto sustituido hubiere hecho. Esta interpretación del artículo 120.a) TRLGDCU puede reforzarse con lo que para la resolución dispone el artículo 21.1.II TRLGDCU, de lo que ya he dado cuenta en el apartado anterior.

El artículo 112.2 CESL recoge la expuesta doctrina del Tribunal de Justicia para el remedio de la sustitución<sup>186</sup>. El DCFR también recoge la misma regla (art. III.-3:205 DCFR)<sup>187</sup>.

<sup>185</sup> Sobre el carácter gratuito que el artículo 120.a) TRLGDCU impone, *vid.* por ejemplo: TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 120 TRLGDCU» (2011) p. 1098; MARTÍN ARESTI (2010) pp. 1211-126; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 120 TRLGDCU» (2009) pp. 1507-1509.

<sup>186</sup> Artículo 112 CESL: «Devolución del artículo sustituido/ 1. (...) / 2. Al comprador no se le podrá reclamar ningún pago por el uso hecho del objeto sustituido durante el periodo previo a la sustitución». ZOLL señala que el artículo 112.2 CESL recoge la doctrina del caso *Quelle*. Precisa que el artículo 112.2 CESL no debe leerse en el sentido de que el comprador no ha de asumir ninguna responsabilidad. El comprador no asume los costes fruto de la pérdida de valor del bien por su uso normal y no tiene obligación de compensar al vendedor por el uso del bien. El hecho de que, en la sustitución, el comprador reciba un bien nuevo, retornando el bien usado, es algo que pertenece al riesgo habitual del comerciante. [ZOLL, «Comentario del artículo 112 CESL» (2012) núm. 13, p. 513]. El autor también precisa que el artículo 112.2 CESL no significa que el comprador pueda dañar los bienes y devolverlos al vendedor en una condición tal en que el vendedor no pueda usarlos. De conformidad con el artículo 112.1 CESL, no se cumpliría de modo correcto el deber de restituir el bien (ZOLL, *op.cit.*, núm. 14 p. 513; *vid.* núm. 7, p. 512).

En la Propuesta de Directiva de 2008, que regulaba la falta de conformidad en la compraventa (*vid. supra* nota 6), se dispuso en su artículo 27: «Costes e indemnización/ 1. El consumidor tendrá derecho a la subsanación gratuita de la falta de conformidad./ 2. (...)». Según el Considerando (41) de la Propuesta de Directiva de 2008: «El consumidor no debe tener que asumir ningún coste para subsanar la falta de conformidad, en particular los gastos de transporte, mano de obra o material. Además, el consumidor no debe compensar al comerciante por el uso de los bienes defectuosos».

<sup>187</sup> Artículo III.-3:205 DCFR: «Return of replaced item/ (1) (...) / (2) The creditor is not liable to pay any use made of replaced item in the period prior to the replacement».

C) La otra sentencia del Tribunal de Justicia a la que iba a hacer referencia tiene fecha de 16.6.2011 (Sala 1.<sup>a</sup>) y conoce de dos asuntos acumulados [asuntos C-65/09 (Weber) y C-87/09 (Putz); EDJ 2011/101750].

C.1) *Primer asunto (C 65/09, Weber)*.- Gebr. Weber había vendido al Sr. Wittmer unas baldosas pulidas al precio de 1382,27 €. Cuando dos tercios de las baldosas se habían colocado en la casa del Sr. Wittmer, este descubrió que aquéllas tenían unos sombreados que se detectaban a simple vista. En el oportuno peritaje se concluyó que esos sombreados *no podían desaparecer* (no podían repararse). En consecuencia, procedía la *sustitución* completa de las baldosas, operación cuyo coste se cifró en 5830,57 €. (Núms. 16 y 17 de la STJUE, Sala 1.<sup>a</sup>, 16.6.2011).<sup>188</sup>

El *Bundesgerichtshof*, que conoció del asunto, expuso:

«que, en virtud del artículo 439, apartado 3, del BGB, el vendedor *pueda rechazar* la forma de ejecución a posteriori elegida por el comprador *no sólo cuando* esa forma de ejecución le imponga *gastos desproporcionados en relación con la otra forma de ejecución* (“desproporción relativa”), sino *también* cuando el coste de la forma elegida por el comprador, *aunque sea la única forma posible, es intrínsecamente desproporcionado* (“desproporción absoluta”)<sup>189</sup>. Considera [el *Bundesgerichtshof*] que, en el caso de autos, el requerimiento para la ejecución a posteriori mediante la entrega de unas baldosas idóneas *supone esa “desproporción absoluta”*, habida cuenta de que, según parece, obliga a Gebr. Weber a hacer frente, además de al coste de la referida entrega, estimado en 1200 €, a los gastos de retirada de las baldosas no conformes por

<sup>188</sup> Además: «18. Ante la falta de respuesta al requerimiento que remitió a Gebr. Weber, el Sr. Wittmer demandó a esta sociedad ante el *Landgericht Kassel* al objeto de obtener la entrega de unas baldosas libres de vicios y el pago de la cantidad de 5830,57 €. Dicho órgano jurisdiccional condenó a Gebr. Weber a pagar al Sr. Wittmer la cantidad de 273,10 €, en concepto de reducción del precio de venta, y desestimó la demanda en cuanto al resto. En sede de apelación, promovida por el Sr. Wittmer contra la sentencia del *Landgericht Kassel*, el *Oberlandesgericht Frankfurt*, por una parte, condenó a Gebr. Weber a entregar unas baldosas nuevas, libres de defectos, y a pagar al Sr. Wittmer la cantidad de 2.122,37 € por la retirada y el desecho de las baldosas no conformes con lo acordado y, por otra, desestimó la demanda en todo lo demás./ 19. Gebr. Weber interpuso un recurso de casación contra la sentencia del *Oberlandesgericht Frankfurt* ante el *Bundesgerichtshof* (...)» (STJUE, Sala 1.<sup>a</sup>, 16.6.2011).

<sup>189</sup> Según el núm. 15 de la STJUE, Sala 1.<sup>a</sup>, 16.6.2011: «El artículo 439 del BGB, con la rúbrica “Ejecución a posteriori”, reza del siguiente modo: / “1. El comprador podrá, a su elección, en concepto de ejecución a posteriori, 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 ejecución a posteriori, en particular, al coste relativo al transporte, al viaje, a la mano de obra y a los materiales./ 3. El vendedor (...) podrá negarse a la forma de ejecución a posteriori elegida si implicara obligatoriamente costes desproporcionados. Deberá tenerse en cuenta especialmente el valor del bien libre de defectos, la importancia del defecto y si es preferible 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 (...)».

un importe de 2100 €, es decir, al total de 3300 €, cantidad que excede del límite del 150% del valor del bien libre de defectos, sobre la base del cual debe apreciarse, *a priori*, la proporcionalidad de tal requerimiento». (Núm. 21 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011; la cursiva es nuestra).

El *Bundesgerichtshof* planteó al Tribunal de Justicia, si se oponía al artículo 3.3, I y II, de la Directiva 1999/44/CE<sup>190</sup>, una normativa nacional *que permita al vendedor*, que hubiere entregado un bien no conforme con el contrato, *rechazar la forma de «saneamiento» exigida por el consumidor*, si esta le impone *costes absolutamente desproporcionados en relación con el valor del bien si este no hubiera sido no conforme con el contrato, y la importancia de la falta de conformidad* (núm. 23 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011). Y si se opone, si el artículo 3, 2 y 3, de la Directiva 1999/44/CE debe interpretarse en el sentido de que, *si se lleva a cabo la sustitución del bien, el vendedor ha de asumir los gastos inherentes a la retirada del bien no conforme con el contrato, en el lugar en que el consumidor lo hubiera instalado de acuerdo con su naturaleza y finalidad* (núm. 23 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

C.2) *Segundo asunto (C 87/09, Putz)*.- La Sra. Putz había comprado a *Medianess Electronics* a través de Internet un lavavajillas nuevo por 367 €, asumió los gastos de entrega (9,52 €) y el lugar de entrega fue la puerta de entrada del domicilio de la Sra. Putz. Tras hacerse cargo de la instalación del lavavajillas, la Sra. Putz descubrió su no conformidad, siendo imposible la reparación y sin que la instalación hubiera sido la causante de la no conformidad del producto. La Sra. Putz y *Medianess Electronic* acordaron la sustitución del lavavajillas. La Sra. Putz exigió a *Medianess Electronic*, además, *la retirada del lavavajillas defectuoso y la instalación del nuevo, o que sufragase los gastos de retirada del primer lavavajillas e instalación del segundo*, a lo que se negó *Medianess Eletronics*. Finalmente, la Sra. Putz resolvió la relación de compraventa y demandó a *Medianess Electronic* exigiéndole la devolución del precio contra el retorno del lavavajillas no conforme. (Núms. 24 a 27 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

Entre otros razonamientos, el *Amtsgericht Schorndorf* señaló «que el Derecho alemán no dispone que el vendedor que no haya observado un comportamiento culposo esté obligado a hacerse cargo de la retirada del bien defectuoso y de la instalación del bien de sustitución, ni siquiera en el supuesto de que el consumidor ya hubiera instalado el bien defectuoso conforme a su finalidad, antes de que sobreviniera el defecto (...)» (núm. 29 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011). «[O]bserva [el *Amtsgericht Schorndorf*] que, si no se reembolsan al comprador los gastos de instalación del bien de sustitución, *debe hacer frente a tales gastos dos veces, es decir, una primera vez para la instalación del bien defectuoso y una segunda vez para la instalación del bien de sustitución. Ahora bien, si la*

<sup>190</sup> Vid. *supra* nota 172.

*entrega se hubiera realizado con arreglo a lo estipulado contractualmente, no habría tenido que sufragarlos más que una sola vez (...)*» (la cursiva es nuestra; núm. 30 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011). «Señala, por último, que el término “sustitución” al que se refiere el artículo 3 de la Directiva, parece indicar que la obligación del vendedor no se limita a la mera entrega de un bien de sustitución libre de defectos, sino que le obliga a cambiar éste contra el bien defectuoso» (núm. 31 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

El *Amtsgericht Schorndorf* planteó al Tribunal de Justicia la cuestión de si se oponía al artículo 3.2 y 3.3.III, de la Directiva 1999/44/CE<sup>191</sup>, la norma nacional que estableciere para la sustitución del producto no conforme, que el vendedor no asume los gastos de instalación del bien de sustitución, en el lugar en que el consumidor hubiera instalado el bien no conforme según su naturaleza y finalidad, *cuando el vendedor no había asumido en el contrato la instalación del bien* (núm. 32 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011). Y si de conformidad con el artículo 3.2 y 3.3.III de la Directiva 1999/44/CE<sup>192</sup>, realizándose la puesta en conformidad mediante la sustitución, el vendedor ha de asumir los gastos de retirada del bien no conforme del lugar en el que el consumidor lo hubiera instalado según su naturaleza y finalidad (núm. 32 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

C.3) *El razonamiento del Tribunal de Justicia sobre la obligación del vendedor de hacerse cargo de la retirada del bien no conforme y de la instalación del bien de sustitución (segunda cuestión del asunto C 65/09, Weber, y cuestiones primera y segunda del asunto C 87/09, Putz).*- En lo que interesa, el Tribunal de Justicia señala (todas las cursivas siguientes son nuestras):

– recordando la STJUE de 17.4.2008 (asunto C 404/06, *Quelle*), «que fue voluntad del legislador de la Unión hacer de la *gratuidad* de la puesta en conformidad del bien por el vendedor *un elemento esencial de la protección* que dicha Directiva [1999/44/CE] garantiza *al consumidor*», lo que «tiene por objeto proteger al consumidor del riesgo de cargas económicas que podrían disuadirlo de hacer valer sus derechos a falta de tal protección» (núm. 46 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011);

– que si en la sustitución del bien no conforme con el contrato, por otro conforme, se impone al consumidor la asunción de los gastos de retirada y de instalación, se le impone soportar cargas económicas *que no habría tenido que asumir si el vendedor hubiera cumplido correctamente* (núm. 47 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011);

– que, si bien los gastos de retirada y de instalación no se encuentran entre los mencionados por el artículo 3.4 de la Directiva 1999/44/CE, el legislador *emplea el adverbio «especialmente»* lo que indica un *carácter no exhaustivo* (asunto C 404/06, *Quelle*); «Además, los referidos gastos son desde luego necesari-

<sup>191</sup> *Vid. supra* nota 172.

<sup>192</sup> *Vid. supra* nota 172.

rios para que pueda sustituirse el bien no conforme y, por consiguiente, constituyen “gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato”, en el sentido de dicho artículo 3, apartado 4<sup>193</sup>»; (núm. 50 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

– que además «no cabe ninguna duda de que la circunstancia de que el vendedor no retire el bien no conforme y no instale el bien de sustitución *puede constituir un grave inconveniente para el consumidor*» (núm. 53 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011; cfr. art. 3.3.III de la Directiva 1999/44/CE, *supra* nota 172);

– que sobre el término «sustitución», en las versiones española, inglesa, francesa, italiana, neerlandesa y portuguesa se refiere «a la operación *en su integridad*», obligando al vendedor *a hacer todo lo preciso para alcanzar el resultado* de la sustitución del bien; en la versión alemana, el término empleado (*Ersatzlieferung*) podría sugerir una interpretación *más restrictiva*, si bien aquél «*no se limita a la mera entrega de un bien de sustitución y, por el contrario, puede indicar que existe la obligación de sustituir por ese bien el bien no conforme*» (núm. 54 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011);

– que la interpretación del artículo 3, 2 y 3, de la Directiva 1999/44/CE de que la sustitución obliga a la retirada del bien no conforme del lugar en que lo hubiere instalado el consumidor según su naturaleza y finalidad, antes de la manifestación del defecto, y que obliga a la instalación del bien de sustitución, se corresponde con el objetivo de la Directiva de *alcanzar un alto grado de protección del consumidor* (núm. 55 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011); tal interpretación no conlleva un resultado inequitativo, pues aunque el vendedor no haya actuado de modo culposo, la entrega de un bien no conforme no es cumplir correctamente, debiendo asumir sus consecuencias (núm. 56 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011); en cambio, el consumidor ha cumplido correctamente al pagar el precio de la venta (núm. 56 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

– que «[p]or consiguiente, *en una situación en la que no pueda imputarse a ninguna de las dos partes contratantes una actuación culposa, está justificado que los gastos relativos a la retirada del bien no conforme y a la instalación del bien de sustitución corran a cargo del vendedor*; por cuanto tales gastos adicionales, por una parte, se habrían evitado si desde un principio el vendedor hubiera cumplido correctamente sus obligaciones contractuales y, por otra, son desde luego necesarios para la puesta en conformidad del bien» (núm. 57 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011). «Esta interpretación del artículo 3, apartados 2 y 3, de la Directiva [1999/44/CE] *es independiente de si*, en méritos del contrato de compraventa, el vendedor estaba obligado a instalar el bien entregado» (núm. 59; *vid.* además núm. 62; ambos de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

– y que si el vendedor no retira por sí mismo el bien no conforme, instalando el de sustitución, «corresponderá al juez nacional

<sup>193</sup> *Vid. supra* nota 172.

determinar cuáles son los gastos necesarios para tal retirada e instalación, cuyo reembolso puede reclamar el consumidor» (núm. 61 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

C.4) *El razonamiento del Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de que, en ciertos casos, el vendedor se limite a asumir algunos de los gastos de la retirada del bien defectuoso y de los de la instalación del bien de sustitución.* En relación con la primera cuestión del asunto C 65/09 (Weber), el Tribunal de Justicia señala (todas las cursivas siguientes son nuestras):

– que «[r]esulta patente, (...), que el legislador de la Unión pretendió otorgar al vendedor el derecho a negarse a la reparación o la sustitución del bien defectuoso *únicamente* en caso de imposibilidad o de *desproporción relativa*. En consecuencia, en el supuesto de que resulte posible *sólo una* de estas formas de saneamiento, el vendedor *no podrá negarse a la única forma de saneamiento que permita poner el bien en conformidad con el contrato*» (núm. 71 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011)<sup>194</sup>.

– que «el artículo 3, apartado 3, de la Directiva [1999/44/CE] *no se opone a que el derecho del consumidor al reembolso de los gastos relativos 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.* En efecto, tal limitación *deja incólume* el derecho del consumidor a solicitar la sustitución del bien no conforme» (núm. 74 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

– 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 que hubiera instalado, de buena fe, el bien defectuoso conforme a su naturaleza y a su finalidad antes de que se manifestara el defecto» (núm. 76 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

– «[p]or último, *en el supuesto de reducción del derecho al reembolso de dichos gastos, 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 del contrato, con arreglo al artículo 3, apartado 5, último guion, de la Directiva [1999/44/CE], habida cuenta de que el hecho de que el consumidor sólo pueda obtener la puesta en conformidad del bien defectuoso haciendo frente a una parte de dichos gastos supone un grave inconveniente para éste*» (núm. 77 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011)<sup>195</sup>.

C.5) *Las declaraciones del Tribunal de Justicia.*- Tras todo lo anterior, el Tribunal de Justicia declara (*primera declaración*) que el artículo 3, 2 y 3, de la Directiva 1999/44/CE «debe interpretarse en el sentido de que, cuando un bien de consumo no conforme que, antes de que se manifestara el defecto, hubiera instalado, de buena fe, el consumidor conforme a su naturaleza y a su

<sup>194</sup> De interés los núms. 67 a 70 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011.

<sup>195</sup> Vid. además el núm. 78 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011.

finalidad, es puesto en conformidad mediante su sustitución, el vendedor está obligado a retirar por sí mismo dicho bien del lugar con los gastos necesarios para dicha retirada y para la instalación del bien de sustitución. Dicha obligación del vendedor existe independientemente de si, en virtud del contrato de compraventa, éste se hubiera comprometido a instalar el bien de consumo comprado inicialmente».

Declara asimismo el Tribunal de Justicia (*segunda declaración*) que el artículo 3.3 de la Directiva 1999/44/CE «debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una normativa nacional otorgue al vendedor el derecho a negarse a sustituir un bien no conforme, única forma de saneamiento posible, debido a que, a causa de la obligación de retirar ese bien del lugar en el que hubiera sido instalado y de instalar en él el bien de sustitución, le impone costes desproporcionados en comparación con la relevancia de la falta de conformidad y del valor que tendría el bien si fuera conforme. No obstante, dicha disposición no se opone a que, en tal caso, el derecho del consumidor al reembolso de los gastos relativos a la retirada del bien defectuoso y a la instalación del bien de sustitución se limite a la asunción, por el vendedor, de una cantidad proporcionada».

C.6) *Valoración de la STJUE, Sala 1.ª, de 6.6.2011, desde la perspectiva del Derecho español.*- Frente al Tribunal de Justicia, que incardina la solución de la cuestión de la que conoce en el remedio de la sustitución, a mi juicio y *cuando* el vendedor *no* se ha obligado a instalar el producto vendido, el problema encajaría dogmáticamente en la categoría de daños. El remedio de la sustitución opera para *el objeto del contrato*. En los casos de los que el Tribunal de Justicia conoce, la sustitución opera para las baldosas y para el lavavajillas entregados, ambos productos no conformes con el contrato. En cambio, los gastos de retirada del bien no conforme con el contrato y los de nueva instalación del bien conforme con el contrato entrarían, como he indicado, en la categoría de daños si el vendedor *no* se hubiera obligado a la instalación del bien. Aunque el vendedor no se haya obligado a la instalación de las baldosas y del lavavajillas, ambos son productos *cuyo normal destino conlleva su instalación* y por ello, puede considerarse que en el ámbito de protección del contrato se encuentra el que el comprador-consumidor no tenga que asumir los costes de retirada del producto no conforme y los de nueva instalación del producto sustituto conforme<sup>196</sup>.

<sup>196</sup> El artículo 6 TRLGDCU considera producto todo bien mueble según el artículo 335 CC, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136 TRLGDCU (*vid. supra* nota 97). En relación con los inmuebles por incorporación (art. 334.3.º CC), CÁMARA LAPUENTE indica: «Uno de los supuestos más problemáticos será saber si pueden considerarse “productos” del art. 6 TR-LGDCU los materiales de construcción (bienes muebles) incorporados a un inmueble. (...) Es claro que en la noción general del art. 6 TR-LGDCU, por su remisión directa al art. 335 CC e indirecta pero insoslayable al art. 334 CC, si se dan esos dos requisitos (unión fija, quebranto/deterioro al separar) el bien debe considerarse inmueble y, por tanto no será “producto” a los efectos del TR-LGDCU (a excepción del libro III). Pero, aplicados esos requisitos a diversos elementos de la construcción o el acondicionamiento de inmuebles, cabría predicar su carácter de productos, por ser bienes muebles, apropiables, transportables, separables sin menoscabo propio ni del inmueble y no fijos

Ahora bien, de esos daños de retirada y de instalación el vendedor podrá o no responder en función de si el remedio indemnizatorio opera bajo un sistema de responsabilidad por culpa o al margen de ella y sobre esto hay disparidad de opiniones. Si el Código civil (arts. 1101, 1105 CC; art. 117.II TRLGDCU, *supra* [13]) se interpreta literalmente, el remedio general de la indemnización responde a un sistema de responsabilidad subjetivo; el vendedor incumplidor responde por culpa, por dolo y no por caso fortuito (arts. 1101, 1105 CC). Pero el artículo 1105 CC se ha reinterpretado en clave de responsabilidad objetiva y entonces el vendedor puede tener que indemnizar en casos en los que hubiere actuado sin culpa (o dolo)<sup>197</sup>. Por otro lado y más allá del Código civil, la indemnización de daños, cuando el producto no es conforme con el contrato según el TRLGDCU, parece haberse interpretado en clave de responsabilidad objetiva<sup>198</sup>.

La anterior forma de razonar ya no es posible con la presente sentencia del Tribunal de Justicia, pues con ella los gastos de retirada del producto no conforme con el contrato y los instalación del nuevo producto conforme con el contrato se incardinan en el remedio de la sustitución, el cual opera objetivamente (*infra* [49] y nota 219) y ello con independencia de si el vendedor asumió o no la obligación de instalar el producto.

C.7) *Valoración de la sentencia por nuestros autores: García Rubio y M. J. Marín López.*—Según García Rubio, quien critica al Tribunal de Justicia, «al imponer [el Tribunal] 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

---

(...) a, por ejemplo: ascensores (...), radiadores (...), calentadores de agua (...), cemento antes de ser usado (...). Incluso hay sentencias [*sic*; que] han considerado bienes muebles, en el límite del criterio de simple adhesión o adherencia, a ventanas (...), azulejos de valor artístico (STS 30.3.2000: adheridos de forma permanente pero físicamente separables del inmueble, por lo que en la sentencia se permitió su enajenación como cosa futura que se tornaría mueble con la separación), materiales de saneamiento como lavabos, inodoros (...), etc. Fuera del concepto de bien mueble se han calificados materiales de construcción plenamente incorporado de forma fija al inmueble sin posible separación inocua, como ladrillos, tejas, áridos, tuberías, pintura (...)) [«Comentario del artículo 6 TRLGDCU» (2011) pp. 190-191].

<sup>197</sup> Vid. la interpretación de PANTALEÓN PRIETO sobre artículo 1105 CC, *ADC* (1991) pp. 1064, 1067-1069.

<sup>198</sup> BUSTO LAGO: «Debe tenerse en cuenta que si bien a tenor del régimen jurídico de responsabilidad del vendedor por falta de conformidad, éste se concibe como un sistema de responsabilidad de naturaleza objetivo, en el que la culpa o negligencia del vendedor no posee relevancia alguna. Pues bien, si la acción de daños y perjuicios se configura como una de las consecuencias del incumplimiento contractual calificado en virtud del juicio de responsabilidad como idóneo para generarlas, será una más del conjunto de medidas que el acreedor dispone ante el mismo en defensa de su derecho, de manera que este juicio de responsabilidad debe formularse de forma idéntica para todas estas medidas, también para la indemnización de daños y perjuicios. Entonces, en los casos de falta de conformidad, el éxito de la acción acumulada de indemnización de daños y perjuicios experimentados por el consumidor comprador requerirá la prueba de la existencia de los daños y perjuicios (art. 1106 CC) y de la relación causal con el incumplimiento (art. 1101 CC), resultando de aplicación las previsiones de los arts. 1103 y 1107 CC» [«Comentario del artículo 21 TRLGDCU» (2009) pp. 299-300; *vid. supra* nota 39; la cursiva es nuestra].

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»<sup>199</sup>. En su opinión, no termina de convencer porque «en los dos casos citados está imponiendo al vendedor obligaciones de hacer que no estaban en el contrato de compraventa (...); de algún modo está alterando el contenido del contrato»<sup>200</sup>. Y «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» y a su juicio «esta última afirmación, más comprensible en el caso Putz, es especialmente discutible en el caso Weber»<sup>201</sup>. En relación con este último, García Rubio destaca que el Sr. Wittmer detectó la no conformidad cuando ya se habían instalados dos tercios de las baldosas y a su 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 (...) 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 la nuevas»<sup>202</sup>. En consecuencia, «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»<sup>203</sup>. García Rubio entiende que «la respuesta a ambos casos [Putz y Weber] nunca debió ser la misma y el Tribunal de Justicia comete un patente error al tratar ambos casos de manera idéntica»<sup>204</sup>.

Por su parte, M. J. Marín López destaca la indicación del Tribunal de Justicia de que, cuando el vendedor puede oponerse al remedio de la reparación o de la sustitución del bien, ello es porque (además del supuesto de la imposibilidad) el remedio elegido resulta desproporcionado, recogiendo la Directiva 1999/44/CE una desproporción relativa (si se ejerció la reparación, se compara con la sus-

<sup>199</sup> GARCÍA RUBIO, *ADC* (2013) p. 333.

<sup>200</sup> GARCÍA RUBIO, *ADC* (2013) p. 333.

<sup>201</sup> GARCÍA RUBIO, *ADC* (2013) p. 333.

<sup>202</sup> GARCÍA RUBIO, *ADC* (2013) p. 333.

<sup>203</sup> GARCÍA RUBIO, *ADC* (2013) p. 333. Añade, como argumento, que «el artículo 5.2 de la Directiva [1999/44/CE] faculta a los Estados miembros para imponer al consumidor la carga de informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que se percató de la falta de conformidad y que, a pesar de las reticencias al respecto de la propia Directiva [1999/44/CE], la mayor parte de los Estados han optado por incluirla. No se trata, en el caso Weber, de que el Sr. Wittmer 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» (*op. cit.* p. 334).

<sup>204</sup> GARCÍA RUBIO, *ADC* (2013) p. 335.

titución, y viceversa) y no recogiendo dicha Directiva la desproporción absoluta (consistente en comparar el remedio de la reparación, con todos los demás remedios por la entrega de un bien no conforme con el contrato; lo mismo con la sustitución). «La STJCE pone fin de ese modo a la polémica existente en la doctrina respecto al modo de valorar “la desproporción”. Para unos hay que tomar en consideración únicamente la forma de saneamiento solicitada por el consumidor y el otro remedio primario. Otros, sin embargo, estiman que la desproporción ha de valorarse teniendo en cuenta también el coste que para el vendedor tiene la ejecución de los remedios secundarios (rebaja del precio y resolución). Esta segunda interpretación, que fue asumida por quien esto suscribe, no se (*sic*) acogida por la STJCE que se comenta, por lo que parece que esta interpretación “auténtica” de la directiva efectuada por el TJCE debe ser acogida como pauta interpretativa, también, del TRLGDCU»<sup>205</sup>.

Sobre el entendimiento del Tribunal de Justicia de que el vendedor no ha de asumir todos los gastos de retirada del bien no conforme y de instalación del bien conforme cuando estos son desproporcionados, M. J. Marín López señala que, por ser directiva de mínimos la Directiva 1999/44/CE, «habrá que estar[se] a la normativa nacional de transposición, con la advertencia de que es conforme a la Directiva la ley nacional que permita, en la hipótesis contemplada, que se reparta entre vendedor y consumidor el coste de retirada del bien defectuoso y de instalación del bien de sustitución; y de que aumenta el nivel de protección instaurado en la norma comunitaria la norma nacional que atribuya íntegramente al vendedor esos costes»<sup>206</sup>.

«En el derecho español –continúa diciéndonos M. J. Marín López– no existe una norma de reparto de riesgos de esa naturaleza, pues la ley española se limita, en este como en otros puntos, a incorporar la Directiva mediante su transcripción literal. Alude, por tanto, a la imposibilidad y desproporción como límites a la reparación y a la sustitución (art. 119 TRLGDCU), definiendo la desproporción de manera semejante a la Directiva. A pesar de ello, parece que lo más razonable es interpretar la ley española en los mismos términos que ahora se interpreta la Directiva por la sentencia de 16 de junio de 2011 (...), de modo que, aunque la sustitución del bien no conforme sea gratuita, y el vendedor esté obligado a retirar el bien defectuoso e instalar el bien de sustitución, el consumidor tendrá que asumir parte de esos costes si la sustitución es desproporcionada en términos absolutos»<sup>207</sup>.

<sup>205</sup> M. J. MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* 9, enero (2013) pp. 95-96. Considera que han de tenerse en cuenta todos los remedios derivados de la falta de conformidad del TRLGDCU para valorar si uno de ellos es proporcionado, PICATOSTE BOBILLO (2011) pp. 206-209, 251.

<sup>206</sup> M. J. MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* 9, enero (2013) p. 97.

<sup>207</sup> M. J. MARÍN LÓPEZ, *Aranzadi Civil-Mercantil* 9, enero (2013) pp. 97-98. El autor añade más adelante: «Conviene advertir, por último, que esta doctrina no es extraña al derecho español. Existe una consolidada doctrina jurisprudencial en materia de reparación de automóviles según la cual, cuando el coste de reparación del automóvil que ha sufrido un daño (normalmente a causa de un accidente de tráfico) es muy superior al valor venal del vehículo, el deudor no tiene que indemnizar todo el coste de reparación, sino que debe indemnizar el valor venal del vehículo aumentado con algunos factores correctores» (*op. cit.* p. 98).

C.8) *¿Ha de reformarse el TRLGDCU? Y si es así, ¿cómo?* Es cierto que la reforma no sería necesaria pues el TRLGDCU debe interpretarse de conformidad con las declaraciones del Tribunal de Justicia y esto es algo que el texto legal permite hacer [art. 120.a) TRLGDCU]. Pero, dado que el TRLGDCU ha reformarse por la necesaria transposición de la Directiva 2011/83/UE, podría aprovecharse la reforma y hacerse alguna indicación al respecto.

La declaración de que la sustitución implica que el vendedor ha de asumir la retirada del bien no conforme y la instalación del bien de sustitución (o sus costes) podría incorporarse al artículo 120.a) TRLGDCU, que dispone el carácter gratuito de la sustitución y de la reparación, incorporación que habría de marcar que la regla se aplica al remedio de la sustitución, incluso si el vendedor no se comprometió a instalar el producto<sup>208</sup>.

La declaración de que si la sustitución resulta remedio desproporcionado porque, siendo posible solo la misma (y no la reparación), los costes de retirada del producto y de instalación del nuevo producto son desproporcionados comparados con la relevancia de la falta de conformidad y el valor del producto si este hubiera sido conforme con el contrato y, que en tal caso, el vendedor puede negarse a la sustitución salvo que el consumidor asuma una parte proporcional de esos gastos, puede incorporarse al artículo 119 TRLGDCU, añadiéndosele un tercer apartado (para otra cuestión, cfr. art. 123.5 segunda regla TRLGDCU).

Por último, la idea de que si el consumidor ha de asumir una parte de los gastos de retirada del producto y de instalación del nuevo producto, causándole ello un mayor inconveniente, puede optar entre la reducción del precio y la resolución de la relación de compraventa, podría apuntarse en el artículo 121 TRLGDCU.

## 2.4 La relación de la resolución de la relación de compraventa por la no entrega del bien con los otros remedios por incumplimiento

[40] En virtud del artículo 18.4 de la Directiva 2011/83/UE:

«Entrega

(...)

4. Además de resolver el contrato con arreglo al apartado 2 [del art. 18], el consumidor podrá recurrir a otras soluciones contempladas en la legislación nacional»<sup>209</sup>.

<sup>208</sup> M. J. MARÍN LÓPEZ señala que «la STJCE de 16 de junio de 2011 (...) obliga a interpretar el art. 120.a) TRLGDCU en el sentido de que, al ser la sustitución gratuita, el vendedor está obligado a retirar por sí mismo dicho bien del lugar en el que hubiera sido instalado por el consumidor, y a instalar en ese lugar el bien de sustitución, o bien a cargar con los gastos necesarios para dicha retirada y para la instalación del bien de sustitución» [Revista Aranzadi Civil-Mercantil 9, enero (2013) p. 93].

<sup>209</sup> La Propuesta de Directiva de 2008 no contiene artículo equivalente al artículo 18.4 de la Directiva 2011/83/UE.

[41] Con este último apartado del artículo 18, la Directiva 2011/83/UE quiere dejar claro que lo armonizado plenamente es cuándo el comprador-consumidor puede ejercitar el remedio de la resolución por el incumplimiento del vendedor-comerciante de su obligación de entrega del bien en plazo (el art. 18.2 de la Directiva 2011/83/UE dispone la armonización; art. 4 de la Directiva 2011/83/UE). En cambio, la Directiva 2011/83/UE *no armoniza los otros remedios por incumplimiento de los que hasta ahora haya podido disponer y pueda seguir disponiendo el comprador-consumidor con su Derecho nacional.*

[42] *¿Cuáles pueden ser esos otros remedios?*

La Directiva 2011/83/UE no lo indica, pero en su Considerando (53) podemos encontrar alguna idea: «*Además del derecho a resolver el contrato cuando el comerciante incumpla su obligación de realizar la entrega conforme a lo dispuesto en la presente Directiva, el consumidor podrá recurrir, de conformidad con la legislación nacional aplicable, a otras soluciones, como, por ejemplo, (...)*» (la cursiva es nuestra).

En ese Considerando (53) se aluden a los siguientes ejemplos, los cuales reproduzco en cursiva y sobre los que haré algún comentario.

a) «*[C]onceder al comerciante un plazo adicional para la entrega*». Ante el incumplimiento del vendedor-comerciante, el comprador-consumidor puede seguir interesado en que aquél cumpla por lo que le concede (extrajudicialmente) un plazo adicional para cumplir. Como se ha visto, si vencido el plazo adicional concedido para el cumplimiento el vendedor-comerciante vuelve a incumplir, el comprador-consumidor podrá resolver la relación de compraventa (art. 18.2.I de la Directiva 2011/83/UE; *supra* [30]).

Es también posible que en algunos casos en los que el inicial plazo de cumplimiento de la obligación de entrega del bien (esto es, el plazo determinado en el contrato) tenga la condición de término esencial, el comprador-consumidor, pese a disponer directamente del remedio de la resolución por el incumplimiento del vendedor-comerciante (art. 18.2.II de la Directiva 2011/83/UE), prefiera fijarle otro plazo adicional para que cumpla en él.

b) «*[I]mponer [al comerciante] el cumplimiento del contrato*». Teniendo en cuenta lo indicado en la anterior letra a), esta otra expresión del Considerando (53) de la Directiva 2011/83/UE puede entenderse referida a la posibilidad de exigir *judicialmente* al vendedor-comerciante el cumplimiento de su obligación de entrega de la cosa. Tanto en la anterior letra a), como en esta letra b), nos refe-

rimos al remedio del cumplimiento. El Código civil contempla este remedio, con carácter general y para la obligación de dar, en el artículo 1096, I y II.

c) «[R]etener el pago». Conocido es que en el ámbito del Derecho privado europeo la terminología jurídica empleada suele carecer de la precisión técnica que tiene la nacional, entre otras cosas porque la primera se dirige a una pluralidad de Estados miembros y cada uno tiene su propio sistema jurídico y terminología, y, porque lo que al legislador comunitario le interesa es la obtención de un resultado jurídico. Dicho esto, en relación con la expresión «retener el pago» y desde la perspectiva de nuestro Derecho interno, la misma no ha interpretarse literalmente; esto es, no ha de interpretarse en el sentido de que se atribuya al comprador-consumidor un derecho de retención. En mi opinión, ese «retener el pago» hace referencia al derecho del consumidor de suspender total o parcialmente el cumplimiento de su obligación de pago del precio, mientras el vendedor no cumpla la de entregarle el bien. Se está aludiendo al derecho de suspender el cumplimiento de la propia prestación mientras el otro contratante no cumpla (a lo que tradicionalmente se conoce como *exceptio non adimpleti contractus*). Aunque el Código civil no regule con carácter general este remedio de la suspensión del cumplimiento de la propia prestación, su admisión es algo que está generalizado (puede argumentarse por ejemplo con los arts. 1466, 1502 CC; también con los arts. 1100.III, 1124 CC)<sup>210</sup>.

d) «Pedir daños y perjuicios». Es claro que el Considerando (53) de la Directiva 2011/83/UE alude al remedio de la indemnización de daños y perjuicios. El Código civil lo regula con carácter general en los artículos 1101 y ss. CC.

[43] *¿Debe incorporarse a la compraventa del TRLGDCU una norma como la del artículo 18.4 de la Directiva 2011/83/UE?* No, en relación con los remedios del cumplimiento y de la indemnización de daños. En cambio, para el remedio de la suspensión del cumplimiento de la propia prestación sería oportuna la incorporación.

<sup>210</sup> Sobre «La excepción de incumplimiento contractual y la de cumplimiento defectuoso», *vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 83-114; en las pp. 88-92, el autor diferencia la *exceptio non adimpleti contractus* del derecho de retención y afirma: «A mi juicio, más allá de la diferencia entre la naturaleza obligacional de la *exceptio non adimpleti contractus* y la real del derecho de retención, escasa en sus efectos prácticos, el criterio que diferencia a ambas figuras es que la *exceptio* sólo habilita a la no realización de la propia prestación, mientras que el derecho de retención, en los casos en los que se prevé legalmente a favor de un contratante (arts. 1600, 1730, 1780), va un paso más allá, y concede al acreedor por él protegido un derecho de prenda de origen legal. En virtud de él, el acreedor podrá, como si de una prenda convencional se tratase, llegar a la realización de valor de la cosa; así lo acepta cierta jurisprudencia y la doctrina española más reciente, apoyándose en la dicción de los arts. 1600, 1730 y 1780 del Código Civil» (*op. cit.* pp. 91-92).

Para el cumplimiento y la indemnización de daños, *el consumidor dispone de los mismos en virtud de los artículos 59.2.1 TRLGDCU y 1096 y 1124 CC*. Si se quiere tener una específica ley –la del TRLGDCU– que regule una parte importante de las relaciones que median entre los empresarios y los consumidores (art. 2 TRLGDCU), contando el TRLGDCU con una Parte general (arts. 59 ss. TRLGDCU) y con otra Parte especial, *las Partes general y especial habrán de coordinarse lo mejor posible*. La buena coordinación exige que en la Parte especial no se repita lo ya dispuesto en la general, salvo que hubiere una poderosa razón en contra. Y no veo razón que justifique que en *la específica regulación de la compraventa del TRLGDCU* tenga que indicarse expresamente que el consumidor dispone, además del remedio de la resolución cuando el vendedor no le entrega el bien en plazo, de los remedios del cumplimiento y de la indemnización de daños.

En cambio, ni el TRLGDCU, ni el Código civil en su regulación específica de la compraventa reconocen *expresamente al comprador consumidor* el derecho a suspender el cumplimiento de su propia prestación *cuando* el vendedor no le entrega la cosa (cfr. art. 1502 CC). Por ello, la reforma del TRLGDCU, por causa de la Directiva 2011/83/UE, sería una buena oportunidad para indicarlo en relación con la obligación de entrega del vendedor y en relación con su obligación de entregar un bien conforme con el contrato. Ahora bien, esto no es algo que el legislador español tenga que hacer obligatoriamente. Esto es sólo algo oportuno de llevar a cabo, pues esta materia, la de los otros remedios del consumidor, no la armoniza la Directiva 2011/83/UE. Esta materia compete al legislador nacional (*vid.* art. 3.5 de la Directiva 2011/83/UE, *supra* nota 13, Considerandos (13) y (14) de la Directiva 2011/83/UE, *supra* [5]). Lo que el artículo 18.4 de la Directiva 2011/83/UE viene a decirnos es, que la regulación del remedio de la resolución del artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE no excluye que el comprador-consumidor pueda disponer de otros remedios (art. 59.2. TRLGDCU).

## 2.5 **¿Dónde han de incorporarse las normas del artículo 18, apartados 1, 2 y 3, de la Directiva 2011/83/UE? La nueva sistemática del Título V del Libro II del TRLGDCU y la progresiva completitud de la regulación de la compraventa del TRLGDCU**

[44] A mi entender, las normas del artículo 18, apartados 1, 2 y 3, de la Directiva 2011/83/UE podrían incorporarse al TRLGDCU *en un artículo único*. *¿En dónde situarlo?*

Como anticipé en la Introducción del trabajo (*supra* [3]), en el Título V, *Garantías y servicio posventa*, del Libro II, *Contratos y garantías*, del TRLGDCU. Siendo partidaria de esto, su consecuencia es *que debe modificarse la sistemática interna de los cuatro capítulos que componen ese Título V*. Pero antes de pronunciarme sobre cómo entiendo que habría de ser la nueva sistemática de ese Título V, recordaré la que ahora tiene. Es esta: Capítulo I, *Disposiciones generales sobre garantía de los productos de consumo* (arts. 114 a 117 TRLGDCU); Capítulo II, *Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario* (arts. 118 a 122 TRLGDCU); Capítulo III, *Ejercicio de derechos por el consumidor y usuario* (arts. 123 a 124 TRLGDCU); y Capítulo IV, *Garantía comercial adicional, obligaciones de documentación y servicios posventa* (arts. 125 a 127 TRLGDCU).

[45] Bajo la idea de hacer el posible menor número de alteraciones en la regulación existente del TRLGDCU, *dos* son al menos los posibles diseños de la posible reforma *global* del Título V del Libro II del TRLGDCU de los que voy a dar cuenta. Aprovecho mi presente preocupación de en dónde insertar en el TRLGDCU el artículo 18, apartados 1, 2 y 3, de la Directiva 2011/83/UE, para plantear la posible ubicación legislativa del artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE que trata del momento en que el riesgo de pérdida o deterioro del bien se traspaasa del vendedor-comerciante al comprador-consumidor cuando hay venta y transporte y que analizo en el siguiente apartado del trabajo.

Esos dos *al menos* posibles diseños *globales* de reforma del Título V consisten en lo siguiente:

a) La leyenda del Título V tendría el título *Compraventa* y seguiría contando con cuatro Capítulos.

*El Capítulo I*, al que podría denominársele *Disposiciones generales*, contendría la definición de la compraventa del TRLGDCU (*supra* [17]). En este Capítulo I podría además incluirse la transposición del artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE.

*El Capítulo II* recogería las normas del artículo 18, apartados 1, 2 y 3, de la Directiva 2011/83/UE, pudiendo rubricarse *De la obligación del vendedor de la entrega del producto*.

*El Capítulo III* regularía la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato y de ahí que su leyenda fuera *De la obligación del vendedor de entregar un producto con-*

forme. Este Capítulo III incluiría los vigentes artículos 114 a 124 TRLGDCU.

Y el vigente *Capítulo IV* no tendría modificaciones de contenido normativo y mantendría su leyenda de *Garantía comercial adicional, obligaciones de documentación y servicios posventa*.

b) En el otro (segundo) posible diseño normativo, la leyenda del Título V también cambiaría a la de *Compraventa*. Asimismo, el Título V se compondría de cuatro capítulos, pero el contenido de cada uno de ellos difiere del expuesto para el anterior primer diseño global de reforma.

En este diseño, el Título V tendría un *Capítulo I* titulado *Disposiciones generales*, que contendría la definición de compraventa del TRLGDCU.

El *Capítulo II* regularía la obligación del vendedor de la entrega del producto (trasponiéndose el art. 18, apartados 1, 2 y 3, de la Directiva 2011/83/UE) así como la obligación del vendedor de entregar de un producto conforme con el contrato (vigentes arts. 114 a 124 TRLGDCU). Este Capítulo II podría rubricarse *De las obligaciones del vendedor* y muy posiblemente fuera conveniente subdividirlo en dos secciones, una para cada una de las señaladas obligaciones del vendedor.

El *Capítulo III* regularía el momento de la transmisión del riesgo de la pérdida o del deterioro del producto del vendedor al consumidor, transponiéndose en él las reglas del artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE y se titularía *Del momento de la transmisión del riesgo de la pérdida o del deterioro del producto al comprador*.

El vigente *Capítulo IV* del Título V del Libro II del TRLGDCU se mantendría con la misma leyenda y contenido que ahora tiene.

Sobre en dónde llevar a cabo las oportunas indicaciones acerca de los productos y de los contratos a los que se aplican y a los que no se aplican las reglas del Título V del Libro II del TRLGDCU (*supra* [18]), esto puede realizarse en ambos diseños normativos en el Capítulo I.

*De los expuestos posibles diseños normativos prefiero el segundo.* Afirmado esto, a continuación voy a analizar qué es lo que dispone el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE. Es el último artículo de la Directiva 2011/83/UE cuyo análisis seleccioné llevar a cabo para este trabajo (*supra* [2]). Después de ello, argumentaré el porqué de mi preferencia por el segundo diseño global expuesto para el Título V del Libro II del TRLGDCU.

#### IV. EL MOMENTO DE LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO DE LA PÉRDIDA O DEL DETERIORO DEL BIEN DEL VENDEDOR-COMERCIANTE AL COMPRADOR-CONSUMIDOR

[46] El artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE dispone:

*«Transmisión del riesgo*

*En los contratos en que el comerciante envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes. No obstante, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista, en caso de que el consumidor encargara al transportista el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el comerciante, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista»<sup>211</sup>.*

[47] En su día, la Directiva 1999/44/CE reguló la obligación del vendedor de entregar un bien conforme con el contrato y las consecuencias de su incumplimiento. El artículo 3.1 de la Directiva 1999/44/CE dispuso como momento relevante para apreciar el cumplimiento de dicha obligación –y el de su incumplimiento, la otra cara de la moneda– el momento de la entrega del bien<sup>212</sup> (cfr. art. 114 TRLGDCU). La Directiva 1999/44/CE no reguló específicamente el problema de hasta qué momento el vendedor asume el riesgo de la pérdida o del deterioro de la cosa y, a partir de cuándo lo asume el consumidor. En el Considerando (14) de la Directi-

<sup>211</sup> Según el artículo 23 de la Propuesta de Directiva de 2008: «Transmisión del riesgo/ 1. El riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes./ 2. El riesgo contemplado en el apartado 1 se transmitirá al consumidor en el momento de la entrega conforme a lo acordado por las partes si el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, no ha tomado las medidas razonables para adquirir la posesión material de los bienes».

Sobre el momento en que ha de apreciarse si el bien es o no conforme con el contrato, la Propuesta de Directiva de 2008, que regulaba la obligación del comerciante de entregar un bien conforme con el contrato (*supra* nota 6) dispuso en su artículo 25: «Derechos jurídicos – responsabilidad por falta de conformidad/ El comerciante será responsable ante el consumidor de toda falta de conformidad que exista en el momento en que el riesgo se transmite a éste». Dicho momento es, de conformidad con el antes transcrito artículo 23.1 de la Propuesta de Directiva de 2008, el de la adquisición material del bien. La Propuesta de Directiva de 2008 fijaba, pues, el mismo momento –el de la adquisición de la posesión material del bien por el consumidor o por un tercero indicado por él, distinto del transportista– para la transmisión del riesgo de la pérdida o del deterioro de la cosa al consumidor y, para apreciar si el bien era o no conforme con el contrato.

<sup>212</sup> *Vid. supra* nota 172.

va 1999/44/CE se quiso precisar: «(...) que las referencias a la fecha de entrega *no suponen* que los Estados miembros *deban modificar sus normas sobre transferencias de riesgos*»<sup>213</sup> (la cursiva es nuestra).

<sup>213</sup> Sobre la Directiva 1999/44/CE, MORALES MORENO señaló: «(...) la Directiva [1999/44/CE] le impone [al vendedor] entregar una cosa conforme al contrato (art. 2.1) y le hace responsable ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega (art. 3.1). Esta exigencia es incompatible con una regla de transmisión de riesgo en virtud de la cual el riesgo de deterioro de la cosa vendida se transmita al comprador en el momento de perfección del contrato de compraventa, como la que resulta del artículo 1452 CC. *Y lo que acabo de decir sobre el riesgo de deterioro debe extenderse al riesgo de pérdida de la cosa, pues carecería de sentido que el consumidor tuviera que pagar el precio de ésta cuando se pierde, celebrado el contrato, antes de haberle sido entregada, aunque la pérdida se produzca por caso fortuito./ (...)*. El problema se va a plantear en aquellos Ordenamientos en los que la incorporación de la Directiva no dé lugar a la modificación de la regla “periculum est emptori”. Tal es el caso de España. En tal caso, ha de entenderse que la regla de atribución de riesgo al comprador desde la perfección del contrato *queda, al menos parcialmente, derogada, por incompatibilidad con el sistema de responsabilidad de la Directiva*» [(2004) p. 46 y p. 47]. En un posterior trabajo, en el que señala la necesaria reforma del Código civil e indica cuáles serían en su opinión las directrices de aquélla, MORALES MORENO conecta el problema de la distribución de los riesgos de pérdida o deterioro de la cosa con el momento del cumplimiento de la obligación de entrega: «El artículo 1452, dedicado al riesgo en el contrato de compraventa, debe ser modificado, para adaptarlo al nuevo sistema de regulación del incumplimiento contractual, propio de la Directiva 1999/44 (de la CISG y de los PECL), en el que debe inspirarse la reforma del CC./ Conforme al nuevo sistema, constituye incumplimiento la falta de ejecución de cualquier obligación, con independencia de que la inejecución sea o no imputable al deudor (al vendedor). (...). En consecuencia, toda pérdida o deterioro causal de la cosa, que ocurra antes del momento en que el vendedor haya incumplido su obligación de entregarla, es a riesgo del vendedor, pues la pérdida provoca el incumplimiento de la obligación de entregar la cosa, y el deterioro, el de la obligación de entregarla en conformidad. El incumplimiento determina responsabilidad contractual, con la consiguiente aplicación de los correspondientes remedios./ Esta construcción unitaria y objetiva del incumplimiento no deja espacio para separar entre incumplimientos imputables, a los que se aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, a los que se aplicaría la doctrina del riesgo. El problema del riesgo está envuelto hoy en el tratamiento del incumplimiento./ (...) / El momento de traslación del riesgo al comprador (si es que seguimos hablando de ese momento) debe situarse en el de la entrega de la cosa vendida; la entrega puede producirse bajo diferentes modalidades, que comprenden la puesta a disposición del comprador, la remisión mediante la puesta en poder del primer transportista, o la traslación hasta el lugar previsto en el contrato. Lo que importa para la transmisión del riesgo es que el vendedor haya realizado todo lo que le incumbe, según la modalidad de entrega prevista en el contrato. Sin embargo, en caso de entrega mediante puesta a disposición, parece conveniente no exigir sólo la efectiva puesta a disposición (estando la cosa debidamente identificada, con conocimiento del comprador), sino que el comprador la retire o haya incidido en retraso en su recepción. Estimulamos el cuidado del vendedor, si la cosa sigue bajo su custodia (es cierto que puede estar bajo la custodia de un tercero. [sic] por ej.: se halla en el almacén del fabricante). También evitamos discusión sobre si el vendedor es o no culpable de la pérdida de la cosa, ocurrida mientras estaba a disposición del comprador» [ADC (2003) pp. 1628-1629]. Y en relación con el momento en que habría de apreciarse el cumplimiento de la obligación de entrega de cosa conforme con el contrato, MORALES MORENO afirmó: «Según la Directiva [1999/44/CE] la exigencia de conformidad se sitúa en el momento de la entrega de la cosa (art. 2.1.). Sin embargo, la entrega es un proceso en el que intervienen tanto el vendedor como el comprador, e incluso terceros (transportistas); proceso que genera riesgos particulares de pérdida de la conformidad. Decir que la cosa debe ser conforme al contrato en el momento de la entrega no es incorrecto, pero resulta poco preciso. Es mejor afirmar que la cosa debe ser conforme en el momento en que se produce la traslación del riesgo al comprador. El riesgo se traslada cuando el vendedor ha hecho, adecuadamente, todo lo que le corresponde hacer en el proceso de entrega; es decir,

La Directiva 2011/83/UE –continuando como he ido señalando en el trabajo la progresiva construcción comunitaria del régimen jurídico de la compraventa de consumo– ha regulado específicamente la cuestión de quién asume el riesgo de la pérdida o del deterioro de la cosa en un concreto caso: *aquél en el que el bien ha de transportarse*. En el Considerando (55) de la Directiva 2011/83/UE, que más abajo se transcribe, leemos que ello se regula *porque puede ser fuente de litigio* (esta misma idea se indica en el Considerando (51); *supra* [21]).

[48] El artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE contempla distintos supuestos y dispone reglas distintas.

a) Para el supuesto en que el vendedor-comerciante *envía* el bien al comprador-consumidor –esto es, *aquél gestiona o realiza el transporte*–, el vendedor-comerciante asume el riesgo de la pérdida o del deterioro del bien *hasta el momento en que el comprador-consumidor –o el tercero indicado por éste que no sea el transportista– adquiera su posesión material*. Desde el momento de la adquisición material del bien por parte del comprador-consumidor o por el tercero por él indicado, el comprador-consumidor asume la posible pérdida o deterioro de la cosa, lo cual implica, aunque no se indique expresamente en el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE, que el comprador-consumidor habrá de pagar el precio (entiendo ello, bajo el presupuesto de que la pérdida o el deterioro *no* tenga por causa un incumplimiento del vendedor; cfr. arts. 36.1, 66, 70 CISG).

El Considerando (55) de la Directiva 2011/83/UE, al que antes he hecho mención, se refiere al artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE y, señala: «*Cuando el comerciante expide los bienes al consumidor, en caso de pérdida o deterioro, la determinación del momento de la transferencia del riesgo puede ser fuente de litigios*. Por tanto, la presente Directiva *debe establecer* que el consumidor *esté protegido de todo riesgo de pérdida o deterioro de los bienes que se produzca antes de que haya adquirido la pose-*

---

ha cumplido lo que le impone en el caso concreto la obligación de entregar. Por ejemplo, si le corresponde remitir la cosa al comprador, por medio de un transportista, ya la ha puesto en poder del mismo, habiendo hecho además adecuadamente la selección del transportista, si le correspondía hacerlo./ Cuando la entrega ha de producirse por puesta a disposición, el vendedor cumple su obligación poniendo la cosa, debidamente identificada, a disposición del comprador y comunicándoselo, para que ordene su retirada. Sin embargo, es posible y resulta conveniente, que el riesgo de pérdida o deterioro siga atribuido al vendedor, si éste continúa manteniendo el control de la cosa. Así ocurre en la CISG (art. 69 CISG)» [ADC (2003) p. 1634]. *Vid.* artículos 1452, 1465, 1481 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa* y núms. 3, 7 y 16 de la Exposición de Motivos de dicha Propuesta [Boletín de Información del Ministerio de Justicia, mayo (2005) núm. 1988]. *Vid.* FENYOY PICÓN (2006) [80] pp. 236-244.

*sión material* de los mismos. *Es preciso proteger al consumidor frente a los riesgos durante el transporte organizado o realizado por el comerciante*, aun cuando el consumidor haya elegido una determinada forma de entrega de entre las distintas posibilidades propuestas por el comerciante. (...). En cuanto al momento de la transferencia del riesgo, debe considerarse que un consumidor ha adquirido la posesión material de los bienes *cuando los ha recibido*» (la cursiva es nuestra).

La Directiva 2011/83/UE nada indica sobre la posibilidad de que, siendo ello imputable al comprador-consumidor, este se retrase en adquirir la posesión material del bien en relación con cuando debía haberla adquirido y, cómo incide ello en la determinación del momento de la transmisión del riesgo. En cambio, la Propuesta de Directiva de 2008 sí trataba tal posibilidad. Para este caso y según el artículo 23.2 de la Propuesta de Directiva de 2008, el momento de la transmisión del riesgo al consumidor-comprador sería *el de la entrega según lo pactado* «*si el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, no ha tomado las medidas razonables para adquirir la posesión material de los bienes*»<sup>214</sup>. Es esta una norma razonable.

b) Para el supuesto en que *el consumidor sea quien haya encargado* el transporte del bien al transportista o, *haya elegido un transportista distinto de los propuestos* por el vendedor-comerciante, dicho comprador-consumidor asume el riesgo de la pérdida o del deterioro del bien *desde el momento en que el bien se entregue al transportista*. En el mentado Considerando (55) de la Directiva 2011/83/UE se indica que la regla de que el vendedor-comerciante asume el riesgo de la pérdida o del deterioro del bien hasta el momento en el que el comprador-consumidor adquiere su posesión material, «*no debe aplicarse a los contratos en los que el consumidor pueda elegir entre recoger él mismo los bienes o pedir a un transportista que lo haga*».

Aunque no hubiera sido preciso señalarlo, pues de lo que el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE se ocupa es de determinar, *en la compraventa en la que media el transporte del bien*, el momento hasta el cual el vendedor asume el riesgo de la pérdida o

---

<sup>214</sup> *Supra* nota 211 para el artículo 23.2 de la Propuesta de Directiva de 2008. En el Considerando (38) de la Propuesta de Directiva de 2008 se indica sobre el artículo 23: «(...). Es preciso proteger al consumidor frente a todo riesgo de pérdida o deterioro de los bienes acaecido durante el transporte organizado o realizado por el comerciante. La norma introducida sobre transmisión del riesgo no debe aplicarse si el consumidor retarda indebidamente la toma de posesión de los bienes (por ejemplo, si el consumidor no los va a buscar a la oficina de correos en el plazo fijado por esta última). En esas circunstancias, el consumidor debe soportar el riesgo de pérdida o deterioro después del momento de la entrega acordado con el comerciante».

del deterioro del bien y a partir de cuándo lo asume el consumidor, dicho artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE dispone para el segundo supuesto que contempla, que la regla que dispone opera «*sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista*».

[49] Trasladándonos a nuestro Derecho, el artículo 1452, I y II, CC ordena que el riesgo de pérdida o deterioro fortuitos de la cosa corresponden al comprador desde el momento de la perfección de la compraventa, solución ésta considerada no satisfactoria desde hace tiempo. Para la compraventa genérica, para la de género limitado y para la específica con precio *ad mensuran*, el artículo 1452.III CC desplaza en el tiempo el momento del traspaso del riesgo al comprador a aquel en que las cosas fungibles «se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste [el comprador] se haya constituido en mora»<sup>215</sup>. Ahora bien, *el artículo 1452 CC no se aplica a la compraventa del TRLGDCU*<sup>216</sup>, lo que se ha argumentado con base en lo siguiente.

El artículo 114 TRLGDCU fija el momento relevante para apreciar la falta de conformidad en «el momento de la entrega del producto» (*vid.* además art. 123, 1 y 4, TRLGDCU), sin perjuicio de que para el caso en el que el producto haya además de instalarse, el artículo 116.2 TRLGDCU desplace en el tiempo (hacia delante) el momento de la apreciación de la falta de conformidad<sup>217</sup>. Pero, si bien el artículo 114 TRLGDCU fija el momento de la entrega como el relevante para apreciar la existencia de la falta de conformidad, dicho artículo no especifica cómo ha de entenderse aquélla. Se ha señalado que la entrega que importa es *la material*<sup>218</sup>. Por otro lado, la responsabilidad del vendedor, por

<sup>215</sup> Información sobre cómo distintos autores reinterpretan el artículo 1452.I CC con el fin de que el momento del traslado del riesgo al comprador se aleje del momento de la perfección del contrato en: SAN MIGUEL PRADERA (2004) [141]-[150] pp. 128-135. Para el artículo 1452.III CC, *vid.* Díez-PICAZO/GULLÓN (2012) 10.<sup>a</sup> ed., pp. 61-62.

<sup>216</sup> *Vid.* TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 114 TRLGDCU» (2011) pp. 1062-1063; PICATOSTE BOBILLO (2011) pp. 138-140; MARTÍN ARESTI (2010) pp. 57-59; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 114 TRLGDCU» (2009) pp. 1413-1414 (*vid. infra* nota 223).

<sup>217</sup> M. J. MARÍN LÓPEZ informa en relación con el artículo 116.2 TRLGDCU: «Para unos, la instalación es una prestación de hacer complementaria de la prestación de dar, por lo que sin ella no puede considerarse completa la entrega, de manera que el defecto de instalación no puede ser considerado como posterior a la entrega. Otros, con un razonamiento menos forzado, señalan que el art. 116.2 TRLGDCU constituye una excepción al art. 114 TRLGDCU en lo que a la preexistencia de la falta de conformidad se refiere» [*Comentario del artículo 114 TRLGDCU*] (2009) p. 1413, *vid.* desde la p. 1412; *vid.* además «Comentario del artículo 116 TRLGDCU» (2009) p. 1464; *vid.* también TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 114 TRLGDCU» (2011) pp. 1061-1062.

<sup>218</sup> *Vid.* PICATOSTE BOBILLO (2011) pp. 121-123, 220-221; MARTÍN ARESTI (2010) p. 56, si bien *vid.* hasta p. 57, p. 59; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 114 TRLGDCU» (2009) p. 1413, «Comentario del artículo 122 TRLGDCU» (2009) p. 1536

la entrega de un producto no conforme con el contrato, es una responsabilidad objetiva<sup>219</sup>. *Si esta responsabilidad objetiva ha de apreciarse en el momento de la entrega material del producto, estamos incorporando a la obligación del vendedor, de entregar un producto conforme con el contrato, el tradicional problema de quien (vendedor o comprador) asume el riesgo del deterioro del producto que tiene lugar entre el momento de la perfección de la compraventa y el de su entrega* (lo cual, se ha dicho, ha de incluir además al supuesto de la pérdida del producto<sup>220</sup>).

*¿Qué sucede si hay venta y transporte del producto?*

Ni el Código civil, ni el TRLGDCU disponen una específica regla sobre quien ha de asumir, *en la relación entre el vendedor y el comprador*, el riesgo de la pérdida o del deterioro del producto durante su transporte<sup>221</sup>. Sin embargo, esto no ha impedido a

---

(para el remedio de la reducción del precio) y «Comentario del artículo 123 TRLGDCU» (2009) pp. 1542-1543, 1544, 1545.

<sup>219</sup> Señalan el carácter objetivo de la responsabilidad, por ejemplo: TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 114 TRLGDCU» (2011) p. 1059 y «Comentario del artículo 116 TRLGDCU» (2011) pp. 1078-1079; MARTÍN ARESTI (2010) p. 55; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 114 TRLGDCU» (2009) p. 1418, *vid.* hasta p. 1419; ORDÁS ALONSO (2009) p. 30; FENOY PICÓN (2006) [92] p. 264.

<sup>220</sup> *Vid. supra* MORALES MORENO nota 213, en relación con la Directiva 1999/44/CE. La misma idea para el TRLGDCU señala MARTÍN ARESTI: «La atribución de responsabilidad al vendedor por las faltas de conformidad existentes en el momento de la entrega traslada a este punto temporal la transmisión del riesgo contractual en las ventas de consumo, de forma no coincidente con el planteamiento del Código civil. (...). No obstante la ausencia de previsiones en nuestro ordenamiento sobre la cuestión del riesgo en las ventas de consumo, el carácter obligatorio del régimen de responsabilidad del vendedor determina que la presencia de otras normas de Derecho interno que establezcan una solución distinta para los deterioros fortuitos acaecidos con anterioridad a la entrega, no puedan comprometer el reconocimiento de los derechos que los arts. 114 y ss. del TRLGDCU atribuyen al consumidor ante la existencia de una falta de conformidad en este tipo de ventas. De esta suerte, en los casos de *defectos o menoscabos* del producto entregado, el consumidor podrá ejercitar frente a este sujeto, con fundamento en tales anomalías, los derechos que le brinda el art. 118 TRLGDCU. (...)./ La consideración de la entrega como el momento en que se produce la transmisión del riesgo contractual en las ventas de consumo *debe aplicarse a todos los supuestos de producción del riesgo. En consecuencia, no solo a los menoscabos y deterioros que ha sufrido el producto antes de su entrega, sino también a los supuestos en que éste se pierde, perfecto el contrato, estando aún en poder del vendedor. Aunque el caso de pérdida no constituye un supuesto de falta de conformidad y, por ello, no resulta de aplicación el régimen de responsabilidad del vendedor por este concepto, parece evidente que la transmisión del riesgo debe referirse a un único momento cualquiera que sea el grado en que éste se produzca*» [la cursiva es nuestra; (2010) pp. 57-58].

<sup>221</sup> En el Código civil, su artículo 1465 se ocupa de determinar quién asume los gastos del transporte: «Los gastos para la entrega de la cosa vendida serán de cuenta del vendedor, y los de su transporte o traslación de cargo del comprador, salvo el caso de estipulación especial». Cfr. art. 1171 CC. Para la compraventa mercantil del Código de Comercio, ALCOVER GARAU indica: «Pues bien, si se tiene en cuenta, por un lado, que el CCom de 1885, al ser una copia retocada del CCom de 1929 (*sic*, 1829), contempla la realidad económica de principios del siglo XIX y ofrece así una regulación desfasada basada en el supuesto de la venta en plaza y, por otro, que la compraventa con entrega indirecta aparece en el tráfico en la segunda mitad del mismo siglo y estructura de forma diversa a la venta en plaza la obligación de entrega que pesa sobre el vendedor, no es

algunos de nuestros autores pronunciarse para la venta del TRLGDCU. La solución que apuntan es que *el vendedor asume, frente al consumidor-comprador, los riesgos del deterioro o de la pérdida del producto producidos durante su transporte*. Lo señala así Martín Aresti para el supuesto en que la obligación del vendedor «deba entenderse cumplida cuando el producto es objeto de entrega en el domicilio del consumidor», y también, para el supuesto en que se haya pactado una cláusula de portes debidos con la excepción de que haya sido el consumidor quien haya elegido y contratado el transporte del producto o dado instrucciones al vendedor sobre ello<sup>222</sup>. M. J. Marín López también considera

---

aventurado afirmar que nuestro Derecho mercantil ni recoge el supuesto con entrega indirecta ni sus normas pueden ser adecuadas para regularlo./ En efecto, ni el CCom ni el CC contienen ninguna norma que establezca que la entrega se produce cuando la mercadería se pone en poder del porteador para ser trasladada al comprador. Al contrario, tan solo se refieren a las situaciones de tener el vendedor las mercaderías a disposición del comprador (arts. 333 y 337 CCom), de poner a disposición (arts. 338 y s. del CCom) y de poner el bien en poder y posesión (art. 1462 CC), que son las típicas de la venta con entrega directa y que no se producen en la venta con entrega indirecta, ya que en ellas el que pone a disposición del comprador las mercaderías es el transportista, no el vendedor, en el punto de destino./ Como consecuencia de lo anterior, si las partes quieren, (...), que la entrega se produzca con la entrega al transportista, deben pactarlo expresamente. Si nada pactan, la venta se entenderá en plaza, al ser éste el supuesto general regulado por el CCom (y por aplicación del art. 1171 del CC, aplicable en virtud del art. 50 CCom en el ámbito mercantil). Y si se pactan que la entrega se produzca en el domicilio del comprador o en el puerto de destino, la venta será a la llegada./ En relación con las ventas a la llegada, hay indicios racionales que ponen de relieve que, aunque el CCom se refiere de forma preponderante a la venta en plaza, contempló las ventas a la llegada. (...)/ Es evidente que lo anterior incide de forma directa en la cuestión de la transmisión del riesgo en la compraventa con entrega indirecta en un doble sentido: en primer lugar, si el CCom no regula la compraventa con entrega indirecta, no regula tampoco la transmisión del riesgo en tal venta, circunstancia esta que ponen de relieve tanto la doctrina como la jurisprudencia, y, en segundo lugar, el criterio de transmisión recogido en el CCom es por completo inadecuado para regular la transmisión del riesgo en la venta con entrega indirecta en el momento del embarque en la medida en que la situación de tener o poner al vendedor la mercadería a disposición del comprador no se produce en tal venta, siendo el porteador el que pone la mercadería a disposición del comprador en el punto de destino convenido, tal como demuestran los artículos 92.2 de la LUCI y 86.2 de la CV, (...)/ Por tanto, conteniendo tan sólo el CCom el criterio de tener a disposición y exigiendo la práctica comercial que el riesgo se transmita con la entrega al transportista, se produce un acusado desfase del régimen mercantil español en relación a la moderna realidad del tráfico, lo que determina que dicho régimen, que es dispositivo, aparezca con mucha frecuencia modificado por acuerdo entre las partes contratantes o por los usos, destacando la utilización de las cláusulas de entrega y superándose por esta vía el arcaísmo del texto legal./ Por consiguiente, si las partes a través de una cláusula de entrega pactan una compraventa con expedición o una compraventa con entrega indirecta, el régimen jurídico de tal venta viene determinado por la cláusula de entrega y no por las disposiciones del CCom» [(1991) pp. 209-211, *vid.* desde p. 208 hasta p. 212, y además, pp. 212-222 en donde el autor analiza la equiparación entre puesta a disposición y entrega al transportista por parte de la jurisprudencia y los autores, criticándolo].

<sup>222</sup> En palabras de MARTÍN ARESTI: «(...) el efecto que en la práctica mercantil se atribuye a las cláusulas *portes pagados* o *portes debidos* para determinar el momento de la entrega del producto objeto del contrato de compraventa, debe limitarse a las relaciones entre profesionales. A lo sumo, cuando el destinatario sea un consumidor, estas cláusulas deben ceñir sus efectos a la determinación del sujeto que paga los portes, pero no deben decidir la atribución de riesgo. Así, cuando el vendedor concierta un transporte en régimen de *portes*

que el vendedor asume los deterioros que el producto sufra durante su transporte<sup>223</sup>.

**– La venta y el transporte del bien gestionado por el vendedor en el DCFR. El momento del traspaso del riesgo de pérdida o deterioro del bien del vendedor al comprador-consumidor en el DCFR**

A) Para la venta y el transporte del bien gestionado por el vendedor ha de acudirse a la Sección 2 (*Delivery of the goods*) del Capítulo 2 (*Obligations of the seller*) de la Parte A (*Sales*) del Libro IV (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*) del DCFR. Dicha Sección 2 regula la obligación del vendedor de la entrega del bien, artículos IV.A.-2:201 a IV.A.-2:204 DCFR. A los artículos IV.A.-2:201 y IV.A.-2:202 DCFR me referí cuando traté las formas de entrega y el plazo de entrega del bien. Voy a referirme ahora al artículo IV.A.-2:204 DCFR, que dispone:

«Carriage of the goods

(1) *If the contract requires the seller to arrange for carriage of the goods, the seller must make such contracts as are necessary for carriage to the place fixed by means of transportation appropriate in the circumstances and according to the usual terms for such transportation.*

---

*debidos* para ejecutar la obligación de entregar al consumidor el producto adquirido por éste, debe entenderse que, al margen de que los portes deban ser satisfechos por el consumidor en el momento de la entrega, los riesgos de una eventual pérdida o deterioro corren de cuenta del vendedor quien, caso de producirse éstos, podrá exigir la consiguiente responsabilidad al transportista de acuerdo con el artículo 362 CCo (*sic*) o, en su caso, a la empresa aseguradora. Estas pautas de protección no deben aplicarse en los supuestos residuales en los que se acredite por parte del vendedor que es el consumidor quien ha decidido y contratado el transporte del producto, o ha dado instrucciones al respecto al vendedor» [(2010) pp. 59-60].

Sobre la tipología de compraventas, cuando media transporte, *vid.* Alcover Garau (1991) pp. 66-73, *vid.* además hasta p. 76.

<sup>223</sup> M. J. MARÍN LÓPEZ: «El Código civil sigue la regla romanista *periculum est emptoris*, que implica la atribución al comprador del riesgo de la producción de esos defectos (art. 1452 CC), salvo culpa (art. 1094 CC) o mora del vendedor (art. 1096 CC). Esta regla es distinta de la establecida en el art. 114 TRLGDCU, según la cual el comprador soporta el riesgo de deterioro fortuito del bien desde su entrega (y no desde la perfección del contrato). A pesar de la declaración contenida en el Considerando núm. 14 de la Directiva 1999/44/CE, hay que entender que la clásica regla de distribución de los riesgos debe entenderse modificada, al menos para las ventas a consumidores, en el sentido de atribuir al vendedor el riesgo de los deterioros que el bien sufra desde la perfección del contrato hasta la entrega. *Por lo tanto, es el vendedor (y no el consumidor) el que soporta el riesgo de los defectos ocasionados por el transporte de los bienes vendidos.* Este cambio, sin embargo es más teórico que real. En primer lugar, porque es habitual en las ventas de bienes de consumo que sea el propio vendedor el que asuma el riesgo derivado del transporte de los bienes. En segundo lugar, porque en la mayoría de ventas al consumo la perfección del contrato viene seguida de la entrega de la cosa, por lo que perfección y entrega son simultáneas. Y en tercer lugar, porque las ventas a consumidores son, normalmente, ventas de cosa genérica, y en estas ventas el riesgo de pérdida fortuita lo asume el vendedor hasta la especificación, y no se produce la especificación en sentido jurídico hasta el momento de la entrega» (la cursiva es nuestra; «Comentario del artículo 114 TRLGDCU» (2009) pp. 1413-1414).

(2) *If the seller, in accordance with the contract, hands over the goods to a carrier and if the goods are not clearly identified to the contract by markings on the goods, by shipping documents or otherwise, the seller must give the buyer notice of the consignment specifying the goods.*

(...) <sup>224</sup>» (la cursiva es nuestra).

A.1) En el *Comment A* del artículo IV.A.-2:204 DCFR se indica que el artículo establece distintas obligaciones del vendedor cuando los bienes *han de transportarse desde el vendedor al comprador (o a la persona acordada) por parte de un tercero que es el transportista*. El artículo IV.A.-2:204 DCFR *no regula quién ha de gestionar* el transporte de los bienes, lo que depende *de lo acordado por las partes*. El artículo *no* abarca los casos en los que los empleados del vendedor o del comprador son quienes asumen el transporte de los bienes para el comprador. <sup>225</sup>

Sobre la compraventa de consumo, en el *Comment D* del artículo IV.A.-2:204 DCFR se destaca que, de acuerdo con el artículo IV.A.-5:103 (1) DCFR (*Passing of risk in a consumer contract for sale*) que luego analizamos, la regla general para la compraventa de consumo es que el riesgo *no pasa* al consumidor *hasta que este efectivamente reciba los bienes*. *Esto significa que los bienes viajan a riesgo del vendedor*. <sup>226</sup>

B) Las Secciones 1 (*General provisions*) y 2 (*Special rules*) del Capítulo 5 (*Passing of risk*) de la Parte A (*Sales*) del Libro IV (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*) regulan el efecto y el momento del traspaso del riesgo de pérdida o deterioro del bien del vendedor al comprador (arts. IV.A.-5:101 a IV.A.-5:203 DCFR) <sup>227</sup>.

El traspaso del riesgo al comprador supone *–regla general* de la Sección 1– que éste, pese a la pérdida o el deterioro del bien, ha de pagar el precio, salvo que ello tenga por causa la acción u omisión del vendedor (art. IV.A.-5:101 DCFR <sup>228</sup>). Son también

<sup>224</sup> Continúa el artículo 2:204 DCFR: «(3) *If the contract does not require the seller to effect insurance in respect of the carriage of the goods, the seller must, at the buyer's request, provide the buyer with all available information necessary to enable the buyer to effect such insurance*».

<sup>225</sup> *Comment A* del artículo IV.A.-2:204 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1270.

<sup>226</sup> *Comment D* del artículo IV.A.-2:204 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1271. Es lógico que en dicho *Comment D* se lea de inmediato: «Hence, paragraph (3) of this Article [IV.A.-2:204 DCFR; *vid. supra* nota 224] will be of the limited importance in consumer contracts for sale as it will generally be in the seller's interest to arrange for insurance, *since any loss of or damage to the goods before they reach the consumer will be the seller's responsibility*» (la cursiva es nuestra; *op. cit.*, p. 1271).

<sup>227</sup> Sobre la regulación de los riesgos en la compraventa del DCFR, *vid.* SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2008) *Revista Jurídica del Notariado* (2011) núm. 80 pp. 285-333, en particular pp. 304-331; de la misma autora, para la compraventa de consumo y riesgos, *ADC* (2011) pp. 1110-1112.

<sup>228</sup> Artículo IV.A.-5:101 DCFR: «*Effect of passing of risk/ Loss of, or damage to, the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge the buyer from the obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller*».

En el *Comment A* del artículo IV.A.-5:101 DCFR se indica: «*The present Chapter [5] addresses the question of who has to bear the risk of the goods being lost or damaged in a*

*reglas generales* la del artículo IV.A.-5:102 DCFR –que especifica el momento en el que el riesgo se traspaasa al comprador<sup>229</sup>– y la del artículo IV.A.-5:103 DCFR –que regula el traspaaso del riesgo en la *compraventa de consumo*, precepto que analizo en la siguiente letra C)–.

La mencionada Sección 2 (*reglas especiales* del traspaaso del riesgo) recoge el supuesto en el que el bien se pone a disposición del comprador (art. IV.A.-5:201 DCFR; *Goods placed at buyer's disposal*); el supuesto en el que, además de la compraventa, el bien ha de transportarse (art. IV.A.-5:202 DCFR; *Carriage of the goods*); y el supuesto en el que el bien es vendido en tránsito (art. IV.A.-5:203 DCFR; *Goods sold in transit*).

En el DCFR, el momento relevante para apreciar *la falta de conformidad* del bien es el del traspaaso del riesgo al comprador (art. IV.A.-2:308 DCFR)<sup>230</sup>.

C) El artículo IV.A.-5:103 DCFR dispone:

«Passing of risk in a consumer contract for sale

(1) In a consumer contract for sale, the risk does not pass until the buyer takes over the goods.

(2) Paragraph (1) does not apply if the buyer has failed to perform the obligation to take over the goods and the non-performance is not excused under III.-3:104 (Excuse due to an impediment) in which case IV.A.-5:201 (*Goods placed at buyer's disposal*) applies.

(3) Except in so far as provided in the preceding paragraph, Section 2 of this Chapter does not apply to a consumer contract for sale.

---

fortuitous event, i.e. due to no fault of either party. This Article governs the question of whether the buyer needs to pay the full price for the goods despite their accidental loss or damage» [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, pp. 1367-1368]. Y en el *Comment D* del mismo artículo: «The rules on the passing of risk come into play only in the case of fortuitous events resulting in the loss of or damage to the goods, i.e. events that neither party could foresee. The present Article reflects this important principle by providing for an exception relating to the seller's conduct. If the seller is responsible for the loss of or damage to the goods, the buyer is not deprived of rights against the seller regarding that loss or damage» (*op. cit.*, p. 1369).

<sup>229</sup> Artículo IV.A.-5:102 DCFR: «Time when risk passes/ (1) The risk passes when the buyer takes over the goods or the documents representing them./ (2) However, if the contract relates to goods not then identified, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise./ (3) The rule in paragraph (1) is subject to the Articles in Section 2 of this Chapter».

<sup>230</sup> Artículo IV.A.-2:308 DCFR: «Relevant time for establishing conformity/ (1) The seller is liable for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even if the lack of conformity becomes apparent only after that time./ (2) In a consumer contract for sale, any lack of conformity which becomes apparent within six months of the time when the risk passes to the buyer is presumed to have existed at that time unless this is incompatible with the nature of the goods or the nature of the lack of conformity./ (3) In a case governed by IV.A.-2:304 (Incorrect installation under a consumer contract for sale) any reference in paragraphs (1) or (2) to the time when the risk passes to the buyer is to be read as a reference to the time when the installation is complete».

(4) *The parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects»* (la cursiva es nuestra).

C.1) En la venta de consumo, según el artículo IV.A.-5:103 (1) DCFR, el riesgo no pasa al comprador hasta que éste efectivamente se hace cargo del bien (*take over*; recibe)<sup>231</sup>.

En el *Comment A* del artículo IV.A.-5:103 DCFR se indica que la finalidad de la regla es evitar cargar excesivamente al consumidor con riesgos imprevisibles que no fue capaz de anticipar, ni que probablemente haya asegurado. *Esta regla del DCFR va más allá del campo de actuación de la Directiva 1999/44/CE, en la que la cuestión del riesgo no fue expresamente tratada.*<sup>232</sup>

C.2) La regla del artículo IV.A.-5:103 (1) DCFR cuenta con la excepción del apartado (2), excepción razonable.

El apartado (2) del artículo IV.A.-5:103 DCFR dispone la no aplicación del apartado (1) *si el comprador no ha cumplido su obligación de recibir los bienes y ese incumplimiento es inexcusable según dispone el artículo III.-3:104 DCFR (Excuse due to an impediment), aplicándose en tal caso lo que dispone el artículo IV.A.-5:201 DCFR (Goods placed at buyer's disposal)*<sup>233</sup>.

C.3) El apartado (3) del artículo IV.A.-5:103 DCFR dispone la *no aplicación de las normas de la Sección 2, salvo lo dispuesto en el artículo IV.A.-5:103 (2) DCFR* al que acabamos de referirnos.

En la mencionada Sección 2, el artículo IV.A.-5:202 DCFR regula la venta con transporte. Conviene recordar lo que dispone la regla especial del artículo IV.A.-5:202 DCFR (*Carriage of the goods*) sobre el momento del traspaso del riesgo al comprador cuando hay venta y transporte, para así poder constatar el alcan-

<sup>231</sup> *Comment A* del artículo IV.A.-5:103 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1377. El texto que interesa es: «This Article [IV.A.-5:103 DCFR] contains an important exception for consumer contracts for sale from the main rule in IV.A.-5:102 (Time when risk passes) and the special rules in Section 2, *as risk does not pass before the buyer actually takes over the goods* (la cursiva es lo indicado en el texto). *This means, for example, that the risk does not pass upon the mere transfer of documents representing the goods.* There is an exception to this rule for consumers if the consumer buyer has failed to perform the obligation to take over the goods and this non-performance is not excused (paragraph (2))» (la cursiva es nuestra; *op. cit.*, p. 1377). El artículo IV.A.-5:102 DCFR está transcrito en la nota 229.

<sup>232</sup> La cursiva es nuestra. VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1378.

<sup>233</sup> Son muy explícitos los ejemplos de las *Illustrations 1* y *2* del *Comment B* del artículo IV.A.-5:103 DCFR. El ejemplo de la *Illustration 1* es el de un comprador-consumidor que compra un coche a un vendedor-comerciante. Ambos acuerdan una fecha en la que el consumidor recogerá el coche en el lugar de negocios del vendedor. El consumidor *no recuerda* la cita y no recoge el coche en la fecha acordada. Esa misma noche, el coche es robado del establecimiento del vendedor. *El riesgo lo asume el consumidor porque su comportamiento no es excusable.* En la *Illustration 2*, se indica que los hechos son los mismos que los de la *Illustration 1*, si bien, en la fecha acordada, el consumidor, *de camino para recoger el coche, tiene un accidente de tráfico, acabando en el hospital con importantes lesiones.* Cuando el coche es robado, *el riesgo sigue asumiéndolo el vendedor, pues el comportamiento del consumidor es excusable de conformidad con lo dispuesto en el artículo III.-3:104 DCFR.* [Las cursivas son nuestras; VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol 2, p. 1378].

ce de la particularidad del momento en el cual se traspassa el riesgo de la pérdida o del deterioro del bien *al consumidor* (comprador).

Según el artículo IV.A.-5:202 (2) DCFR, si el vendedor *no se ha obligado a entregar el bien en un concreto lugar*, el riesgo pasa al comprador cuando el bien es entregado *al primer transportista para su transmisión al comprador de conformidad con el contrato*. Y, si el vendedor *se ha obligado a entregar el bien al transportista en un determinado lugar*, según el artículo IV.A.-5:202 (3) DCFR, el riesgo *no pasa al comprador hasta que el bien sea entregado al transportista en aquel lugar*.<sup>234</sup> Como hemos indicado, estas expuestas reglas del artículo IV.A.-5:202 DCFR (2) y (3) *no se aplican a la compraventa de consumo por así disponerlo el artículo IV.A.-5:103 (3) DCFR*.

En el *Comment C* del artículo IV.A.-5:103 DCFR se indica que, *frente a las reglas del artículo IV.A.-5:202 DCFR*, en la compraventa *de consumo* en la que media transporte, *el riesgo sólo pasa al comprador (consumidor) cuando el bien efectivamente se le entrega*. En consecuencia, si el consumidor no recibe el bien *porque se ha perdido o destrozado, no pagará su precio*. Y además, el vendedor se habrá retrasado en la entrega del bien, disponiéndose de todos los remedios por dicho retraso.<sup>235</sup>

También se indica en este *Comment C*, que la regla del artículo IV.A.-5:103 DCFR supone un incentivo al vendedor para que tenga el máximo cuidado en la gestión del transporte y en la elección del transportista; además, el vendedor está en mejor posición para calcular el precio, integrando el coste del riesgo del transporte en un acuerdo financiero de larga duración,

<sup>234</sup> Artículo IV.A.-5:202 DCFR: «Carriage of the goods/ (1) This Article applies to any contract of sale which involves carriage of goods./ (2) If the seller is not bound to hand over the goods at a particular place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract./ (3) If the seller is bound to hand over the goods to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place./ (4) The fact that the seller is authorised to retain documents controlling the disposition of the goods does not affect the passing of the risk».

Son de interés las siguientes reflexiones del *Comment B* del artículo IV.A.-5:202 DCFR: «The rule that the risk passes when goods are handed over the carrier *forms an exception to the main rule*, according to which the risk passes when the buyer takes over the goods. *It is based upon the idea that the risk in general should pass when the seller has done everything possible to deliver the goods*. It is also based on the assumption that the carriage of the goods is for the buyer's benefit. It is also customary in international trade to consider the carrier as an "extension" of the buyer. The rule is not justified in terms of control, because after delivery to the carrier neither the seller nor the buyer has physical control of the goods. On the contrary, in practice after dispatch the seller will usually be the party who can control the goods, or at least the disposition of the goods. It should be pointed out, however, that if the goods are damaged in transit, the buyer may have a claim against the carrier; and that normally the buyer will have the benefit of insurance cover. The buyer will either arrange this directly (e.g. in a FOB contract) or the seller will be obliged to arrange it on the buyer's behalf (as is the case under a CIF contract)./ (...) / This provision only applies if the parties have not agreed otherwise. The parties are free to regulate the matter of risk as they wish, for instance by agreeing that the risk is not to pass until the goods are actually taken over by the buyer» [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1385].

<sup>235</sup> *Comment C* del artículo IV.A.-5:103 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1378.

o para obtener un seguro beneficioso. El consumidor encuentra más obstáculos interponiendo una reclamación contra terceros o interponiendo una reclamación por el seguro. Se indica por último en el *Comment C*, que en muchos casos el vendedor operará con su propia flota de vehículos para la entrega. Siendo esto así, de conformidad con la regla general, el riesgo no pasa antes de que el bien haya sido recibido por el consumidor.<sup>236</sup>

**– La venta y el transporte del bien gestionado por el vendedor en el CESL. El momento del traspaso del riesgo de pérdida o deterioro del bien del vendedor al comprador-consumidor en el CESL**

A) El artículo 96 CESL regula las obligaciones del vendedor que, por contrato, asume la gestión del transporte del bien. Dicho artículo se ubica en la Sección 2 (*Entrega*), Capítulo 10 (*Obligaciones del vendedor*), Parte IV (*Obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa o en un contrato de suministro de contenidos digitales*) del CESL. Aquél ordena:

«Obligaciones del vendedor respecto del transporte de los bienes

1. Cuando el vendedor estuviera obligado *por el contrato* a asumir el transporte de los bienes, *deberá celebrar* los contratos necesarios *para* transportarlos hasta el lugar señalado, *utilizando* los medios de transporte adecuados a las circunstancias y *según las condiciones habituales de tal medio de transporte*.

2. Cuando el vendedor, de conformidad con el contrato, entregue al transportista bienes *no* claramente identificados como los bienes que deban suministrarse en virtud del contrato, mediante las oportunas señales, los documentos de expedición o de otro modo, *el vendedor deberá enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen* los bienes.

3. (...) <sup>237</sup>» (la cursiva es nuestra).

A.1) Comentando el artículo, Zoll indica que el vendedor ha de concluir el contrato que obligue al transportista a transportar los bienes al lugar indicado por vendedor y comprador, no siendo necesario que dicho lugar sea el mismo lugar de entrega de los bie-

<sup>236</sup> *Comment C* del artículo IV.A.-5:103 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1379. En la *Illustration 3* se indica este ejemplo: «A, a consumer, buys a fridge just across the border of his native country. According to the agreement, the seller will take care of the transportation of the fridge to A's residence. The seller charges a cross-border delivery service for the transportation. However, the lorry carrying, amongst other goods, the fridge for A, is involved in a traffic accident, in which all the goods are damaged beyond use. Since A has not yet taken over the goods, the risk does not pass. As the risk was still with the seller, he is in delay when not delivering the fridge to A on time» (la cursiva es nuestra; *op cit.*, p. 1379).

<sup>237</sup> Continúa el artículo 96 CESL: «3. Cuando el vendedor no estuviera obligado por el contrato a suscribir un seguro de transporte de los bienes, deberá proporcionar al comprador, a solicitud de este, toda la información de que disponga que resulte necesaria al comprador para suscribir dicho seguro».

nes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 CESL<sup>238</sup> o con lo que aquéllos acordaron. La obligación que el artículo 96.1 CESL ordena es independiente de la cuestión del momento del traspaso del riesgo que se regula en el Capítulo 14 del CESL<sup>239</sup>. El vendedor es responsable si incumple su deber de gestionar el transporte, incluso aunque haya cumplido todos los deberes derivados del contrato de compraventa.<sup>240</sup> Zoll también señala que el vendedor puede cumplir el deber que le impone el artículo 96 CESL, cumpliendo él las obligaciones del transportista, si bien en tal caso el vendedor debe ser capaz de satisfacer los requisitos que el artículo 96.1 CESL ordena<sup>241</sup>.

Sobre la exigencia del artículo 96.1 *in fine* CESL de que el vendedor haya de celebrar el contrato de transporte «según las condiciones habituales de tal medio de transporte», Zoll señala que el preciso contenido de ese deber depende estrechamente del contenido del tipo de obligación de la gestión del transporte. El autor destaca que la regla que se deriva del artículo 96.1 CESL, *deja abierta la cuestión de si el vendedor ha de concluir el contrato de transporte actuando en nombre y por cuenta del comprador o, si el vendedor ha de actuar en su propio nombre*. Esto han de aclararlo vendedor y comprador en su contrato.<sup>242</sup>

<sup>238</sup> Artículo 93 CESL: «Lugar de entrega/ 1. Cuando no pueda determinarse de otra manera, el lugar de entrega será:/ (a) en caso de un contrato de compraventa de bienes de consumo o de suministro de contenidos digitales que sea un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento comercial, o en el que el vendedor se haya comprometido a disponer el transporte para el comprador, el lugar de residencia del consumidor en el momento de la celebración del contrato;/ (b) en cualquier otro caso,/ i) cuando el contrato de compraventa implique el transporte de bienes mediante un transportista o una serie de transportistas, el punto de recogida del primer transportista más cercano;/ ii) cuando el contrato no implique el transporte, el lugar del establecimiento comercial del vendedor en el momento de la celebración del contrato./ 2. Cuando el vendedor tenga más de un establecimiento comercial, el lugar del establecimiento comercial al que se refiere el apartado 1, letra b), será el que tenga un vínculo más próximo con la obligación de entrega».

<sup>239</sup> Si bien se sitúan en otro plano (en la CISG y otros textos jurídicos), son de interés las consideraciones de ALCOVER GARAU (1991) pp. 79-108, en particular pp. 95-97, 100-108.

<sup>240</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 96 CESL» (2012) núm. 7, p. 455. Sobre el nivel de diligencia exigible al vendedor en su gestión del contrato de transporte, indica ZOLL: «The standard of the obligation to arrange the carriage must be in compliance with art 148(2), applied by the means of analogy. The seller has to arrange the carriage with the skill and care expected according to the circumstances» (*op. cit.*, núm. 7, p. 455). Dicho artículo 148 CESL dispone: «Obligación de lograr un resultado y obligación de competencia y diligencia/ (...) / 2. A falta de obligación contractual, expresa o implícita, de alcanzar un resultado específico, el prestador del servicio deberá ejecutar el servicio relacionado con la diligencia y competencia que quepa esperar razonablemente de un prestador de servicios y de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas vinculantes aplicables al servicio relacionado./ 3. (...)».

<sup>241</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 96 CESL» (2012) núm. 9, p. 455.

<sup>242</sup> ZOLL, «Comentario del artículo 96 CESL» (2012) núm. 11, p. 455. Son también de interés las indicaciones que el autor sigue realizando: «If this matter has not been touched upon by the contract, certain conditions of the contract of carriage, eg remuneration, remain the internal matter of the seller (which is eventually included in the price of the sale). The question is raised whether the expenses of the carriage are transferred separately to the buyer, and then whether the seller must conclude the contract of the carriage with the remuneration of the carrier, which does not extend the usual fees available on the market

B) El Capítulo 14 del CESL (arts. 140 a 146) se titula *Transmisión del riesgo* y se divide en tres Secciones.

La Sección 1 ordena las *Disposiciones generales* (arts. 140 y 141 CESL). El artículo 140 CESL dispone que el comprador ha de pagar el precio del bien o del contenido digital, si los mismos se pierden o dañan *después* de que se le haya transmitido tal riesgo de pérdida o daño, *a salvo* que la pérdida o el daño se deba a la acción u omisión del vendedor. Por su parte, el artículo 141 CESL dispone que el riesgo *sólo* se transmite al comprador cuando se hayan *identificado claramente* los bienes o los contenidos digitales a efectos del contrato.<sup>243</sup>

La Sección 2 contiene un único artículo –el 142 CESL– que trata, precisamente, de la *Transmisión del riesgo en contratos de compraventa de bienes de consumo*.

La Sección 3 regula la *Transmisión del riesgo en los contratos entre comerciantes* y se compone de cuatro artículos que tratan del *Momento de transmisión del riesgo* (art. 143 CESL), del supuesto en el que los *Bienes [son] puestos a disposición del comprador* (art. 144 CESL), del supuesto en que hay venta y transporte (art. 145 CESL, *Transporte de los bienes*) y del supuesto de los *Bienes vendidos en tránsito* (art. 146 CESL).

Sobre el momento en que ha de apreciarse la falta de conformidad del bien con el contrato, el CESL conecta dicho momento con el de la transmisión del riesgo al comprador (art. 105 CESL<sup>244</sup>).

C) El artículo 142 CESL prescribe:

«Transmisión del riesgo en los contratos de compraventa de bienes de consumo

1. *En los contratos de compraventa de bienes de consumo, el riesgo se transmitirá en el momento en que el consumidor o el ter-*

---

for the comparable service. This same rule applies in the case whereby the carriage is rendered by the seller itself. The seller must also concluded the contract of carriage, which does not limit the liability of the carrier beyond the standards that are to be expected on the market. From this perspective, it is irrelevant whether the buyer may exercise the remedies directly against the carrier or only through the seller (eg by the seizure of these rights). The seller should secure the possibility of the buyer to exercise the remedies directly against the carrier (...)» (*op. cit.*, núm. 11, pp. 455-456).

<sup>243</sup> Artículo 140 CESL: «Efecto de la transmisión del riesgo/ La pérdida o los daños en los bienes o contenidos digitales acaecidos después de que el riesgo se transmitiese al comprador no eximirán a este de su obligación de pagar el precio, salvo que dicha pérdida o daños se deban a una acción u omisión del vendedor». ZOLL/WATSON destacan la proximidad del artículo 140 CESL, con los artículos 66 CISG y IV.A.-5:101 CESL [«Comentario del artículo 140 CESL» (2012) núm. 4, p. 602]. Artículo 141 CESL: «Identificación de los bienes o contenidos digitales a los efectos del contrato/ El riesgo solo se transmitirá al comprador cuando los bienes o contenidos digitales se hayan identificado claramente como los bienes o contenidos digitales que han de ser suministrados en virtud del contrato, ya sea mediante el acuerdo inicial, por notificación remitida al comprador o de cualquier otro modo».

<sup>244</sup> Artículo 105 CESL: «Momento relevante para determinar la conformidad/1. El vendedor será responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador conforme al capítulo 14./ 2 (...)».

*cero designado por el consumidor, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes o el soporte material en el que se suministren los contenidos digitales.*

2. En los contratos de suministro de contenidos digitales no suministrados en un soporte material, el riesgo se transmitirá en el momento en que el consumidor o un tercero designado al efecto por el consumidor haya obtenido el control de los contenidos digitales.

3. *Salvo* cuando se trate de contratos a distancia o contratos celebrados fuera del establecimiento comercial, *los apartados 1 y 2 no serán aplicables si el consumidor ha incumplido la obligación de aceptar los bienes o los contenidos digitales, y el incumplimiento no estuviera exonerado según lo dispuesto en el artículo 88*<sup>245</sup>. *En este caso, el riesgo se transmitirá en el momento en que el consumidor, o el tercero designado por el consumidor, haya adquirido la posesión material de los bienes u obtenido el control de los contenidos digitales si la obligación de aceptarlos se hubiera cumplido.*

4. *Cuando el consumidor organice el transporte de los bienes o los contenidos digitales suministrados en un soporte material sin que esa opción fuese ofrecida por el comerciante, el riesgo se transmitirá cuando los bienes o los contenidos digitales suministrados en un soporte material se entreguen al transportista, sin perjuicio de los derechos del consumidor contra este último.*

5. Las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar su efectos en detrimento del consumidor» (la cursiva es nuestra).

C.1) Zoll y Watson indican que los apartados 1, 3, y 5 del artículo 142 CESL se corresponden en parte con el artículo IV.A.-5:103 (1), (2) y (5) DCFR [*sic*, será apartado (4)] y, *los apartados 1 y 4 del artículo 142 CESL se corresponden con el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE*<sup>246</sup>.

C.2) Los citados autores señalan que *el artículo 142.1 CESL* dispone que el momento en que el riesgo pasa al consumidor o al tercero designado por el consumidor (que también puede ser un comerciante), es cuando aquéllos adquieren *la posesión material del bien*. El riesgo no se transmite al consumidor, *si el vendedor permanece en la posesión material del bien* (v.g. se encuentra en su almacén) *o, lo tiene el transportista ofrecido por dicho vendedor*. Zoll y Watson señalan que el hecho de *informar al consumidor de que puede recoger el bien, no basta para transferirle el riesgo*.<sup>247</sup>

<sup>245</sup> Artículo 88 CESL: «Exoneración del incumplimiento/ 1. 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 o sus consecuencias./ 2. (...)».

<sup>246</sup> ZOLL/WATSON, «Comentario del artículo 142 CESL» (2012) núm. 2, p. 606.

<sup>247</sup> ZOLL/WATSON, «Comentario del artículo 142 CESL» (2012) núm. 3, p. 606.

En el supuesto en el que el bien *se entregue al tercero*, el riesgo *solo* se transmite si dicho tercero ha sido designado por el consumidor (v.gr. el consumidor pacta que el bien se entregará en el lugar de su trabajo o, que será recogido por alguien en su nombre). En consecuencia, el riesgo *no* se transmite al consumidor *a través del tercero si el vendedor ha sido quien* ha designado a dicho tercero.<sup>248</sup>

C.3) Sobre *el artículo 142.3 CESL*, Zoll y Watson indican que su aplicación exige el cumplimiento de dos requisitos: *uno*, que el consumidor *no haya cumplido la obligación* que le impone el artículo 123.1.b) CESL (la de recibir el bien)<sup>249</sup>; *el otro*, que tal incumplimiento *no esté justificado* de conformidad con el artículo 88 CESL<sup>250</sup>. *Si* el incumplimiento del consumidor *es excusable* con base en el artículo 88 CESL, el riesgo *no* se transmite al consumidor. En cambio, *si se cumplen los dos expuestos requisitos del artículo 142.3 CESL* –incumplimiento inexcusable de la obligación de recibir– *el riesgo se transmite* en el momento en que el consumidor *habría adquirido la posesión física (material) del bien*. Ahora bien, Zoll y Watson también señalan que el preciso momento en el cual el consumidor habría adquirido la posesión física del bien no está claro<sup>251</sup>.

C.4) Finalmente, sobre *el artículo 142.4 CESL* –que fija el momento del traspaso del riesgo al consumidor en el de la entrega del bien *al transportista*– Zoll y Watson señalan que aquél dispone dos condiciones para su aplicación: que *el consumidor gestione* el transporte de los bienes *de una manera que* el comerciante *no* le haya ofrecido (v.gr. el comerciante solo ofrece entregar el bien al consumidor y este organiza su recogida; en tal caso, el riesgo se traspasará al consumidor cuando el bien se entregue al transportista).<sup>252</sup>

[50] *¿Han de incorporarse a la compraventa del TRLGDCU las normas del artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE?*

Teniendo presente lo que *supra* [49] indiqué para el Derecho interno español (Código Civil y TRLGDCU) y comparándolo con lo que el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE ordena, mi respuesta es sí. Nuestro Derecho debe recoger en un artículo (norma jurídica) que en la venta del TRLGDCU en la que hay además transporte del producto, organizado por el vendedor y realizado por transportista independiente, dicho vendedor asume el riesgo de la pérdida o del deterioro del producto hasta el momento de su entre-

<sup>248</sup> ZOLL/WATSON, «Comentario del artículo 142 CESL» (2012) núm. 4, p. 606.

<sup>249</sup> Artículo 123 CESL: «Obligaciones principales del comprador/ 1. El comprador deberá:/ (a) pagar el precio;/ (b) recibir los bienes o los contenidos digitales; y/ (c) recibir los documentos representativos o relativos a los bienes o los documentos relativos a los contenidos digitales tal como lo requiera el contrato./ 2. (...)».

<sup>250</sup> *Vid. supra* nota 245.

<sup>251</sup> ZOLL/WATSON, «Comentario del artículo 142 CESL» (2012) núm. 9, p. 607.

<sup>252</sup> ZOLL/WATSON, «Comentario del artículo 142 CESL» (2012) núm. 10, p. 607.

ga material al consumidor. Esta misma regla de la asunción de los riesgos de la pérdida o del deterioro del producto se aplica cuando el propio vendedor (o sus dependientes) es (son) quien (quienes) realice(n) el transporte del producto. Ha de recogerse también la segunda regla que el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE dispone en relación con el comprador-consumidor.

*¿En dónde transponer el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE?*

*Supra* [45] manifesté mi opinión. Me limito a recordarla. Por la materia regulada y por lo que dispone, considero que el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE debe incorporarse a un único Capítulo, en concreto, en un Capítulo III del Título V del Libro II del TRLGDCU.

## V. CONCLUSIONES

[51] Todos mis juicios *sobre qué y en dónde* han de incorporarse al TRLGDCU los artículos 2.5, 18 y 20 de la Directiva 2011/83/UE los he indicado en el trabajo y a ello me remito<sup>253</sup>.

Sobre la *conclusión general* –que también he indicado y reiterado en el trabajo– conviene que la manifieste de nuevo. Gracias a la labor del legislador de la Unión Europea, la regulación de la compraventa de consumo *va progresivamente completándose*. Es además una regulación hecha por *un legislador de hoy para dar solución actual a tradicionales cuestiones jurídicas, las cuales siguen vigente*. Es cierto que la decisión del legislador de la Unión Europea de legislar las materias analizadas en el trabajo tiene sus propias causas<sup>254</sup>. Pero, desde mi perspectiva de jurista nacional, la progresiva construcción de la compraventa de consumo tal y como se está llevando a cabo, junto con cómo regula la CISG la compraventa internacional, me reafirma en la defensa de la reforma y renovación de las regulaciones de las compraventas del Código civil y del Código de comercio<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> *Vid. supra* [12], [13], [17], [18], [28], [33], [35], letra C) de *La forma de ejercicio de los remedios del consumidor por la entrega de un producto no conforme con el contrato (reparación, sustitución, resolución, reducción del precio)*, [39], letra F) de *La no restitución del valor del uso del producto, en la resolución por la entrega de un producto no conforme con el contrato*; apartado C.8) de *Sobre el alcance de la gratuidad del remedio de la sustitución del producto no conforme con el contrato, por otro conforme*, [43], [45], [50].

<sup>254</sup> Consecución de mercado interior, elevada protección del consumidor; *vid. Considerandos (3) y (4) de la Directiva 2011/83/UE*.

<sup>255</sup> Lo que ya señalé en *CCJC (2005)* [17]-[24] pp. 533-547. Tras recordar que en el Derecho español existe una pluralidad de regímenes jurídicos de compraventa (la del Código civil, la del Código de comercio, la de la CISG, la del TRLGDCU) (pp. 1257-1258), SAN MIGUEL PRADERA/PÉREZ GARCÍA, partidarios de reformar las compraventas del Código civil y del Código de comercio, señalan que si se aprobase la Propuesta de Reglamento y el CESL habría otro régimen jurídico de compraventa en nuestro Derecho (siendo este de carácter

Y, más allá de lo anterior, ¿podríamos *unificar* las compraventas civil y mercantil en un único texto de compraventa, disponiendo en él las oportunas particularidades cuando ello fuere preciso? ¿Podríamos incorporar a ese único texto *las particularidades de la compraventa de consumo*? Todas estas compraventas son, sin más, Derecho de Contratos <sup>256</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil, II Derecho de obligaciones*, 14.ª ed., ed. Edisofer, S. L., Madrid (2011).
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «La integración del Derecho de consumo contractual en el Código civil: ¿una simple entelequia jurídica o algo más?», en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I (2003) pp. 137-152.
- ALCOVER GARAU, Guillermo: *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil, Derecho español e internacional*, ed. Civitas, Madrid (1991).
- ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 3.ª ed., ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2012) pp. 292-294, 330-337.
- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3.ª ed., ed. Comares, Granada (2003).
- «Comentario del artículo 1113 CC», en *Comentarios del Código civil*, tomo II, dirs. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, 2.ª ed., Ministerio de Justicia (1993) pp. 74-76.

opcional, *vid.* pp. 1256-1257): «Pues bien, la aprobación de la Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea implicaría la aparición en escena de un nuevo régimen jurídico aplicable a las compraventas transfronterizas celebradas entre dos empresarios, cuando al menos uno de ellos sea una PYME, o entre un empresario y un consumidor, cuando voluntariamente y de forma expresa, acuerden que su contrato se rija por el instrumento opcional. Esto significa que en caso de acuerdo de las partes, quedarían desplazados los regímenes previstos en el Código de comercio (tratándose de compraventas transfronterizas B2B) y en el TRLGDCU (tratándose de contratos transfronterizos B2C). También cabe la posibilidad de que el Legislador español decida ampliar su ámbito de aplicación a los contratos internos, como prevé el artículo 13 [de la Propuesta de Reglamento], en cuyo caso la aplicación de las normas del Código de comercio y del TRLGDCU podrían quedar desplazadas con independencia del carácter transfronterizo o no del contrato. (...) / Con estos mimbres, surge inmediatamente un interrogante: ¿Tiene sentido la aparición de un segundo régimen normativo opcional en materia de compraventa? La respuesta, en principio, debe ser afirmativa, pero antes de añadir mayor complejidad a nuestro sistema, deberíamos dotarlo de coherencia. Esta tarea pasa por replantearse el régimen jurídico y los principios inspiradores de la compraventa en el Código civil y en el Código de Comercio y aproximar su sistema al de los otros textos legales sobre compraventa» [ADC (2012) p. 1258; *vid.* además p. 1259]. Recientemente se ha publicado la *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación* (para la regulación de la compraventa, *vid.* los arts. 511-1 y ss.)

<sup>256</sup> Sobre los posibles modelos legislativos acerca de cómo regular, con carácter general, las relaciones de consumo: CÁMARA LAPUENTE, «Comentario del artículo 59 TRLGDCU» (2011) p. 480. *Id.* ALBIEZ DOHRMANN (2003) tomo I, pp. 141-147. Sobre la unificación del Derecho de Obligaciones y Contratos (civil/mercantil), *vid.* MIRANDA SERRANO (2006) pp. 40-46, 102-103, y, en otro plano (protección de los consumidores y derogada LGDCU) pp. 193-195.

- BUSTO LAGO, José Manuel: «Comentario del artículo 21 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 292-316.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge: «Comentario del artículo 3 CISG», en *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 67-71.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Comentario del artículo 6 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 185-194.
- «Comentario del artículo 7 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 194-199.
- «Comentario del artículo 59 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 475-483.
- «Comentario del artículo 65 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 579-586.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Contratos*, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2010).
- CORDERO LOBATO, Encarna: «¿Cómo transponer la Directiva de consumidores al Derecho español?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1 (2012) pp. 45-47.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «La protección del consumidor en la compraventa: La Ley de Garantía en la venta de bienes de consumo», *Legislación civil (2000-2006): Análisis crítico, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 116 (2007) pp. 94-129.
- DÍEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, tomo 2, *Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 10.<sup>a</sup> ed., ed. Tecnos, Madrid (2012).
- EBERS, Martín: «De la armonización mínima a la armonización plena», *InDret* 2/2010, 47 pp.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando/OLARIU, Ozana: «La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo», *InDret* 1/2013, 32 pp.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: análisis comparativo del art. 1124 del Código civil y del art. 121 del Texto Refundido de consumidores», *ADC* (2009) pp. 157-280.
- «Comentario a la STS de 17 de enero de 2008: Compraventa internacional de vehículos automóviles de segunda mano: aplicación de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980; no hay falta de conformidad; no denuncia en plazo de la falta de conformidad [comparación con la denuncia del TRLGDCU y otros modelos de Derecho privado europeo]; desestimación de la indemnización solicitada por el comprador; descripción del sistema de la Convención de Viena de la falta de conformidad de la mercadería», *CCJC*, vol. 78, septiembre-diciembre (2008) pp. 1299-1339.

- *El sistema de protección del comprador*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid (2006).
  - «Comentario a la STS de 10 de julio de 2003: Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC; Incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador; Inexistencia de vicios ocultos; Incumplimiento resolutorio: incumplimiento esencial», *CCJC*, vol. 68, mayo-agosto (2005) pp. 509-555.
  - «Comentario a la STS de 14 de abril de 1998: Contrato verbal; atípico, con grandes analogías con el arrendamiento *ad meliorandum* o *ad aedificandum*, y mixto; oneroso pero con un importante componente de liberalidad; plazo de duración de la relación obligatoria: no determinado; denuncia del contrato; acción reivindicatoria; gastos de construcción; gastos necesarios y no gastos útiles; derecho de retención, posesión de buena fe», *CCJC*, vol. 48, septiembre-diciembre (1998) pp. 1075-1095.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M.<sup>a</sup> del Carmen: *Compra-venta de cosa ajena*, ed. Bosch, Barcelona (1994).
- FRAGA, Juan Bautista: «Contratos mixtos y unión de contratos», *ADC* (1951) pp. 321-339.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Comentario del artículo 1466 CC», en *Comentarios del Código civil*, dir. Cándido Paz-Ares/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, tomo II, 2.<sup>a</sup> ed. (1993) pp. 916-918.
- GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> Paz: «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)», *ADC* (2013) pp. 323-337.
- GÓMEZ POMAR, Fernando/GILI SALDAÑA, Marian: «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *InDret* 1/2012, 27 pp.
- GONZÁLEZ PACANOSWKA, Isabel: «Comentario del artículo 1124 CC», en *Comentarios al Código civil*, tomo VI, dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia (2013).
- HONNOLD, John: «Comentario del artículo 3 CISG», en *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Editoriales de Derecho reunidas (1987 de la trad. esp.) núms. 57-60, pp. 113-116.
- INFANTE RUIZ, Francisco José: *Contrato y término esencial*, ed. La Ley, Madrid (2008).
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael/PERALES VISCASILLAS, Pilar: «El Reglamento Opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación», *Derecho de los Negocios* (2012) núm. 265-266, noviembre-diciembre, pp. 9-19.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores: *nihil novum sub sole?*», en *Estudios jurídicos en memoria del prof. José Manuel Lete del Río*, coord. M.<sup>a</sup> Paz García Rubio, ed. Civitas/Thomson Reuters (2009) pp. 493-511.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: «Comentario de los artículos 1113 y 1114 CC», en *Comentarios al Código civil español con la colaboración de varios juriscónsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco Cárdenas*, tomo VIII, Madrid (1901) pp. 114-118.

- «Comentario del artículo 1128 CC», en *Comentarios al Código civil español con la colaboración de varios juristas y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco Cárdenas*, tomo VIII, Madrid (1901) pp. 152-154.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Sustitución de un bien no conforme el coste de retirada del bien y de instalación del bien de sustitución?», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* 9, enero (2013) pp. 87-98.
- «La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados miembros», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1 (2012) pp. 10-14.
- «Comentario del artículo 114 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 1405-1419.
- «Comentario del artículo 116 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 1437-1472.
- «Comentario del artículo 117 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 1472-1482.
- «Comentario del artículo 119 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 1491-1505.
- «Comentario del artículo 121 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 1522-1532.
- «Comentario del artículo 122 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 1532-1536.
- «Comentario del artículo 123 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 1537-1559.
- *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación a los Estados miembros*, tomo I, Instituto Nacional del Consumo, Madrid (2004).
- MARTÍN ARESTI, Marta: *Las Garantías de los Productos de Consumo*, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2010).
- MIRANDA SERRANO, Luis María: *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Luis María Miranda Serrano / Pedro José Vela Torres / Adolfo Príes Picardo, *Tratado de Derecho mercantil*, dirs.

- Manuel Olivencia / Carlos Fernández-Novoa / Rafael Jiménez de Parga, coord. Guillermo Jiménez Sánchez, ed. Marcial Pons, Madrid (2006).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE», en *Garantía en la venta de bienes de consumo/Les garanties dans la vente de biens de consommation, Ponencias de la Conferencia Internacional, Santiago de Compostela, enero 2004/Rapports de la Conférence Internationale, Saint-Jacques-de-Compostelle, janvier 2004*, ed. Javier Lete Achirica, Universidade de Santiago de Compostela publicacións (2004) pp. 39-60.
- «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa», *ADC* (2003) pp. 1609-1651.
- NAVAS NAVARRO, Susana: *El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones contractuales de dar*, ed. Reus, Madrid (2004).
- NIEVA FENOLL, Jordi/revisión de la traducción Kai FISCHER: «§ 433 BGB», en *Código Civil alemán, Bürgerliches Gesetzbuch*, dir. Albert Lamarca Marquès, ed. Marcial Pons (2008) p. 123.
- ORDÁS ALONSO, Marta: *Aliud pro alio, Saneamiento por Vicios Ocultos y Compraventa de Productos de Consumo*, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009).
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* (1991) pp. 1019-1091.
- PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles: «Comentario del artículo 21 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 288-295.
- PICATOSTE BOBILLO, Victoria: *La Protección de los Consumidores en la Compraventa de Vehículos Automóviles*, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2011).
- REDING, Viviane: «Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional», *InDret* 2/2011, 8 pp.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, ed. Marcial Pons, Madrid (2013).
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid (2004).
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula/PÉREZ GARCÍA, Máximo: «El instrumento opcional sobre normativa común de compraventa europea: ¿una buena solución para los consumidores y empresarios españoles?», *ADC* (2012) pp. 1247-1259.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª Paz: «El régimen de los riesgos en el contrato de compraventa: una aproximación a su tratamiento en el DCFR», *Revista Jurídica del Notariado* (2011) núm. 80, octubre-diciembre, pp. 285-333.
- «La venta de consumo en el proyecto de Marco Común de Referencia», *ADC* (2011) pp. 1101-1114.
- SENINI, Enrica: «Requiring and Withholding Performance, Termination and Price Reduction –The CESL Compared to the Vienna Sales Convention», en *The Proposed Common European Sales Law– the Lawyer’s View*, ed. Guido Alpa/Giuseppe Conte/Ubaldo Perfetti/Friederich Graf von Westphalen, Sellier/Consiglio Nazionale Forense (2013) pp. 113-142.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans: «Comentario del artículo 9 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 110-114.

- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition*, ed. by Christian Von Bar/Eric Clive, vol. 1, Sellier (2009). Citado: VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition*, ed. by Christian Von Bar/Eric Clive, vol. 2, Sellier (2009). Citado: VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2.
- TORRELLES TORREA, Esther: «Comentario del artículo 114 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1053-1063.
- «Comentario del artículo 116 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1070-1080.
- «Comentario del artículo 117 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1080-1086.
- «Comentario del artículo 119 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1090-1097.
- «Comentario del artículo 120 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1097-1105.
- «Comentario del artículo 121 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1105-1110.
- «Comentario del artículo 122 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1110-1112.
- TWIGG-FLESNER, Christian: «La Directiva sobre los derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea», en *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*, dir. Sergio Cámara Lapuente, coord. Esther Arroyo Amayuelas, ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2012) pp. 87-102.
- VAQUER ALOY, Antoni: «Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual europeo», en *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*, dir. Sergio Cámara Lapuente, coord. Esther Arroyo Amayuelas, ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2012) pp. 421-456.

- VITERI ZUBIA, Ibon: *El pago anticipado en las obligaciones a plazo. El derecho al reembolso anticipado en el sector específico del crédito*, ed. tirant lo blanch, Valencia (2013).
- WENDEHORST, Christiane: «Comentario del artículo 2 de la Propuesta de Reglamento», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 13-30.
- «Comentario del artículo 5 de la Propuesta de Reglamento», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 40-49.
- «Comentario del artículo 6 de la Propuesta de Reglamento», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 49-53.
- ZOLL, Fryderyk: «Comentario del artículo 87 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 396-408.
- «Comentario del artículo 94 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 445-450.
- «Comentario del artículo 95 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 450-453.
- «Comentario del artículo 96 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 453-457.
- «Comentario del artículo 101 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 476-479.
- «Comentario del artículo 106 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 490-492.
- «Comentario del artículo 109 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 495-503.
- «Comentario del artículo 112 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 511-513.
- «Comentario del artículo 115 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 518-520.
- «Comentario del artículo 116 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 520-521.
- «Comentario del artículo 118 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 523-524.
- ZOLL, Fryderyk/WATSON, Jonathon: «Comentario del artículo 140 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 602-603.
- «Comentario del artículo 142 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 605-607.

# CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

## MARTA REQUEJO ISIDRO

Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Santiago de Compostela

## MARTA OTERO CRESPO

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil  
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: *I. Legislación.*—A) Normativa Vigente. Consumidores y Usuarios. Contratos. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de la Competencia. Derecho de la Persona. Espacio Judicial Europeo. Internet y Tecnología. Mercado de Valores. Propiedad Intelectual e Industrial. Sociedades. Transportes. Unión Europea. Derecho Primario.—B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos. ADR. Compraventa. Consumidores y Usuarios. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de la Competencia. Derecho de la Persona. Espacio Judicial Europeo. Internet y Tecnología. Propiedad Intelectual e Industrial. Publicidad. Responsabilidad social y Gobierno corporativo. Sociedades. Transportes.—II. *Procedimientos Jurisdiccionales.* Consumidores y Usuarios. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de la Competencia. Espacio Judicial Europeo. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual e Industrial. Protección de datos personales. Responsabilidad Civil.

## I. LEGISLACIÓN

### A) NORMATIVA VIGENTE

#### CONSUMIDORES Y USUARIOS

- 1. Decisión de Ejecución de la Comisión, de 29 de noviembre de 2012, que modifica la Decisión 2004/858/CE, modificada por la Decisión 2008/544/CE, por la que se crea la Agencia Ejecutiva de Sanidad y Consumo, en aplicación del Reglamento (CE) núm. 58/2003 del Consejo. *DOUE*, L, núm. 331, de 1 de diciembre de 2012.**
- 2. Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 181/2012, de 28 de septiembre de 2012, por la que se modifica el anexo XIX (Protección de los consumidores) del Acuerdo EEE. *DOUE*, L, núm. 341, de 13 de diciembre de 2013.**

3. Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 182/2012, de 28 de septiembre de 2012, por la que se modifica el anexo XIX (Protección de los consumidores) del Acuerdo EEE. *DOUE*, L, núm. 341, de 13 de diciembre de 2013.
4. Decisión de la Comisión, de 7 de marzo de 2013, sobre los requisitos de seguridad que deben establecer las normas europeas en relación con determinados asientos para niños con arreglo a la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la seguridad general de los productos. *DOUE*, L, núm. 65, de 8 de marzo de 2013.

#### CONTRATOS

5. Reglamento Delegado (UE) núm. 918/2012 de la Comisión, de 5 de julio de 2012, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago, en lo que respecta a las definiciones, el cálculo de las posiciones cortas netas, las permutas de cobertura por impago soberano cubiertas, los umbrales de notificación, los umbrales de liquidez para la suspensión de las restricciones, los descensos significativos del valor de instrumentos financieros y los hechos adversos. *DOUE*, L, núm. 274, de 9 de octubre de 2012.
6. Reglamento Delegado (UE) núm. 919/2012 de la Comisión, de 5 de julio de 2012, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 236/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago, en lo que respecta a las normas técnicas reglamentarias aplicables al método de cálculo del descenso del valor de las acciones líquidas y otros instrumentos financieros. *DOUE*, L, núm. 274, de 9 de octubre de 2012.
7. Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1081/2012 de la Comisión, de 9 de noviembre de 2012, relativo a las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 116/2009 del Consejo relativo a la exportación de bienes culturales. *DOUE*, C, núm. 324, de 22 de noviembre de 2012.
8. Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1203/2012 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2012, sobre la venta por separado dentro de la Unión de servicios de itinerancia al por menor regulados. *DOUE*, L, núm. 347, de 15 de diciembre.

#### DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

9. Decisión del Comité Mixto del EEE núm. 149/2012, de 13 de julio de 2012, por la que se modifica el anexo XVIII (Salud y seguridad en el trabajo, derecho laboral e igualdad de trato para hombres y mujeres) del Acuerdo EEE. *DOUE*, L, núm. 309 de 8 de noviembre de 2012.

10. **Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo. DOUE, L, núm. 26, de 26 de enero de 2013.**

## DERECHO DE LA COMPETENCIA

11. **Reglamento (UE) núm. 1168/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1225/2009 del Consejo, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Comunidad Europea. DOUE, L, núm. 344, de 14 de diciembre de 2012.**

## DERECHO DE LA PERSONA

12. **Directiva de Ejecución 2012/25/UE de la Comisión, de 9 de octubre de 2012, por la que se establecen los procedimientos de información para el intercambio entre Estados miembros de órganos humanos destinados al trasplante. DOUE, L, núm. 275, de 10 de octubre de 2012.**
13. **Directiva 2012/39/UE de la Comisión, de 26 de noviembre de 2012, por la que se modifica la Directiva 2006/17/CE en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la realización de pruebas con células y tejidos humanos. DOUE, L, núm. 327, de 27 de noviembre de 2012.**

## ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

14. **Reglamento (UE) núm. 936/2012 de la Comisión, de 4 de octubre de 2012, por el que se modifican los anexos del Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo. DOUE, L, núm. 283, de 16 de octubre de 2012.**
15. **Corrección de errores del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. DOUE, L, núm. 344, de 14 de diciembre de 2012.**
16. **Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE, L, núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.**

17. **Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 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, núm. 8, de 12 de enero de 2013.**
18. **Corrección de errores del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. *DOUE*, L, núm. 60, de 2 de marzo de 2013.**

#### INTERNET Y TECNOLOGÍA

19. **Reglamento (UE) núm. 1083/2012 de la Comisión, de 19 de noviembre de 2012, por el que se aplica el Reglamento (CE) no 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información. *DOUE*, L, núm. 321, de 20 de noviembre de 2012.**
20. **Reglamento (UE) núm. 216/2013 del Consejo, de 7 de marzo de 2013, sobre la publicación electrónica del Diario Oficial de la Unión Europea. *DOUE*, L, núm. 69, de 13 de marzo de 2013.**

#### MERCADO DE VALORES

21. **Reglamento Delegado (UE) núm. 148/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, por el que se completa el Reglamento (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre los elementos mínimos de los datos que deben notificarse a los registros de operaciones. *DOUE*, L, núm. 52, de 23 de febrero de 2013.**
22. **Reglamento Delegado (UE) núm. 149/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, por el que se completa el Reglamento (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a las normas técnicas de regulación relativas a los acuerdos de compensación indirecta, la obligación de compensación, el registro público, el acceso a la plataforma de negociación, las contrapartes no financieras y las técnicas de reducción del riesgo aplicables a los contratos de derivados extrabursátiles no compensados por una entidad de contrapartida central. *DOUE*, L, núm. 52, de 23 de febrero de 2013.**
23. **Reglamento Delegado (UE) núm. 150/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a**

los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, en lo que atañe a las normas técnicas de regulación que especifican los pormenores de la solicitud de inscripción como registro de operaciones. *DOUE*, L, núm. 52, de 23 de febrero de 2013.

24. Reglamento Delegado (UE) núm. 151/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que especifican los datos que los registros de operaciones habrán de publicar y mantener disponibles y las normas operativas para la agregación y comparación de los datos y el acceso a los mismos. *DOUE*, L, núm. 52, de 23 de febrero de 2013.
25. Reglamento Delegado (UE) núm. 152/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a las normas técnicas de regulación relativas a los requisitos de capital de las entidades de contrapartida central. *DOUE*, L, núm. 52, de 23 de febrero de 2013.
26. Reglamento Delegado (UE) núm. 153/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación relativas a los requisitos que deben cumplir las entidades de contrapartida central. *DOUE*, L, núm. 52, de 23 de febrero de 2013.

#### PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

27. 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, núm. 299, de 27 de octubre de 2012.
28. Reglamento (UE) núm. 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente. *DOUE*, L, núm. 361, de 31 de diciembre de 2012.
29. Reglamento (UE) núm. 1260/2012 del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción. *DOUE*, L, núm. 361, de 31 de diciembre de 2012.

#### SOCIEDADES

30. Directiva 2012/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las socie-

dades, definidas en el artículo 54, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital, *DOUE*, L, núm. 315, de 14 de noviembre de 2012.

31. Reglamento (UE) núm. 183/2013 de la Comisión, de 4 de marzo de 2013, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Norma Internacional de Información Financiera 1. *DOUE*, L, núm. 61, de 5 de marzo de 2013.
32. Corrección de errores del Reglamento (UE) núm. 662/2010 de la Comisión, de 23 de julio de 2010, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1126/2008, por el que se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Interpretación núm. 19 del Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera (CINIIF) y a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 1. *DOUE*, L, núm. 70, de 14 de marzo de 2013.

#### TRANSPORTES

33. Directiva 2012/36/UE de la Comisión, de 19 de noviembre de 2012, que modifica la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el permiso de conducción. *DOUE*, L, núm. 321, de 20 de noviembre de 2012.
34. Directiva 2012/45/UE de la Comisión, de 3 de diciembre de 2012, por la que se adaptan por segunda vez al progreso científico y técnico los anexos de la Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas. *DOUE*, L, núm. 332, de 4 de diciembre de 2012.
35. Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1146/2012 de la Comisión, de 3 de diciembre de 2012, que modifica el Reglamento (CE) núm. 474/2006 por el que se establece la lista comunitaria de las compañías aéreas objeto de una prohibición de explotación en la Comunidad. *DOUE*, L, núm. 333, de 5 de diciembre de 2012.
36. Decisión de la Comisión, de 5 de diciembre de 2012, sobre derechos de acceso al depósito central europeo de recomendaciones de seguridad y a sus respuestas, creado en virtud del artículo 18, apartado 5, del Reglamento (UE) núm. 996/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre investigación y prevención de accidentes e incidentes en la aviación civil y por el que se deroga la Directiva 94/56/CE. *DOUE*, L, núm. 342, de 14 de diciembre de 2012.

37. Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único. *DOUE*, L, núm. 343, de 14 de diciembre de 2012.
38. Reglamento (UE) núm. 6/2013 de la Comisión, de 8 de enero de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE del Consejo, el Reglamento (CE) núm. 1592/2002 y la Directiva 2004/36/CE. *DOUE*, L, núm. 4, de 9 de enero de 2013.
39. Reglamento (UE) núm. 7/2013 de la Comisión, de 8 de enero de 2013, que modifica el Reglamento (UE) núm. 748/2012, por el que se establecen las disposiciones de aplicación sobre la certificación de aeronavegabilidad y medioambiental de las aeronaves y los productos, componentes y equipos relacionados con ellas, así como sobre la certificación de las organizaciones de diseño y de producción. *DOUE*, L, núm. 4, de 9 de enero de 2013.
40. Directiva 2012/49/UE de la Comisión, de 10 de diciembre 2012, que modifica el anexo II de la Directiva 2006/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen las prescripciones técnicas de las embarcaciones de la navegación interior. *DOUE*, L, núm. 6, de 10 de enero de 2013.
41. Decisión de la Comisión, de 18 de diciembre de 2012, sobre las equivalencias entre categorías de permisos de conducción [notificada con el número C(2012) 9358]. *DOUE*, L, núm. 19, de 22 de enero de 2013.
42. Reglamento (UE) núm. 55/2013 del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, sobre la ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) núm. 1214/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al transporte profesional transfronterizo por carretera de fondos en euros entre los Estados miembros de la zona del euro. *DOUE*, L, núm. 21, de 24 de enero de 2013.
43. Corrección de errores de la Directiva 2009/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por la que se modifica la Directiva 2002/59/CE relativa al establecimiento de un sistema comunitario de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo (DO L 131 de 28 de mayo de 2009). *DOUE*, L, núm. 33, de 2 de febrero de 2013.
44. Reglamento (UE) núm. 100/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2013, que modifica el Reglamento (CE) no 1406/2002 por el que se crea la Agencia Europea de Seguridad Marítima. *DOUE*, L, núm. 39, de 9 de febrero de 2013.
45. Reglamento (UE) núm. 109/2013 de la Comisión, de 29 de enero de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 748/2009, sobre la lista de operadores de aeronaves que han realizado una actividad de aviación enumerada en el anexo I de la Directiva 2003/87/CE el 1 de enero de 2006 o a partir de esta fecha, en la que se especi-

fica el Estado miembro responsable de la gestión de cada operador, habida cuenta de la ampliación del Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la Unión Europea a los países de la AELC pertenecientes al EEE. *DOUE*, L, núm. 40, de 9 de febrero de 2013.

46. Decisión del Consejo, de 16 de junio de 2011, relativa a la firma y a la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril de adhesión de la Unión Europea al Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF) de 9 de mayo de 1980, modificado por el Protocolo de Vilnius de 3 de junio de 1999. *DOUE*, L, núm. 51, de 23 de febrero de 2013.
47. Reglamento (UE) núm. 167/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de febrero de 2013, relativo a la homologación de los vehículos agrícolas o forestales, y a la vigilancia del mercado de dichos vehículos. *DOUE*, L, núm. 60, de 2 de marzo de 2013.
48. Reglamento (UE) núm. 168/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2013, relativo a la homologación de los vehículos de dos o tres ruedas y los cuatriciclos, y a la vigilancia del mercado de dichos vehículos. *DOUE*, L, núm. 60, de 2 de marzo de 2013.

#### UNIÓN EUROPEA. DERECHO PRIMARIO

49. Versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. *DOUE*, C, núm. 327, de 26 de octubre de 2012.
50. Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. *DOUE*, C, núm. 326, de 26 de octubre de 2012.
51. Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *DOUE*, C, núm. 326, de 26 de octubre de 2012.
52. Protocolos. *DOUE*, C, núm. 326, de 26 de octubre de 2012.
53. Anexos. *DOUE*, C, núm. 326, de 26 de octubre de 2012.
54. Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. *DOUE*, C, núm. 326, de 26 de octubre de 2012.
55. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *DOUE*, C, núm. 326, de 26 de octubre de 2012.

#### B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

##### ADR

56. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mediación en los seguros (refundición) [COM(2012) 360 final – 2012/0175 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 44, de 15 de febrero de 2013.

57. Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2011, sobre la aplicación de la Directiva sobre la mediación en los Estados miembros, su impacto en la mediación y su aceptación por los Tribunales [2011/2026(INI)]. *DOUE*, C, núm. 51 E, de 22 de febrero de 2013.

## COMPRAVENTA

58. Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de junio de 2011, sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas [2011/2013(INI)]. *DOUE*, C, núm. 380 E, de 11 de diciembre de 2012.
59. Ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago I Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 5 de julio de 2011 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago [COM(2010)0482 – C7-0264/2010 – 2010/0251(COD)]. *DOUE*, C, núm. 33 E, de 5 de febrero de 2013.

## CONSUMIDORES Y USUARIOS

60. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 23 de junio de 2011, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores [COM(2008)0614 – C6-0349/2008 – 2008/0196(COD)] P7\_TC1-COD(2008)0196. *DOUE*, C, núm. 390 E, de 18 de diciembre de 2012.
61. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 23 de junio de 2011 con vistas a la adopción de la Directiva 2011/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo ANEXO. *DOUE*, C, núm. 390 E, de 18 de diciembre de 2012.
62. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Agenda del Consumidor Europeo para impulsar la confianza y el crecimiento» [COM(2012) 225 final]. *DOUE*, C, núm. 11, de 15 de enero de 2013.
63. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La participación de las asociaciones de consumidores en el establecimiento y funcionamiento del mercado único» (dictamen de iniciativa). *DOUE*, C, núm. 11, de 15 de enero de 2013.

64. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión» [COM(2012) 352 final – 2012/0169 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 11, de 15 de enero de 2013.
65. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2011, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores [COM(2010)0791 – C7-0012/2011 – 2011/0001(COD)] P7\_TC1-COD(2011)0001. *DOUE*, C, núm. 33 E, de 5 de febrero de 2013.
66. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 5 de julio de 2011 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) núm. .../2011 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores. *DOUE*, C, núm. 33 E, de 5 de febrero de 2013.
67. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2011, respecto de la Posición del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la información alimentaria facilitada al consumidor y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 1924/2006 y (CE) núm. 1925/2006 y se derogan las Directivas 87/250/CEE, 90/496/CEE, 1999/10/CE, 2000/13/CE, 2002/67/CE, 2008/5/CE y el Reglamento (CE) núm. 608/2004 [17602/1/2010 – C7-0060/2011 – 2008/0028(COD)] P7\_TC2-COD(2008)0028. *DOUE*, C, núm. 33 E, de 5 de febrero de 2013.
68. Posición del Parlamento Europeo aprobada en segunda lectura el 6 de julio de 2011 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) núm. .../2011 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la información alimentaria facilitada al consumidor y por el que se modifican los Reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo (CE) núm. 1924/2006 y (CE) núm. 1925/2006, y por el que se derogan la Directiva 87/250/CEE de la Comisión, la Directiva 90/496/CEE del Consejo, la Directiva 1999/10/CE de la Comisión, la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas de la Comisión 2002/67/CE, y 2008/5/CE, y el Reglamento (CE) núm. 608/2004 de la Comisión. *DOUE*, C, núm. 33 E, de 5 de febrero de 2013.
69. Sistemas de indemnización de los inversores I Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2011, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 97/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los sistemas de indemnización de los inversores [COM(2010)0371 – C7-0174/2010 – 2010/0199(COD)]. P7\_TC1-

**COD(2010)0199 – Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 5 de julio de 2011 con vistas a la adopción de la Directiva 2011/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 97/9/CE relativa a los sistemas de indemnización de los inversores. DOUE, C, núm. 33 E, de 5 de febrero de 2013.**

70. **Dictamen del Banco Central Europeo, de 19 de octubre de 2012, sobre una propuesta de reglamento de la Comisión por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2214/96, relativo a los índices de precios al consumo armonizados (IPCA): transmisión y difusión de los subíndices de los IPCA, por lo que respecta al establecimiento de índices de precios al consumo armonizados a impuestos constantes, y sobre una propuesta de reglamento de la Comisión por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 2494/95 del Consejo, relativo a los índices armonizados de precios al consumo, por lo que se refiere a la elaboración de los índices de precios de las viviendas ocupadas por sus propietarios (CON/2012/77). DOUE, C, núm. 73, de 13 de marzo de 2013.**

#### DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

71. **Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres [2010/2209(INI)], DOUE, C, núm. 296 E, de 2 de octubre de 2012.**
72. **Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2011, sobre la situación de las mujeres que se acercan a la edad de jubilación [2011/2091(INI)]. DOUE, C, núm. 56, de 22 de febrero de 2013.**
73. **Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas. DOUE, C, núm. 54, de 26 de febrero de 2013.**

#### DERECHO DE LA COMPETENCIA

74. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Informe sobre la política de competencia 2011» [COM(2012) 253 final]. DOUE, C, núm. 44, de 15 de febrero de 2013.**

#### DERECHO DE LA PERSONA

75. **Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2011, sobre un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea [2011/2025(INI)]. DOUE, C, núm. 33 E, de 5 de febrero de 2013.**

76. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Aplicación y seguimiento de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad por las instituciones de la UE, y el papel del CESE al respecto» (Dictamen de iniciativa). *DOUE*, C, núm. 44, de 15 de febrero de 2013.
77. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Año Europeo de la Salud Mental – Mejorar el trabajo y aumentar la calidad de vida» (Dictamen de iniciativa). *DOUE*, C, núm. 44, de 15 de febrero de 2013.
78. Orientación sexual e identidad de género en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas. *DOUE*, C, núm. 56 E, de 26 de febrero de 2013.

#### ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

79. Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. *DOUE*, C, núm. 337, de 6 de noviembre de 2012.
80. Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales. *DOUE*, C, núm. 338, de 6 de noviembre de 2012.
81. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo – Solventar los obstáculos transfronterizos derivados de los impuestos sobre sucesiones en la UE»[*COM(2011) 864 final*]. *DOUE*, C, núm. 351, de 15 de noviembre de 2012.
82. Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2011, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre las medidas provisionales propuestas para la inmovilización y divulgación de los activos patrimoniales de los deudores en los asuntos transfronterizos [2009/2169(INI)]. *DOUE*, C, núm. 377 E, de 7 de diciembre de 2012.

#### INTERNET Y TECNOLOGÍA

83. Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la creación de un centro europeo de ciberdelincuencia. *DOUE*, C, núm. 336, de 6 de noviembre de 2012.
84. Resumen ejecutivo del dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de

las Regiones, «Estrategia europea a favor de una Internet más adecuada para los niños» *DOUE*, C, núm. 336, de 6 de noviembre de 2012.

85. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde – Hacia un mercado europeo integrado de pagos mediante tarjeta, pagos por Internet o pagos móviles» [COM(2011) 941 final]. *DOUE*, C, núm. 351, de 15 de noviembre de 2012.
86. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños» [COM(2012) 196 final]. *DOUE*, C, núm. 351, de 15 de noviembre de 2012.
87. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior» [COM(2012) 238 final]. *DOUE*, C, núm. 351, de 15 de noviembre de 2012.
88. Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2011, sobre la banda ancha europea: inversión en crecimiento impulsado por la tecnología digital [2010/2304(INI)]. *DOUE*, C, 33 E, de 5 de febrero de 2013.

#### PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

89. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 de mayo de 2011, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las menciones o marcas que permitan identificar el lote al que pertenece un producto alimenticio (versión codificada) [COM(2010)0506 – C7-0285/2010 – 2010/0259(COD)] P7\_TC1-COD(2010)0259. *DOUE*, C, núm. 377 E, de 7 de diciembre de 2012.
90. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 11 de mayo de 2011 con vistas a la adopción de la Directiva 2011/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las menciones o marcas que permitan identificar el lote al que pertenece un producto alimenticio (texto codificado). *DOUE*, C, núm. 377 E, de 7 de diciembre de 2012.
91. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta 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 [COM(2012) 372 final - 2012/0180 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 44, de 15 de febrero de 2013.

## PUBLICIDAD

92. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes» (dictamen de iniciativa). *DOUE*, C, núm. 351, de 15 de noviembre de 2012.

## RESPONSABILIDAD SOCIAL Y GOBIERNO CORPORATIVO

93. Gobierno corporativo en las entidades financieras. Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de mayo de 2011, sobre el gobierno corporativo en las entidades financieras [2010/2303(INI)]. *DOUE*, C, núm. 377 E, de 7 de diciembre de 2012.
94. Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de junio de 2011, sobre la dimensión exterior de la política social, la promoción de las normas laborales y sociales y la responsabilidad social de las empresas europeas [2010/2205(INI)]. *DOUE*, C, núm. 380 E, de 11 de diciembre de 2012.
95. Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2011, sobre las mujeres y la dirección de las empresas [2010/2115(INI)]. *DOUE*, C, núm. 377 E, de 5 de febrero de 2013.

## SOCIEDADES

96. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social Europeo – Un plan de acción para mejorar el acceso a financiación de las PYME» [COM(2011) 870 final]. *DOUE*, C, núm. 351, de 15 de noviembre de 2012.
97. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Fundación Europea (FE)» [COM(2012) 35 final – 2012/0022 (APP)]. *DOUE*, C, núm. 351, de 15 de noviembre de 2012.
98. Revisión de la «Small Business Act». Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2011, sobre la revisión de la «Small Business Act». *DOUE*, C, núm. 377 E, de 7 de diciembre de 2012.
99. Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de junio de 2011, sobre las agencias de calificación crediticia: perspectivas futuras [2010/2302(INI)]. *DOUE*, C, núm. 380 E, de 11 de diciembre de 2012.
100. Dictamen del Comité de las Regiones – Programa para la competitividad de las empresas y para las pequeñas y medianas empresas (2014-2020). *DOUE*, C, núm. 391, de 18 de diciembre de 2012.

101. Dictamen del Banco Central Europeo, de 29 de noviembre de 2012, sobre una propuesta de directiva por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión (CON/2012/99). *DOUE*, C, núm. 39, de 12 de febrero de 2013.
102. Dictamen del Comité económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para el rescate y la resolución de entidades de crédito y empresas de inversión, y por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE y 82/891/CE del Consejo, las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE y 2011/35/CE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010 [COM(2012) 280 final – 2012/0150 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 44, de 15 de febrero de 2013.
103. Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2011, sobre las mujeres empresarias en pequeñas y medianas empresas [2010/2275(INI)]. *DOUE*, C, núm. 51 E, de 22 de febrero de 2013.
104. Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de septiembre de 2011, sobre política de auditoría: lecciones de la crisis [2011/2037(INI)]. *DOUE*, C, núm. 51 E, de 22 de febrero de 2013.
105. Publicación en virtud de la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito. *DOUE*, C, núm. 54, de 23 de febrero de 2013.

## TRANSPORTES

106. Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de junio de 2011, sobre las aplicaciones del sistema mundial de navegación por satélite (GNSS) en el ámbito del transporte – Política de la UE a corto y medio plazo [2010/2208(INI)]. *DOUE*, C, núm. 380 E, de 11 de diciembre de 2012.
107. Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de junio de 2011, sobre acuerdos internacionales sobre aviación con arreglo al Tratado de Lisboa [2010/2207(INI)]. *DOUE*, C, núm. 380 E, de 11 de diciembre de 2012.
108. Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de junio de 2011, sobre la revisión intermedia de los programas europeos de navegación por satélite: evaluación de la ejecución, futuros desafíos y perspectivas de financiación [2009/2226(INI)]. *DOUE*, C, núm. 380 E, de 11 de diciembre de 2012.
109. II Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 6 de julio de 2011, respecto de la Posición del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se facilita el intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad

vial [17506/1/2010 – C7-0074/2011 – 2008/0062(COD)] P7\_TC2-COD(2008)0062. *DOUE*, C, núm. 33 E, de 5 de febrero de 2013.

110. Posición del Parlamento Europeo aprobada en segunda lectura el 6 de julio de 2011 con vistas a la adopción de la Directiva 2011/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se facilita el intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial ANEXO. *DOUE*, C, núm. 33 E, de 5 de febrero de 2013.
111. Comunicación de la Comisión con arreglo al artículo 17, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad – Licitación para la explotación de servicios aéreos regulares de conformidad con las obligaciones de servicio público. *DOUE*, C, núm. 39, de 12 de febrero de 2013.
112. Comunicación de la Comisión con arreglo al artículo 16, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad – Obligaciones de servicio público respecto a servicios aéreos regulares. *DOUE*, C, núm. 39, de 12 de febrero de 2013.
113. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Calidad de los servicios ferroviarios en la UE» (Dictamen de iniciativa). *DOUE*, C, núm. 44, de 15 de febrero de 2013.
114. Comunicación de la Comisión conforme al artículo 16, apartado 4, del Reglamento (CE) no 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad – Licitación para la explotación de servicios aéreos regulares de conformidad con las obligaciones de servicio público. *DOUE*, C, núm. 56, de 26 de febrero de 2013.
115. Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de septiembre de 2011, sobre la seguridad vial europea 2011-2020 [2010/2235(INI)]. *DOUE*, C, núm. 56 E, de 26 de febrero de 2013.

## II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

### CONSUMIDORES Y USUARIOS

116. Asunto C-602/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 12 de julio de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por la Judecătoria Călărași – Rumanía) – SC Volksbank România SA/Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor – Comisariatul Județean pentru Protecția Consumatorilor Călărași (CJPC) (Protección de los consumidores – Contratos de crédito al consumo – Directiva 2008/48/CE – Artículos 22, 24 y 30 – Normativa nacional para la transposición de la Directiva – Aplicabilidad

a los contratos no incluidos en el ámbito de aplicación material y temporal de dicha Directiva – Obligaciones no establecidas por la propia Directiva – Limitación de las comisiones bancarias que puede percibir el prestamista – Artículos 56 TFUE, 58 TFUE y 63 TFUE – Obligación de establecimiento, en el Derecho nacional, de procedimientos adecuados y eficaces de resolución extrajudicial de litigios). *DOUE*, C, núm. 287, de 22 de septiembre de 2012.

117. Asunto C-544/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 6 de septiembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesverwaltungsgericht – Alemania) – Deutsches Weintor eG/Land Rheinland-Pfalz [Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Salud pública – Información y protección de los consumidores – Etiquetado y presentación de los productos alimenticios – Conceptos de «declaraciones nutricionales» y de «salud de los alimentos» – Reglamento (CE) núm. 1924/2006 – Calificación de un vino como «de fácil digestión» – Indicación de un grado de acidez reducido – Bebidas que rotulan más de un 1,2% en volumen de alcohol – Prohibición de declaraciones de propiedades saludables – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículo 15, apartado 1 – Libertad profesional – Artículo 16 – Libertad de empresa – Compatibilidad]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
118. Asunto C-190/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 6 de septiembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Daniela Mühlleitner/Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi [Competencia judicial en materia civil y mercantil – Competencia en materia de contratos celebrados por consumidores – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 15, apartado 1, letra c) – Eventual limitación de dicha competencia a los contratos celebrados a distancia]. *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
119. Asunto C-22/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de octubre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus – Finlandia) – Finnair Oyj/Timyy Lassoo (Transportes aéreos – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Compensación a los pasajeros en caso de denegación de embarque – Concepto de «denegación de embarque» – Exclusión de la calificación de «denegación de embarque» – Cancelación de un vuelo causada por una huelga en el aeropuerto de partida – Reorganización de los vuelos posteriores al vuelo cancelado – Derecho a compensación de los pasajeros de esos vuelos). *DOUE*, C, núm. 366, de 24 de noviembre de 2012.
120. Asunto C-321/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de octubre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de A Coruña) – Germán Rodríguez Cachafeiro, María de los Reyes Martínez-Reboredo Varela-Villamor/Iberia, Líneas Aéreas de España, S.A. [Transporte aéreo – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Compensación a los pasajeros en caso de denegación de embarque – Concepto de

«denegación de embarque» – Anulación por el transportista de la tarjeta de embarque de un pasajero a causa del retraso previsto de un vuelo anterior, facturado al mismo tiempo que el vuelo de que se trata y operado por el mismo transportista]. *DOUE*, C, núm. 366, de 24 de noviembre de 2012.

121. Asuntos acumulados C-581/10 y C-629/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de octubre de 2012 [peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Amstgericht Köln – Alemania, y la High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Administrative Court) – Reino Unido] – Emeka Nelson, Bill Chinazo Nelson, Brian Cheimezie Nelson/Deutsche Lufthansa AG (C-581/10), TUI Travel plc, British Airways plc, easyJet Airline Company Ltd, International Air Transport Association/Civil Aviation Authority (C-629/10) (Transporte aéreo – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículos 5 a 7 – Convenio de Montreal – Artículos 19 y 29 – Derecho a compensación en caso de retraso del vuelo – Compatibilidad). *DOUE*, C, núm. 399, de 22 de diciembre de 2012.
122. Asunto C-139/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de noviembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona) – Joan Cuadrench Moré/Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV (Transportes aéreos – Compensación y asistencia a los pasajeros – Denegación de embarque, cancelación o gran retraso de los vuelos – Plazo para recurrir). *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
123. Asunto C-410/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de noviembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona – España) – Pedro Espada Sánchez, Alejandra Oviedo Gonzales, Lucía Espada Oviedo, Pedro Espada Oviedo/Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. (Transportes aéreos – Convenio de Montreal – Artículo 22, apartado 2 – Responsabilidad de los transportistas en materia de equipaje – Límites en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso del equipaje – Equipaje común a varios pasajeros – Facturación por uno solo de ellos). *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
124. Asunto C-206/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de enero de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Georg Köck/Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb (Protección de los consumidores – Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior – Normativa de un Estado miembro conforme a la cual los anuncios de rebajas requieren de autorización previa). *DOUE*, C, núm. 63, de 2 de marzo de 2013.
125. Asunto C-224/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 17 de enero de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Naczelny Sąd Administracyjny – Polonia) – BGZ Leasing

sp. z o.o./Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie (IVA – Prestación de leasing acompañada de una prestación de seguro del bien objeto del leasing, suscrita por el arrendador y facturada por éste al arrendatario – Calificación – Prestación única compleja o dos prestaciones independientes – Exención – Operación de seguro). *DOUE*, C, núm. 63, de 2 de marzo de 2013.

## DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

126. Asunto C-75/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 4 de octubre de 2012 – Comisión Europea/República de Austria (Incumplimiento de Estado – Ciudadanía de la Unión – Derecho de circulación y de residencia – Artículos 20 TFUE y 21 TFUE – Discriminación por razón de nacionalidad – Artículo 18 TFUE – Directiva 2004/38/CE – Artículo 24 – Excepción – Alcance – Estado miembro en el que sólo los estudiantes cuyos padres perciben prestaciones familiares en este Estado se benefician de tarifas reducidas de transporte). *DOUE*, C, núm. 366, de 24 de noviembre de 2012.
127. Asunto C-286/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de noviembre de 2012 – Comisión Europea/Hungría (Incumplimiento de Estado – Política social – Igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Directiva 2000/78/CE – Artículos 2 y 6, apartado 1 – Régimen nacional que obliga a cesar en su actividad profesional a jueces, fiscales y notarios que han alcanzado la edad de 62 años – Objetivos legítimos que justifican una diferencia de trato con los trabajadores menores de 62 años – Carácter proporcionado de la duración del período transitorio). *DOUE*, C, núm. 9, de 12 de enero de 2013.
128. Asuntos acumulados C-124/11, C-125/11 y C-143/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 6 de diciembre de 2012 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesverwaltungsgericht – Alemania) – Bundesrepublik Deutschland/Karen Dittrich (asunto C-124/11), Bundesrepublik Deutschland/Robert Klinke (asunto C-125/11) y Jörg-Detlef Müller/Bundesrepublik Deutschland (asunto C-143/11) (Igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Normativa nacional – Ayudas a los funcionarios en caso de enfermedad – Directiva 2000/78/CE – Artículo 3 – Ámbito de aplicación – Concepto de «retribución»). *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
129. Asunto C-152/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 6 de diciembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht München – Alemania) – Johann Odar/Baxter Deutschland GmbH (Igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Directiva 2000/78/CE – Prohibición de cualquier discriminación basada en la edad y en la discapacidad – Indemnización por despido – Plan social que prevé la reducción del importe de la indemnización por despido abonada a los trabajadores con discapacidad). *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.

## DERECHO DE LA COMPETENCIA

130. Asunto C-138/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Compass-Datenbank GmbH/Republik Österreich (Competencia – Artículo 102 TFUE – Concepto de «empresa» – Datos del Registro Mercantil almacenados en una base de datos – Actividad de recopilación y de puesta a disposición de dichos datos a cambio de remuneración – Incidencia de la negativa de las autoridades públicas a autorizar la reutilización de dichos datos – Derecho sui generis establecido en el artículo 7 de la Directiva 96/9/CE). *DOUE*, C, núm. 287, de 22 de septiembre de 2012.
131. Asunto C-240/11 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 3 de mayo de 2012 – World Wide Tobacco España, S.A./Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Cárteles – Mercado español de compra y primera transformación de tabaco crudo – Fijación de los precios y reparto del mercado – Multas – Efecto disuasorio – Igualdad de trato – Circunstancias atenuantes – Límite máximo del 10 % del volumen de negocios – Cooperación). *DOUE*, C, núm. 303, de 6 de octubre de 2012.
132. Asunto T-119/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2012 – Protégé International/Comisión («Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado del whisky irlandés – Decisión desestimatoria de una denuncia – Falta de interés comunitario»). *DOUE*, C, núm. 319, de 20 de octubre de 2012.
133. Asunto T-379/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2012 – Italia/Comisión («Ayudas de Estado – Exención de los impuestos especiales sobre el gasóleo utilizado para la calefacción de los invernaderos – Decisión que declara el régimen de ayudas incompatible con el mercado común y ordena la recuperación de las ayudas otorgadas – Obligación de motivación – Carácter selectivo – Efectos en los intercambios comerciales entre los Estados miembros – Efectos sobre la competencia – Directiva 92/81/CEE – Directiva 2003/96/CE – Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente»). *DOUE*, C, núm. 319, de 20 de octubre de 2012.
134. Asunto T-169/08: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2012 – DEI/Comisión («Competencia – Abuso de posición dominante – Mercados griegos del suministro de lignito y de la electricidad al por mayor – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE – Concesión o mantenimiento de los derechos otorgados por la República Helénica a una empresa pública para la extracción de lignito»). *DOUE*, C, núm. 343, de 10 de noviembre de 2012.
135. Asunto T-421/09: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2012 – DEI/Comisión («Competencia – Abuso de posi-

ción dominante – Mercados griegos del suministro de lignito y de la electricidad al por mayor – Decisión por la que se establecen medidas específicas para corregir los efectos anticompetitivos de una infracción al artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, señalada en una decisión anterior – Artículo 86 CE, apartado 3 – Anulación de la decisión anterior». *DOUE*, C, núm. 343, de 10 de noviembre de 2012.

136. Asunto T-269/10: Sentencia del Tribunal General de 26 de septiembre de 2012 – LIS/Comisión [«Dumping – Importaciones de lámparas fluorescentes compactas electrónicas integradas originarias de China – Solicitud de devolución de los derechos percibidos – Artículo 11, apartado 8, del Reglamento (CE) núm. 384/96 [actualmente artículo 11, apartado 8, del Reglamento (CE) no 1225/2009] – Requisitos – Prueba». *DOUE*, C, núm. 343, de 10 de noviembre de 2012.
137. Asunto T-421/09: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2012 – DEI/Comisión («Competencia – Abuso de posición dominante – Mercados griegos del suministro de lignito y de la electricidad al por mayor – Decisión por la que se establecen medidas específicas para corregir los efectos anticompetitivos de una infracción al artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE, señalada en una decisión anterior – Artículo 86 CE, apartado 3 – Anulación de la decisión anterior»). *DOUE*, C, núm. 343, de 10 de noviembre de 2012.
138. Asunto T-343/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Shell Petroleum y otros/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento infractor – Control conjunto – Multas – Circunstancias agravantes – Papel de instigador y de responsable – Reincidencia – Duración de la infracción – Derecho de defensa – Competencia jurisdiccional plena – Comportamiento de la empresa en el procedimiento administrativo). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
139. Asunto T-344/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Total/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento infractor – Multas – Gravedad y duración de la infracción»). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
140. Asunto T-347/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Nynäs petroleum y Nynas Belgium/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento infractor – Multas – Cooperación

durante el procedimiento administrativo – Valor añadido significativo – Igualdad de trato»). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.

141. Asunto T-348/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Total Nederland/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Carácter continuado de la infracción – Imputabilidad del comportamiento infractor – Multas – Gravedad y duración de la infracción»). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
142. Asunto T-351/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Dura Vermeer Groep/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento infractor»). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
143. Asunto T-352/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Dura Vermeer Infra/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento infractor – Derecho de defensa). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
144. Asunto T-353/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Vermeer Infrastructuur/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Existencia y calificación de un acuerdo – Restricción de competencia – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 CE a los acuerdos de cooperación horizontal – Cálculo del importe de las multas – Gravedad y duración de la infracción – Obligación de motivación – Derecho de defensa). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
145. Asunto T-354/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – BAM NBM Wegenbouw y HBG Civiel/Comisión (Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Existencia y calificación de un acuerdo – Restricción de competencia – Directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal – Derecho de defensa – Multas – Duración de la infracción). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
146. Asunto T-355/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Koninklijke BAM Groep/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para

el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento infractor – Duración de la infracción»). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.

147. Asunto T-356/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Koninklijke Volker Wessels Stevin/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Multas – Imputabilidad del comportamiento infractor»). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
148. Asunto T-357/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Koninklijke Wegenbouw Stevin/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Existencia y calificación de un acuerdo – Restricción de la competencia – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 CE a los acuerdos de cooperación horizontal – Derecho de defensa – Multa – Circunstancias agravantes – Papel de instigador y de responsable – Falta de cooperación – Facultades de la Comisión en materia de inspección – Derecho a la asistencia letrada – Desviación de poder – Cálculo del importe de las multas – Duración de la infracción – Competencia jurisdiccional plena»). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
149. Asunto T-359/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Heijmans Infrastructuur/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Carga de la prueba – Multas – Gravedad de la infracción – Imputabilidad del comportamiento infractor – Obligación de motivación – Derecho de defensa»). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
150. Asunto T-360/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Heijmans/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento infractor»). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
151. Asunto T-361/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Ballast Nedam/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento infractor – Derecho de defensa – Efectos sobre terceros de una sentencia anulatoria»). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.

152. Asunto T-362/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Ballast Nedam Infra/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Multas – Prueba de la infracción – Gravedad de la infracción – Imputabilidad del comportamiento infractor – Derecho de defensa – Alegación de motivos nuevos en el curso del proceso – Competencia jurisdiccional plena»). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
153. Asunto T-370/06: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Kuwait Petroleum y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Multas – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Valor añadido significativo – Igualdad de trato – Derecho de defensa»). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
154. Asunto T-82/08: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Guardian Industries y Guardian Europe/Comisión («Competencia – Cárteles – Mercado del vidrio plano en el EEE – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios – Prueba de la infracción – Cálculo del importe de las multas – Exclusión de las ventas cautivas – Obligación de motivación – Igualdad de trato – Circunstancias atenuantes»). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
155. Asunto T-501/10: Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2012 – TI Media Broadcasting y TI Media/Comisión («Competencia – Concentraciones – Mercado italiano de la televisión de pago – Decisión por la que se modifican los compromisos anejos a una decisión por la que se declara compatible con el mercado común y con el Acuerdo EEE una operación de concentración – Anuncio de licitación para la adjudicación de frecuencias de televisión digital terrestre en Italia – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento – Inadmisibilidad»). *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
156. Asunto C-493/11 P: Auto del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 2012 – United Technologies Corp./Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de la instalación y el mantenimiento de ascensores y escaleras mecánicas – Multas – Sociedad matriz y filiales – Imputabilidad de la conducta ilícita). *DOUE*, C, núm. 366, de 24 de noviembre de 2012.
157. Asunto C-494/11 P: Auto del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 2012 – Otis Luxembourg Sàrl (anteriormente General Technic-Otis Sàrl), Otis SA, Otis GmbH & Co. OHG, Otis BV y Otis Elevator Company/Comisión Europea (Recurso de casación – Com-

petencia – Prácticas colusorias – Mercado de la instalación y el mantenimiento de ascensores y escaleras mecánicas – Multas – Sociedad matriz y filiales – Imputabilidad de la conducta ilícita). *DOUE*, C, núm. 366, de 24 de noviembre de 2012.

158. Asunto T-150/09: Sentencia del Tribunal General de 10 de octubre de 2012 – Ningbo Yonghong Fasteners/Consejo [«Dumping – Importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero originarios de China – Estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Plazo para la adopción de la decisión relativa a ese estatuto – Error manifiesto de apreciación – Carga de la prueba – Ajuste de los costes – Artículo 2, apartado 5, y apartado 7, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 384/96 [actualmente artículo 2, apartado 5, y apartado 7, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 1225/2009»]. *DOUE*, C, núm. 366, de 24 de noviembre de 2012.
159. Asunto T-170/09: Sentencia del Tribunal General de 10 de octubre de 2012 – Shanghai Biaowu High-Tensile Fastener y Shanghai Prime Machinery/Consejo [«Dumping – Importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero originarios de China – Estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Plazo para la adopción de la decisión relativa a este estatuto – Principio de buena administración – Carga de la prueba – Obligación de motivación – Artículo 2, apartado 7, letras *b*) y *c*), y apartado 10, del Reglamento (CE) núm. 384/96 [actualmente artículo 2, apartado 7, letras *b*) y *c*), y apartado 10, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009»]. *DOUE*, C, núm. 366, de 24 de noviembre de 2012.
160. Asunto T-172/09: Sentencia del Tribunal General de 10 octubre de 2012 – Gem-Year y Jinn-Well Auto-Parts (Zhejiang)/Consejo [«Dumping – Importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero originarios de China – Apoyo de la denuncia por la industria comunitaria – Definición del producto de que se trata – Perjuicio – Estatuto de empresa que opera en condiciones economía de mercado – Coste de los principales factores de producción que refleja en gran parte los precios de mercado – Artículo 2, apartado 7, letras *b*) y *c*), del reglamento (CE) núm. 384/96 [actualmente, artículo 2, apartado 7, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 1225/2009»]. *DOUE*, C, núm. 366, de 24 de noviembre de 2012.
161. Asunto T-389/12 R: Auto del Tribunal General de 11 de octubre de 2012 – EDF/Comisión («Procedimiento sobre medidas provisionales – Competencia – Concentraciones – Mercado de la electricidad – Decisión que autoriza una operación de concentración a condición de que se cumplan determinados compromisos – Denegación de la prórroga del plazo fijado para cumplir esos compromisos – Demanda de medidas provisionales – Inexistencia de urgencia»). *DOUE*, C, núm. 366, de 24 de noviembre de 2012.

162. Asunto C-428/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 18 de octubre de 2012 petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido) – 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/Office of Fair Trading (Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales – Práctica consistente en informar al consumidor de que ha ganado un premio y que le obliga a incurrir en un gasto para recibirlo). *DOUE*, C, núm. 379, de 8 de diciembre de 2012.
163. Asunto C-247/10 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de noviembre de 2012 – Zhejiang Aokang Shoes Co., Ltd/ Consejo de la Unión Europea, Wenzhou Taima Shoes Co., Ltd, Comisión Europea, Confederación Europea del Calzado (CEC), B.A.L.A. di Lanciotti Vittorio & C. Sas [Recurso de casación – Dumping – Reglamento (CE) núm. 1472/2006 – Importaciones de determinado calzado con parte superior de cuero procedentes de China y de Vietnam – Reglamento (CE) núm. 384/96 – Artículo 2, apartado 7, letra b), Estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Artículo 9, apartado 6 – Trato individual – Artículo 17, apartado 3 – Muestreo – Artículo 20, apartado 5 – Derecho de defensa]. *DOUE*, C, núm. 9, de 12 de enero de 2013.
164. Asunto C-199/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank van koophandel Brussel – Bélgica) – Europese Gemeenschap/Otis NV, General Technic-Otis Sàrl, Kone Belgium NV, Kone Luxembourg Sàrl, Schindler NV, Schindler Sàrl, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV, ThyssenKrupp Ascenseurs Luxembourg Sàrl (Representación de la Unión Europea ante los órganos jurisdiccionales nacionales – Artículos 282 CE y 335 TFUE – Demanda de indemnización por los daños y perjuicios irrogados a la Unión por un cártel – Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Derecho a un proceso equitativo – Derecho de acceso a un tribunal – Igualdad de armas – Artículo 16 del Reglamento no 1/2003). *DOUE*, C, núm. 9, de 12 de enero de 2013.
165. Asunto C-558/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 15 de noviembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Augstākās tiesas Senāts – Letonia) – SIA Kurcums Metal/Valsts ieņēmumu dienests (Arancel Aduanero Común – Clasificación arancelaria – Nomenclatura Combinada – Cabos combinados «Taifun» fabricados en Rusia, formados por polipropileno y un hilo de acero – Abrazaderas onduladas con extremos redondeados conectados mediante una clavija – Derechos antidumping establecidos sobre las importaciones de determinados cables de hierro o de acero originarias de la República Checa, Rusia, Tailandia y Turquía). *DOUE*, C, núm. 9, de 12 de enero de 2013.

166. Asunto C-559/11: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de octubre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank van koophandel te Antwerpen – Bélgica) – Pelckmans Turnhout NV/Walter Van Gastel Balen NV, Walter Van Gastel NV, Walter Van Gastel Schoten NV, Walter Van Gastel Lifestyle NV (Artículos 92, apartado 1, 103, apartado 1, y 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales – Normativa nacional que prohíbe la apertura de un comercio los siete días de la semana). *DOUE*, C, núm. 9, de 12 de enero de 2013.
167. Asunto C-551/10 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2012 – Éditions Odile Jacob SAS/Comisión Europea, Lagardère SCA [Recurso de casación – Operaciones de concentración de empresas en el mercado editorial de libros – Reglamento (CEE) núm. 4064/89 – Convenio de traspaso transitorio – Motivos inoperantes]. *DOUE*, C, núm. 9, de 12 de enero de 2013.
168. Asuntos acumulados C-553/10 P y C-554/10 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de noviembre de 2012 – Comisión Europea/Éditions Odile Jacob SAS, Wendel Investissement SA, Lagardère SCA y Lagardère SCA/Éditions Odile Jacob SAS, Comisión Europea, Wendel Investissement SA (Recurso de casación – Operación de concentración de empresas en el mercado editorial de libros – Anulación de la decisión relativa a la aceptación de una empresa de inversión como adquirente de los activos retrocedidos – Alcance de la eventual falta de independencia del mandatario). *DOUE*, C, núm. 9, de 12 de enero de 2013.
169. Asunto C-457/10 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2012 – AstraZeneca AB, AstraZeneca plc/Comisión Europea, European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) (Recurso de casación – Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado de medicamentos contra la úlcera – Abuso de los procedimientos relativos a los certificados complementarios de protección de medicamentos y de los procedimientos de autorización de comercialización de medicamentos – Declaraciones engañosas – Revocaciones de autorizaciones de comercialización – Obstáculos a la comercialización de productos farmacéuticos genéricos y a las importaciones paralelas). *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
170. Asunto C-552/10 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de noviembre de 2012 – Usha Martin Ltd/Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea [Recurso de casación – Dumping – Reglamento (CE) núm. 121/2006 – Importaciones de cables de acero originarios, en particular, de la India – Decisión 2006/38/CE – Reglamento (CE) núm. 384/96 – Artículo 8, apartado 9 – Compromisos ofrecidos en el marco de procedimientos antidumping]. *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.

171. Asunto T-491/07: Sentencia del Tribunal General de 29 de noviembre de 2012 – CB/Comisión («Competencia – Decisión de asociaciones de empresas – Mercado de la emisión de tarjetas de pago en Francia – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Medidas de fijación de precios aplicables a los “nuevos miembros” – Derecho de adhesión y mecanismos conocidos como de “regulación de la función de adquisición” y de “miembros durmientes que se despiertan” – Mercado pertinente – Objeto de las medidas controvertidas – Restricción de la competencia por el objeto – Artículo 81 CE, apartado 3 – Errores manifiestos de apreciación – Principio de buena administración – Proporcionalidad – Seguridad jurídica»). *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
172. Asunto T-341/12 R: Auto del Presidente del Tribunal General de 16 de noviembre de 2012 – Evonik Degussa/Comisión («Procedimiento sobre medidas provisionales – Competencia – Publicación de una decisión por la que la Comisión declara que existe una infracción de las disposiciones que prohíben las prácticas colusorias – Desestimación de la demanda por la que se solicita que se trate de modo confidencial la información facilitada a la Comisión en aplicación de su Comunicación sobre la cooperación – Ponderación de los intereses – Urgencia – *Fumus boni iuris*»). *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
173. Asunto T-332/09: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012 – Electrabel/Comisión («Competencia – Concentraciones – Decisión por la que se impone una multa por la realización de una operación de concentración – Obligación de suspender la operación de concentración – Obligación de motivación – Error de apreciación – Prescripción – Importe de la multa»). *DOUE*, C, núm. 32, de 2 de febrero de 2013.
174. Asunto T-352/09: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012 – Novácke chemické závody/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del carburo de calcio y del magnesio para las industrias del acero y el gas del EEE, con excepción de Irlanda, España, Portugal y Reino Unido – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto del mercado – Multas – Obligación de Motivación – Proporcionalidad – Igualdad de trato – Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006 – Capacidad contributiva»). *DOUE*, C, núm. 32, de 2 de febrero de 2013.
175. Asunto T-392/09: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012 – 1. garantovaná/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del carburo de calcio y del magnesio para las industrias del acero y el gas del EEE, con excepción de Irlanda, España, Portugal y Reino Unido – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto del mercado – Imputabilidad de la conducta ilícita – Multas – Límite máximo del 10% del volumen de negocios – Volumen de negocios pertinente – Derecho de defensa – Obligación de

motivación – Proporcionalidad – Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006 – Capacidad contributiva»). *DOUE*, C, núm. 32, de 2 de febrero de 2013.

176. Asunto T-400/09: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012 – Ecka Granulate y non ferrum Metallpulver/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del carburo de calcio y del magnesio para las industrias del acero y el gas del EEE, con excepción de Irlanda, España, Portugal y Reino Unido – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto del mercado – Multas – Principio de legalidad penal – Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006 – Circunstancias atenuantes – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Proporcionalidad – Capacidad contributiva»). *DOUE*, C, núm. 32, de 2 de febrero de 2013.
177. Asunto T-410/09: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012 – Almamet/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del carburo de calcio y del magnesio para las industrias del acero y el gas en el EEE, con excepción de Irlanda, España, Portugal y Reino Unido – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto del mercado – Derecho de defensa – Facultades de inspección de la Comisión – Infracción única y continua – Multas – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Proporcionalidad – Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006»). *DOUE*, C, núm. 32, de 2 de febrero de 2013.
178. Asunto C-226/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de diciembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – Expedia Inc./Autorité de la concurrence y otros [Competencia – Artículo 101 TFUE, apartado 1 – Práctica colusoria – Carácter sensible de una restricción – Reglamento (CE) no 1/2003 – Artículo 3, apartado 2 – Autoridad nacional de defensa de la competencia – Práctica que puede afectar al comercio entre los Estados miembros – Persecución y sanción – No superación de los umbrales de cuotas de mercado definidos en la Comunicación *de minimis* – Restricciones por objeto]. *DOUE*, C, núm. 38, de 9 de febrero de 2013.
179. Asunto T-103/08: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2012 – Versalis y Eni/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de cloropreno – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto del mercado – Imputabilidad del comportamiento infractor – Obligación de motivación – Derecho de defensa – Prueba de la participación en la práctica colusoria – Infracción única y continuada – Multas – Gravedad y duración de la infracción – Reiniciencia – Efecto disuasorio – Circunstancias atenuantes – Límite máximo del 10 por 199 del volumen de negocios – Cooperación – Comunicación sobre la cooperación de 2002 – Igualdad de trato – Proporcionalidad»). *DOUE*, C, núm. 38, de 9 de febrero de 2013.

180. Asunto C-577/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de diciembre de 2012 – Comisión Europea/Reino de Bélgica (Incumplimiento de Estado – Artículo 56 TFUE – Libre prestación de servicios – Normativa nacional que impone una obligación de declaración previa a los prestadores autónomos de servicios establecidos en otros Estados miembros – Sanciones penales – Obstáculo a la libre prestación de servicios – Diferenciación objetivamente justificada – Exigencias imperiosas de interés general – Prevención del fraude – Lucha contra la competencia desleal – Protección de los trabajadores autónomos – Proporcionalidad). *DOUE*, C, núm. 46, de 16 de febrero de 2013.
181. Asunto C-445/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 19 de diciembre de 2012 – Bavaria NV/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Práctica colusoria – Mercado neerlandés de cerveza – Decisión de la Comisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Multas – Duración del procedimiento administrativo – Importe de la multa). *DOUE*, C, núm. 46, de 16 de febrero de 2013.
182. Asunto C-452/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 19 de diciembre de 2012 – Heineken Nederland BV, Heineken NV/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Práctica colusoria – Mercado neerlandés de cerveza – Decisión de la Comisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Multas – Duración del procedimiento administrativo – Importe de la multa). *DOUE*, C, núm. 46, de 16 de febrero de 2013.
183. Asunto C-654/11 P: Auto del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012 – Transcatab SpA, in liquidazione/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado italiano de compra y primera transformación de tabaco crudo – Fijación de precios y reparto del mercado – Imputabilidad de la conducta infractora de la filial a su sociedad matriz – Presunción de inocencia – Derecho de defensa – Obligación de motivación – Principio de igualdad de trato). *DOUE*, C, núm. 55, de 23 de febrero de 2013.
184. Asunto C-286/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de enero de 2013 – Comisión Europea/Tomkins plc (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los empalmes de cobre y de aleaciones de cobre – Responsabilidad de la sociedad matriz derivada únicamente del comportamiento infractor de su filial – Principio ne ultra petita – Efecto sobre la situación jurídica de la sociedad matriz de una anulación declarada por una sentencia que afecta a una filial). *DOUE*, C, núm. 71, de 9 de marzo de 2013.

## ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

185. Asunto C-378/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012 (petición de decisión prejudicial plantea-

- da por el Legfelsőbb Bíróság – Hungría) – Solicitud de inscripción en el Registro Mercantil presentada por VALE Építési Kft (arts. 49 TFUE y 54 TFUE – Libertad de establecimiento – Principios de equivalencia y efectividad – Transformación transfronteriza – Denegación de la inscripción en el registro). *DOUE*, C, núm. 287, de 22 de septiembre de 2012.
186. Asunto C-527/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 5 de julio de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Legfelsőbb Bíróság – Hungría) – ERSTE Bank Hungary Nyrt/Magyar Állam, B.C.L. Trading GmbH, ERSTE Befektetési Zrt [«Cooperación judicial en materia civil – Procedimientos de insolvencia – Reglamento (CE) núm. 1346/2000 – Artículo 5, apartado 1 – Ámbito de aplicación temporal – Acción real ejercitada en un Estado que no es miembro de la Unión Europea – Procedimiento de insolvencia abierto contra el deudor en otro Estado miembro – Primer Estado pasa a ser miembro de la Unión Europea – Aplicabilidad»]. *DOUE*, C, núm. 287, de 22 de septiembre de 2012.
187. Asunto C-616/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank's-Gravenhage – Países Bajos) – Solvay SA/Honeywell Fluorine Products Europe BV, Honeywell Belgium NV, Honeywell Europe NV [«Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Acción por violación de un derecho de patente europea – Competencias especiales y exclusivas – Artículo 6, número 1 – Pluralidad de demandados – Artículo 22, número 4 – Impugnación de la validez de la patente – Artículo 31 – Medidas provisionales o cautelares»]. *DOUE*, C, núm. 287, de 22 de septiembre de 2012.
188. Asunto C-156/12: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 13 de junio de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Salzburg – Austria) – GREP GmbH/Freistaat Bayern (Artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 47 y 51, apartado 1 – Aplicación del Derecho de la Unión – Recurso contra una resolución mediante la que se declara la fuerza ejecutiva de una resolución dictada en otro Estado miembro y por la que se ordenan una serie de embargos – Tutela judicial efectiva – Derecho de acceso a un tribunal – Asistencia jurídica gratuita – Normativa nacional que deniega la asistencia jurídica gratuita a las personas jurídicas). *DOUE*, C, núm. 303, de 6 de octubre de 2012.
189. Asunto C-170/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de septiembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens, Gilbert Georges Henri Mittler, Jean Paul François Caroline Votron/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, anteriormente Fortis NV [Reglamento (CE) núm. 1206/2001 – Cooperación en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil – Ámbito de aplicación material – Interrogatorio por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de un testigo que es parte en el procedimiento y reside en otro Estado miembro – Posibilidad de citar a una parte en calidad de testigo ante el órgano jurisdiccional competente con arreglo al Derecho del Estado miembro de dicho órgano]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
190. Asuntos acumulados C-147/11 y C-148/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 6 de septiembre de 2012 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Upper Tribunal – Reino Unido) – Secretary of State for Work and Pensions/Lucja Czop (asunto C-147/11), Margita Punakova (asunto C-148/11) [Reglamento (CEE) núm. 1612/68 – Directiva 2004/38/CE – Derecho de residencia permanente – Prestación de asistencia social – Custodia de hijos – Residencia anterior a la adhesión a la Unión del Estado de origen]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
191. Asunto C-619/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de septiembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Augstākās tiesas Senāts – Letonia) – Trade Agency Ltd/Seramico Investments Ltd [Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Ejecución – Motivos de recurso – Falta de notificación de la cédula de emplazamiento – Control por el juez requerido – Alcance – Valor de la información que figura en la certificación – Violación del orden público – Resolución judicial carente de motivación]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
192. Asunto C-170/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de septiembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Maurice Robert Josse Marie Ghislain Lippens, Gilbert Georges Henri Mittler, Jean Paul François Caroline Votron/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, anteriormente Fortis NV [Reglamento (CE) núm. 1206/2001 – Cooperación en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil – Ámbito de aplicación material – Interrogatorio por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de un testigo que es parte en el procedimiento y reside en otro Estado miembro – Posibilidad de citar a una parte en calidad de testigo ante el órgano jurisdiccional competente con arreglo al Derecho del Estado miembro de dicho órgano]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.

193. Asunto C-190/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 6 de septiembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Daniela Mühlleitner/Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi [Competencia judicial en materia civil y mercantil – Competencia en materia de contratos celebrados por consumidores – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 15, apartado 1, letra c) – Eventual limitación de dicha competencia a los contratos celebrados a distancia]. *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
194. Asunto C-133/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Folien Fischer AG, Fofitec AG/RITRAMA SpA [Espacio de libertad, seguridad y justicia – Competencia judicial en materia civil y mercantil – Competencias especiales en materia delictual o cuasidelictual – Acción declarativa negativa («negative Feststellungsklage») – Legitimación del presunto autor de un hecho dañoso para demandar a la víctima potencial ante el tribunal del lugar en el que tal hecho supuestamente se ha producido o pudiera producirse, con el fin de que se declare que no existe responsabilidad delictual]. *DOUE*, C, núm. 399, de 22 de diciembre de 2012.
195. Asunto C-456/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de noviembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Bremen – Alemania) – Gothaer Allgemeine Versicherung AG, ERGO Versicherung AG, Versicherungskammer Bayern-Versicherungsanstalt des öffentlichen Rechts, Nürnberger Allgemeine Versicherungs-AG, Krones AG/Samskip GmbH [Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículos 32 y 33 – Reconocimiento de resoluciones judiciales – Concepto de «resolución» – Efectos de una resolución judicial sobre la competencia internacional – Cláusula atributiva de competencia]. *DOUE*, L, núm. 9, de 12 de enero de 2013.
196. Asunto C-116/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de noviembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy Poznań-Stare Miasto w Poznaniu – Polonia) – Bank Handlowy w Warszawie SA, PPHU «ADAX»/Ryszard Adamiak/Christianapol sp. z o.o. [Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 1346/2000 – Procedimientos de insolvencia – Concepto de «conclusión del procedimiento» – Posibilidad de que un tribunal que conoce de un procedimiento secundario de insolvencia aprecie la insolvencia del deudor – Posibilidad de abrir un procedimiento de liquidación como procedimiento secundario de insolvencia cuando el procedimiento principal es un procedimiento de «sauvegarde»]. *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
197. Asunto C-215/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 13 de diciembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy we Wrocławiu – Polonia) – Iwona

Szyrocka/Siger Technologie GmbH [Reglamento (CE) núm. 1896/2006 – Proceso monitorio europeo – Petición de requerimiento que no cumple los requisitos formales previstos en la legislación nacional – Naturaleza exhaustiva de los requisitos que debe cumplir la petición – Posibilidad de reclamar los intereses devengados hasta la fecha de pago del principal]. *DOUE*, C, núm. 38, de 9 de febrero de 2013.

198. Asunto C-325/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de diciembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Rejonowy w Koszalinie – Polonia) – Krystyna Alder, Ewald Alder/Sabina Orłowska, Czesław Orłowski [Reglamento (CE) núm. 1393/2007 – Notificación o traslado de documentos – Parte domiciliada en el territorio de otro Estado miembro – Representante domiciliado en el territorio nacional – Inexistencia – Incorporación a los autos de escritos procesales – Presunción de conocimiento]. *DOUE*, C, núm. 46, de 16 de febrero de 2013.
199. Asunto C-363/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de diciembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Elegktiko Synedrio – Grecia) – Epitropos tou Elegktikou Synedriou sto Ypourgeio Politismou kai Tourismou/Ypourgeio Politismou kai Tourismou – Ypiresia Dimosionomikou Elenchou (Procedimiento prejudicial – Concepto de «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros» a efectos del artículo 267 TFUE – Procedimiento que debe concluir con una decisión de naturaleza jurisdiccional – Tribunal de Cuentas nacional que resuelve sobre una autorización previa de un gasto público – Inadmisibilidad). *DOUE*, C, núm. 46, de 16 de febrero de 2013.

#### MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

200. Asunto C-311/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de julio de 2012 – Smart Technologies ULG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 7, apartado 1, letra b) – Marca denominativa WIR MACHEN DAS BESONDERE EINFACH – Marca constituida por un eslogan publicitario – Carácter distintivo – Denegación de registro]. *DOUE*, C, núm. 287, de 22 de septiembre de 2012.
201. Asunto T-240/11: Auto del Tribunal General de 17 de julio de 2012 – L'Oréal/OAMI – United Global Media Group (MyBeauty TV) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Gastos recuperables ante la OAMI – Gastos de representación por un empleado – Artículo 85, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Recurso carente manifiestamente de fundamento jurídico alguno»]. *DOUE*, C, núm. 287, de 22 de septiembre de 2012.
202. Asunto T-517/11: Auto del Tribunal General de 17 de julio de 2012 – United States Polo Association/OAMI – Polo/Lauren (Representación)

tación de dos jugadores de polo) («Marca comunitaria – Denegación parcial de registro – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 287, de 22 de septiembre de 2012.

203. Asunto C-198/11 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de mayo de 2012 – Lan Airlines SA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo S.A. [Recurso de casación – Artículo 119 del Reglamento de Procedimiento – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marca comunitaria denominativa LÍNEAS AERÉAS DEL MEDITERRÁNEO LAM – Solicitud de registro – Oposición del titular de las marcas comunitarias denominativa y figurativa anteriores LAN – Desestimación de la oposición – Inexistencia de riesgo de confusión – Recurso de casación manifiestamente inadmisibile]. *DOUE*, C, núm. 303, de 6 de octubre de 2012.
204. Asunto C-453/11 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 14 de mayo de 2012 – Timehouse GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca tridimensional que representa un reloj – Denegación de registro – Falta de carácter distintivo). *DOUE*, C, núm. 303, de 6 de octubre de 2012.
205. Asunto C-467/11 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 5 de julio de 2012 – Audi AG, Volkswagen AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (Recurso de casación – Marca comunitaria – Recurso de casación carente de objeto – Sobreseimiento). *DOUE*, C, núm. 303, de 6 de octubre de 2012.
206. Asunto C-582/11 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 10 de julio de 2012 – Rügen Fisch AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) y Schwaaner Fischwaren GmbH [Recurso de casación – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 7, apartados 1 y 2 – Marca comunitaria – Marca denominativa SCOMBER MIX – Causa de nulidad absoluta – Carácter descriptivo. *DOUE*, C, núm. 303, de 6 de octubre de 2012.
207. Asunto C-599/11 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 28 de junio de 2012 – TofuTown.com GmbH, Meica Ammerländische Fleischwarenfabrik Fritz Meinen GmbH & Co. KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Artículo 119 del Reglamento de Procedimiento – Marca comunitaria – Solicitud de registro del signo denominativo «TOFUKING» – Oposición del titular de la marca Curry King – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Riesgo de confusión – Grado de similitud]. *DOUE*, C, núm. 303, de 6 de octubre de 2012.

208. Asunto T-404/10: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2012 – National Lottery Commission/OAMI – Mediatek Italia y De Gregorio (Representación de una mano) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa que representa una mano – Artículo 53, apartado 2, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Existencia de un derecho de autor anterior protegido por el Derecho nacional – Carga de la prueba – Aplicación del Derecho nacional por la OAMI – Control]. *DOUE*, C, núm. 319, de 20 de octubre de 2012.
209. Asunto T-566/10: Auto del Tribunal General de 12 de septiembre de 2012 – Ertmer/OAMI – Caterpillar (erkat) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa erkat – Marcas comunitarias y nacionales denominativas y figurativas anteriores CAT – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación]. *DOUE*, C, núm. 319, de 20 de octubre de 2012.
210. Asunto T-72/11: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2012 – Sogepi Consulting y Publicidad/OAMI (ESPETEC) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa ESPETEC – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 319, de 20 de octubre de 2012.
211. Asunto T-295/11: Sentencia del Tribunal General de 12 de septiembre de 2012 – Duscholux Ibérica/OAMI – Duschprodukt i Skandinavien (duschy) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional que designa a la Comunidad Europea – Solicitud de marca figurativa comunitaria duschy – Marca figurativa comunitaria anterior DUSCHO Harmony – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículos 75 y 76 del Reglamento núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 319, de 20 de octubre de 2012.
212. Asunto T-497/11: Sentencia del Tribunal General de 5 de septiembre de 2012 – Euro-Information/OAMI (EURO AUTOMATIC PAIEMENT) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca denominativa comunitaria EURO AUTOMATIC PAIEMENT – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 319, de 20 de octubre de 2012.
213. Asunto C-96/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 6 de septiembre de 2012 – August Storck KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (Recurso de casación – Marca comunitaria – Motivo de denega-

- ción absoluto – Falta de carácter distintivo – Signo tridimensional constituido por la forma de un ratón de chocolate). *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
214. Asunto C-327/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 6 de septiembre de 2012 – United States Polo Association/ Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Riesgo de confusión – Signo denominativo «U.S. POLO ASSN.» – Oposición del titular de la marca denominativa anterior POLO-POLO]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
215. Asunto T-326/10: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2012 – Fraas/OAMI (dibujo de cuadros gris claro, gris oscuro, beige, rojo oscuro y marrón) [«Marca comunitaria – Solicitud de registro de marca comunitaria figurativa representando un dibujo de cuadros gris claro, gris oscuro, beige, rojo oscuro y marrón – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículos 7, apartado 1, letra b), 75 y 76, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
216. Asunto T-327/10: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2012 – Fraas/OAMI (dibujo de cuadros negro, gris oscuro, gris claro y rojo oscuro) [«Marca comunitaria – Solicitud de registro de marca comunitaria figurativa representando un dibujo de cuadros negro, gris oscuro, gris claro y rojo oscuro – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículos 7, apartado 1, letra b), 75 y 76, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
217. Asunto T-328/10: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2012 – Fraas/OAMI (dibujo de cuadros gris oscuro, gris claro, beis y rojo oscuro) [«Marca comunitaria – Solicitud de registro de marca comunitaria figurativa representando un dibujo de cuadros gris oscuro, gris claro, beis y rojo oscuro – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículos 7, apartado 1, letra b), 75 y 76, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
218. Asunto T-329/10: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2012 – Fraas/OAMI (dibujo de cuadros negro, gris, beis y rojo oscuro) [«Marca comunitaria – Solicitud de registro de marca comunitaria figurativa representando un dibujo de cuadros negro, gris, beis y rojo oscuro – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículos 7, apartado 1, letra b), 75 y 76, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.

219. Asunto T-26/11: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2012 – Fraas/OAMI (dibujo de cuadros en negro, beis, marrón, rojo oscuro y gris) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa un dibujo de cuadros en negro, beis, marrón, rojo oscuro y gris – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículos 7, apartado 1, letra b), 75 y 76, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
220. Asunto T-31/11: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2012 – Fraas/OAMI (dibujo de cuadros en colores rosa, violeta, beis y gris oscuro) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria que representa un dibujo de cuadros en colores rosa, violeta, beis y gris oscuro – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículos 7, apartado 1, letra b), 75 y 76, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
221. Asunto T-50/11: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2012 – Fraas/OAMI (Dibujo a cuadros en gris oscuro, gris claro, negro, beis, rojo oscuro y rojo claro) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca figurativa comunitaria que representa un dibujo a cuadros en gris oscuro, gris claro, negro, beis, rojo oscuro y rojo claro – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), artículos 75 y 76, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
222. Asunto T-164/11: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2012 – Reddig/OAMI – Morleys (mango de cuchillo) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria tridimensional – Mango de cuchillo – Motivo de denegación absoluto – Signo constituido exclusivamente por la forma de un producto necesaria para la obtención de un resultado técnico – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Declaración de nulidad por parte de la Sala de Recurso]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
223. Asunto T-220/11: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2012 – TeamBank/OAMI – Fercredit Servizi Finanziari (f@ir Credit) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición–Solicitud de marca comunitaria figurativa f@ir Credit–Marca comunitaria figurativa anterior FERCREDIT – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
224. Asunto T-231/11: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2012 – Fraas/OAMI (dibujo de cuadros gris oscuro, gris claro, azul claro, azul oscuro, ocre y beis) [«Marca comunitaria – Solicitud de registro de marca comunitaria figurativa representando un dibujo de cuadros gris oscuro, gris claro, azul claro, azul oscuro, ocre y beis – Motivo de denegación absoluto – Falta

- de carácter distintivo – Artículos 7, apartado 1, letra *b*), 75 y 76, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
225. Asunto T-267/11: Sentencia del Tribunal General de 19 de septiembre de 2012 – Video Research USA/OAMI (VR) [«Marca comunitaria – Marca comunitaria figurativa VR – Inexistencia de solicitud de renovación de la marca – Cancelación de la marca a la expiración del registro – Petición de restitutio in integrum – Artículo 81 del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
226. Asunto T-460/11: Sentencia del Tribunal General de 18 de septiembre de 2012 – Scandic Distilleries/OAMI – Bürgerbräu, Röhm & Söhne (BÜRGER) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa BÜRGER – Marca comunitaria denominativa anterior Bürgerbräu – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 331, de 27 de octubre de 2012.
227. Asunto T-265/09: Sentencia del Tribunal General de 26 de septiembre de 2012 – Serrano Aranda/OAMI – Burg Groep (LE LANCIER) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa LE LANCIER – Marcas nacionales denominativa y figurativas anteriores EL LANCERO – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Desestimación de la oposición»]. *DOUE*, C, núm. 343, de 10 de noviembre de 2012.
228. Asunto T-301/09: Sentencia del Tribunal General de 26 de septiembre de 2012 – IG Communications/OAMI – Citigroup y Citibank (CITIGATE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa CITIGATE – Marcas nacionales y comunitarias denominativas y figurativas anteriores que contienen el término «citi» – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Familia de marcas – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 343, de 10 de noviembre de 2012.
229. Asunto T-278/10: Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2012 – Wesergold Getränkeindustrie/OAMI – Lidl Stiftung (WESTERN GOLD) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa WESTERN GOLD – Marcas nacionales, internacional y comunitaria denominativas anteriores WESERGOLD, Wesergold y WeserGold – Motivos de denegación relativos – Falta de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Carácter distintivo de las marcas anteriores]. *DOUE*, C, núm. 343, de 10 de noviembre de 2012.

230. Asunto T-445/10: Sentencia del Tribunal General de 20 de septiembre de 2012 – HerkuPlast Kubern/OAMI – How (eco-pack) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria eco-pack – Marca nacional e internacional denominativas anteriores ECOPAK – Riesgo de confusión – Similitud de los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 343, de 10 de noviembre de 2012.
231. Asunto T-535/08: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Tuzzi fashion GmbH/OAMI – El Corte Inglés (Emidio Tucci) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Emidio Tucci – Marca nacional denominativa y registro internacional anteriores TUZZI – Denominación social anterior Tuzzi fashion GmbH – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Obligación de motivación – Artículos 73 y 62, apartado 2, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículos 75 y 64, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009) – Examen de oficio de los hechos – Artículo 74 del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 76 del Reglamento núm. 207/2009) – Artículo 79 del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 83 del Reglamento núm. 207/2009)»]. *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
232. Asunto T-357/09: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – Pucci International/OAMI – El Corte Inglés (Emidio Tucci) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Emidio Tucci – Marca comunitaria figurativa y marcas nacionales denominativas y figurativa anteriores Emilio Pucci y EMILIO PUCCI – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 – Provecho indebidamente obtenido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
233. Asunto T-373/09: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – El Corte Inglés/OAMI – Pucci International (Emidio Tucci) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Emidio Tucci – Marca comunitaria figurativa y marcas nacionales denominativas y figurativa anteriores Emilio Pucci y EMILIO PUCCI – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento no 207/2009 – Provecho indebidamente obtenido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento no 207/2009 – Obligación de motiva-

- ción – Artículo 75 del Reglamento no 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
234. Asunto T-39/10: Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012 – El Corte Inglés/OAMI – Pucci International (PUCCI) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa PUCCI – Marcas nacionales figurativas y denominativa anteriores Emidio Tucci y E. TUCCI – Solicitud de marca comunitaria figurativa anterior Emidio Tucci – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, y artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Provecho indebidamente obtenido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
235. Asunto T-584/10: Sentencia del Tribunal General de 3 de octubre de 2012 – Yilmaz/OAMI – Tequila Cuervo (TEQUILA MATADOR HECHO EN MEXICO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa TEQUILA MATADOR HECHO EN MEXICO – Marcas denominativas anteriores, nacional e internacional, MATADOR – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 355, de 17 de noviembre de 2012.
236. Asunto T-204/10: Sentencia del Tribunal General de 5 de octubre de 2012 – Lancôme/OAMI – Focus Magazin Verlag (COLOR FOCUS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa COLOR FOCUS – Marca comunitaria denominativa anterior FOCUS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de las marcas – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Uso efectivo de la marca anterior – Abuso de derecho»]. *DOUE*, C, núm. 366, de 24 de noviembre de 2012.
237. Asunto T-569/10: Sentencia del Tribunal General de 10 de octubre de 2012 – Bimbo/OAMI Panrico (BIMBO DOUGHNUTS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa BIMBO DOUGHNUTS – Marca nacional denominativa anterior DOUGHNUTS – Motivo de denegación relativo – Artículo 75 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 – Solicitud de modificación – Admisibilidad»]. *DOUE*, C, núm. 366, de 24 de noviembre de 2012.

238. Asunto T-333/11: Sentencia del Tribunal General de 10 de octubre de 2012 – Wessang/OAMI – Greinwald (star foods) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca gráfica comunitaria star foods – Marcas denominativa y gráfica comunitarias anteriores STAR SNACKS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 366, de 24 de noviembre de 2012.
239. Asunto T-366/11: Sentencia del Tribunal General de 9 de octubre de 2012 – Bial-Portela/OAMI – Isdin (ZEBEXIR) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ZEBEXIR – Marca comunitaria denominativa anterior ZEBINIX – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 366, de 24 de noviembre de 2012.
240. Asunto T-371/11: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2012 – Monier Roofing Components/OAMI (CLIMA CONFORT) [«Marca comunitaria – Petición de marca denominativa comunitaria CLIMA CONFORT – Motivo de denegación absoluta – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Derecho a ser oído – Artículo 75, segunda frase, del Reglamento núm. 207/2009 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 366, de 24 de noviembre de 2012.
241. Asunto T-360/10: Auto del Tribunal General de 3 de octubre de 2012 – Tecnimed/OAMI – Ecobrand (ZAPPER-CLICK) («Marca comunitaria – Plazo para recurrir – Extemporaneidad – Inexistencia de caso fortuito – Inexistencia de fuerza mayor – Derecho de acceso a un tribunal – Inadmisibilidad manifiesta»). *DOUE*, C, núm. 366, de 24 de noviembre de 2012.
242. Asunto T-485/10: Sentencia del Tribunal General de 17 de octubre de 2012 – MIP Metro/OAMI – J.C. Ribeiro (MISS B) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa MISS B – Marca nacional denominativa anterior miss H – Marca internacional denominativa anterior Miss H – Marcas nacional e internacional figurativas anteriores Miss H. – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 373, de 1 de diciembre de 2012.
243. Asuntos acumulados C-101/11 P y C-102/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 18 de octubre de 2012 – Herbert Neuman, Andoni Galdeano del Sel, Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos)/José Manuel Baena Grupo, S.A. [Recurso de casación – Dibujo o modelo comunitario – Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Artículos 6, 25, apartado 1, letras b) y e), y 61 – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un personaje sentado – Marca comunitaria figura-

- tiva anterior – Impresión general diferente – Grado de libertad del creador – Usuario informado – Alcance del control jurisdiccional – Falta de motivación]. *DOUE*, C, núm. 379, de 8 de diciembre de 2012.
244. Asunto C-402/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de octubre de 2012 – Jager & Polacek GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Oposición – Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Regla 18, apartado 1 – Naturaleza jurídica de una comunicación de la OAMI que informa de que una oposición ha sido considerada admisible – Derecho a un recurso efectivo]. *DOUE*, C, núm. 379, de 8 de diciembre de 2012.
245. Asunto C-588/11 P: Auto del Tribunal de Justicia de 18 de septiembre de 2012 – Omnicare, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Astellas Pharma GmbH (Recurso de casación – Marca comunitaria – Solicitud de registro del signo denominativo «OMNICARE» – Oposición – Resolución de la Sala de Recurso por la que se deniega el registro – Recurso – Sentencia del Tribunal por la que se desestima dicho recurso – Retirada de la oposición – Recurso de casación – Sobreseimiento). *DOUE*, C, núm. 379, de 8 de diciembre de 2012.
246. Asunto T-191/11: Sentencia del Tribunal General de 25 de octubre de 2012 – Automobili Lamborghini/OAMI – Miura Martínez (Miura) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de registro de la marca comunitaria figurativa Miura – Marcas nacional denominativa e internacional figurativa anteriores MIURA – Derecho de defensa – Derecho a ser oído – Artículo 75 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Notificación por correo ordinario – Regla 62, apartados 1 y 5, del Reglamento (CE) núm. 2868/95»]. *DOUE*, C, núm. 379, de 8 de diciembre de 2012.
247. Asunto T-552/10: Sentencia del Tribunal General de 25 de octubre de 2012 – rihha/OAMI – Lidl Stiftung (VITAL&FIT) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa VITAL&FIT – Marca nacional denominativa anterior VITAFIT – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 379, de 8 de diciembre de 2013.
248. Asunto C-553/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de octubre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Bernhard Rintisch/Klaus Eder (Marcas – Directiva 89/104/CEE – Artículo 10, apartados 1 y 2, letra a) – Uso efectivo – Uso bajo una forma, registrada a su vez como marca, que difiere en elementos que no alteran el carácter distintivo de la marca – Efectos de una sentencia en el tiempo). *DOUE*, C, núm. 399, de 22 de diciembre de 2012.

249. Asunto T-278/09: Sentencia del Tribunal General de 15 de noviembre de 2012 – Verband Deutscher Prädikatsweingüter/OAMI (GG) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria colectiva denominativa GG – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 399, de 22 de diciembre de 2012.
250. Asuntos acumulados T-83/11 y T-84/11: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2012 – Antrax It/OAMI – THC (Radiadores de calefacción) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujos o modelos comunitarios registrados que representan termosifones para radiadores de calefacción – Dibujo o modelo anterior – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Falta de impresión general distinta – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Saturación de la técnica – Obligación de motivación»]. *DOUE*, C, núm. 399, de 22 de diciembre de 2012.
251. Asunto T-415/11: Sentencia del Tribunal General de 8 de noviembre de 2012 – Hartmann/OAMI (Nutriskin Protection Complex) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Nutriskin Protection Complex – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento núm. 207/2009 – Práctica decisoria de la OAMI – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 399, de 22 de diciembre de 2012.
252. Asunto T-529/11: Sentencia del Tribunal General de 14 de noviembre de 2012 – Evonik Industries/OAMI – Impulso Industrial Alternativo (Impulso creador) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Impulso creador – Marca comunitaria figurativa anterior IMPULSO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 399, de 22 de diciembre de 2012.
253. Asunto T-555/11: Sentencia del Tribunal General de 13 de noviembre de 2012 – tesa/OAMI – Superquímica (tesa TACK) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa tesa TACK – Marca nacional figurativa anterior TACK Ceys – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 399, de 22 de diciembre de 2012.
254. Asunto T-212/07 REV: Auto del Tribunal General de 24 de octubre de 2012 – Harman International Industries/OAMI – Becker (Barbara Becker) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la

- oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 399, de 22 de diciembre de 2012.
255. Asunto T-180/11: Auto del Tribunal General de 23 de octubre de 2012 – Chivas/OAMI – Glencairn Scotch Whisky (CHIVAS LIVE WITH CHIVALRY) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 399, de 22 de diciembre de 2012.
256. Asunto T-181/11: Auto del Tribunal General de 23 de octubre de 2012 – Chivas/OAMI – Glencairn Scotch Whisky (LIVE WITH CHIVALRY) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 399, de 22 de diciembre de 2012.
257. Asunto T-530/11: Auto del Tribunal General de 23 de octubre de 2012 – Chivas/OAMI – Glencairn Scotch Whisky (CHIVALRY) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 399, de 22 de diciembre de 2012.
258. Asunto C-587/11 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 18 de septiembre de 2012 – Omnicare, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Asteellas Pharma GmbH (Recurso de casación – Marca comunitaria – Solicitud de registro del signo denominativo «OMNICARE CLINICAL RESEARCH» – Oposición – Resolución de la Sala de Recurso por la que se deniega el registro – Recurso – Sentencia del Tribunal General por la que se desestima dicho recurso – Retirada de la oposición – Recurso de casación – Sobreseimiento). *DOUE*, C, núm. 9, de 12 de enero de 2013.
259. Asunto T-338/11: Sentencia del Tribunal General de 21 de noviembre de 2012 – Getty Images/OAMI (PHOTOS.COM) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa PHOTOS.COM – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartados 1, letras *b*) y *c*), y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 9, de 12 de enero de 2013.
260. Asunto T-558/11: Sentencia del Tribunal General de 21 de noviembre de 2012 – Atlas/OAMI – Couleurs de Tollens (ARTIS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ARTIS – Marca nacional denominativa anterior ARTIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 9, de 12 de enero de 2013.
261. Asunto T-558/11: Sentencia del Tribunal General de 21 de noviembre de 2012 – Atlas/OAMI – Couleurs de Tollens (ARTIS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ARTIS – Marca nacional denominativa anterior ARTIS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de

- confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 9, de 12 de enero de 2013.
262. Asunto T-589/11: Sentencia del Tribunal General de 20 de noviembre de 2012 – Phonebook of the World/OAMI – Seat Pagine Gialle (PAGINE GIALLE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa PAGINE GIALLE – Motivos de denegación absolutos – Carácter distintivo – Falta de carácter descriptivo – Inexistencia de signos o de indicaciones que se han convertido en habituales – Artículo 7, apartado 1, letras *b*) a *d*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento no 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 9, de 12 de enero de 2013.
263. Asunto T-42/09: Sentencia del Tribunal General de 7 de diciembre de 2012 – A. Loacker/OAMI – Editrice Quadratum (QUADRATUM) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa QUADRATUM – Marca comunitaria denominativa anterior LOACKER QUADRATINI – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009] – Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009) – Artículo 74 del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 76 del Reglamento núm. 207/2009)»]. *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
264. Asuntos T-537/10 y T-538/10: Sentencia del Tribunal General de 29 de noviembre de 2012 – Adamowski/OAMI – Fagumit (FAGUMIT) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marcas comunitarias denominativa Fagumit y figurativa FAGUMIT – Marca nacional figurativa anterior FAGUMIT – Causa de nulidad relativa – Artículo 8, apartado 3, y artículo 165, apartado 4, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
265. Asunto T-143/11: Sentencia del Tribunal General de 5 de diciembre de 2012 – Consorzio vino Chianti Classico/OAMI [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa «F.F.R.» – Marcas nacionales figurativas anteriores CHIANTI CLASSICO – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartados 1, letra *b*), y 5 del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
266. Asunto T-171/11: Sentencia del Tribunal General de 29 de noviembre de 2012 – Hopf/OAMI (Clampflex) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Clampflex – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del

Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 26, 26 de enero de 2013.

267. Asunto T-22/12: Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2012 – Fomanu/OAMI (Qualität hat Zukunft) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Qualität hat Zukunft – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
268. Asunto T-29/12: Sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2012 – Bauer/OAMI – BenQ Materials (Daxon) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Daxon – Marca comunitaria denominativa anterior DALTON – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
269. Asunto T-302/10: Auto del Tribunal General de 23 de noviembre de 2012 – Crocs/OAMI – Holey Soles Holdings y PHI (Representación de calzado) («Marca comunitaria – Solicitud de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
270. Asunto T-548/11: Auto del Tribunal General de 26 de noviembre de 2012 – MIP Metro/OAMI – Real Seguros (real,- QUALITY) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Caducidad de las marcas nacionales anteriores – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
271. Asunto T-549/11: Auto del Tribunal General de 26 de noviembre de 2012 – MIP Metro/OAMI – Real Seguros (real,- BIO) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Caducidad de las marcas nacionales anteriores – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
272. Asunto T-138/12: Auto del Tribunal General de 20 de noviembre de 2012 – Geipel/OAMI – Reeh (BEST BODY NUTRITION) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
273. Asunto T-343/12: Auto del Tribunal General de 21 de noviembre de 2012 – Grupo T Difusión/OAMI – ABR Producción Contemporánea (Lampe) («Marca comunitaria – Solicitud de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.
274. Asunto T-390/11: Auto del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012 – Evonik Industries/OAMI – Bornemann (EVONIK) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 32, de 2 de febrero de 2013.

275. Asunto T-664/11: Auto del Tribunal General de 6 de diciembre de 2012 – Spa Monopole/OAMI – Royal Mediterranea (THAI SPA) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Limitación de los servicios referidos en la solicitud de marca – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 32, de 2 de febrero de 2013.
276. Asunto T-103/08: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2012 – Versalis y Eni/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de cloropreno – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto del mercado – Imputabilidad del comportamiento infractor – Obligación de motivación – Derecho de defensa – Prueba de la participación en la práctica colusoria – Infracción única y continuada – Multas – Gravedad y duración de la infracción – Reincidencia – Efecto disuasorio – Circunstancias atenuantes – Límite máximo del 10 % del volumen de negocios – Cooperación – Comunicación sobre la cooperación de 2002 – Igualdad de trato – Proporcionalidad»). *DOUE*, C, núm. 38, de 9 de febrero de 2013.
277. Asunto T-34/10: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2012 – Hairdreams/OAMI [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa MAGIC LIGHT – Marca nacional denominativa anterior MAGIC LIFE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 38, de 9 de febrero de 2013.
278. Asunto T-136/11: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2012 – pelicantravel.com/OAMI – Pelikan (pelikan) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa pelikan – Motivo de denegación absoluto – Inexistencia de mala fe por parte del solicitante – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 38, de 9 de febrero de 2013.
279. Asunto T-357/11: Sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2012 – Bimbo/OAMI – Grupo Bimbo (GRUPO BIMBO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa GRUPO BIMBO – Marca nacional denominativa anterior BIMBO – Motivos de denegación relativos – Marca de renombre – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 38, de 9 de febrero de 2013.
280. Asunto T-461/11: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2012 – Natura Selection/OAMI – Ménard (natura) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa natura – Marca comunitaria denominativa anterior NATURA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 38, de 9 de febrero de 2013.

281. Asunto T-463/11: Auto del Tribunal General de 14 de diciembre de 2012 – Dectane/OAMI – Hella (DAYLINE) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 38, de 9 de febrero de 2013.
282. Asunto T-584/11: Auto del Tribunal General de 11 de diciembre de 2012 – Atlas Transport/OAMI – Hartmann (ATLAS TRANSPORT) («Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Retirada de la solicitud de caducidad – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 38, de 9 de febrero de 2013.
283. Asunto C-149/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de diciembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof te ‘s-Gravenhage – Países Bajos) – Leno Merken BV/Hagelkruis Beheer BV [Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 15, apartado 1 – Concepto de «uso efectivo de la marca» – Ámbito territorial del uso – Uso de la marca comunitaria en el territorio de un solo Estado miembro – Carácter suficiente]. *DOUE*, C, núm. 46, de 16 de febrero de 2013.
284. Asunto T-568/11: Sentencia del Tribunal General de 11 de enero de 2013 – Kokomarina/OAMI – Euro Shoe Group (interdit de me gronder IDMG) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca figurativa interdit de me gronder IDMG – Marca del Benelux denominativa anterior DMG – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Impugnación del uso efectivo de la marca anterior planteada por primera vez ante el Tribunal»]. *DOUE*, C, núm. 46, de 16 de febrero de 2013.
285. Asunto T-237/11: Sentencia del Tribunal General de 15 de enero de 2013 – Lidl Stiftung/OAMI – Lactimilk (BELLRAM) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa BELLRAM – Marcas anteriores denominativas y gráficas nacionales RAM y Ram – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Derecho a ser oído – Artículos 63, apartado 2, 75 y 76 del Reglamento núm. 207/2009 – Plazos del procedimiento de oposición»]. *DOUE*, C, núm. 55, de 23 de febrero de 2013.
286. Asunto T-413/11: Sentencia del Tribunal General de 15 de enero de 2013 – Welte-Wenu/OAMI – Comisión (EUROPEAN DRIVESHAFT SERVICES) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa EUROPEAN DRIVESHAFT SERVICES – Motivo de denegación absoluto – Imitación del emblema de una organización internacional intergubernamental – Artículo 7, apartado 1, letra h), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 6 ter del Convenio de París – Contenido de la solicitud de nulidad – Admisibilidad de nuevos elementos – Artículo 56, apartado 2, y artículo 76 del Reglamento (CE)

- núm. 207/2009 – Regla 37, letra b), inciso iv), del Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Competencia de la Sala de Recurso en caso de recurso limitado a una parte de la resolución de la División de Anulación». *DOUE*, C, núm. 55, de 23 de febrero de 2013.
287. Asunto T-451/11: Sentencia del Tribunal General de 15 de enero de 2013 – Gigabyte Technology/OAMI – Haskins (Gigabyte) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Gigabyte – Marca comunitaria denominativa anterior GIGABITER – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 55, de 23 de febrero de 2013.
288. Asunto T-544/11: Sentencia del Tribunal General de 16 de enero de 2013 – Spectrum Brands (UK)/OAMI – Philips (STEAM GLIDE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa STEAM GLIDE – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 55, de 23 de febrero de 2013.
289. Asunto T-625/11: Sentencia del Tribunal General de 15 de enero de 2013 – BSH/OAMI (ecoDoor) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa ecoDoor – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 55, de 23 de febrero de 2013.
290. Asuntos acumulados T-225/06 RENV, T-255/06 RENV, T-257/06 RENV y T-309/06 RENV: Sentencia del Tribunal General de 22 de enero de 2013 – Budějovický Budvar/OAMI – Anheuser-Busch (BUD) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitudes de marcas comunitarias denominativa y figurativa BUD – Denominaciones «bud» – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 40/94 [actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]»]. *DOUE*, C, núm. 63, de 2 de marzo de 2013.
291. Asunto T-355/09: Sentencia del Tribunal General de 17 de enero de 2013 – Reber/OAMI – Wedl & Hofmann (Walzer Traum) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Walzer Traum – Marca nacional denominativa anterior Walzertraum – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Igualdad de trato»]. *DOUE*, C, núm. 63, de 2 de marzo de 2013.
292. Asuntos T-582/11 y T-583/11: Sentencia del Tribunal General de 17 de enero de 2013 – Solar-Fabrik/OAMI (Premium XL y Premium L) [«Marca comunitaria – Solicitudes de marcas comunitarias denominativas Premium XL y Premium L – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7,

apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 63, de 2 de marzo de 2013.

293. Asunto T-137/12: Sentencia del Tribunal General de 18 de enero de 2013 – FunFactory/OAMI (vibrador) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca tridimensional – Vibrador – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75, primera frase, del Reglamento núm. 207/2009 – Derechos de defensa – Artículo 75, segunda frase, del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 63, de 2 de marzo de 2013.
294. Asunto T-474/09: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2013 – Fercal – Consultadoria e Serviços/OAMI – Jacson of Scandinavia (JACKSON SHOES) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa JACKSON SHOES – Nombre comercial nacional anterior JACSON OF SCANDINAVIA AB – Motivo de denegación relativo – Causa de nulidad relativa – Artículo 8, apartado 4, y artículo 53, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 71, de 9 de marzo de 2013.
295. Asunto T-25/11: Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2013. – Germans Boada/OAMI (Máquina cortadora de cerámica manual) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Máquina cortadora de cerámica manual – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículos 75 y 76 del Reglamento núm. 207/2009 – Igualdad de trato»]. *DOUE*, C, núm. 71, de 9 de marzo de 2013.
296. Asunto T-189/11: Sentencia del Tribunal General de 24 de enero de 2013 – Yordanov/OAMI – Distribuidora comercial del frío (DISCO DESIGNER) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa DISCO DESIGNER – Marca comunitaria figurativa anterior DISCO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Identidad de los productos – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 71, de 9 de marzo de 2013.
297. Asunto T-283/11: Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2013 – Fon Wireless/OAMI – nfon (nfon) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa nfon – Marca comunitaria figurativa anterior fon y marca nacional denominativa anterior FON – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Solicitud de modificación»]. *DOUE*, C, núm. 71, de 9 de marzo de 2013.

298. Asunto T-662/11: Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2013 – Müller/OAMI – Loncar (Sunless) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Sunless – Marcas comunitarias denominativas anteriores SUNLESS y LONCAR-SUNLESS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 71, de 9 de marzo de 2013.

#### PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

299. Asunto C-509/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 5 de julio de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Josef Geistbeck, Thomas Geistbeck/Saatgut-Treuhandverwaltungs GmbH [Propiedad intelectual e industrial – Protección comunitaria de las obtenciones vegetales – Reglamento (CE) núm. 2100/94 – Privilegio del agricultor – Concepto de «indemnización razonable» – Reparación del perjuicio sufrido – Infracción]. *DOUE*, C, núm. 287, de 22 de septiembre de 2012.
300. Asunto C-128/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de julio de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – UsedSoft GmbH/Oracle International Corp. (Protección jurídica de programas de ordenador – Comercialización de licencias de programas de ordenador de segunda mano descargados de Internet – Directiva 2009/24/CE – Artículos 4, apartado 2, y 5, apartado 1 – Agotamiento del derecho de distribución – Concepto de «adquirente legítimo»). *DOUE*, C, núm. 287, de 22 de septiembre de 2012.
301. Asunto C-173/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 18 de octubre de 2012 [petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) – Reino Unido] – Football Dataco Ltd, Scottish Premier League Ltd, Scottish Football League, PA Sport UK Ltd/Sportradar GmbH, Sportradar AG (Directiva 96/9/CE – Protección jurídica de las bases de datos – Artículo 7 – Derecho *sui generis* – Base de datos relativos a encuentros de campeonatos de fútbol mientras se encuentran en curso de celebración – Concepto de «reutilización» – Localización del acto de reutilización). *DOUE*, C, núm. 379, de 8 de diciembre de 2012.

#### PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

302. Asunto C-614/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de octubre de 2012 – Comisión Europea/República de Austria (Incumplimiento de Estado – Directiva 95/46/CE – Tratamiento de datos personales y libre circulación de estos datos – Protección de las personas físicas – Artículo 28, apartado 1 – Autoridad nacional de control – Independencia – Autoridad de control y Can-

cillería federal – Vínculos personales y organizativos). *DOUE*, C, núm. 379, de 8 de diciembre de 2012.

303. Asunto C-119/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de noviembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Josef Probst/mr.nexnet GmbH (Comunicaciones electrónicas – Directiva 2002/58/CE – Artículo 6, apartados 2 y 5 – Tratamiento de datos personales – Datos de tráfico necesarios a efectos de la facturación y del cobro de facturas – Cobro de créditos por una sociedad tercera – Personas que actúan bajo la autoridad del proveedor de las redes públicas de comunicaciones o de servicios de comunicaciones electrónicas). *DOUE*, C, núm. 26, de 26 de enero de 2013.

#### RESPONSABILIDAD CIVIL

304. Asunto C-300/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de octubre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Guimarães – Portugal) – Vítor Hugo Marques Almeida/Companhia de Seguros Fidelidade-Mundial, S.A., Jorge Manuel da Cunha Carvalheira, Paulo Manuel Carvalheira, Fundo de Garantia Automóvel (Seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 72/166/CEE – Artículo 3, apartado 1 – Directiva 84/5/CEE – Artículo 2, apartado 1 – Directiva 90/232/CEE – Artículo 1 – Derecho a indemnización por el seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles – Responsabilidad civil del asegurado – Contribución de la víctima al daño – Limitación del derecho a indemnización). *DOUE*, C, núm. 399, de 22 de diciembre de 2012.
305. Asunto T-574/08: Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2012 – Syndicat des thoniers méditerranéens y otros/Comisión («Responsabilidad extracontractual – Pesca – Conservación de los recursos pesqueros – Recuperación para el atún rojo – Medidas de emergencia por las que se prohíbe pescar a los atuneros cerqueros – Perjuicio anormal»). *DOUE*, C, núm. 399, de 22 de diciembre de 2012.
306. Asunto T-114/11: Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2012 – Giordano/Comisión («Responsabilidad extracontractual – Pesca – Conservación de los recursos pesqueros – Recuperación para el atún rojo – Medidas de emergencia por las que se prohíbe pescar a los atuneros cerqueros – Comportamiento ilícito – Relación de causalidad»). *DOUE*, C, núm. 399, de 22 de diciembre de 2012.



## BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**

### Libros

**TREITEL, Guenther/PEEL, Edwin: *The Law of contract*, 13.<sup>a</sup> edición, Sweet & Maxwell, Londres, 2011, 1212+ CLXXVII pp.**

Hace algún tiempo cayó en mis manos el extenso volumen, coordinado por Jack Beatson y Reinhard Zimmermann, en el que un nutrido grupo de especialistas tratan de la influencia en el Derecho inglés de los juristas alemanes que, huyendo de la barbarie nazi, arribaron en las islas británicas (vid. Beatson/Zimmermann, *Jurists Uprooted: German-speaking émigré lawyers in twentieth century Britain*, Oxford University Press, 2004). Disfruté con un libro que da cuenta de toda una serie de autores –Fritz Schulz, Hermann Kantorowicz, Martin Wolff, por citar algunos– que, venciendo muchas veces penalidades sin cuento, dejaron un indudable influjo en el Derecho inglés. Pero pese a la calidad del libro y la importancia de los juristas allí tratados, no pude dejar de disentir del criterio de selección que, al exigirles haber completado su formación jurídica en centro Europa, dejaba fuera al último y más influyente de ellos, Sir Guenther Treitel, enviado a Inglaterra a la temprana edad de seis años para salvarlo de la persecución antijudía.

Treitel ha sido, con toda seguridad, el autor más destacado del Derecho de contratos inglés en la segunda mitad del siglo xx, hasta el punto de que es difícil concebir el desarrollo de éste sin su influencia. Dentro de sus obras, muchas y muy renombradas, y con una clara preeminencia del Derecho patrimonial, destaca el *Law of Contract*, que constituye en cierto modo el *leading book* de su tarea investigadora, en el que se han vertido los resultados de toda su producción científica. La actual decimotercera edición, al igual que la anterior de 2007, ha sido ya actualizada por Edwin Peel, lo mismo que Treitel *Professor* de la Universidad de Oxford, y que ha sabido conservar plenamente el estilo de la obra, sin veleidades innovadoras, pero plenamente atento a la vez a los desarrollos jurisprudenciales y legislativos –estos últimos, como reconoce el actualizador, bien escasos, pues es conocida la circunspección del legislador británico en materia civil, de la que tanto podría aprender el español–.

Entrando ya en la descripción del libro, este se estructura en 22 apretados capítulos, introducidos por una extensa relación de casos luego citados –más de cien páginas a doble columna–, así como otra de normas, y cerrada con un muy útil y cuidado índice de materias que facilita la consulta de la obra. Basta una descripción del índice para hacerse cargo de su estructura interna, básicamente organizada en tres bloques: requisitos de validez del contrato y problemas de ahí derivados (*agreement, consideration, intention, form, content, mistake, duress, illegality, capacity...*), cuestiones referidas a las partes

contractuales (*plurality, third parties, assignment, agency*), y aspectos relativos al cumplimiento contractual y sus patologías y remedios (*performance, breach, termination, frustration, damages, specific remedies*). Todo precedido por un breve pero muy valioso capítulo introductorio en el que se exponen las líneas maestras del concepto contractual que recoge el libro.

No parece ser este el lugar adecuado para exponer con cierto detenimiento ninguna de las partes enunciadas. Pero me parece que el lector que penetre en el libro –y creo que es un manual que merece la pena esté al alcance de cualquier interesado en el Derecho contractual anglosajón– podrá valorar la detenida y profunda explicación de cada una de sus partes. Puesto a destacar algunas, citaré tres puntos: en primer lugar, la exposición de la *consideration*, institución peculiar del derecho anglosajón, claramente emparentada con nuestra doctrina de la causa, que debieran conocer bien los que abogan por la supresión de esta última en una siempre arriesgada modernización de nuestro Código civil –pues, en caso de desconocerse, no sería de extrañar que lo que se expulsa por la puerta reentre por la ventana–; en segundo lugar, el capítulo dedicado a la *frustration*, figura específica del Derecho anglosajón que está cobrando progresiva importancia en el Derecho europeo –piénsese en el efecto extintivo automático que atribuyen los textos de Derecho unificado al incumplimiento no imputable, alejándose de las soluciones del Derecho continental, más cercanas a la resolución, a la que por cierto el manual se muestra, y con buenas razones, más proclive–; por último, la detenida exposición del incumplimiento y sus remedios, ejemplar para el tratamiento que de la materia hacen los citados textos de Derecho unificado. En los dos últimos casos se observa cómo dichos capítulos condensan los mejores resultados de otros dos libros de Treitel, como son *Frustration and Force Majeure* y *Remedies for Breach of contract*.

No me resisto a acabar sino con unas palabras del propio Guenther Treitel, que cierran el prólogo a la segunda edición de uno de esos libros recién citados, *Frustration and Force Majeure* (Londres, 2004), y que revelan tanto el fino humor como la calidad humana de quien ha sabido convertir las advertencias en estímulo: «A conversation with an academic visitor to Oxford from another discipline and another continent is worth recording. With reference, no doubt, to my great age, he asked whether I was still working. Well, yes, I was just then dealing with the proofs of a book. What was the title? *Frustration and Force Majeure*. Was that my autobiography? Guenther Treitel, Oxford, July 10, 2004».

Bruno Rodríguez-Rosado  
Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad de Málaga

**YANGUAS GÓMEZ, Roberto: *Contratos de conexión a Internet, «hosting» y búsqueda. Servicios de intermediación en Red con Consumidores*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, 565 pp.**

Cuando alguien como quien escribe estas líneas, jurista de profesión y aficionado (nivel «usuario avanzado», si se me permite) a las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicaciones (TIC) se encuentra un libro con este título, la primera sensación, al ir a cogerlo, es extraña: ¿será lo que espe-

ro o me dejará insatisfecho... en ambos aspectos? Sucede que, en la actualidad, hay muchas obras que resultan escasas tanto en lo técnico como en lo jurídico, mostrando las carencias de sus autores en uno u otro extremo, o en ambos; en el caso del sector que nos ocupa, tanto da, pues exige, para hacer un trabajo serio, un cierto dominio de las dos materias. Los tiempos que corren, de escritura irreflexiva y promiscua opinión sobre cualquier tema (una cosa, lícita, es tenerla, y otra muy distinta sentirse obligado a compartirla con el resto del mundo en la más profunda convicción de que los demás están deseando conocerla) abonan la labor de quienes hacen mera «divulgación jurídica», aprovechando los más espurios intereses y motivos para perpetrar unas cuantas páginas exponiendo de forma genérica los problemas y sentenciando que, por supuesto, todo lo regulado hasta el momento no sirve para afrontar los grandes desafíos modernos y la revolución que ha supuesto Internet. Y eso es todo lo que podemos extraer de muchos «estudios» que engordarán currículos pero que no contribuirán en demasía al desarrollo ni del Derecho ni de la Sociedad de la Información.

Afortunadamente, no es el caso, y mi curiosidad sobre la calidad de la obra en ambos aspectos pronto quedó positivamente satisfecha. Igualmente, el trabajo que ahora comentamos tan brevemente ha servido para dar por resueltas algunas dudas y, lo que es más importante, para despertar otras y sentir la necesidad de discutir con el autor, en persona, algunas de sus premisas, argumentos y conclusiones. Trato de llevar al ánimo del lector, en definitiva, que estamos ante una obra sumamente interesante, que trata algunos aspectos sobre los que poco se ha escrito desde el punto de vista jurídico, que aún con acierto esta faceta con la tecnológica, y que lleva a gran nivel la altura científica de los trabajos que versan sobre las TIC y su regulación por el Derecho.

Como es claro desde el comienzo, la estructura de la obra se aleja de los cánones más clásicos, pero lo hace, a mi juicio, con mucho criterio, buscando un discurso directo y tremendamente eficaz. Es clara la intención de abordar todos los problemas que se plantean en la práctica, estudiando incluso fenómenos, prácticas comerciales y tecnologías que pueden resultar desconocidos en ocasiones para los lectores no especializados en Derecho de las TIC, pero cuyo tratamiento agradeceremos quienes alguna vez nos hemos topado con ellos y, por falta de tiempo o conocimientos, nos hemos conformado con soluciones generales y no muy razonadas que acallaron la conciencia de nuestra curiosidad: así, entre otros muchos, las consecuencias de la gratuidad en la prestación de ciertos servicios, las conexiones involuntarias mediante *dialers*, la exclusividad en el aprovechamiento de las conexiones y su utilización por terceros no contratantes, el modelo FON, qué son jurídicamente los buscadores (y no sólo qué hacen y cuál es su responsabilidad, cuestiones más tratadas por la doctrina), la relación entre los medios de comunicación en Internet y los tradicionales (con unas muy interesantes líneas sobre la responsabilidad de los blogueros), los *snippets* o el tratamiento jurídico del auto-completado de formularios de búsqueda.

No se engañe el lector: a pesar de alejarse estructuralmente de la dogmática convencional, estamos ante una obra que trata en profundidad las cuestiones relativas a la naturaleza jurídica de los contratos objeto de estudio, su contenido y todo lo relativo a los diferentes regímenes de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual. Y lo hace sobre una sólida base argumental, que aún la doctrina y jurisprudencia tradicionales con las más modernas. Puede comprobarse a lo largo del todo el libro su rigurosa y com-

pleta bibliografía, en la que se dan la mano sin complejos, como debe ser, autores y obras nacionales y extranjeros, de temática y enfoque clásicos junto con otras de gran especialización y aires modernos, en papel o en formato y acceso digitales. Todas ellas se han utilizado, mediante su seguimiento o revisión crítica, para fundamentar las opiniones propias del autor, que incluyen en ocasiones propuestas *de lege ferenda* que dan un valor añadido al estudio.

No hay, por lo tanto, ruptura y olvido de lo clásico bajo la excusa de la novedad del fenómeno, sino que, por el contrario, las tesis defendidas se fundamentan en nuestra tradición y cultura jurídicas, contrastando con soluciones de Derecho comparado. Resulta gratificante, por comparativa con otros trabajos modernos cuya cita legal más antigua es la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, ver el uso recurrente del Código Civil en las mismas páginas (literalmente) en que la inercia imperante nos hace leer *hosting* o *blogger*, así como la continuidad en el empleo de estándares de diligencia como el del «buen padre de familia».

Por su parte, el lenguaje es claro, sencillo pero técnicamente (tanto en lo jurídico como en lo tecnológico) muy correcto. Una búsqueda del nombre del autor por Internet arroja, además de las múltiples librerías físicas y *on line* en las que puede adquirirse este libro, resultados que recogen su buen hacer en algún premio en el que, precisamente, la escritura importa bastante. También en este aspecto se hace grata la lectura de la obra, sin estridencias ni forzadas revisiones de las líneas pasadas buscando el sentido de lo escrito. A lo más, habrá a quien pueda incomodar el habitual uso de anglicismos y calcos semánticos, pero habiendo sucumbido en primera persona tanto a las exigencias del mercado como a la simple práctica cotidiana, no es el caso de quien esto escribe; es más, resulta normal y propio del sector objeto de estudio. Ser en exceso purista del lenguaje podría llevar a alejar la obra de sus destinatarios naturales, restándole utilidad y eficacia.

Con el fin de fundamentar sólidamente la naturaleza jurídica de los contratos de conexión a Internet, alojamiento y búsqueda, así como de las eventuales responsabilidades en las que habrán de incurrir, en su caso, los proveedores, el capítulo primero nos hace una revisión del estado actual de la cuestión en torno a las figuras implicadas: los contratos de obra y servicio y las obligaciones de medios y de resultado. Revisadas las posiciones clásicas, la lógica lleva, justamente, a las más modernas conclusiones, en la línea del Derecho comparado y las tendencias de armonización del Derecho Privado, con el estudio del concepto de la «prestación razonablemente esperable», que será luego aplicado a cada contrato a lo largo del estudio (capítulos segundo y tercero), determinando su naturaleza de servicios u obra, así como, incluso, su posible configuración variable en razón de principios como el de «máximo esfuerzo» del proveedor.

El autor también sale al paso de otras cuestiones en torno a estos contratos que pueden plantear ciertas dudas, como son el carácter gratuito de los servicios prestados o la forma de celebración de los contratos, a través de Internet (*browse-wrap agreements*): ¿alteran su naturaleza jurídica?: ¿inciden en el régimen de responsabilidad de las partes (en particular, la del proveedor)?; ¿afectan a su validez y eficacia?; ¿superan los controles establecidos en las normas vigentes?

Los capítulos segundo y tercero se dedican al estudio en concreto de cada uno de los contratos: en primer lugar, el de conexión; los de *hosting* y búsqueda, por su parte, son tratados de forma paralela, pues presentan

problemática y hasta regulación comunes o muy próximos. Su estudio se hace imbricando aspectos públicos y privados, abordando tanto cuestiones puramente jurídicas como otras más tecnológicas que son vistas a la luz del Derecho, delimitando los diversos contenidos obligacionales, y estudiando, por último, las consecuencias de los posibles incumplimientos y los regímenes de responsabilidad (con atención tanto a los criterios de imputación como a los daños resarcibles y a las exclusiones legal y contractualmente previstas). Y todo ello con profusión de citas normativas, de Derecho comparado, jurisprudenciales y doctrinales, así como una evidente atención a la práctica tecnológica y comercial (con cita y estudio de clausulados reales), que es traída a colación tanto como es necesario, trascendiendo el mero ejercicio teórico para dar un gran carácter práctico a la monografía. Poco cabe echar en falta... en el actual estado de la técnica.

Termina la obra con unas concisas y, en la línea del resto del estudio, muy bien redactadas «conclusiones», único punto del que, a mi juicio, podría haberse prescindido. Por mi parte, no soy muy amigo de incorporarlas en las obras monográficas, no tanto (que también) por cuanto resultan excesivamente academicistas y propias de una Tesis Doctoral universitaria sino, sobre todo, por cuanto facilitan la labor del lector de urgencia, consultor vago e interesado, al que le vale la afirmación última que hace el autor, resumiéndole su pensamiento en unas cuantas frases que rara vez hacen justicia a toda una labor investigadora de meses o años. Supongo, no obstante, que quien se acerque lícitamente a esta obra, mediante compraventa o comodato, será investigador inteligente y/o persona curiosa y sin prejuicios, todos los cuales gustan ante todo de la argumentación, por lo que leerán con agrado el itinerario de conocimiento propuesto por el autor. A lo largo de estas breves líneas he tratado deliberadamente de no caer en la conducta que denuncio, y no anticipar las conclusiones del autor en relación con los muchos temas y cuestiones que trata.

Un último «indicio de calidad»: debe ser un buen trabajo si una gran editorial accede, en estos tiempos, a publicarlo con más de 550 páginas, sin ser una obra colectiva, ni su autor (aún) de esos que dan en llamar «de reconocido prestigio»...

En definitiva, he aquí un libro que no sólo era necesario en razón de su temática, sino que, además, resulta tremendamente útil, está sólidamente argumentado y bien escrito. No se puede pedir más..., salvo que, a pesar de los tiempos que corren (o, quizá, precisamente por ello), la Universidad y doctrina españolas puedan seguir aprovechando el talento del autor en sus aulas y salas de conferencias, así como en futuras nuevas obras. Al respecto, por cierto, no se pierdan el prólogo y su *praeteritio universitatis cum conquestione*.

Juan Pablo Aparicio Vaquero  
Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad de Salamanca



## Revistas Extranjeras

**Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M.<sup>a</sup> del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Isabel SIERRA PÉREZ**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia. II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.—Abreviaturas.

### DERECHO CIVIL

#### PARTE GENERAL

BARTLETT, P.: «The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law», *MLR*, 2012, vol. 75, núm. 5, pp. 752–778.

Análisis crítico, desde el punto de vista inglés, de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Después de una panorámica general, se tratan la incorporación en el tejido normativo y su relación con la *Mental Capacity Act* de 2005, el tratamiento psiquiátrico sin consentimiento, la detención civil de las personas con discapacidades mentales y finalmente algunos aspectos de la discapacidad mental en relación con el sistema penal. (*A. F.*)

DE VRIES, A.: «The Aim for Complete Uniformity in EU Private Law: An Obstacle to Further Harmonization», *ERPL*, núm. 4, 2012, pp. 913-931.

El uso por la Unión Europea de directivas de máxima armonización junto con conceptos legales «válvula» (*open*) es objeto de controversia. Debido a la diferentes culturas jurídicas es probable que los conceptos válvula sean interpretados de distinta forma en cada uno de los Estados miembro. Esto parece entrar en conflicto con el objetivo de la máxima armonización, tal y como ha sido planteado por la Comisión Europea. (*M. G.-R.*)

DELLE MONACHE, S.: «Commercializzazione del diritto civile (e viceversa)», *RDC*, 2012, núm, 4, parte prima, pp. 489-507.

Observaciones acerca de la necesidad de fusionar o unificar la normativa civil y mercantil para agilizar el mercado y las operaciones económicas, evitando la dispersión normativa. (*M. R. D. R.*)

GROSSI, P.: «I beni: itinerari fra moderno e postmoderno», *RTDPC*, 2012, núm. 4, pp. 1059-1085.

Reflexiones sobre el cambio de criterios en la valoración de los bienes: el paso de la excesiva apreciación de la propiedad inmobiliaria a la evaluación de los bienes por su importancia estructural y destino económico. (*M. R. D. R.*)

MARSHALL J.: «Concealed births, adoption and human rights law: being wary of seeking to open windows into people's souls», *CLJ*, 2012, vol. 71, núm. 2, pp. 325-354.

El artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos aboga por un Derecho al respeto a la vida privada y familiar y su artículo 2 defiende el derecho a la vida. El estudio, con atención al Reino Unido, analiza cómo estas normas se relacionan frente a un nacimiento que se mantiene oculto al padre biológico o a la familia biológica del donante, familia que tal vez desearía adoptar la prole de haberlo sabido. El texto, tratando los casos de progenitores biológicos –casados y no casados– o de progenitores que cohabitan o que ya tengan prole, analiza con particular interés la inadmisibilidad de la elección de la madre de proteger la identidad del hijo dado que chocaría con la Convención; otra cosa sería que se procediera a tutelar ese nacimiento mediante mecanismos más discretos de los comunes, siempre tutelando los criterios de transparencias e identidad del niño. (*A. F.*)

MEILLER, E.: «L'universalité de fait», *RTDC*, 2012, núm. 4, pp. 651-675.

El autor analiza el concepto de universalidad de hecho como paso previo a determinar si en dicho concepto entran o no los efectos de comercio y la cartera de valores mobiliarios. La universalidad de hecho suele conceptuarse como un conjunto distinto de sus elementos pero sin pasivo, concepto que no se verifica en la práctica. El autor lo considera una realidad jurídica que debe tener un cierto régimen jurídico, como variante de la cosa compuesta. (*R.A.R.*)

MELI, M.: «Sistema internazionale e sua incidenza sull'ordinamento interno», *RDC*, 2012, núm. 5, parte prima, pp. 685-699.

Comentarios sobre la incidencia en el Ordenamiento jurídico italiano de la Convención Europea sobre Derechos del Hombre y su confrontación con la soberanía de los Estados miembros de la UE. Problemas de aplicación del Derecho Internacional Privado Comunitario en el ordenamiento interno italiano. (*M. R. D. R.*)

NAVARRETTA, E.: «Diritto Civile e Diritto Costituzionale», *RDC*, 2012, núm. 5, parte prima, pp. 643-684.

Reflexiones sobre la necesidad de adaptar la normativa constitucional y la normativa civil, para unificar criterios respecto de la regulación de derechos fundamentales en el ámbito personal y patrimonial, a la luz de valores defendidos por la Unión Europea en su Carta de Derechos Fundamentales. (*M. R. D. R.*)

RUSO, E.: «*Ars inveniendi e ars combinatoria*», *CI*, 2012, núm. 3, pp. 627-640.

Artículo dedicado al problema de la relación existente entre la jurisprudencia práctica y el derecho. (*Alma R. G.*)

SCARPA, A.: «Abuso al processo: clausola generale o pleonasma?», *CI*, 2012, núm. 4-5, pp. 1114-1154.

Análisis de diversas cuestiones relativas al abuso del proceso: utilidad del concepto «abuso del proceso» y su fundamento, intentos de clasificación de hipótesis de «abuso del proceso» y sus respectivas sanciones (abuso de los instrumentos de impugnación, pluralidad de demandas y gastos de los procedimientos, abuso de la acción de resolución por incumplimiento contractual, abuso del proceso por inobservancia de los deberes de lealtad, probidad, verdad o claridad y los abusos del proceso realizados por el juez). (*Alma R. G.*)

SPADAFORA, A.: «L'abuso della libertà negoziale tra acquisizioni normative e riletture giurisprudenziali», *GC*, 2012, núm. 2, pp. 53-68.

Reflexiones sobre el criterio de la buena fe como límite en el ejercicio de la autonomía de la voluntad negocial. Interpretación normativa y jurisprudencial de la buena fe para la determinación del abuso del derecho. Tendencia europea a evitar el abuso del derecho mediante la consideración de la buena fe como límite insuperable de la autonomía de la voluntad. (*M. R. D. R.*)

VVAA: «Symposium “The new private law”», *Harv. L. Rev.*, 2012, vol. 125, núm. 7, pp. 1640-1727.

En el número de mayo de 2012 se publican las contribuciones del «Symposium» sobre derecho privado y civil. Después de una introducción del profesor John Goldberg, que relaciona el pragmatismo con el derecho privado, se recopilan las contribuciones de los Profesores Shyamkrishna Balganesh, Henry Smith, Stephen Smith y Benjamin Zipursky respectivamente frente a las implicaciones del Derecho de autor, el Derecho de Propiedad, la relación entre deberes y responsabilidad y los daños punitivos. Además, en la página web de la revista (<http://www.harvardlawreview.org/symposium-the-new-private-law.php>) se publican *on-line* algunas respuestas sobre las mismas temáticas realizadas por los profesores Éric Claeys, Abraham Drassinower, Richard Epstein, Keith Hylton, Thomas Merrill, John Oberdiek y Emily Sherwin. (*A. F.*)

WHITTAKER, S.: «The Proposed “Common European Sales Law”: Legal Framework and the Agreement of the Parties», *MLR*, 2012, vol. 75, núm. 4, pp. 578-605.

El autor analiza críticamente la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea del pasado octubre de 2011. Después de haber analizado brevemente los antecedentes y los propósitos de la propuesta, se ciñe con particular atención a aspectos de derecho internacional privado, destaca que el texto no parece lograr las finalidades económicas que se prefija, y se detiene también con particular atención en lo que se refiere al acuerdo necesario para someterse a dicho texto legal. (*A. F.*)

ZANELLI, E.: «Povertà e ricchezza delle giurisprudenze», *CI*, 2012, núm. 2, pp. 627-640.

Artículo consistente en la recensión a la monografía de Giovanna Visintini, titulada *La circolazione delle giurisprudenze*, que lleva a cabo un análisis de Derecho Comparado acerca de la función de la jurisprudencia. (*Alma R. G.*)

#### DERECHO DE LA PERSONA

BINCTIN, N.: «Détermination du pays d'origine lorsqu'une oeuvre est divulguée publiquement pour la première fois sur Internet», *RIDA*, núm. 232, abril 2012, pp. 3-43.

Informe sobre la determinación del país de origen cuando la obra se divulga públicamente por primera vez vía Internet. Los autores pertenecen al Grupo de estudio sobre el país de origen, de la Asociación literaria y artística internacional (ALAI). (*C. J. D.*)

CHIOVINI, F. Y WINKLER, M.: «Dopo la consulta e la Corte di Strasburgo, anche la cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali – nota a Cass. 15 marzo 2012 n. 4184», *GC*, 2012, núms. 7-8, pp. 1707-1717. (*M. R. D. R.*)

COSTA NETTO, J.C.: «Gestion collective et contrôle effectif des oeuvres de l'esprit et des différents modes d'exploitation de ces oeuvres au Brésil», *RIDA*, núm. 232, abril 2012, pp. 199-323.

Crónica del Derecho brasileño sobre la gestión colectiva, el control efectivo del derecho de autor y la explotación de obras de propiedad intelectual. (*C. J. D.*)

DELIYANNI, E.: «À l'occasion de l'arrêt Divani de la Cour Suprême hellénique et de l'ordonnance du 18 mars 2010 de la C.U.E. correspondante», *RIDA*, núm. 231, janvier 2012, pp. 119-183.

Panorama de la jurisprudencia griega reciente sobre transmisión de obras en las habitaciones de los hoteles, en un intento de diseño del derecho de comunicación al público en la denominada era de la convergencia. (*C. J. D.*)

DIETZ, A.: «Analyse comparative du droit polonais des sociétés de gestion collective après la réforme du droit d'auteur de 2010», *RIDA*, núm. 233, juillet 2012, pp. 39-101.

Análisis de Derecho comparado sobre las sociedades de gestión colectiva, a partir de la reforma del Derecho de autor en Polonia en el año 2010. (*C. J. D.*)

FELDMAN, JP: «Le "droit à l'information sportive": un juste équilibre sur le point d'être rompu», *RD*, 2013, núm. 1, pp. 34-39.

Los conflictos entre el derecho a la información deportiva y el derecho de propiedad de los titulares de los derechos deportivos. Extensión de la utiliza-

ción de extractos deportivos autorizada por el Consejo superior de lo Audiovisual y su contradicción con la directiva comunitaria de 10 de marzo de 2010 (D 2010/13/UE). (R. A. R.)

GAGGERO, P.: «Diritti della persona, responsabilità civile, diritto dei contratti. Dal codice del 1865 ad oggi», *GC*, 2012, núm. 4, pp. 163-176.

Revisión de la evolución del Derecho de la persona y el Derecho patrimonial de obligaciones y contratos y responsabilidad civil, desde la época de la codificación hasta nuestros días. Análisis de los ámbitos modernizados y actualizados. (M. R. D. R.)

GIROTTI, S.: «Trattamento di dati biometrici e dignità della persona», *NGCC*, 2012, núm. 3, pp. 248-253.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Prato de 19 de septiembre de 2011 sobre la protección de datos personales en relación con la dignidad de la persona: en especial, por el tratamiento de datos biométricos utilizados para el control de las personas, por ejemplo, de trabajadores. (Alma R. G.)

GRICENTI, G.: «La dignità nel biodiritto», *NGCC*, 2012, núm. 2, pp. 95-106.

Reflexiones en torno a la dignidad de la persona en las que se plantea si esta es un concepto jurídicamente útil: la dignidad como obligación ante la celebración de contratos lesivos de la misma, la dignidad como libertad y, por último, tratamiento de la materia en los ordenamientos alemán y americano. (Alma R. G.)

HUET, M.: «Le droit français des contrefaçons en architecture, urbain et paysage (cloisons et métamorphoses)», *RIDA*, núm. 231, janvier 2012, pp. 3-117.

El autor, Presidente de la Comisión de Derecho Inmobiliario de la Unión Internacional de Abogados y Vicepresidente de la Unión francesa del Derecho de la construcción, aborda el tratamiento jurídico de las falsificaciones en arquitectura, urbanismo y paisajismo en Derecho francés. (C. J. D.)

LABBÉE, X.: «Suicide pour tous!», *GP*, 2013, núm. 51-52, pp. 6-8.

El autor se plantea la oportunidad o no de un proyecto de ley sobre ayuda al suicidio en Francia. Estado de la cuestión en el Derecho francés con la regulación existente actual y reformas que habría que emprender para su inclusión. (R. A. R.)

— «Le ciborg accidenté de la route», *GP*, 2013, núm. 23-24, pp. 5-7.

Las prótesis como progreso científico que ¿ayuda al hombre a vivir mejor? El cibernético como la persona que tiene en su cuerpo incorporadas varias prótesis, tras un accidente, y que le convierten en un «hombre aumentado». Evaluación del perjuicio y dudas jurídicas. (I. S. P.)

NGOMBE, L.Y.: «Chronique d'Afrique», *RIDA*, núm. 233, juillet 2012, pp. 103-177.

Crónica del Derecho de autor en África durante el periodo que media entre abril de 2009 y marzo de 2012 (destacando el texto de la Organización Regional de la Propiedad Intelectual Africana, relativo al folklore y al saber tradicional; y leyes de varios países africanos). (*C. J. D.*)

PARIZOT, R.: «Prévention du meurtre: la Cour européenne des droits de l'homme va-t-elle trop loin?», *RD*, 2013, núm. 3, pp. 188-193.

Refuerzo del derecho a la vida por el Tribunal Europeo de derechos humanos a partir del artículo 2 de la Convención Europea de derechos del hombre. Exceso de celo en tal protección por la condena que se realiza en determinadas ocasiones. (*I. S. P.*)

PROTO, M.: «Tutele per abuso d'immagine», *NGCC*, 2012, núm. 6, pp. 381-404.

Reflexiones en torno al derecho a la imagen: naturaleza jurídica de la lesión del derecho a la imagen y existencia de pluralidad de remedios ante la misma, tutela preventiva y tutela resarcitoria, consentimiento tácito por su titular para el disfrute comercial de la imagen, el daño no patrimonial... (*Alma R. G.*)

SCHMIDT, D.: «Essai de systematization des conflits d'intérêts», *RD*, 2013, núm. 7, pp. 446-451.

Análisis de la noción «conflicto de intereses» desde un punto de vista general que pueda servir a nivel jurídico para cualquier sector, fundamentalmente el económico. Para su configuración hay que atender a la situación en la que se plantea el conflicto entre el interés de una persona y otra; determinación de qué interés debe ser protegido; trazos fundamentales de su régimen jurídico. (*I. S. P.*)

SIRINELLI, P.: «Chronique de Jurisprudence», *RIDA*, núm. 233, juillet 2012, pp. 179-363.

Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y francesa sobre protección del derecho de autor. (*C. J. D.*)

— «Chronique de Jurisprudence», *RIDA*, núm. 231, janvier 2012, pp. 185-363.

Crónica de jurisprudencia y legislación sobre protección del derecho de autor en Internet. (*C. J. D.*)

— «Chronique de Jurisprudence», *RIDA*, núm. 232, avril 2012, pp. 325-493.

Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de derecho de autor. (*C. J. D.*)

SPOTO, G.: «Note critiche sul diritto all'oblio e circolazione delle informazioni in rete», *CI*, 2012, núm. 4-5, pp. 1048-1067.

La evolución jurisprudencial y su creación del derecho al olvido. El derecho a la información y la conservación de noticias. Internet y las informacio-

nes sin control. La mediación obligatoria en materia de difamación periodística. (*Alma R. G.*)

VILLANI, R.: «Riflessioni sulla disciplina dell'attribuzione del cognome ai figli a seguito delle modifiche del titolo X del d.p.r. n. 396/00 introdotte dal d.p.r. m 54/12», *NLCC*, 2012, núm. 4, pp. 679-724.

Observaciones sobre la atribución de los apellidos en los supuestos de filiación legítima y natural y análisis de la posibilidad de alterar el orden de los apellidos e incluso cambiarlos. (*M. R. D. R.*)

ZOLLINGER, A.: «Droit d'auteur français et copyright américain: pluralisme et influences des modèles culturels», *RIDA*, núm. 233, juillet 2012, pp. 3-37.

Análisis de Derecho comparado entre el tratamiento jurídico del Derecho de autor en Francia y en Norteamérica, que refleja el pluralismo y la influencia de unos modelos sobre otros. (*C. J. D.*)

## PERSONA JURÍDICA

FILIPPO, S.: «L'esclusione dell'associato: evoluzione degli orientamenti e profili applicativi», *CI*, 2012, núm. 2, pp. 541-574.

Artículo relativo a la expulsión del miembro de una asociación: la reconducción de la exclusión del socio dentro del esquema de la resolución del contrato, aplicabilidad de la normativa otorgada para las asociaciones reconocidas a las asociaciones no reconocidas, determinación del grave motivo para la exclusión, la competencia para decidir la expulsión del socio, el recurso a la autoridad judicial... (*Alma R. G.*)

FUSARO, A.: «Discredito dell'impresa mediante prove comparative tra prodotti: il caso Fiat contro Annozero», *NGCC*, 2012, núm. 7-8, pp. 665-672.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Turín de 20 de febrero de 2012 sobre divulgación de informaciones económicas que provocan un daño en la reputación de una empresa: análisis de la titularidad de los derechos de la personalidad por las personas jurídicas. (*Alma R. G.*)

— «Uno sguardo comparatistico sul diritto delle fondazioni», *NGCC*, 2012, núm. 5, pp. 327-337.

Estudio de Derecho Comparado acerca de las fundaciones: *trust* internacional y las fundaciones, las fundaciones familiares y la *governance*. (*Alma R. G.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ADILARDI, G.: «Brevi cenni in materia di contratto preliminare di vendita di un immobile in comunione legale stipulato dal solo coniuge non testatario del bene-osservazione a Cass. 31 gennaio 2012 n. 1385», *GC*, 2012, núm. 4, pp. 920-921. (*M. R. D. R.*)

- «Brevi note in tema di contratto preliminare e conformità edilizia di beni compravenduti – osservazione a Cass. 2 settembre 2011 n. 18039», *GC*, 2012, núm. 6, pp. 1541-1542. (*M. R. D. R.*)
- «Inadempimento del contratto preliminare per persona da nominare e legittimazione ad agire per l'esecuzione in forma specifica del contratto – osservazione a Cass. 30 aprile 2012 n. 6612», *GC*, 2012, núms. 7-8, pp. 1680-1681. (*M. R. D. R.*)

AINA, E.: «Verso un ritorno del danno morale soggettivo?», *NGCC*, 2012, núm. 2, pp. 115-119.

Comentario a sentencia del Tribunal Supremo italiano de 19 de septiembre de 2011 sobre la reparación del daño no patrimonial y el daño a la salud, haciendo particular hincapié en el uso de los baremos en la liquidación de aquel daño. (*Alma R. G.*)

AMRAN, D.: «Privazione del rapporto genitoriale e danno intrafamiliare», *NGCC*, 2012, núm. 5, pp. 394-398.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 27 de octubre de 2011 sobre la reparación del daño no patrimonial causado al hijo por el incumplimiento de los deberes paterno-filiales. (*Alma R. G.*)

ANDREOLA, E.: «Profili di responsabilità del motore di ricerca», *NGCC*, 2012, núm. 2, pp. 127-142.

Artículo dedicado a la responsabilidad civil de los *internet providers* y el daño causado por un ilícito difamatorio *on line*. (*Alma R. G.*)

ANZANI, G.: «Riflessioni su prescrizione e responsabilità civile», *NGCC*, 2012, núm. 3, pp. 199-212.

Artículo dedicado a la prescripción de la acción de responsabilidad civil tanto en el ordenamiento italiano como en el Derecho Comparado: especial referencia a la falta de justificación de la diferencia de plazo entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. (*Alma R. G.*)

AUBRY, MCH: «Retour sur la caducité en matière contractuelle», *RTDC*, 2012, núm. 4, pp. 625-650.

La caducidad como mecanismo de extinción no retroactiva del contrato es un mecanismo joven y muy utilizado en la jurisprudencia francesa. La autora se enfrenta al estudio de la noción de caducidad contractual a la vista del funcionamiento de la Corte de casación y del proyecto de reforma del derecho de los contratos. En este estudio constata que la caducidad contractual nace cuando desaparece un elemento esencial del contrato después de su formación y provoca la extinción de algunas obligaciones, sin retroactividad. (*I. S. P.*)

BACHELET, V.: «Concorso omissivo colposo del danneggiato: il quasi inestricabile intreccio tra la causalità e la colpa e l'irruzione sul campo della solidarietà», *NGCC*, 2012, núm. 5, pp. 436-444.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 21 de noviembre de 2011 sobre el concurso del comportamiento negativo negligente de la víctima en la producción del daño. (*Alma R. G.*)

BALLERINI, L.: «Ripetizione di somme pagate in eccedenza dal conduttore d'immobile urbano», *NGCC*, 2012, núm. 4, pp. 289-300.

Artículo dedicado al contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, en concreto, a la nulidad de todo pacto dirigido a otorgar al arrendador una renta mayor respecto a la prevista en la normativa reguladora de la materia. (*Alma R. G.*)

BARGELLI, E.: «La locazione immobiliare nelle ultime tappe del diritto europeo», *NGCC*, 2012, núm. 4, pp. 272-276.

Artículo dedicado al contrato de arrendamiento de inmuebles: La legislación de la Unión Europea y el silencio acerca del arrendamiento inmobiliario. Competencia de la Unión Europea sobre la materia. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y el arrendamiento de vivienda. (*Alma R. G.*)

BENEDETTI, A.P.: «La colpa del danneggiato nell'illecito civile: un'analisi storico-comparata», *NGCC*, 2012, núm. 5, pp. 358-370.

Artículo dedicado al problema del comportamiento de la víctima en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual a la luz del Derecho Comparado: la evolución en Alemania, la evolución en Francia y en los países de influencia francesa, análisis en los sistemas del *Common Law* (tránsito de la *contributory negligence* a la *comparative negligence*) y en la experiencia italiana (el silencio del Código de 1865 y la búsqueda doctrinal y jurisprudencial de una solución a tal laguna). (*Alma R. G.*)

BOLOGNINI, S.: «Linee-guida della nuova normativa europea relativa alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori», *NLCC*, 2012, núm. 4, pp. 613-678.

Análisis del Reglamento UE n. 1169/2011 del 25 de octubre de 2011, relativo al suministro de alimentos a consumidores: deber de información, responsabilidad del operador del sector alimenticio, técnicas comerciales, etc. (*M. R. D. R.*)

BOUGEROL-PRUD'HOMME, L.: «Réflexions sur le paiement à l'épreuve de la monnaie scripturale», *RTDC*, 2012, núm. 3, pp. 439-459.

Problemas del pago mediante efectos. La jurisprudencia francesa solo atiende al momento del pago mediante cheque pero olvida los medios actuales. Necesidad de evitar el momento de recepción de los fondos por el acreedor. Satisfacción del interés del acreedor como condición suspensiva que afecta al efecto extintivo de los actos de ejecución del deudor. (*R. A. R.*)

BOUJEKA, A.: «Droit cambiaire et déontologie des avocats», *RD*, 2012, núm. 32, pp. 2103-2110.

Normas deontológicas de la profesión de abogado y la regulación de los honorarios profesionales. Personas con capacidad para realizar el pago. Uso

de la letra de cambio como pago y cualificación del deudor. Posición de la Corte de casación al respecto. (I. S. P.)

BURROWS A.: «The relationship between common law and statute in the law of obligations», *LQR*, 2012, vol. 128, april, pp. 233-259.

Aportando como ejemplos específicas disposiciones legales –con particular atención al derecho de obligaciones– se analiza la importancia de la fuente normativa en el sistema de *common law*, sistema donde normalmente predomina el *case law*. El autor ve como el instrumento legislativo puede contribuir a la supervivencia de las bases sobre las cuales se rige el *common law* o en qué medida, incluso en su finalidad, las sustituye. A tal fin es fundamental el rol interpretativo de los textos normativos por parte de los jueces y tomar consciencia que la función del elemento normativo es polivalente dado que, a veces, opera como instrumento innovador y, otras, como instrumento consolidador del derecho consuetudinario. Solo mediante un detenido y oportuno análisis puede y debe comprenderse que estos dos aspectos no son impermeables entre sí –retomando una metáfora del autor como lo son el agua y el aceite– sino que son partes integrantes del derecho de obligaciones dado que mediante las disposiciones legales se puede incluso contribuir a la evolución natural del derecho consuetudinario. (A. F.)

CALDERAI, V.: «La riforma delle locazioni abitative quindici anni dopo: le ragioni di un fallimento dello stato post regolatore e gli scenari futuri», *RDC*, 2012, núm. 4, parte seconda, pp. 367-398.

Reflexiones sobre la necesidad de reformar la regulación del arrendamiento de vivienda para adaptar la normativa a la realidad actual y desarrollar los derechos sociales en beneficio de la parte más débil del contrato. (M. R. D. R.)

CERVEAU, B.: «L'assurance à nouveau confrontée au spectre de l'action de groupe», *GP*, 2012, núm. 335-336, pp. 9-12.

Acción colectiva, fundamentalmente en material de consumo, introduciendo la garantía de responsabilidad civil. Problemas para las aseguradoras y para las empresas garantizadas. (I. S. P.)

CHRISTANDL, G.: «Der spanische Schuldrechtsmodernisierungsentwurf im Lichte europäischer und internationaler Vertragsrechtsregelungen», *ERPL*, núm. 4, 2012, pp. 905-912.

Estudio sobre la propuesta de nuestra Comisión General de Codificación para modificar nuestro Derecho en materia de compraventa, teniendo en cuenta los Principios europeos e internacionales sobre contratos. (M. G.-R.)

COLOMBA, M.: «Informazione e giusto prezzo: tutela del consumatore e tutela del mercato», *CI*, 2012, núm. 6, pp. 1550-1568.

Artículo dedicado al deber de información sobre el precio en el ámbito de los consumidores: la información en el Código de Consumo, el precio entre el Código Civil y el Código de Consumo, la información sobre el precio y la buena fe y las modalidades de indicación del precio por unidad de medida. (Alma R. G.)

COMENALE PINTO, M.: «Brevi spunti sui confini fra spedizione e trasporto – osservazione a Cass. 21 gennaio 2011 n. 1425», *GC*, 2012, núm. 6, pp. 1587-1589. (M. R. D. R.)

COSTANZA, M.: «Proposta irrevocabile e clausole vessatorie – osservazione a Cass. 30 aprile 2012 n. 6639», *GC*, 2012, núm. 6, pp. 1432-1433. (M. R. D. R.)

DANIS-FATÔME, A.: «La délégation de créanse. Essai d'une typologie nouvelle», *RD*, 2012, núm. 37, pp. 2469-2475.

El juicio del juez francés en material de delegación en torno al encargo del delegado. Distinción de dos tipos de delegación de deuda: delegación homogénea y heterogénea, según el encargo de delegación tenga la misma causa que la que se sobreentendía en el encargo entre delegante y delegatario o no. Solo en la delegación homogénea similar a la cesión de deuda es posible tal encargo. (I. S. P.)

DE MATTEIS, R.: «La contrattazione preliminare tra prassi e normazione: gli acquisti di immobili da costruire e di case d'abitazione», *CI*, 2012, núm. 2, pp. 464-491.

Artículo dedicado al estudio de dos hipótesis concretas: el contrato preliminar de venta de bienes inmuebles a construir y el contrato preliminar de venta de inmuebles para alojamiento. (Alma R. G.)

DELLACASA, M.: «Transazione integrale vs. Transazione esclusiva delle obbligazioni solidali», *RDC*, 2012, núm. 5, parte seconda, pp. 431-464.

Comentarios sobre el régimen jurídico y los supuestos de las obligaciones solidarias: pactos de transacciones parciales e integrales sobre la deuda, participación del cónyuge, pacto de reserva del crédito sobrante, etc. (M. R. D. R.)

DELOGU, L.: «Clausola di mediazione, contratti bancari, tutela del consumatore», *CI*, 2012, núm. 2, pp. 367-389.

Artículo dedicado al examen de si es abusiva la cláusula de mediación en ocasiones introducida por ciertas entidades bancarias en el contrato celebrado con los clientes. (Alma R. G.)

DESNOYER, Ch.: «La jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384, alinéa 1er., du code civil. L'instrumentalisation de la règle *Specialia generalibus derogant*», *RTDC*, 2012, núm. 3, pp. 461-480.

La instrumentalización del 1386 mediante la regla del 1384, 1.º ha servido desde el punto de vista jurisprudencial para salvar del desuso la primera regla, pero no ha sido asumida por la Corte de casación que hoy da prioridad a una mejor indemnización de las víctimas por daños en edificios ruinosos, lo que supone contrariar una interpretación literal del precepto. (I. S. P.)

DI DONNA, L.: «La responsabilità del produttore per i danni provocati dal fumo», *CI*, 2012, núm. 6, pp. 1526-1549.

Artículo dedicado a la responsabilidad del fabricante por los daños sufridos por el consumidor de tabaco: algunas tesis jurisprudenciales sobre la naturaleza de dicha responsabilidad, la determinación del nexo de causalidad y, por último, la prueba del criterio de imputación de la responsabilidad, entre la culpa y el riesgo de empresa. (*Alma R. G.*)

DIDONE, A.: «Note minime sul contratto preliminare di vendita, fallimento e trascrizione della domanda – nota a Cass. 15 dicembre 2011 n. 27093», *GC*, 2012, núm. 6, pp. 1489-1490. (*M. R. D. R.*)

DIECKMANN, J. A.: «The Province of Subrogation Determined: Some Corrections? A Functional Analysis of the Guarantor's Right to Derivative Recourse, Comprising a Critique of the Restitutionary Thesis», *ERPL*, núm. 4, 2012, pp. 989-1043.

La doctrina de la subrogación es una creación de la *equity* en Inglaterra. Permite al fiador obtener los derechos del acreedor frente al deudor principal. Pero la razón por la que se permite esa subrogación no está clara. Un examen comparativo muestra un curioso fenómeno: las dos explicaciones más corrientes en el *Common Law* no aparecen en la doctrina continental, y las explicaciones en ésta no aparecen en aquél. El autor trata de encontrar un fundamento convincente en los distintos sistemas jurídicos. (*M. G.-R.*)

EGÉA, V.: «La circulation d'une créance non monétaire (l'exemple de la délitance)», *RD*, 2012, núm. 32, pp. 2111-2117.

Problemas sobre la ejecución de los créditos no monetarios: situaciones ambiguas. Similitud económica con la delegación y la cesión del contrato. Necesidad de atender no al carácter del crédito (monetario o no) sino al grado de fungibilidad del crédito a la hora de demostrar la circulación del crédito. (*R. A. R.*)

FACCI, G.: «La nullità virtuale del contratto e la violazione del principio di buona fede», *CI*, 2012, núm. 6, pp. 1415-1446.

Artículo sobre el contrato celebrado en contra de las normas imperativas: la nulidad del contrato y la violación del deber de comportarse según la buena fe, la nulidad y el contrato «injusto» y, por último, la nulidad y el contrato que lleva consigo un abuso de posición dominante. (*Alma R. G.*)

FAYALE, R.: «La figura dell'opzione nei modelli europei», *RTDPC*, 2012, núm. 4, pp.1187-1202.

Análisis de Derecho comparado sobre la figura de la opción de compra. Reciente regulación en Italia y perspectiva del modelo alemán, inglés y francés. (*M. R. D. R.*)

FERRARI, M.: «Le obbligazioni naturali ed il pagamento degli interessi ultralegali», *CI*, 2012, núm. 4-5, pp. 1087-1113.

Aproximación histórica a la obligación natural: el pago de los intereses ultralegales pactados sin forma escrita como obligación natural atípica y la

prescripción de la acción de repetición de lo pagado en consideración de cláusulas nulas o ilegítimas. (*Alma R. G.*)

FORNASIER, M.: «Der Bereicherungsausgleich bei Fehlüberweisungen und das europäische Recht der Zahlungsdienste», *AcP*, núm. 3, 2012, pp. 410-452.

El autor trata un problema especialmente difícil en Derecho alemán, como es el del enriquecimiento injusto en relaciones trilaterales. Aquí se estudia la compensación por transferencias bancarias erróneas, teniendo en cuenta además la Directiva de la UE 2007/64 sobre servicios de pago en el mercado interior. (*M. G.-R.*)

GABRIELLI, G.: «Proponibilità delle domande risarcitoria e restitutoria in corso di giudizio purchè congiuntamente con quella di risoluzione del contratto inadempiti», *RDC*, 2012, núm. 5, parte prima, pp. 597-607.

Reflexiones sobre la necesidad de reformar la regulación del proceso civil en los supuestos de incumplimiento contractual para adaptar la normativa procesal a la sustantiva del Codice Civile, que permite solicitar la resolución del contrato, durante un procedimiento en el que se exigía el cumplimiento y resarcimiento en casos de incumplimiento del deudor, ampliando y variando así el objeto de la demanda. (*M. R. D. R.*)

GHOZI, A.: «La location financière: des liaisons dangereuses», *RD*, 2012, núm. 34, pp. 2254-2259.

Evolución sobre la concepción jurídica de la figura. Paso de su idea original como un arrendamiento a la situación actual donde se discute su concepción y naturaleza jurídica. Necesidad de atender a la posición de la doctrina y jurisprudencia para salvaguardar esta figura como modo de financiación de la empresa. (*R. A. R.*)

GILIKER, P.: «English Tort Law and the Challenge of Francovich Liability: 20 years on», *L. Q. R.*, 2012, vol. 128, september, pp. 541-563.

La autora hace un recorrido, desde el punto de vista anglosajón, de la evolución y aplicación jurisprudencial que ha tenido en dicho ordenamiento la sentencia *Francovich v Italia* que, hace más de 20 años, estableció la responsabilidad del Estado frente al retraso en la incorporación de la normativa comunitaria. Se valoran también sus requisitos aplicativos y se concluye que a pesar del innovador aspecto que hubiera podido tener dicha sentencia en Inglaterra, parece que la responsabilidad del Estado por incumplimiento de la normativa comunitaria queda todavía «en la sombra del *Tort law* inglés». (*A. F.*)

GRASSI, C.: «Locazione di immobili urbani adibiti ad uso abitativo e crisi del rapporto familiare», *NGCC*, 2012, núm. 4, pp. 309-312.

Artículo acerca del destino del contrato de arrendamiento de vivienda en caso de crisis familiar: preeminente interés del hijo menor del cónyuge arrendatario a la conservación del ambiente familiar y, por tanto, sucesión en el contrato de arrendamiento como hipótesis de cesión *ex lege*. (*Alma R. G.*)

GRONDONA, M.: «La responsabilità dell'associazione sportiva per morte del giocatore», *NGCC*, 2012, núm. 2, pp. 162-168.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 13 de julio de 2011 sobre la responsabilidad civil extracontractual del organizador deportivo respecto a los daños sufridos por un jugador. (*Alma R. G.*)

GUERRINI, L.: «I diritti che la caparra confirmatoria attribuisce alla parte fedele sopravvivono, dunque, alla risoluzione di diritto», *NGCC*, 2012, núm. 9, pp. 695-699.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 28 de febrero de 2012 sobre la renuncia a los efectos de la resolución por incumplimiento contractual. (*Alma R. G.*)

HALLIDAY, S., ILAN J., SCOTT, C.: «Street-Level Tort Law: The Bureaucratic Justice of Liability Decision-Making», *M. L. R.*, 2012, vol. 75, núm. 3, pp. 347-367.

El artículo afirma que no sólo existe una responsabilidad civil producida de mecanismos estrictamente jurídicos o legales sino que defiende que ésta puede ser influida y producida por la gestión y el control que los órganos locales y administrativos efectúan; en particular, para los eventos que se producen en carreteras. Este «proceso burocrático» debe considerarse, por los autores, un autónomo mecanismo en la creación de decisiones concernientes a la responsabilidad civil. El estudio, que toca con atención las realidades de Escocia e Irlanda, valora también bajo el punto de vista empírico cuales son los factores o los criterios que el personal administrativo o las compañías de seguros adoptan de cara al mantenimiento y control de las infraestructuras de la viabilidad, decisiones que prescinden a menudo de la supervisión legal y que, sin embargo, influyen la reclamación y el correspondiente pago de las indemnizaciones. (*A. F.*)

HEIDEMANN, M.: «European Private Law at the Crossroads: The Proposed European Sales Law», *ERPL*, núm. 4, 2012, pp. 1119-1138.

El trabajo discute argumentos a favor y en contra de la Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo de un Derecho común europeo sobre compraventa. El autor critica sobre todo la inclusión de los contratos entre empresas y los contratos con consumidores, cuyas características diferenciales no han sido todavía suficientemente estudiadas por la doctrina jurídica. Solo cuando se tengan esos datos, se podría crear un Derecho de la compraventa imperativo en toda la Unión Europea. (*M. G.-R.*)

IZZO, N.: «La seconda casa nella disciplina ordinaria della locazione e nella nuova normativa del codice del turismo – nota a Cass. 20 giugno 2011 n. 13483», *GC*, 2012, núm. 1, pp. 169-176. (*M. R. D. R.*)

— «Interference tra condominio e locazione: facoltà mutanti in obblighi e rinunce tacite alla compartecipazione economica condominiale? – osservazione a Cass. 6 marzo 2012 n. 3454», *GC*, 2012, núm. 5, pp. 1216-1217. (*M. R. D. R.*)

JØRGENSEN, T.: «Credit Advice», *ERPL*, núm. 4, 2012, pp. 961-988.

Los consejos crediticios son una materia a la que cada vez se le presta mayor atención. Conforme a la Directiva de Crédito al Consumo, de 2008, existe una obligación de dar a los consumidores «explicaciones adecuadas». La propuesta de Directiva sobre acuerdos crediticios relativos a la «propiedad residencia», de 2011, no solo da cuenta de la dicha obligación, sino que también propone establecer modelos de consejo (*advice standards*) para los préstamos para adquirir casas. Tal consejo crediticio puede ser necesario en un mercado financiero cada vez más complejo, caracterizado por el sobreendeudamiento, y puede asegurar que el receptor del consejo toma la decisión de la forma más ventajosa para él. (*M. G.-R.*)

LAMICELA, M.: «Dolo e abuso del diritto: il giudice controlla le parti contraenti», *CI*, 2012, núm. 6, pp. 1447-1465.

Artículo sobre el dolo en la celebración de los contratos. (*Alma R. G.*)

LARDEUX, G.: «La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres», *RD*, 2012, núm. 44, pp. 2986-2990.

Crítica a la tendencia de la corte de casación civil francesa a considerar la reticencia dolosa como un dolo, pues la lleva a considerar siempre excusable el error que provoca. Problemas de asimilarlo al silencio sobre el valor del bien o silencio intencional, objeto del contrato. (*I. S. P.*)

LIENHARD, C.: «Actualité jurisprudentielle en droit des catastrophes et des accidents collectifs», *GP*, 2013, núm. 46-47, pp. 28-29.

Resoluciones jurisprudenciales de la Corte de apelación de Toulouse, núm. 2012/642, de 24 de septiembre) y de Versalles (núm. 11/00332, de 29 de noviembre de 2012) sobre los casos *AZF* y *Concorde*. Derecho de catástrofe, perjuicios y daños a las personas directos e indirectos, así como los perjuicios y gastos causados a las asociaciones en defensa de las víctimas. (*I. S. P.*)

LORENZETTI, A.: «Anche al convivente *same-sex* spetta il risarcimento del danno per la morte del compagno», *NGCC*, 2012, núm. 3, pp. 207-213.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 12 de septiembre de 2011, que admite el resarcimiento del daño al conviviente por la muerte de su pareja del mismo sexo. (*Alma R. G.*)

LOYAL, F.: «Die Pflichten des unberechtigten Geschäftsführers ohne Auftrag. Eine theologische Kritik überkommener Schuldrechtsdogmatik», *AcP*, núm. 3, 2012, pp. 364-409.

El trabajo tiene por objeto el análisis de la gestión de negocios ajenos sin mandato cuando se hace de modo no justificado, a saber, sin el consentimiento presente o supuesto del dueño, y contra su supuesta voluntad. La doctrina alemana está dividida en cuanto a las reglas a aplicar a este caso: la postura tradicional es que no son de aplicación las normas del BGB sobre gestión de negocios ajenos sin mandato y aplican simplemente las normas sobre Dere-

cho de daños y enriquecimiento injusto; para otros, son, de todas formas, de aplicación los §§ sobre la gestión de negocios ajenos sin mandato.

Para el autor, cada caso tiene que analizarse con detenimiento sin decidir la aplicación en bloque de uno u otro conjunto normativo, sino según una ponderación de los intereses subyacentes en el supuesto concreto. (*M. G.-R.*)

MACCARI, M.V.: «Nuove applicazioni giurisprudenziali dell'abuso del diritto in ambito contrattuale: la locazione», *NGCC*, 2012, núm. 4, pp. 301-308.

Artículo sobre la aplicación jurisprudencial de la doctrina del abuso del derecho al ámbito de los arrendamientos: existencia de abuso del derecho en caso de que el arrendador reclame la resolución del contrato teniendo otros medios a su alcance para tutelar sus intereses. (*Alma R. G.*)

MAINGUY, D.: «Á propos de “l'affair de la rétractation de la promesse de contracter”», *SJ*, 2012, núm. 27, pp. 1337-1343.

Desde hace veinte años, la jurisprudencia es criticada por una gran parte de la doctrina. Esta crítica es con frecuencia técnica, basada en el fundamento de que la promesa es relevada al rango de miserable oferta. Esta crítica es a veces más teórica, de manera más o menos explícita. De todas maneras, se juegan los fundamentos del derecho de los contratos: la cuestión de la retractación de la promesa no es otra que aquella de la sanción de la obligatoriedad del contrato. Por tanto, estos son a la vez los mecanismos, el método y los fundamentos del derecho de los contratos que la observación, laudatoria o crítica, de la jurisprudencia pone en escena. (*R. A. R.*)

MANINETTI, P.: «Il vettore che “cancella” il volo risarcisce anche i danni non patrimoniali: disagi e fastidi sono giuridicamente irrilevanti a Roma ma non a Strasburgo», *NGCC*, 2012, núm. 3, pp. 218-223.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2011 que admite el resarcimiento del daño no patrimonial en el transporte aéreo, en concreto, el causado por la cancelación del vuelo. (*Alma R. G.*)

MANTELERO, A.: «Il contratto per l'erogazione alle imprese di servizi di *cloud computing*», *CI*, 2012, núm. 4-5, pp. 1216-1222.

Artículo dedicado al análisis de los contratos de *cloud computing*: estudio de sus elementos estructurales esenciales y sus diferencias con los contratos de *outsourcing*. (*Alma R. G.*)

MARCATAJO, G.: «Rappresentanza diretta ed indiretta: un cantiere ancora aperto», *CI*, 2012, núm. 3, pp. 775-818.

Amplio estudio sobre la institución de la representación: representación directa e indirecta, el debate interno jurisprudencial sobre la representación indirecta, la actuación por cuenta ajena y la tesis de Pugliatti, la tesis de la eficacia directa y la tesis de Ravà, apuntes de Derecho Europeo... (*Alma R. G.*)

MARINI, R.: «Ancora sull'adulterio quale causa di revocazione della donazione – nota a Cass.4 novembre 2011 n. 22936», *GC*, 2012, núm. 2, pp. 338-339. (*M. R. D. R.*)

MERKIN, R.: «Tort, Insurance and ideology: Further Thoughts», *MLR*, 2012, vol. 75, núm. 3, pp. 301-323.

Retomando como inspiración el título y el contenido del artículo publicado en la misma revista por Jane Stapleton (*Mod. L. Rev.*, 1995, vol. 58, núm. 6, pp. 820-845), el autor destaca el posible rol que un seguro puede tener sobre la determinación del estándar de conducta o la relación de causalidad cuando esto va a respaldar un acuerdo contractual que tiene por objeto el reparto del riesgo y el deber de cuidado o diligencia entre los sujetos. En este sentido, en determinados casos el seguro podría llegar a jugar un papel clave. (*A. F.*)

MÉSA, R.: «L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives», *RD*, 2012, núm. 41, pp. 2754-2759.

Necesidad de completar la reparación de los daños en casos de restitución integral, cuando el agente del daño se ha lucrado. Acumulación de sanciones civiles y penales y diferencia de los daños punitivos. (*R.A.R.*)

MILONE, P.: «L'ingiuria grave nella revocazione per ingratitudine delle donazioni e la violazione del dovere di fedeltà», *NGCC*, 2012, núm. 4, pp. 336-340.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 4 de noviembre de 2011 sobre la infidelidad conyugal en cuanto injuria grave que sirve como causa válida para la revocación por ingratitud de las donaciones hechas entre los cónyuges. (*Alma R. G.*)

MODICA, L.: «Concessione “abusiva” di credito ai consumatori», *CI*, 2012, núm. 2, pp. 492-531.

Artículo dedicado a la tutela del consumidor por la concesión abusiva del crédito: el modelo de la concesión abusiva del crédito a la empresa, financiación sin riesgo y financiación dolosa, financiación imprudente y lesión del derecho de crédito, responsabilidad contractual del último prestamista por complicidad en el incumplimiento... (*Alma R. G.*)

MORGAN, P.: «Recasting Vicarious Liability», *C. L. J.*, 2012, vol. 71, núm. 3, pp. 615-650.

Replanteamiento de la responsabilidad vicaria no sólo en las relaciones contractuales sino también por lo que se refiere a la actividad de personal no contratado o que ofrece su actividad de forma voluntaria. Asimismo el autor analiza, apoyándose también sobre la jurisprudencia, la progresiva expansión de este tipo de responsabilidad en determinados contratos o en otras categorías como las asociaciones sin personalidad jurídica incluso planteando una responsabilidad vicaria cuando se dé una estrecha relación entre las partes que no necesariamente se exterioriza en un mecanismo laboral sino que toma

en consideración la relación que se da entre el control diario sobre la actividad del sujeto y la discrecionalidad de llevar a cabo esta actividad. (A. F.)

MOROZZO DELLA ROCA, F.: «La prescrizione del diritto all'equa riparazione ex lege n. 89 del 2001. Un contrasto annunciato – osservazione a Cass., ord 17 ottobre 2011 n. 21380», *GC*, 2012, núm. 4, pp. 1006-1008. (M. R. D. R.)

MULHERON R.: «Rewriting the Requirement for a “Recognized Psychiatric Injury” in Negligence Claims», *Oxford J. Legal Stud.*, 2012, vol. 32, núm. 1, pp. 77-112.

En estas páginas se entremezcla psiquiatría y responsabilidad civil en caso de pleitos por negligencia psiquiátrica, desde el punto de vista inglés y con un toque de comparado. En particular la autora se detiene sobre la prueba de la «enfermedad psiquiátrica reconocida» criticando como en el sistema inglés la clasificación de los trastornos psiquiátricos adoptada internacionalmente no se aplica de forma coherente requiriéndose un estudio más amplio y detallado. Se debería abandonar la necesaria prueba de la «enfermedad psiquiátrica reconocida» –requerida para la compensación por daños mentales– dado que no solamente puede prescindirse de este requisito sino que tal vez puede provocar incongruencias. La autora defiende que la responsabilidad puede relacionarse también con status que no alcanzan tal nivel de enfermedad psiquiátrica y relacionarse con situaciones de angustia, ansiedad o desánimo que podrían ser indemnizables y que al estado actual no lo son en el sistema inglés. Por lo tanto, se aboga a una reforma del sistema y a la identificación del correcto papel que deben jugar la cuarta versión del Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM) de la Asociación Americana de Psiquiatría y el anexo de la clasificación internacional de enfermedades, décima versión (CIE-10), utilizados por las cortes inglesas a la hora de conceder la indemnización. (A. F.)

MURPHY J.: «Misfeasance in a Public Office: a Tort Law Misfit?», *Oxford J. Legal Stud.*, 2012, vol. 32, núm. 1, pp. 51-75.

Tomando como referencia la teoría de la justicia correctiva elaborada por Ernest Weinrib y la elaborada en *Tort en Rights* por Robert Stevens, se analiza la responsabilidad que puede derivar del abuso de derecho en los cargos públicos. El autor quiere evidenciar los mayores problemas o inconvenientes de estas teorías y proclamar la importancia de este aspecto jurídico a pesar de que, hace unos años, la *Law Commission* ha sugerido su abolición. (A. F.)

NAIJAR, I.: «La potestativité. Notes de lectura», *RTDC*, 2012, núm. 4, pp. 601-623.

Estudio sobre el desarrollo y régimen jurídico de los denominados derechos potestativos. Para ello el autor parte de la situación nacida del contrato de promesa de venta y del comportamiento en el ejercicio de las prerrogativas unilaterales en el contrato. Ambas situaciones deben diferenciarse, lo que no ha hecho ni la doctrina ni la jurisprudencia. Necesidad, según el autor de separarlo, y clasificar categorías jurídicas a través de las palabras. (R. A. R.)

NICOLINI, M.: «Non è la clinica che deve informare il paziente sui costi dell'intervento: ingiunzioni a chi non paga», *NGCC*, 2012, núm. 7-8, pp. 542-546.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 24 de noviembre de 2011, que señala que el paciente tiene un deber de diligencia de informarse sobre los costes relativos a la prestación médica, no considerándose, por consiguiente, una obligación del médico ni de la clínica dar información sobre tal extremo. (*Alma R. G.*)

PADOVINI, F.: «La disciplina della locazione immobiliare fra regime attuale e prospettive future», *NGCC*, 2012, núm. 4, pp. 265-271.

Artículo dedicado a diversas cuestiones relacionadas con el contrato de arrendamiento de inmuebles: el arrendamiento y su evolución en el ordenamiento jurídico-privado italiano, medios de tutela del arrendatario ante los abusos del arrendador, inderogabilidad unilateral de la normativa legal y perspectivas de reforma. (*Alma R. G.*)

PARINI, G.A.: «Morte dell'animale di affezione e tutela risarcitoria: è ancora uno scontro tra diritto e sentimento?», *NGCC*, 2012, núm. 9, pp. 603-615.

Artículo relativo al estudio jurisprudencial acerca de la tutela resarcitoria del daño por muerte de la «mascota» a causa del hecho ilícito de un tercero. (*Alma R. G.*)

PELON, A.: «De quelques inconséquences des régimes de responsabilité des constructeurs», *RDI*, 2012, núm. 10, pp. 476-483.

Los problemas que se presentan a la hora de determinar la responsabilidad civil de los constructores por un desorden en su trabajo: garantías, tipo de responsabilidad, etc. El autor comprueba a lo largo de su estudio que la calificación sobre responsabilidad contractual o extracontractual depende de la calificación de los trabajos realizados (¿obra?.), la naturaleza del defecto (¿vicio de construcción?, ¿defecto de conformidad? ¿Daño oculto?). (*R. A. R.*)

PIACENTINI, S.: «Responsabilità del creditore ed ordinaria diligenza», *NGCC*, 2012, núm. 5, pp. 419-422.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 2 de diciembre de 2011 acerca del deber del acreedor de comportarse de modo diligente con el fin de evitar o reducir el daño causado por el deudor. (*Alma R. G.*)

PIRAINO, F.: «Cessione del credito e modificazione del lato attivo dell'obbligazione», *CI*, 2012, núm. 2, pp. 401-463.

Artículo dedicado a la cesión del crédito y la novación subjetiva activa. (*Alma R. G.*)

PODDIGHE, E.: «Il difficile connubio tra danno da fumo e responsabilità civile all'interno e oltre i confini nazionali», *NGCC*, 2012, núm. 3, pp. 213-232.

Artículo dedicado al análisis de la responsabilidad civil del fabricante de tabaco: el resarcimiento del daño en la jurisprudencia italiana y americana, la

naturaleza jurídica del daño por el humo, existencia del libre consentimiento del fumador y posible daño por publicidad engañosa. (*Alma R. G.*)

PONZANELLI, G.: «La liquidazione del “vecchio” danno morale tra Cassazione e giudici di merito», *NGCC*, 2012, núm. 5, pp. 317-320.

Artículo dedicado al concepto de daño no patrimonial manejado por el Tribunal Supremo italiano, que comprende el daño biológico, el viejo daño moral y otra serie de consecuencias no patrimoniales. (*Alma R. G.*)

PUCELLA, R.: «Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione», *NGCC*, 2012, núm. 2, pp. 189-198.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 21 de julio de 2011 sobre la relación de causalidad como presupuesto de la reparación del daño, en concreto, dicha sentencia rechaza el criterio de la causalidad proporcional. (*Alma R. G.*)

QUERCI, A.: «L'incapacità naturale all'esame della giurisprudenza: un contrasto fra massime?», *CI*, 2012, núm. 6, pp. 1466-1489.

Artículo sobre la incapacidad natural del contratante: para la existencia de la incapacidad natural, ¿es necesario una disminución total, o solo parcial, de la capacidad intelectual del sujeto? Estudio también del momento respecto al cual es necesario determinar la incapacidad y prueba del mismo. (*Alma R. G.*)

RAVIT, V./SUTTERLIN, O.: «Réflexions sur le destin du prejudice écologique “pur”», *RD*, 2012, núm. 40, pp. 2675-2683.

Problemas sobre el régimen de reparación del daño ecológico puro. Diferentes líneas en la doctrina y jurisprudencia y necesidad de buscar una posición común que asegure una reparación justa, coherente y eficaz con el perjuicio causado. (*I. S. P.*)

ROUVIÈRE, F.: «L'implication dans la loi du 5 juillet 1985: une causalité apparente», *RD*, 2012, núm. 33, pp. 2186-2191.

El término causalidad aparente y su tratamiento judicial para determinar la implicación del vehículo en caso de accidente de tráfico. Abandono actual de la formulación de implicación para definirlo como un hecho aparente en el origen del daño. (*R. A. R.*)

SANDVIK, B.: «The Battle for the Consumer: On the Relation between the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the EU Directives on Consumer Sales», *ERPL*, núm. 4, 2012, pp. 1097-1118.

En algunas ocasiones pueden ser aplicables a la misma transacción la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías y las Directivas comunitarias. En el trabajo se defiende que las visiones existentes sobre la relación entre ellas no han tenido en cuenta muchos aspectos al afirmar que la Convención prevalece sobre las Directivas. De hecho, si prevalecerán la Convención o las Directivas no puede ser decidida de una vez y para siempre. La solución depende de la materia tratada y de otras muchas circunstancias. (*M. G.-R.*)

SALOMONI, A.: «L'obbligo di informazione nei contratti di cooperazione nell'altrui attività giuridica», *CI*, 2012, núm. 3, pp. 728-774.

Estudio de la obligación de información en los contratos de cooperación. En concreto, análisis de la obligación de información del agente, del mandatario y del mediador. También se profundiza en el fundamento del deber de información y la extensión de tal deber a las circunstancias reconocibles. (*Alma R. G.*)

SANDEL, C.: «La successione nello studio professionale tra disciplina del trasferimento d'azienda e principi deontologici», *RDC*, 2012, núm. 5, parte seconda, pp. 513-528.

Comentarios sobre el régimen jurídico de la cesión de negocios y la necesidad de respetar principios y valores base de la actividad negocial. Valoración de cesión de la clientela. (*M. R. D. R.*)

SPADAFORA, A.: «L'abuso della libertà negoziale tra acquisizioni normative e riletture giurisprudenziali», *GC*, 2012, núm. 2, pp. 53-68.

Reflexiones sobre el criterio de la buena fe como límite en el ejercicio de la autonomía de la voluntad negocial. Interpretación normativa y jurisprudencial de la buena fe para la determinación del abuso del derecho. Tendencia europea a evitar el abuso del derecho mediante la consideración de la buena fe como límite insuperable de la autonomía de la voluntad. (*M. R. D. R.*)

TAPINOS, D.: «L'appréhension du dommage corporel par la doctrine juridique», *GP*, 2013, núm. 46-47, pp. 23-27.

Aparición de una nueva rama jurídica en Derecho francés, el derecho de daños corporales, como diferente del derecho de responsabilidad civil. Renovación de la doctrina en este nuevo derecho: función analítica y función normativa. (*I. S. P.*)

TASCHNER, H. C.: «Produkthaftung - Noch einmal: Verschuldenhaftung oder vom Verschulden unabhängige Haftung?», *ZEuP*, núm. 3, 2012, pp. 560 y ss.

El autor se plantea la ya vieja cuestión de si la responsabilidad derivada de productos defectuosos es una responsabilidad por culpa o sin culpa. Tras examinar la Directiva comunitaria y el texto legal alemán llega a la conclusión de que se trata de una responsabilidad objetiva, sobre todo porque se habla de defecto del producto y no de culpa del productor. (*M. G.-R.*)

THIRIEZ, P. Y.: «Aides techniques-aides humaines: un indissociable binôme», *GP*, 2012, núm. 335-336, pp. 13-15.

Indemnización de daños corporales por una aseguradora. Necesidad de constatar de forma clara las ayudas técnicas y humanas que necesitará el dañado para volver a rehacer su vida con máxima eficacia. Respeto al principio de reparación integral del daño. (*R. A. R.*)

THOMAS, J. B./BEAUVAIS, P.: «Il faut sauver le secret professionnel des avocats!», *GP*, 2012, núm. 330-332, pp. 17-19.

El secreto profesional como núcleo del estado de derecho y pieza fundamental del abogado. Necesidad de legislar y regular su infracción como delito de divulgación para evitar la situación actual ante la prensa en casos graves y famosos. (R. A. R.)

TICOZZI, M.: «Il compenso del professionista intellettuale», *CI*, 2012, núm. 4-5, pp. 1155-1189.

Artículo dedicado al análisis del pago del precio al profesional liberal: evolución histórica de la remuneración, recientes reformas legales acerca de la determinación de la compensación, los criterios de fijación de la remuneración, la derogación de la prohibición del pacto de «*quota lite*», la forma del acuerdo... (Alma R. G.)

TRÖGER, T.: «Inhalt und Grenzen der Nacherfüllung», *AcP*, núm. 3, 2012, pp. 296-333.

El artículo se centra en la reparación de los defectos en la compraventa y en el contrato de obra.

El actual § 439 BGB concede al comprador la posibilidad, en caso de entrega de cosa defectuosa, de elegir la eliminación del defecto o el suministro de otro ejemplar del mismo género sin el defecto. No obstante, el párrafo 2.º señala que no se podrá optar por la reparación cuando le ocasione al vendedor unos gastos excesivos en relación con el valor de la cosa. Se estudian, entonces, casos en que el coste de la reparación es proporcionalmente excesivo. (M. G.-R.)

TUCCARI, E.: «La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale», *NGCC*, 2012, núm. 9, pp. 565-579.

Artículo dedicado al criterio de la previsibilidad del daño como límite de la responsabilidad del deudor: análisis del Derecho histórico y comparado, aspectos subjetivo, objetivo y temporal de la previsión y criterio del equilibrio contractual. (Alma R. G.)

VETTORI, G.: «Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole», *CI*, 2012, núm. 4-5, pp. 1190-1215.

Artículo dedicado al análisis del derecho comunitario: la Propuesta de un Reglamento europeo sobre la compraventa y la Directiva sobre los derechos fundamentales de los consumidores. (Alma R. G.)

VICIANI, S.: «Il danno potenziale o vero patrimoniale futuro», *GC*, 2012, núm. 2, pp. 69-77.

Consideraciones sobre la posibilidad de incluir el daño futuro para determinar la cuantía de la responsabilidad civil extracontractual. Especial referencia a la lesión de la capacidad laboral para determinar lucro cesante. (M. R. D. R.)

VIGORITI, V.: «Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR», *NGCC*, 2012, núm. 5, pp. 313-316.

Artículo dedicado a la Unión Europea y sus diversas iniciativas dirigidas a promover otros medios alternativos al proceso judicial para resolver las controversias en el ámbito de los consumidores. (*Alma R. G.*)

VORANO, M.: «Licenziamento ingiurioso, licenziamento illecito, risarcimento del danno», *NGCC*, 2012, núm. 6, pp. 497-503.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 30 de diciembre de 2011 sobre el resarcimiento del daño no patrimonial en el ámbito de la relación laboral. (*Alma R. G.*)

VV.AA.: «Le paiement des travaux dans les marchés privés», *RDI*, 2013, núm. 1, pp. 8-56.

Estudios varios presentados durante el Coloquio de la Asociación Francesa del Derecho de la Construcción (AFDC) de 30 de noviembre de 2012. En él se analizan las normas sobre el pago al empresario, arquitecto y en contratos especiales; el artículo 1799.1.º del CC francés; las garantías del pago para los subcontratantes; las sanciones por impago y conclusiones. (*I. S. P.*)

VV.AA.: «Droit du dommage corporel», *GP*, 2012, núm. 314-315.

Número especializado sobre los instrumentos para la indemnización de daños corporales. Estudios varios sobre la evaluación por expertos de los daños; baremos médico-legales; referentes de la indemnización; el sistema español y la relatividad de tales instrumentos. (*I. S. P.*)

VV.AA.: «Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung zum Vorschlag für ein Common European Sales Law», *AcP*, núms. 4 y 5, 2012, pp. 467-852.

El 11 de octubre de 2011 publicó la Comisión Europea una propuesta de un Derecho Común Europeo en materia de compraventa. La Asociación alemana de Profesores de Derecho Civil convocó un breve Congreso especial en Bonn, celebrado los días 20 y 21 de abril de 2012.

El número entero de la revista está dedicado a las exposiciones de los autores y a la subsiguiente discusión sobre la viabilidad de esta propuesta. Las aportaciones corresponden a STADLER, A., «Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des Common European Sales Law» (pp. 473-501); GRUNDMANN, S., «Kosten und Nutzen eines optionalen Europäischen Kaufrecht» (pp. 502-544); ZÖCHLING-JUD, B., «Acquis-Revision, Common European Sales Law und Verbraucherrechterichtlinie» (pp. 550-574); LOOSCHELDERS, D., «Das allgemeine Vertragsrecht des Common European Sales Law», pp. 581-693; LORENZ, S., «Das Kaufrecht und die damit verbundenen Dienstverträge im Common European Sales Law», pp. 702-847.

En general, las aportaciones e intervenciones posteriores de los asistentes fueron bastante críticas, ya por la falta de rigor técnico de la propuesta, ya por la nula necesidad que se siente en la práctica de una norma supletoria o *soft law* en esta materia. (*M. G.-R.*)

VV.AA.: «ZEuP-Tagung, Würzburg 2012: Europäisches Vertragsrecht auf dem Verordnungsweg», *ZEuP*, núm. 4, 2012, pp. 687-924.

Número de la revista dedicado a la propuesta europea de un Derecho Común Europeo de la Compraventa. Aparecen artículos de destacados autores y comentarios sobre cada una de las ponencias. Los objetos de éstas fueron la obligación de cumplimiento (ALBERS), el campo de aplicación del posible futuro Reglamento (CORNELOUP), la necesidad o no de revisión del *Acquis* comunitario (JANSEN), el análisis económico de la propuesta (WAGNER), el incumplimiento (ANDERSON), los deberes de información precontractual (PIERS), y el Derecho de compraventa europeo más allá de la facultad de elección de las partes. (SMITS) (*M. G.-R.*)

WILES, J.: «Modifica e risoluzione consensuale del contratto preliminare di compravendita immobiliare: l'irrelevanza dei comportamenti concludenti successivi alla stipulazione», *NGCC*, 2012, núm. 9, pp. 705-711.

Comentario a la sentencia del Tribunal *Brindisi* de 15 de diciembre de 2011 sobre la forma *ab substantiam* del contrato: ¿qué forma han de revestir los acuerdos modificativos y resolutorios de tal contrato? (*Alma R. G.*)

ZIINO, D.: «Un'allarmante segnalazione in tema di risarcimento del danno per la perdita del rapporto parentale: esiste la categoria dei relitti umani?», *DFFP*, 2012, núm. 2, pp. 939-945.

Artículo que aborda el debatido problema de la identificación, extensión y ámbito de aplicación del daño moral en la jurisprudencia italiana. (*Alma R. G.*)

ZOPPÈ, E.: «Clausole arbitrali e di conciliazione nei contratti conclusi dai consumatori», *NGCC*, 2012, núm. 2, pp. 107-126.

Artículo dedicado a los modos de resolución de conflictos alternativos al proceso judicial en el ámbito de los consumidores: el arbitraje y el instrumento de la conciliación. Respecto a este último se profundiza en el intento de conciliación obligatoria y sus recientes desarrollos en el Decreto Legislativo n. 28/2010. (*Alma R. G.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ADILARDI, G.: «Brevi note in tema di conclusione dell'affare, patto di opzione e provvigione del mediatore – osservazione a Cass. 21 novembre 2011 n. 24445», *GC*, 2012, núm. 3, pp. 685-686. (*M. R. D. R.*)

BATTAGLIESE, M.: «La cessione non annotata del credito ipotecario e il conflitto con gli altri creditori concorrenti», *NGCC*, 2012, núm. 5, pp. 345-357.

Artículo sobre cuestiones de carácter teórico y práctico relativas a la cesión del crédito hipotecario no inscrito y el conflicto que se genera con los otros acreedores concurrentes: transmisión del derecho y de la garantía, irrelevancia de la naturaleza de la inscripción y primacía del derecho de prelación, problema de la conciliación entre los regímenes de la inscripción y de la notificación de la cesión... (*Alma R. G.*)

BOTTONI, F.: «Ricognizione di diritti reali: vecchi timori e spunti normativi», *RDC*, 2012, núm. 4, parte prima, pp. 467-487.

Revisión de la teoría del *numerus clausus* respecto de los derechos reales, a favor del reconocimiento de mayor eficacia de la autonomía de la voluntad, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones. (*M. R. D. R.*)

CARBONE, E.: «Debitoris suffocatio e patto commissorio», *RTDPC*, 2012, núm. 4, pp. 1087-1115.

Análisis de la prohibición del pacto comisorio en las situaciones de incumplimiento del deudor: fundamento, estructura y función. Comparación con otras figuras como la venta con pacto de retro. Actualización de la figura y posibles límites en su aplicación. (*M. R. D. R.*)

COLANGELO, G.: «L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud», *Dir. Aut.*, 2012, núm. 2, pp. 174-205.

Artículo sobre las características del *cloud computing*, relación entre internet y derecho de autor, la responsabilidad civil de los *Internet Service Providers*, reproducción de la obra protegida para uso privado y comunicación al público... (*Alma R. G.*)

— «La comunicazione al pubblico di opere protette dal diritto d'autore: la giurisprudenza comunitaria dopo il caso SCF», *NGCC*, 2012, núm. 7-8, pp. 525-537.

Artículo cuyo objeto es el derecho de comunicación al público de obras protegidas por el derecho de autor: en particular, respecto a la difusión de programas de televisión en habitaciones de hotel, en restaurantes y en salas de espera de profesionales sanitarios. (*Alma R. G.*)

— «Internet e sistema di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog», *NGCC*, 2012, núm. 7-8, pp. 580-588.

Comentario a dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la piratería *on line* y la responsabilidad de los intermediarios por violación del derecho de autor. (*Alma R. G.*)

COSTANZA, M.: «In tema de immissioni sonore –osservazione a Cass. 5 agosto 2011 n. 17051», *GC*, 2012, núm. 2, pp. 389-390. (*M. R. D. R.*)

DE COCK BUNING, M./BELDER L./ DE BRUIN, R.: «Research Exceptions in EU Copyright Law», *ERPL*, núm. 4, 2012, pp. 933-960.

El *acquis* comunitario en el derecho de autor busca un equilibrio entre un alto grado de protección de los titulares del derecho, por una parte, y la promoción del conocimiento y la cultura, por otra, promoviendo excepciones a estos derechos de uso exclusivo en casos como la investigación o la educación. El artículo hace hincapié en que, a pesar de su carácter crecientemente internacional, el derecho de autor permanece todavía en gran medida como derecho de cada uno de los Estados de la Unión Europea. (*M. G.-R.*)

DE MARCO, G.: «Sulla tutela possessoria del nudo proprietario – nota a Cass. 27 gennaio 2012 n. 1219», *GC*, 2012, núm. 5, pp. 1226-1228. (*M. R. D. R.*)

DI BIASE, A.: «Occupazione abusiva di immobili e tutela giurisdizionale del proprietario: tra azioni reali ed azioni personali», *GC*, 2012, núm. 6, pp. 311-319.

Reflexiones sobre las medidas de tutela del propietario de inmueble ante la ocupación ilícita por un tercero. Análisis de la posibilidad de ejercitar acciones personales y reales para conseguir la restitución, además del resarcimiento del daño. Especial consideración de la alternativa de ejercicio de la acción reivindicatoria y restitutoria. (*M. R. D. R.*)

DONADIO, G.: «Diritto privato europeo e trasferimento della proprietà. Scenari attuali e prospettive future nella ricerca di una possibile armonizzazione», *NGCC*, 2012, núm. 3, pp. 151-175.

Artículo dedicado a la adquisición de la propiedad en el Derecho Privado europeo mediante el título y el modo: en concreto, a la regulación del Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) como punto de partida para una reflexión hacia la armonización, el título de la transmisión y causa de justificación del enriquecimiento, el problema del título entre nulidad y *condictio indebiti*, comparación diacrónica y sincrónica entre los modelos continentales... (*Alma R. G.*)

DROSS, W.: «Une approche structurale de la propriété», *RTDC*, 2012, núm. 3, pp. 419-437.

Problemas actuales sobre la concepción de la propiedad. Necesidad de rehacer su conceptualización desde su relación con las cosas sobre las que recae el derecho. Aproximación a la estructura de la propiedad. (*I. S. P.*)

FABIANI, M.: «Il diritto di autore sui profumi», *Dir. Aut.*, 2012, núm. 2, pp. 206-210.

Artículo acerca de si la fragancia de un perfume puede considerarse como objeto de protección del derecho de autor tras dos sentencias, una del Tribunal Supremo holandés y otra del Tribunal Supremo francés. (*Alma R. G.*)

GABRIELLI, E.: «Forma e realtà nel diritto italiano delle garanzie reali», *RDC*, 2012, núm. 4, parte prima, pp. 449-465.

Reflexiones sobre la naturaleza jurídica, función y contenido de las garantías reales y propuesta de flexibilización de la forma del contrato y sus efectos, en aras de una mayor eficacia de las operaciones económicas. Análisis de la *garanzia rottativa* y *fluttuante*. (*M. R. D. R.*)

GALLO, A.: «Indennità di espropriazione commisurata al minor valore dichiarato ai fini Ici: una pronuncia di incostituzionalità prevedibile – nota a C. cost. 22 dicembre 2011 n. 338», *GC*, 2012, núm. 4, pp. 883-890. (*M. R. D. R.*)

GALLOUX, J. Ch.: «Le brevet européen à effet unitaire: un volapuk juridique intégré?», *RD*, 2013, núm. 8, pp. 520-

Estudio de la figura tras los dos reglamentos europeos núm. 1257/2012 y 1260/2012 de 17 de diciembre de 2012. Problemas en torno a su europeización y unificación, tras el fracaso de la convención de Luxemburgo 37 años antes. El *volapuk* como construcción intelectual interesante pero inaplicable. (R. A. R.)

Izzo, N.: «La servitù di passaggio coattivo in favore del proprietario di un'autorimessa interclusa facente parte del condominio confinante – osservazione a Cass. 18 ottobre 2011 n. 21526», *GC*, 2012, núm. 3, pp. 700-704. (M. R. D. R.)

— «La parziarietà nel condominio e la solidarietà nella comunione ordinaria pro indiviso: la riconferma della Cassazione e le questioni circa l'esecuzione forzata del titolo esecutivo ottenuto nei confronti del condominio – nota a Cass. 30 gennaio 2012 n.1289, a Cass. 21 ottobre 2011 n. 21907 e a Trib. Roma 2 marzo 2012 n. 21380», *GC*, 2012, núm. 4, pp. 943-963. (M. R. D. R.)

— «Interference tra condominio e locazione: facultà mutanti in obblighi e rinunce tacite alla compartecipazione economica condominiale? – osservazione a Cass. 6 marzo 2012 n. 3454», *GC*, 2012, núm. 5, pp. 1216-1217. (M. R. D. R.)

— «L'ascensore per il disabile in condominio: una giusta e forse definitiva soluzione costituzionalmente orientata – osservazione a Cass. 14 febbraio 2012 n. 2156», *GC*, 2012, núm. 6, pp. 1457-1463. (M. R. D. R.)

MADAUS, S.: «Die Bruchteilgemeinschaft als Gemeinschaft von Vollrechtsinhaber», *AcP*, núm. 3, 2012, pp. 251-295.

Se exponen las distintas teorías que en Alemania han intentado explicar la comunidad por cuotas. Se rechaza la doctrina clásica de la comunidad romana o por cuotas porque el derecho común no es dividido en realidad entre los comuneros. También se rechaza la más moderna concepción que considera la comunidad como una unidad, porque es incapaz de explicar el concepto de cuota, refugiándose los autores en conceptos ideales como «igualdad esencial» del derecho sobre cada cuota. Por otra parte, esto llevaría a considerar la comunidad por cuotas como una especie del género comunidad en mano común, lo que contradice el BGB.

Para el autor, una fundamentación sostenible de la comunidad conforme a los §§ 741 y ss. BGB es la teoría de la multiplicación de los derechos plenos. Cada partícipe es, por tanto, titular del derecho común. La colisión de intereses o voluntades entre los comuneros se resuelve en una facultad de bloqueo de los actos de los demás o en la imposibilidad de ejercitar el derecho. (M. G.-R.)

MALAUURIE-VIGNAL, M.: «Brevets dormants, brevets assassins, pratiques de hold-up: que peut faire le droit?», *RD*, 2012, núm. 35, pp. 2325-2330.

Conflicto entre la potestad sancionadora del derecho de la competencia, donde se pueden condenar prácticas de explotación de propiedad intelectual

con abuso de posición dominante y la titularidad de la propiedad intelectual. Necesidad de un reencuentro entre ambos derechos. (*I. S. P.*)

MAZZAMUTO, S.: «Gli aspetti civilistici della confisca dei beni alla criminalità organizzata», *CI*, 2012, núm. 6, pp. 1387-1414.

Artículo dedicado a la confiscación de los bienes en poder del crimen organizado y la tutela de los derechos de terceros: destino de los derechos reales y personales de goce sobre dichos bienes, tutela de los acreedores y naturaleza jurídica de los bienes confiscados. (*Alma R. G.*)

NAPOLI, G.: «Spunti in materia di validità dell'accordo di conciliazione, con particolare riferimento al condominio negli edifici», *GC*, 2012, núm. 1, pp. 45-91.

Reflexiones sobre el derecho de los condóminos en propiedad horizontal y su carácter indisponible, tras su regulación en el art. 5 d. lgs. N. 28 de 2010, que incluye esta materia en los supuestos de resolución de controversias mediante el procedimiento de mediación, alternativo al procedimiento judicial. (*M. R. D. R.*)

NATUCCI, A.: «Il principio “servitus servitutis esse non potest” nel diritto attuale», *NGCC*, 2012, núm. 6, pp. 405-412.

Artículo relativo al objeto de los derechos, en especial de los derechos reales, y que se plantea la admisión de una servidumbre que deriva, de hecho, de una servidumbre preexistente. (*Alma R. G.*)

PAGLIETTI, M.C.: «Copia privata ed applicazione soggettiva. La ricaduta in Italia della sentenza *Padawan*», *NGCC*, 2012, núm. 4, pp. 316-325.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 14 de febrero de 2011 en torno a la relación existente entre copia privada y derecho de autor. (*Alma R. G.*)

PASQUINO, T.: «Trasferimento del diritto di sopraelevazione di cui all'art. 1127 cod. civ. e regime di pubblicità», *NGCC*, 2012, núm. 3, pp. 176-185.

Artículo dedicado al derecho de vuelo: relación con la accesión, la naturaleza jurídica de tal derecho en la doctrina y en la jurisprudencia, venta del derecho de vuelo y oponibilidad a los terceros. (*Alma R. G.*)

RUSCELLO, F.: «“Nuovo” condominio e... “vecchio” regolamento. Riflessioni sulla proposta di (non) riforma del regolamento di condominio», *NGCC*, 2012, núm. 6, pp. 413-427.

Reflexiones críticas acerca del Proyecto italiano de reforma de la normativa reguladora del condominio de inmuebles aprobado por el Senado el 26 de enero de 2011. (*Alma R. G.*)

TOZZI, F.: «Il caso “Goria” –Retwittare notizie di agenzia di stampa. Brevi appunti», *Dir. Aut.*, 2012, núm. 1, pp. 12-21.

Artículo sobre los límites de la protección de las noticias e informaciones divulgadas por los medios de comunicación: ubicación entre el derecho de autor y la tutela de la competencia. (*Alma R. G.*)

VAN ERP, S./AKKERMANS, B.: «Public or Private Harmonisation of the EU Mortgage Market?», *ZEuP*, núm. 1, 2013, pp. 43-59.

Artículo sobre la posibilidad de un derecho de hipoteca europeo, basado en la libertad de movimiento de capitales en la Unión Europea. Con la crisis económica actual, los legisladores comunitarios no están ahora demasiado interesados en una unificación en este ámbito, pero hay diversos proyectos privados. (*M. G.-R.*)

## DERECHO DE FAMILIA

ADILARDI, G.: «Brevi cenni in materia di contratto preliminare di vendita di un immobile in comunione legale stipulato dal solo coniuge non testatario del bene-osservazione a Cass. 31 gennaio 2012 n.1385», *GC*, 2012, núm. 4, pp. 920-921. (*M. R. D. R.*)

AYNÉS, L.: «Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe: trop u trop peu», *RD*, 2012, núm. 41, pp. 2750-2753.

Estudio sobre el proyecto de ley de matrimonio homosexual que no sólo regula el matrimonio en sí, sino también la filiación adoptiva, separándola de la biológica. Revolución social que produce tanto en filiación como por la transformación del matrimonio como institución tradicional. (*I. S. P.*)

BERGAMINI, E.: «Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana», *NGCC*, 2012, núm. 7-8, pp. 461-474.

Artículo relativo al matrimonio entre parejas homosexuales válidamente celebrado en el extranjero y los problemas de su reconocimiento a la luz del orden público italiano. (*Alma R. G.*)

BONNET, V.: «Réflexions sur la présomption de paternité du XXI<sup>e</sup> siècle dans ses rapports avec le mariage», *RD*, 2013, núm. 2, pp. 107-113.

El lugar de la presunción de paternidad a la vista del nuevo proyecto de ley sobre matrimonio homosexual. El matrimonio no tiene como fin, actualmente, la procreación. Necesidad de supresión de tal presunción o su aplicación reducida. (*I. S. P.*)

BRÉCHOT, F-X.: «La constitutionnalité du “mariage pour tous” en question», *SJ*, 2012, núm. 51, pp. 2326-2331.

El debate político que opone a partidarios y adversarios del matrimonio entre personas del mismo sexo encuentra a partir de ahora un eco en el terreno jurídico. ¿La diferencia sexual de los esposos y los derechos de adopción son principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República? Cumplen perfectamente las condiciones fijadas por el Consejo constitucional, razón por la cual el proyecto de apertura del matrimonio y de la adopción a las parejas de personas del mismo sexo no podrá evitar una revisión de la Constitución. (*R. A. R.*)

BUFFONE, G.: «Anche quando il cognome maritale appaia “famoso” perchè ha consentito e consente la frequentazione di ambienti mondani di alto livello o di rango sociale o di censo molto elevati, ciò non basta alla donna divorziata per poterlo conservare», *DFP*, 2012, núm. 2, pp. 737-744.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Apelación de Milán de 9 de marzo de 2011 en relación con los presupuestos, condiciones y límites de la conservación por la ex mujer del apellido del marido. En este supuesto concreto la mujer no desea perder el apellido famoso de su ex marido para poder seguir frecuentando lugares de moda y de cierto nivel económico. (*Alma R. G.*)

CADOU, E.: «Adoption internationale: variations autor de l'exigence de légalisation du consentement des représentants légaux en vue d'une adoption plénière», *RD*, 2012, núm. 34, pp. 2260-2266.

Paso de una adopción simple en un Estado extranjero a una adopción plena en Derecho francés siempre que los representantes legales del menor adoptado consientan y conozcan la ruptura total de sus lazos de filiación. Refuerzo del control del consentimiento de los adoptantes. (*I. S. P.*)

CAMILLERI, E.: «Violazioni dei doveri familiari, danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori», *NGCC*, 2012, núm. 6, pp. 428-441.

Artículo en torno a la admisión de la responsabilidad civil que deriva del incumplimiento de deberes entre familiares. (*Alma R. G.*)

CANONICO, M.: «Diritto alla salute e nullità matrimoniale: un binomio conciliabile», *DFP*, 2012, núm. 2, pp. 637-663.

Artículo en torno a la eficacia civil en el ordenamiento italiano de las sentencias eclesiásticas de nulidad matrimonial. (*Alma R. G.*)

CASEY, J.: «Prestation compensatoire et torts exclusifs: l'équité est-elle de ce monde?», *GP*, 2013, núm. 2-5, pp. 13-15.

Aunque las faltas provengan del esposo a cuyo favor se establece la pensión compensatoria ello no obsta a la equidad de la medida, tal y como señala el artículo 270.3.º del CC francés. Sólo daños muy importantes por parte de la esposa podrían evitar o disminuir la cantidad en concepto de pensión. Estudio a propósito de la sentencia de casación civil, sección 1, de 12 de septiembre de 2012. (*I. S. P.*)

— «Statistiques du divorce: entre constantes et nouveautés», *GP*, 2012, núm. 328-329, pp. 15-16.

La finalidad de objetivación y pacificación de la ley de divorcio de 26 de mayo de 2004 y su desarrollo a lo largo de los años. Dudas sobre la consecución de tal fin y la situación actual. (*I. S. P.*)

CHIOVINI, F. Y WINKLER, M.: «Dopo la consulta e la Corte di Strasburgo, anche la cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali – nota a Cass. 15 marzo 2012 n. 4184», *GC*, 2012, núms. 7-8, pp. 1707-1717. (*M. R. D. R.*)

CLAVIER, A.: «Homos: les mots qui s'entrechoquent au risque de choquer», *GP*, 2012, núm. 333-334, pp. 8-9.

La esencia del matrimonio y la filiación y sus problemas con las parejas homosexuales y el proyecto de matrimonio homosexual. (*R. A. R.*)

D'AVACK, L.: «Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella P.M.A. con donatori/trici di gameti», *DFP*, 2012, núm. 2, pp. 815-836.

Artículo sobre el derecho del hijo a conocer los propios orígenes dentro del ámbito de la reproducción artificial. (*Alma R. G.*)

DAUGERON, B.: «Mariage “pour tous”: retour sur la constitutionnalité du referendum», *RD*, 2013, núm. 5, pp. 320-323.

Problemas sobre la constitucionalidad de un referendum para la aprobación del proyecto de ley de matrimonio entre homosexuales. Debate actual en la sociedad francesa y argumentos a favor de su constitucionalidad. (*R. A. R.*)

DUBUISSON, E.: «Le mariage homosexuel et la place de la nature dans l'Homme», *RD*, 2012, núm. 39, pp. 2618-2621.

El proyecto de ley homosexual lleva al autor a plantearse el lugar de los modelos de parejas naturales en el derecho de familia. El lugar del menor en la pareja homosexual; evaluación de la adopción o la patria potestad y el consentimiento del menor. Este análisis evitará ver lo negativo de las parejas homosexuales. (*I. S. P.*)

FERRARI, D.: «Lo status giuridico delle coppie omosessuali. Il diritto alla vita familiare in due recenti pronunce», *NGCC*, 2012, núm. 7-8, pp. 615-620.

Las sentencias del Tribunal Supremo italiano de 15 de marzo de 2012 y la del tribunal de Reggio Emilia de 13 de febrero de 2012 se pronuncian acerca del matrimonio entre parejas del mismo sexo a la luz de las fuentes del Derecho Europeo. (*Alma R. G.*)

FULCHIRON, H.: «Le “mariage pour tous” en droit international privé: le législateur français á la peine...», *SJ*, 2012, núm. 49, pp. 2215-2222.

La apertura del matrimonio a las personas del mismo sexo plantea innumerables dificultades al derecho internacional privado, porque el «matrimonio para todos» es una opción rechazada por la mayoría de los Estados. Para resolver el problema, asegurando un influencia internacional máxima a su elección, el legislador francés considera una buena regla de conflicto, apartando la ley nacional de los esposos o de uno de ellos cuando prohíbe tal unión y sometiendo la cuestión de la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo a la ley estatal del territorio en el que ha sido celebrado. Esta regla, que sería aplicable también a la celebración en Francia de un matrimonio entre personas del mismo sexo que daría reconocimiento en Francia de las uniones celebradas en el extranjero, plantea tantos problemas como resuelve. (*I. S. P.*)

— «Le reconnaissance de la famille homosexuelle: étude d'impact», *RD*, 2013, núm. 2, pp. 100-106

El nuevo proyecto de ley sobre matrimonio homosexual y la posibilidad de adopción de estos matrimonios lleva al autor a plantear una nueva concepción del matrimonio y de la filiación sin sexo. Necesidad de una nueva normativa en materia de familia. (R. A. R.)

FUSARO, A.: «*Marital contracts, ehevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali*. Linee di una ricerca comparatistica», *NGCC*, 2012, núm. 7-8, pp. 475-493.

Artículo relativo a la autonomía privada dentro del ámbito del Derecho de Familia tanto en los ordenamientos de *Civil Law* como en los de *Common Law*. Especial referencia a los acuerdos prematrimoniales en el Derecho italiano. (*Alma R. G.*)

HAUSER, J.: «Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe Le paradoxe de la tortue d'Achille'», *SJ*, 2012, núm. 44-45, pp. 2000-2005.

Abrir el matrimonio a las parejas de personas del mismo sexo implica volver a revisar por completo el vínculo entre el matrimonio y el derecho de afiliación. Se sale de una filiación biológica, o copiada ampliamente sobre el vínculo biológico clásico, para entrar en una filiación ampliamente voluntaria. No es concebible que, en pura lógica y por prisa, se deje de lado el acceso a la procreación médicamente asistida. Querer tratar cuestiones separadamente es una ilusión. (R. A. R.)

HILBIG-LUGANI, K.: «Die Kontrolle von Vereinbarungen über die naheheilige Ausgleichsleistung im französischen Recht», *ZEuP*, núm. 3, 2012, pp. 501-525.

Estudio por una jurista alemana de la pensión compensatoria tras el divorcio en Derecho francés. Pone de manifiesto como en este ordenamiento se pretende que la pensión compensatoria se pague mediante un tanto alzado, de manera que se pueda decir que *du passé faisons table rase*. Por otra parte, como sucede en Derecho español, se mezclan en la compensación aspectos alimenticios e indemnizatorios. (*M. G.-R.*)

LABBÉE, X.: «Le mariage homosexuel et l'union civile», *SJ*, 2012, núm. 37, pp. 1642-1648.

El matrimonio, sacramento para la Iglesia, era antaño elevado por el derecho civil al rango de las instituciones. Por separado, la religión (con sus imperativos) y el derecho (con su orden público) llegaban a dar a la palabra un sentido unitario. Pero con el tiempo, el derecho de familia ha bajado progresivamente el matrimonio al rango de mero contrato. Ha aparecido un nuevo orden público (de amparo) que garantiza al individuo el derecho de hacer lo que gusta dentro de los límites de un orden público cada vez más reducido. Se comprende que conceder a la pareja homosexual el «derecho» a casarse conduce a incoherencias. Parece más juicioso mantener el matrimonio del Código civil y de crear «la unión civil» única, laica e igual para todos, fundada sobre la moral republicana hecha de lealtad y de buena fe. Esta unión, celebrada por el oficiante civil y rota por el juez, no pondría obstáculo

a la disposición convencional de los deberes personales. Se hablaría de «contrato institucional». La palabra «matrimonio» sería reservada al ámbito religioso al cual pertenece antes en origen. (*I. S. P.*)

— «Les paradoxes de l'inceste», *GP*, 2012, núm. 333-334, pp. 5-7.

El derecho no define la relación incestuosa lo que impide determinar su concepto de forma unitaria. Según la relación donde estudia (matrimonio, pacto de solidaridad civil, concubinato) los límites de la prohibición de incesto son diferentes, de ahí la necesidad de unificación mediante una definición única. (*I. S. P.*)

LAGOMARSINO, G.: «L'ordine pubblico ed il matrimonio-rapporto nella trascrizione in Italia delle sentenze ecclesiastiche di nullità», *DFP*, 2012, núm. 3, pp. 1307-1321.

Artículo sobre el reconocimiento en el ordenamiento italiano de sentencias eclesiásticas de nulidad matrimonial. (*Alma R. G.*)

LETELLIER, H.: «L'expertise et le droit de la famille: des clarifications utiles», *GP*, 2012, núm. 321-322, pp. 21-22.

El experto en Derecho de familia a la hora de valorar y liquidar el patrimonio de la familia tras un divorcio. Importancia de la figura y su repercusión en la prestación compensatoria. (*R. A. R.*)

MAGLI, C.: «Diritto al mantenimento dell'ex coniuge e convivenza *more uxorio*», *NGCC*, 2012, núm. 6, pp. 521-528.

Comentario al Decreto del Tribunal de Turín de 1 de diciembre de 2011 acerca de la repercusión que posee el inicio de una convivencia *more uxorio* por parte del ex cónyuge que recibe la pensión tras la crisis matrimonial. (*Alma R. G.*)

MANSI, G.: «L'art. 317 bis cod. civ. resta il referente normativo primario per l'esercizio della potestà sui figli naturali», *NGCC*, 2012, núm. 9, pp. 738-742.

Comentario al Decreto del Tribunal de Menores de Milán de 7 de febrero de 2012 sobre la normativa aplicable al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos naturales. (*Alma R. G.*)

MELCHER, M.: «Private International Law and Registered Relationships: An EU Perspective», *ERPL*, núm. 4, 2012, pp. 1075-1096.

Estudio de las normas de varios países europeos sobre las parejas registradas y matrimonios del mismo sexo y el problema de su reconocimiento en países donde no están regulados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que (re-)interpretar el derecho al matrimonio, la prohibición de discriminación y el derecho al respeto de la intimidad personal y familiar a la luz del deseo de casarse de una pareja austriaca del mismo sexo. (*M. G.-R.*)

MELI, M.: «Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali», *NGCC*, 2012, núm. 7-8, pp. 451-460.

Artículo relativo al derecho a contraer matrimonio entre parejas homosexuales a la luz del ordenamiento italiano y del Derecho Internacional Privado de la Familia. (*Alma R. G.*)

MILLET, F.: «La voie d'une homoparentalité bien ordonnée: retour aux fondamentaux de la filiation», *RD*, 2012, núm. 30, pp. 1975-1979.

Importancia del elemento sociológico en la filiación, dada la evolución sobre la configuración de la familia y los modos de procreación. Filiación y procreación asistida: necesidad de una nueva configuración dada la aparición del matrimonio homoparental. Función de la filiación. (*I. S. P.*)

MONTIER, R.: «La qualité d'associé en régime de commonauté», *GP*, 2012, núm. 321-322, pp. 11-15.

Estudio a propósito de la sentencia de casación civil de 1 de febrero de 2012, sección primera, sobre la adquisición de acciones o participaciones sociales de una sociedad por un esposo con bienes comunes. Adquisición solidaria de los derechos sociales. Divorcio y pérdida de la cualidad de asociado. Art. 1424 del Código civil. (*R. A. R.*)

MORANI, G.: «La mediazione familiare», *DFP*, 2012, núm. 3, pp. 1322-1333.

Estudio de la mediación en el ámbito del Derecho de Familia: ¿existencia de un concepto común de mediación familiar? Aplicabilidad o no de la mediación civil o mercantil a la mediación familiar. (*Alma R. G.*)

MOREIRA A. J.: «We are Family! Legal recognition of Same-Sex Unions in Brazil», *Am. J. Comp. L.*, 2012, vol. 60, núm. 4, pp. 1003-1042.

Uniones de hecho homosexuales como manifestación de un derecho no sólo social sino fundamental. Es esta la postura brasileña que se describe y analiza en el escrito. El reconocimiento de las uniones estables homosexuales ha recibido una protección jurídica en virtud del principio de igualdad, incluso constitucional, contribuyendo a un concepto más amplio de familia. El autor, al tratar esta temática, hace un recorrido de las varias etapas por las cuales se ha llegado a estos resultados analizando las luchas que se han realizado no sólo para lograr derechos patrimoniales sino también sociales y dando la visión que la Corte Suprema brasileña ha adoptado. (*A. F.*)

MOROZZO, P.: «Le attribuzioni patrimoniali nelle convivenze: una breve rassegna di giurisprudenza», *DFP*, 2012, núm. 2, pp. 837-851.

Artículo consistente en un análisis jurisprudencial sobre el régimen jurídico de las atribuciones patrimoniales entre los convivientes *more uxorio*. (*Alma R. G.*)

MULON, E.: «Les conséquences attachées au prononcé définitif du divorce: quelques rappels utiles», *GP*, 2013, núm. 2-5, pp. 7-12.

Las medidas provisionales durante el proceso de divorcio y su no extinción a pesar de la sentencia definitiva. Problemas tras la reforma del divorcio de 2004. La modificación de medidas provisionales durante el proceso de divorcio: elemento nuevo o no. (*R. A. R.*)

NAUDIN, E.: «Actualités du droit des régimes matrimoniaux», *GP*, 2012, núm. 321-322, pp. 16-20.

Problemas por los flujos económicos en el momento del divorcio. Necesidad de hacer un balance serio para poder repartir de forma conjunta. Derecho de recompensa en régimen de comunidad y el reparto en el régimen de separación. (*I. S. P.*)

OLIARI, S.: «Ingiustificata rottura della promessa di matrimonio: quali danni?», *NGCC*, 2012, núm. 6, pp. 484-488.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 2 de enero de 2012 en torno a los efectos jurídicos de la ruptura de una promesa de matrimonio y la naturaleza jurídica de la obligación de resarcimiento de los daños ocasionados. (*Alma R. G.*)

OLIVERO, L.: «L'adozione del figlio del coniuge tra crisi coniugale e interesse del minore», *NGCC*, 2012, núm. 4, pp. 282-288.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 9 de octubre de 2011 sobre la admisión o no de la revocación de la adopción del menor por parte del cónyuge del adoptante tras la separación conyugal: el menor debe estar en un contexto idóneo para su desarrollo armónico. (*Alma R. G.*)

QUADRI, E.: «I figli nel conflitto familiare», *NGCC*, 2012, núm. 9, pp. 539-548.

Análisis de las reformas introducidas por la Ley n. 54 de 8 de febrero de 2006 reguladora de la disciplina concerniente a la tutela de los hijos en la crisis conyugal: actuación del principio de «bigenitorialidad», superación de las diferencias de normativa respecto a los hijos de padres no casados y mediación familiar. (*Alma R. G.*)

RECINTO, G.: «La situazione italiana del diritto civile sulle persone minori di età e le indicazioni europee», *DFP*, 2012, núm. 3, pp. 1295-1306.

Avance en el ordenamiento italiano desde el reconocimiento de los derechos del menor hacia la efectividad de su tutela, en especial, a raíz de la promulgación de la Ley de 8 de febrero de 2006 n. 54 sobre la tutela de los hijos en la crisis conyugal. (*Alma R. G.*)

ROMA, U.: «La nozione di convivenza del figlio maggiorenne con il genitore ai fini dell'assegnazione della casa familiare», *NGCC*, 2012, núm. 9, pp. 715-721.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 22 de marzo de 2012, que profundiza en la noción de convivencia del hijo mayor de edad,

no autosuficiente desde el punto de vista económico, con uno de sus progenitores a los fines de la atribución de la vivienda familiar tras el divorcio. (*Alma R. G.*)

ROMANO, R.: «La brevettabilità delle cellule staminali embrionali umane», *NGCC*, 2012, núm. 4, pp. 237-249.

Artículo acerca de la prohibición de la utilización de embriones humanos con fines industriales y comerciales. (*Alma R. G.*)

ROUSSEAU, D.: «Le “mariage pour tous” relève bien de la compétence du législateur ordinaire», *GP*, 2012, núm. 347-348, pp. 5-6.

Problemas de constitucionalidad sobre el matrimonio del mismo sexo. Situación de la doctrina francesa vista por el autor del artículo. Función del consejo de Estado francés. (*R. A. R.*)

SALITO, G.: «Assegnazione e revoca della casa familiare: una fattispecie “allo specchio”», *NGCC*, 2012, núm. 7-8, pp. 676-683.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 31 de enero de 2012 sobre los presupuestos, contenido y límites del derecho sobre la vivienda familiar. (*Alma R. G.*)

## DERECHO DE SUCESIONES

ACHILLE, D.: «Autonomia privata e amministrazione di sostegno, ovvero il testamento del beneficiario dell’amministrazione di sostegno (afetto da SLA) – nota a Trib. Varesse, decr. 12 marzo 2012», *GC*, 2012, núms. 7-8, pp. 1868-1875. (*M. R. D. R.*)

BOULANGER, F.: «Révolution juridique ou compromis en trompe-l’oeil ? Á propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales», *SJ*, 2012, núm. 42, pp. 1903-1909.

En una materia liderada hasta ahora por consideraciones puramente nacionales para Francia, abandonada a la interpretación jurisprudencial, el reglamento que emana del Parlamento y del Consejo de Europa (PE y Cons. UE, regl. núm. 650/2012, 4 julio 2012) aporta una respuesta un poco más completa a la escalada continental en las dificultades planteadas por el derecho internacional de las sucesiones. Se trate la unificación de la ley y la jurisdicción competente, el rol concedido a la voluntad del testador y a la declaración de heredero creada por el testamento, la innovación parece considerable. Pero hay ciertas imprecisiones y dificultades de aplicación, también se hacen demasiadas excepciones en los principios generales. (*I. S. P.*)

BRAUN, A.: «Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reform in France, Belgium and Italy», *ZEuP*, núm. 3, 2012, pp. 461-483.

En Alemania se aceptan los contratos sucesorios, pero no en los ordenamientos civiles de estirpe francesa. Sin embargo, poco a poco la prohibición

de los pactos va remitiendo. La autora examina las recientes reformas en Francia, Bélgica e Italia. (M. G.-R.)

GODECHOT-PATRIS, S.: «Le nouveau droit international privé des successions: entre satisfactions et craintes...», *RD*, 2012, núm. 37, pp. 2462-2469.

Estudio sobre el Reglamento europeo núm. 650/2012 sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones, y la aceptación y ejecución de actos auténticos en materia de sucesiones, de 4 de julio de 2012. Su aplicación a partir del 17 de agosto de 2015. Cambios que provoca en el Derecho francés, límites y peligros de tales cambios. (R. A. R.)

LANGE, K. W.: «Einverständliche Überführung von Nachlassgegenständen in das Eigenvermögen des Vorerben», *AcP*, núm. 3, 2012, pp. 334-363.

La sustitución fideicomisaria supone, durante el tiempo de titularidad del fiduciario, un considerable límite o freno para el tráfico jurídico. Por eso, se ha planteado la doctrina alemana la posibilidad de que todos los bienes se los quede el fiduciario, normalmente a cambio de una retribución al fideicomisario. Lo que también se ha insinuado es la posibilidad de que fiduciario y fideicomisario lleguen al acuerdo de que una parte de los bienes fideicomitidos queden en el patrimonio del fiduciario definitivamente a cambio de que el fideicomisario entre inmediatamente en posesión de los bienes tras el fallecimiento del causante. No obstante, el autor pone de manifiesto las múltiples dificultades que, desde el punto de vista técnico, surgen con este tipo de acuerdos. (M. G.-R.)

OSAJDA, K.: «The New Polish Regulation on *Legatum per Vindicationem*: A New Solution for Old Problems», *ZEuP*, núm. 3, 2012, pp. 484-500.

En Polonia, el CC de 1964 sólo regulaba los legados de efecto obligacional. Sin embargo, era cada vez más sentida por la práctica la regulación de un legado de efecto real. Y esto es lo que ha hecho una reciente reforma de 2011. (M. G.-R.)

## VARIA

BOUTONNET/MEKKI: «Environnement et conservation easements .Pour une transposition en droit français?», *SJ*, 2012, núm. 39, pp. 1736-1742.

Los Estados Unidos disponen de un instrumento eficaz de protección del medio ambiente: la *conservation easements* o servidumbres de conservación. ¿Esta institución original, que concede un lugar de entidad a la libertad contractual, puede y debe ser traspuesta al derecho francés? (R. A. R.)

DESRAYAUD, A.: «De la sûreté à la citoyenneté: l'accessibilité du code civil de 1804», *RTDC*, 2012, núm. 4, pp. 677-695.

Estudio histórico sobre los pensamientos de los codificadores franceses. La ley debe ser accesible e inteligible para todos, como preocupación básica. La concepción de la accesibilidad, nacida en Roma y llevada por los codificadores franceses a la meta del Code civil. (I. S. P.)

HELLWEGE, PH.: «Der DCFR als Grundlage für eine Revision und Kodifikation des schottischen Vertragsrecht – Eine erste Bestandaufnahme am Beispiel der Vertragsauslegung», *ZEuP*, núm. 1, 2013, pp. 88-103.

Artículo de un profesor alemán sobre los distintos intentos de codificación, al menos parcial, del Derecho escocés, para lo cual algunos autores se fijan en el llamado Proyecto de Marco Común de Referencia. Se trata especialmente la cuestión de la interpretación en Derecho privado, más allá del puro ámbito contractual. (*M. G.-R.*)

JUSTON, M.: «Et si les juges aux affaires familiales et les avocats se saisissent réellement de la médiation familiale dans l'intérêt des enfants et des couples qui se séparent?», *GP*, 2012, núm. 326-327, pp. 5-8.

La mediación familiar introducida por la ley de 4 de marzo de 2002 en Francia como modo de resolver la ruptura familiar. Medio útil de renovación por el que se regula el conflicto familiar participando de una forma más ordenada los miembros de la familia. Concepción moderna de la justicia frente a los procedimientos judiciales. (*I. S. P.*)

LIUKKUNEN, U.: «Managing Legal Diversity in the EU: The Case of Subject-Specific Conflicts Rules», *ERPL*, núm. 4, 2012, pp. 1045-1073.

El objetivo de este artículo es analizar las reglas de conflicto específicas sobre determinadas materias en el contexto de la integración europea y especialmente en el manejo de la diversidad, no solo de los Derechos de los Estados miembros, sino también en diferentes campos de Derecho sustantivo en la Unión Europea. Se defiende que hay reglas de conflicto sobre materias específicas en el Derecho del mercado interno que promueven la coherencia, de forma que este tipo de legislación maneja la diversidad de modo coordinado. (*M. G.-R.*)

PAPAZIAN, P.: «Appel á projet: Étude relative á un Index de la sécurité juridique», *SJ*, 2013, núm. 1-2, pp. 37-38.

En un contexto de intensificación de los intercambios económicos, el derecho ha resultado un elemento esencial de la globalización, tanto como marco como también como objeto de estos intercambios mundiales. Los sistemas jurídicos son a partir de ahora comparados, evaluados incluso criticados por su capacidad de tener en cuenta la internacionalización de las relaciones económicas.

A causa de la diversidad de sus experiencias y de la importancia económica y geográfica de sus sistemas jurídicos nacionales, los juristas de derecho continental tienen que participar en estos debates. Contribuyen así a la diversidad de los puntos de vista, fuente de innovación y de flexibilidad para los actores económicos, favorecen un mejor conocimiento de los derechos y participan en la seguridad de la actividad económica. La Fundación para el derecho continental tiene vocación de sostener este análisis, por eso desea proseguir el trabajo comprometido con el fin de establecer un Índice de la seguridad jurídica que permitirá enriquecer el debate sobre la evaluación de los sistemas jurídicos. (*R. A. R.*)

PERTOT, T.: «I diritti di abitazione e di uso nella successione legittima: opportunità di un intervento delle sezioni unite», *NGCC*, 2012, núm. 9, pp. 772-778.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 4 de mayo de 2012 sobre la primacía del cónyuge en la sucesión por causa de muerte, en particular, respecto a los derechos de uso y habitación. También aborda la relación existente entre los derechos de uso y habitación y la cuota intestada. (*Alma R. G.*)

PIEK, S.: «Die Kritik an der funktionalen Rechtsvergleichung», *ZEuP*, núm. 1, 2013, pp. 60-87.

Artículo de una especialista en Derecho internacional privado, que se adentra en la metodología de esa rama del Derecho. Contrapone la aproximación funcional de Rabel a otras concepciones. La autora pone de manifiesto que la aplicación del principio de funcionalidad no lleva *per se* a una comparación de mayor calidad. (*M. G.-R.*)

VIDIRI, G.: «La rilevanza del linguaggio scritto nell'interpretazione del testamento olografo – nota a Cass. 20 dicembre 2011 n. 27773», *GC*, 2012, núm. 3, pp. 651-664. (*M. R. D. R.*)

VILLACÈQUE, J.: «Magistrats et avocats: quelle formation commune pour servir ensemble la justice? Un débat actuel», *RD*, 2013, núm. 4, pp. 263-268.

Necesidad de una cierta unidad en el comportamiento profesional de abogados y jueces para conseguir la justicia. Necesidad de unas normas comunes de tipo deontológico para conseguir su acercamiento, pues la formación no puede ser completamente igual. (*R. A. R.*)

## DERECHO MERCANTIL

### PARTE GENERAL. EMPRESA

ALBERTINI, L.: «Trasferimento del marchio e operazioni societarie straordinarie (trasformazione, fusione, scissione)», *CI*, 2012, núm. 3, pp. 900-937.

Artículo relativo a la transmisión de la marca: análisis de la hipótesis concreta del acto dispositivo de la hacienda que no menciona la marca, la transmisión de la marca *mortis causa*, la transmisión de la marca comunitaria, fusión y transmisión de marca, transformación y derecho de marca, escisión y derecho de marca.... (*Alma R. G.*)

BLASCO, B.: «*Spasm* e pratiche commerciali scorrette», *CI*, 2012, núm. 4-5, pp. 967-988.

El artículo se plantea si el consumidor está realmente protegido. También analiza el *spasm* como práctica comercial agresiva y los remedios jurídicos frente a dicha práctica. (*Alma R. G.*)

GENOVESE, A.: «Contratto di rete e disciplina antitrust», *CI*, 2012, núm. 3, pp. 703-727.

Razón y finalidad de la reciente introducción del contrato de redes por el legislador italiano (art. 3 párrafo 4.º y ss. del Decreto Legislativo de 10 de febrero de 2005 n. 5), dirigido a favorecer la competitividad de las pequeñas y medianas empresas. (*Alma R. G.*)

LEGRAND, V.: «L'EIRL à patrimoines multiples ou questionnaire à choix multiples?», *RD*, 2012, núm. 36, pp. 2402-2407.

A pesar de la posibilidad de crear tantos patrimonios como actividades ejercieran los empresarios, dada a través de la Ley de 15 de junio de 2010, esto no ha sido desarrollado debido a los problemas y complicaciones jurídicas que presenta la figura. El autor analiza estos últimos en el Derecho francés. (*R. A. R.*)

LONGOBUCCO, F.: «Abuso di dipendenza economica e reti di imprese», *CI*, 2012, núm. 2, pp. 390-400.

Contrato de redes entre empresas y tutela del empresario débil: el abuso de dependencia económica. (*Alma R. G.*)

POLLAUD-DULIAN, F.: «Les constructeurs automobiles français: entre le marteau du droit de la concurrence et l'enclume de la crise économique?», *RD*, 2012, núm. 42, pp. 2815-2821.

Problemas de competencia entre los fabricantes de automóviles y de sus piezas y los talleres mecánicos. Estudio a propósito de la opinión de la Autoridad de la Competencia (ADLC) de 8 de octubre de 2012 sobre la fabricación, reparación y piezas cambiadas. Problemas con las cláusulas de garantía. (*R. A. R.*)

ROMANO, V. C.: «La natura della responsabilità da abuso di dipendenza economica tra contratto, illecito aquiliano e culpa in contrahendo», *NGCC*, 2012, núm. 4, pp. 302-310.

Comentario jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad que deriva del abuso de dependencia económica entre empresas. (*Alma R. G.*)

VVAA: «La confiance en droit des affaires», *GP*, 2012-2013, núm. 365-1.

Estudios a propósito del coloquio sobre confianza en el mundo de los negocios. Estudios sobre la concertación de negocios: información del mercado y confidencialidad, publicidad, etc. Sanciones en caso de ruptura de la confianza. (*I. S. P.*)

## DERECHO DE SOCIEDADES

CAPOTORTO, M.: «Riflessioni critiche sulla natura e sulla portata del dovere di vigilanza degli amministratori privi di delega in seno a una società di assicurazioni: ripercussioni processuali», *CI*, 2012, núm. 6, pp. 1569-1602.

Artículo dedicado a la responsabilidad de los órganos de control de la sociedad, en especial, determinación del daño resarcible en las acciones de responsabilidad en el momento concursal. (*Alma R. G.*)

DONDERO, B.: «L'instrumentalisation du droit des sociétés: les sociétés publiques locales», *RD*, 2012, núm. 36, pp. 2408-2411.

Inclusión de las sociedades públicas locales como sociedades anónimas y comerciales, a pesar de ser sociedades públicas de carácter territorial. Mezcla de géneros que plantea problemas jurídicos manifestados por el autor en este trabajo. Estudio a raíz de la Ley núm. 2010-559 de 28 de mayo. (*R. A. R.*)

ROSSI, M.: «Appunti in tema di particolari diritti dei soci di S.R.L.», *RDC*, 2012, núm. 5, parte seconda, pp. 431-464.

Consideraciones sobre los derechos de los socios de Sociedades de Responsabilidad Limitada: derechos sobre sus acciones, derecho de enajenación de sus cuotas, derecho a intervenir en la administración y control de la Sociedad, etc. (*M. R. D. R.*)

SCHMEIDLER, J.: «La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale», *RD*, 2013, núm. 9, pp. 584-590.

Estudio crítico sobre la responsabilidad de la sociedad matriz por actos de su filial a raíz de la sentencia de la corte mercantil de casación de 12 de junio de 2012. Principios imprecisos y confusión en su aplicación que llevan a generar gran inseguridad, según la autora. (*I. S. P.*)

## CONTRATOS MERCANTILES

CALVO, R.: «Gli obblighi informativi dell'intermediario di assicurazione», *NLCC*, 2012, núm. 5, pp. 819-830.

Estudio del deber de información al cliente y de mantener criterios de claridad en los contratos por parte de los agentes intermediarios en el ámbito de la contratación de seguros. (*M. R. D. R.*)

CARAMALLI, D.: «Dettes LBO: les rapports de forcé existants à l'heure des renégociations», *RD*, 2013, núm. 7, pp. 451-456.

Estudio sobre la utilidad de la reestructuración de las deudas «*leverage buy-out*» ante los últimos datos presentados por la asociación para el retorno de las empresas y el aumento básico de la deuda media. (*I. S. P.*)

CARÓN, Ch.: «La discrète omniprésence d'accords de coexistence en droit des marques», *SJ*, 2013, núm. 5, pp. 123 y ss.

Los acuerdos de coexistencia son omnipresentes en la práctica, pero están relativamente poco estudiados. El objeto de este artículo consiste en presentar algunas pistas de reflexión sobre estos acuerdos que pueden desgastarse con la duración. (*I. S. P.*)

MAFFEIS, D.: «Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale», *NLCC*, 2012, núm. 4, pp. 727-750.

Estudio de los contratos bancarios para la concesión de créditos y los límites de su autonomía para el establecimiento de condiciones y requisitos de concesión de créditos a empresas y consumidores. Responsabilidad de las entidades crediticias en sus actividades de financiación. (*M. R. D. R.*)

PACLOT, V.: «La régulation des activités bancaires et le respect du droit», *SJ*, 2012, núm. 41, pp. 1842-1849.

Como consecuencia de la decisión del Consejo constitucional del 2 de diciembre de 2011 que ha declarado contrarias a la Constitución las disposiciones legislativas que fundaban el poder disciplinario de la Comisión bancaria, el Consejo de Estado ha anulado el 11 de abril de 2012 una decisión de sanción de la Comisión bancaria. Pero, por un parecer informal contenido en el cuerpo de su sentencia, el Consejo de Estado ha especificado que la anulación de esta decisión no era obstáculo a que el ACP encuentre un nuevo procedimiento de sanción a las mismas personas, con fundamento en actos de control y de constatación llevados a cabo por la Comisión bancaria. Esta toma de posición vuelve a desconocer que el Consejo constitucional ha abrogado no sólo las disposiciones sobre el fundamento de estos, sino también aquellas aplicables a las faltas cometidas antes de la entrada en vigor de la ordenanza del 21 de enero de 2010; vuelve a admitir que la decisión de anulación del Consejo de Estado puede ser puesta en duda. (*I. S. P.*)

PISCITELLO, P.: «La selezione delle imprese fallibili e la frammentazione del piccolo imprenditore», *RDC*, 2012, núm. 4, parte seconda, pp. 399-414.

Comentario sobre el procedimiento concursal de empresas en quiebra. Normativa aplicable y necesidad de reforma, a la luz del Derecho comparado. (*M. R. D. R.*)

RIERA-THIEBAULT, K./COVILLARD, A.: «La notion de déséquilibre significatif visée à l'article L442-6, I, 2.º du Code de commerce: un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels?», *GP*, 2013, núm. 44-45, pp. 6-9.

Utilización de la noción de desequilibrio significativo entre empresas contratantes para oponerse a cláusulas abusivas contenidas en condiciones generales del contrato. Aceptación jurisprudencial y consecuencias. (*R. A. R.*)

VABRES, R.: «Le devoir de ne pas contracter dans le secteur bancaire et financier», *SJ*, 2012, núm. 40, pp. 1782-1788.

La protección del prestatario, del inversor o incluso de la fianza ha conducido a reforzar considerablemente las obligaciones legales que pesan sobre los profesionales de la banca y de la finanza. A estas disposiciones especiales, se añade el desarrollo de una jurisprudencia que impone un deber de custodia o asesoría. En ciertas hipótesis, las exigencias del derecho positivo van sin duda más allá de un deber de información. En efecto, exige de ciertos profesionales que se aseguren del carácter adecuado de su prestación a la vista de la situación de su cliente. No se trata de poder sancionar la insufi-

ciencia de la información comunicada, sino más bien de reprochar al profesional el hecho mismo de haber contratado. (R. A. R.)

VIGORITI, L.G.: «Profili soggettivi e oggettivi dei contratti di *swap* su tassi di interesse», *NGCC*, 2012, núm. 2, pp. 140-148.

Comentario a dos ordenanzas del Tribunal de Civitavecchia sobre los contratos derivados, los instrumentos financieros y los contratos de *swap*. (Alma R. G.)

VOGENAUER, S.: «Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2010», *ZEuP*, núm. 1, 2013, pp. 7-42.

La asociación Unidroit ha aprobado en 2010 la tercera versión de los *Principles of International Commercial Contracts*. El autor hace un repaso breve sobre la historia de estos principios y el surgimiento de esta tercera edición, presenta la nueva regulación, intenta aclarar su aplicación intemporal y termina con un vistazo a la posible continuación de las modificaciones de estos principios. (M. G.-R.)

#### DERECHO CONCURSAL

HOANG, P.: «L'octroi abusif de crédit s'invite à la table de l'exclusion de responsabilité de l'article L.650-1 du code de commerce», *RD*, 2012, núm. 31, pp. 2034-2043.

Aplicación del art. 650-1 del Código de comercio francés por la Corte de casación francesa: naturaleza de la norma y campo de aplicación. Abuso, oponibilidad al prestamista, garantías para otros acreedores en el concurso. (R. A. R.)

INZITARI, B.: «Leasing nel fallimento: soddisfazione integrale del concedente fuori dal concorso sostanziale e necessità dell'accertamento del credito nel concorso formale», *CI*, 2012, núm. 6, pp. 1369-1380.

Artículo dedicado a la novedad introducida por el Decreto Legislativo n. 5 de 2006, que por primera vez regula en Italia el contrato de leasing, aunque con referencia a la normativa de la quiebra, mediante la inserción de un nuevo artículo 7.2 en la Ley de Quiebra. (Alma R. G.)

#### ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law
CLR	California Law Review
C. L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
ERPL	European Review of Private Law

FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L. Q. R.	Law Quarterly Review
MLR	Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
RD	Recueil Dalloz
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. Rev.	University of California Los Angeles Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Gabriel GARCÍA CANTERO, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA.**

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. Aplicación de la doctrina sobre el abuso de derecho a supuestos de afectación de elementos comunes de la comunidad de propietarios.**–El Tribunal Supremo hace un recorrido por su jurisprudencia consolidada sobre el abuso de derecho –entre otras, SSTs de 8 de julio de 1986; 12 de noviembre de 1988; 11 de mayo de 1991; 25 de septiembre de 1996; 18 de julio de 2000; y 1 de febrero de 2006–, destacando que debe existir un elemento objetivo –el ejercicio excesivo de un derecho– y un elemento subjetivo –la voluntad de perjudicar con ello a un tercero o bien la ausencia de un interés legítimo o beneficio propio–. En concreto, en materia de propiedad horizontal, se aprecia que existe abuso de derecho cuando la actuación de la comunidad se realiza de mala fe en perjuicio de un propietario, afectando negativamente a los intereses de éste, pero sin que exista un beneficio añadido para la comunidad. La extensión de la doctrina del abuso de derecho a los supuestos de afectación de elementos comunes significa que cuando la actuación del propietario al que la comunidad le denegó la autorización afecta a un elemen-

to común, como es un muro de carga, pero implica un beneficio real para este propietario, como es la habitabilidad y el disfrute de la vivienda, por un lado, y, por otro lado, no conlleva ninguna afectación de la estructura o estabilidad del elemento común, por lo que la comunidad no obtendrá ningún beneficio si se decide devolver el elemento común al estado anterior a la realización de las obras litigiosas existirá una conducta de abuso de derecho de la comunidad, puesto que el perjuicio producido en el propietario no va acompañado de un interés legítimo de la comunidad. (STS de 17 de noviembre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Pese a que el procedimiento tiene su origen en un conjunto de obras efectuadas por los demandados, el litigio, en casación, únicamente ha quedado reducido a la legalidad o no de varios agujeros abiertos en el muro de carga interior de la vivienda propiedad de los demandados con la finalidad de instalar conductos de aire acondicionado y fontanería. La comunidad de propietarios demandante formuló demanda contra el propietario que realizó las obras sin contar con la debida autorización comunitaria, por entender que dicha autorización era obligada o necesaria toda vez que suponían una alteración de un elemento común y, con ello, una afectación a los intereses de la comunidad y al resto de propietarios.

En su sentencia de 6 de octubre de 2006, el Juzgado núm. 68 de Madrid considera acreditado que las perforaciones se llevaron a cabo únicamente para proceder a la instalación del aire acondicionado y de fontanería, siendo totalmente necesarias para el disfrute y habitabilidad de la vivienda, por lo que entiende que la actuación de la comunidad de propietarios, al negarse a otorgar autorización para ello, debe ser calificada como abusiva. Explica el Juzgado que la reposición al estado anterior perjudicaría a los propietarios demandados de modo desproporcionado si se compara con el beneficio de la comunidad de propietarios demandante, que sería nulo. Posteriormente, este pronunciamiento es confirmado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, de 30 de abril de 2008.

La parte demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Ninguno de ellos es estimado por el Tribunal Supremo, que confirma, de nuevo, los pronunciamientos de instancia. Respecto de los motivos alegados en el recurso por infracción procesal, el Tribunal Supremo entiende que la valoración de la prueba es una competencia exclusiva del tribunal de instancia, no revisable en el recurso extraordinario, salvo en aquel caso en que la valoración realizada en la instancia fuera manifiestamente arbitraria o ilógica. En concreto, entiende el Tribunal Supremo que no se aprecia un error manifiesto o la arbitrariedad de la Audiencia Provincial al tomar en consideración los informes periciales. Por su parte, en el motivo alegado en el recurso de casación se trata de discutir la calificación de abuso de derecho de la negativa de la comunidad de propietarios de autorizar la realización de las obras. Este motivo también es desestimado por el Tribunal Supremo, que acoge la calificación y argumentación de la sentencia recurrida.

NOTA.—El factor fundamental a la hora de aplicar la doctrina del abuso de derecho en materia de propiedad horizontal es la constatación de la alteración o afectación de la estructura o de la estabilidad del elemento común. Existiendo tal afectación, se entenderá que concurre un interés legítimo de la comunidad en la paralización de las obras y en la remoción al estado anterior del elemento común que hubiera sido afectado. En la sentencia comentada, la calificación como elemento común de un muro de carga no se discute. Sin embargo, en otras sentencias de este tipo, el extremo referido a esta calificación suele ser especialmente problemático y, con ello, la determinación como abusiva o no de la negativa de la comunidad a la hora de autorizar la obra pretendida por uno de los propietarios. En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la STS de 22 de diciembre de 2010. En este caso, el supuesto de hecho litigioso consistió en la apertura de huecos en la fachada de un local comercial, de propiedad del demandado, situado en la planta baja del edificio de la comunidad de propietarios demandante. Para un comentario de ésta pueden verse, entre otros, el trabajo de Gemma Minero Alejandro, «Comentario a la sentencia de 22 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1565)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2012, núm. 88, pp. 147-167. Sobre la calificación como elemento común o privativo, *Vid.* A. Díaz Martín, *Propiedad horizontal. El Título Constitutivo y su impugnación judicial*, Pamplona, 1996, pp. 372 y ss.; y Germán Bercovitz Álvarez, «Comentario al artículo 7.1», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 194 y ss. (G M. A.)

**2. Retraso desleal en el ejercicio del derecho.**—El objeto de la reclamación se centra en determinar si concurre o no la figura del ejercicio desleal o abusivo. Se trata del caso típico en que el acreedor ha reanudado un procedimiento dirigido a la reclamación de una deuda, a partir de una sentencia dictada en un procedimiento ejecutivo, que se ha declarado prescrito, al haberse admitido la excepción de prescripción de la acción ejecutiva. La deuda se había reclamado por medio de un procedimiento ejecutivo, que acabó con la dación en pago de parte de la deuda al BBVA del inmueble hipotecado en garantía de la deuda contraída, sin que el Banco siguiera el procedimiento ni reclamara la parte debida durante 17 años.

El artículo 7.1 CC establece que «los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». La buena fe ha sido interpretada como principio general o como cláusula abierta, aunque en definitiva debe considerarse como un principio positivizado que impone deberes a los titulares de los derechos. En el artículo 7.1 CC se recoge uno de los aspectos principales de las consecuencias de la buena fe y comporta determinar lo que deba entenderse por retraso desleal en el ejercicio del derecho. Se enuncia diciendo que «un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercerá el derecho». En el Derecho alemán surge la figura de la *Verwirkung* en cuya virtud resulta inadmisibles que el derecho se ejerza con un retraso objetivamente desleal. Esta figura debe ajustarse a las tradicionales del derecho privado que se ocupan también, en cierto

sentido, del aspecto del ejercicio retrasado y muy especialmente con la prescripción extintiva y la renuncia tácita. La doctrina indica que la figura del retraso desleal se distingue de la prescripción porque, si bien en ambas se requiere que el derecho no se haya ejercido durante un largo tiempo, en el ejercicio retrasado se requiere, además, que la conducta sea desleal, de modo que haya creado una confianza en el deudor, de que el titular del derecho no lo ejercerías como ha ocurrido en este caso. Por otra parte, la renuncia tácita requiere de una conducta cuya interpretación permite llegar a la conclusión de que el derecho se ha renunciado.

En el Derecho europeo aparece la buena fe en el sentido aludido, en el artículo 1.7 de los Principios Unidroit, en los artículos 1:106 y 1:201 del Derecho europeo de contratos, y como señala el artículo I:103 –(2) del DCFR, resulta contrario a la buena fe que una parte actúe de forma inconsecuente con sus propias declaraciones o conducta, en perjuicio de la otra parte que había confiado en ellas. Así como en el Derecho alemán, en el que la doctrina del retraso desleal encuentra su encaje en el §242 BGB referido a la buena fe.

**Doctrina jurisprudencial sobre el abuso del derecho al proceso.**—Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la concurrencia del abuso en el ejercicio de acciones ante los Tribunales, deduciéndose de esa jurisprudencia las siguientes reglas interpretativas:

1.<sup>a</sup> Quien usa de su derecho, no ocasiona daño (*qui iure suo utitur neminem laedit*), aunque no obtenga una solución positiva a su demanda. Esta regla está relacionada con el derecho constitucional a la tutela judicial, de modo que esta Sala ha manifestado en diversas ocasiones que el abuso del derecho en relación al proceso debe ser cuidadosamente examinado para no coartar el ejercicio de acciones (así, SSTS 1229/2004, 905/2007 y 769/2010, y las allí citadas);

2.<sup>a</sup> Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que se pueda producir un uso abusivo del proceso, que ocasione daños que deben ser objeto de reparación, teniendo en cuenta que algunas veces los litigantes perjudicados han utilizado para fundar sus demandas el artículo 1902 CC y otras el artículo 7.2 CC, que es el que se considera más adecuado en la STS 1229/2004, de 29 de diciembre;

3.<sup>a</sup> Como afirma la STS 769/2010, de 3 diciembre, considera que son características de esta situación de retraso desleal: *a*) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; *b*) la omisión del ejercicio; *c*) la creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercerá. La jurisprudencia se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (entre otras, SSTS de 16 febrero, 8 de marzo y 12 de abril de 2006), bien a la doctrina del abuso del derecho (SSTS de 17 de junio de 1988 y 21 de diciembre de 2000, y las allí citadas). La STS 905/2007 dice que la concurrencia del abuso o de la mala fe en la interposición del litigio debe probarse por el demandante; por lo tanto, para que exista daño que genere una obligación de indemnizar, quien litiga debe hacerlo de forma temeraria o caprichosa (STS de 6 julio de 1990), o bien de forma abusiva (SSTS de 17 marzo de 1992 y 2 de febrero de 2001);

4.<sup>a</sup> Para que concurra este abuso o ejercicio desleal debe actuarse o bien de forma dolosa o bien con manifiesta negligencia, entendiendo la STS 905/2007 que «la parte que las inició haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la

acción ejercitada», lo que significa que la intención de dañar no existirá «cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*, salvo que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de *juxta causa litigantis*».

**Actuación del Banco en el caso litigioso.**—El BBVA ha ejercitado extemporáneamente un derecho, al pretender la reanudación de un procedimiento ejecutivo que no había sido objeto de ningún tipo de actuación desde 1985, concurriendo, además, los requisitos exigidos para que surja el deber de indemnizar: 1) Que haya transcurrido un periodo de tiempo. En el caso, la pretensión de reanudación del procedimiento se ha ejercitado al cabo de 17 años del acuerdo del pago parcial de la deuda pendiente. 2) Que se haya omitido el ejercicio. Durante tal periodo no ha existido ningún tipo de reclamación, según están de acuerdo ambas partes. 3) Que se haya creado una confianza legítima de que el derecho no se va a ejercitar, como efectivamente ocurrió. 4) Todo ello ha producido un daño objetivo a los reclamados, consistente en el embargo de una parte del sueldo del actor, y de unas fincas, entre ellas la vivienda familiar. 5) Es indiferente que la conducta desleal sea o no realizada para buscar el daño del perjudicado; simplemente se requiere que se haya actuado en contra de las reglas objetivas de la buena fe, de acuerdo con las reglas del tráfico y con lo que el perjudicado puede esperar de la propia conducta de quien ha producido la confianza. Según la STS 423/2011, de 20 de junio, «son circunstancias que configuran el abuso de derecho, las subjetivas, de intención de perjudicar o de falta de interés serio y legítimo, y las objetivas, de exceso o anormalidad en el ejercicio de un derecho y producción de un perjuicio injustificado». Ello ocurre aquí, ya que según los hechos probados, aunque no se puede hablar de negligencia del BBVA, se señala que dejó transcurrir más de 17 años para reclamar, lo que constituye una circunstancia objetiva en el sentido expresado por la jurisprudencia.

**Cuantía de la indemnización.**—Costas y honorarios profesionales son dos conceptos distintos que confluyen en el proceso. Las costas constituyen una indemnización a la parte que ha obtenido el reconocimiento de sus peticiones, mientras que los honorarios profesionales constituyen el precio de los servicios prestados en virtud del contrato de arrendamiento llevado a cabo entre las partes. El artículo 241 LEC establece que las costas quedan constituidas por los gastos del proceso que se refieran al pago de los conceptos que el propio artículo establece, entre los que se encuentran las minutas de honorarios de los profesionales. Sin embargo pueden consistir en gastos distintos, como ocurre en el presente caso en que la parte reclamante ha justificado la labor del letrado en la necesidad de reconstruir la historia del ejecutivo inactivo. Por ello debe aceptarse el pago de 7.308 euros que debieron emplearse en la defensa que no se hubieran gastado si el ejecutivo no se hubiera reactivado de forma extemporánea.

En cambio no debe ser la misma la solución respecto a la reclamación por daños morales, cuya valoración siempre es muy compleja, aunque ello no debe confundirse con la necesidad de su prueba. Los demandantes alegaron en su demanda que se les había causado un daño moral, que no fueron capaces de cuantificar, y en el acta de comparecencia, a instancia de la parte demandada, establecieron una cantidad global de 250.000 euros, sin justificar a qué conceptos correspondían. La simple incomodidad de defenderse ante una acción injustificada, que acabo siendo favorable a sus intereses,

entra dentro de lo que se denomina *riesgos generales de la vida*, que no deben ser objeto de resarcimiento, excepto en el caso de concurrencia de circunstancias excepcionales (STS de 12 de diciembre de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Sentencia importante porque su doctrina, y, sobre todo, la resolución judicial de que trae causa, podría generalizarse a ciertas situaciones económicas que actualmente vive con angustia nuestra sociedad; novedosa por aplicarse por primera vez – a lo que creo – al supuesto de hecho; y notable por contribuir a perfilar la doctrina jurisprudencial del retraso desleal o *Verwirkung*, como se sabe, de origen alemán. Los hechos aparecen suficientemente descritos en la sentencia extractada. En 1984, un matrimonio deudor del Banco de Vizcaya constituye una hipoteca en garantía de un préstamo de 23 millones de pesetas (138.232,78 euros). En diciembre de 1985 los deudores acuerdan con el banco la dación en pago de parte de la referida deuda. En marzo 2003, como continuación del procedimiento ejecutivo, seguido en su día, se decretó el embargo de parte del sueldo del marido y se comunicó la traba de determinados bienes de propiedad de ambos cónyuges. Los deudores recurrieron alegando la prescripción, y el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid dictó auto en 4 de julio de 2003, en el que dispuso acordar el archivo del procedimiento, por estimación de la alegada prescripción de la ejecución, ordenando el alzamiento de las medidas. Los cónyuges afectados demandaron al BBVA pidiendo se declarase su responsabilidad extracontractual por daños materiales y morales. En ambas instancias la demanda fue desestimada. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación de aquéllos. (G. G. C.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**3. Derecho a la propia imagen: colisión con el derecho a la información: publicación de fotos del cadáver hallado y de la persona en vida.**—Los derechos fundamentales que entran en colisión son, el derecho al honor, a la intimidad familiar y a la imagen, por un lado, y la libertad de información del diario, por otro. Desde un punto de vista abstracto, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que ostenta el derecho a la información en su máxima expresión, por ejercitarse por profesionales de la información en el cauce institucionalizado de los medios de comunicación, y examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho al honor de la parte demandante.

El examen del peso relativo de ambos derechos en colisión depara las siguientes conclusiones:

(I) Interés público. Puede afirmarse que la aparición del cuerpo sin vida de una persona es un hecho en sí noticiable. Cuestión distinta es si la fotografía del cadáver de una persona tiene interés público. Las fotografías de determinados personajes públicos pueden llegar a tener un interés informativo extremo cuando llevan inminente la acreditación de su muerte ante la socie-

dad. Esta Sala ha afirmado también el interés público de determinadas fotografías en las que, con carácter accesorio, las circunstancias que rodeaban la muerte tenían un interés para la comunidad, por ejemplo cuando hay un importante despliegue de servicios comunitarios para atender a un rescate. Pero en el caso aquí enjuiciado, la fotografía que aparece en portada, ocupando media página, centrada en el cadáver, tiene un interés público escaso dado el carácter de persona privada de la fallecida y la falta de aportación de elementos informativos adicionales a la noticia, pues no aporta datos de interés sobre los datos y el entorno en que se produjo la muerte. Desde esta perspectiva no puede prevalecer el derecho a la libertad de información.

(II) Veracidad. No se ha cuestionado la veracidad, entendida como diligencia por parte del informador para la comprobación de los hechos. En todo caso, su relevancia en la afectación de los derechos fundamentales implicados es mínima, y también es de menor trascendencia cuando se afecta el derecho a la intimidad personal, pues en tal caso el criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad no es el de la veracidad sino el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulta necesaria en función del interés público del asunto, aunque, en ocasiones, la falta de veracidad de lo divulgado puede agravar la ofensa. Este elemento resulta indiferente en la ponderación del caso.

(III) Proporcionalidad de la noticia. No se ha cuestionado el carácter injurioso o desproporcionado de la noticia, pero sí el de la publicación de la fotografía del cadáver. El carácter íntimo de la muerte de una persona ha sido afirmado por la STC 231/1998, de 2 de diciembre (difusión de las imágenes de un famoso torero muerto), al decir que «se trata de imágenes de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido». El examen de las circunstancias de la fotografía publicada en portada, partiendo de su afectación al ámbito familiar, permite afirmar la *non-necesidad* de la misma pues no añade ninguna afirmación adicional al hecho de la muerte. Resulta también desproporcionada para la información, la forma en que se publica, ya que la fotografía se centra exclusivamente en el cadáver que aparece centrado y enfocado. Por otro lado, el hecho de que al lado de la fotografía del cadáver se publique una fotografía en vida de la persona fallecida, resulta también, desproporcionado, pues de esta forma se permite su identificación mediante la asociación directa de sus rasgos físicos con los del cadáver descubierto. Desde esta perspectiva la libertad de información no puede prevalecer sobre el honor y la intimidad de las personas.

(IV) La afectación del derecho a la imagen que se produce con la difusión de la fotografía en vida, queda legitimada por el hecho probado del consentimiento otorgado por su pareja sentimental en la difusión de la fotografía, al hacerle entrega voluntaria de la misma al periodista. Sin embargo, este consentimiento no alcanza a la publicación de la fotografía del cadáver en las circunstancias en que tuvo lugar.

(V) La afectación del derecho a la intimidad familiar producida con la revelación de datos de carácter privado relativos a la enfermedad de la fallecida también queda legitimada con la difusión que de los mismos dio el padre de la fallecida al periodista, conociendo, según hechos probados, esta condición. La divulgación de los datos personales de la fallecida también hay que entender que fueron consentidos por el padre, al conceder una entrevista permitiendo la divulgación de determinados datos, solicitando que otros no lo

fueran, pues razonable entender que si permitía que se hablara de su hija revelando datos íntimos, permitía también su identificación.

En conclusión, la consideración de las circunstancias concurrentes conduce a estimar que la libertad de información no puede, en el caso de la publicación de la fotografía del cadáver, prevalecer sobre el derecho a la intimidad familiar pues el grado de afectación de la primera es muy débil y el grado de afectación de la segunda es de gran intensidad. Al no entenderlo así la sentencia recurrida procede estimar parcialmente el recurso. Debe mantenerse aquélla en cuanto a la publicación de la fotografía de la persona viva y de no vulneración de la intimidad por la divulgación de determinados datos privados que fueron consentidos por un familiar (**STS de 30 de noviembre de 2011**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

**4. Derecho fundamental de asociación. Expulsión de un socio y exigencia de tipicidad de la conducta sancionada y de los tipos de sanción.**— En aplicación de doctrina jurisprudencial consolidada, el Tribunal Supremo destaca que el derecho de asociación no es en ningún caso absoluto, sino que está sujeto a límites, en el sentido de que solamente puede ejercitarse en el marco de la Constitución y de las leyes que lo regulen, respetando su contenido esencial, y que está sujeto al control judicial —entre otras, SSTS de 16 de junio de 2003; 19 de julio de 2004; 7 de noviembre de 2008; y 6 de abril de 2009—. Pues bien, entre estos límites está el artículo 25.1 CE, que establece la necesidad de tipificar las conductas sancionables, como exigencia para la consecución de la necesaria seguridad jurídica que requieren las relaciones asociativas y, concretamente, el libre ejercicio de los derechos del sancionado. Por tanto, parte del núcleo esencial del derecho de asociación es el derecho a que las conductas que pueden ser objeto de sanción y los tipos de sanción aplicables a éstas estén tipificados en los estatutos de la sociedad o asociación. Asimismo, en cita de su STS de 29 de septiembre de 2009, el Tribunal Supremo destaca que la persona física que no ostenta la condición de socio, sino que es un simple representante de una persona jurídica que sí es socia, no puede alegar la vulneración de derechos asociativos. Por ello, entiende el tribunal que la remoción de esta persona física del cargo de miembro de la junta directiva de la asociación empresarial no puede calificarse como lesión del derecho de asociación de este sujeto, persona física. (**STS de 28 de noviembre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La junta directiva y la asamblea general de la Federación de empresarios de Comercio y Servicios B acordó la sanción de remoción de Don A. de su cargo de tesorero de la federación y la suspensión de su condición de representante de la compañía Textil C frente a la federación y de su pertenencia a título individual a la federación. Estos órganos de la federación entienden que el sancionado llevó a cabo una conducta reprobable y desleal, por haber cometido irregularidades en la llevanza económica y haber invadido competencias que no le eran propias con la finalidad de dañar la imagen de la federación.

Don A. interpuso demanda contra la federación, que es desestimada por la sentencia de primera instancia por falta de legitimación activa. En su sentencia de 13 de mayo de 2009, el Juzgado de Pri-

mera instancia núm. 11 de Zaragoza entiende que el demandante únicamente formaba parte de la federación como representante de una mercantil miembro de ésta, luego no podía alegar la vulneración de derechos asociativos sin ser miembro de la federación, esto es, sin pertenecer a ésta como persona física, como asociado.

Tras la interposición de un recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial, en sentencia de 23 de octubre de 2009, revoca la sentencia de instancia, por entender que sí existe legitimación activa. Estima la demanda al entender que los hechos descritos en el acuerdo sobre la sanción del demandante no se preveían como sancionables en los estatutos de la federación y concede una indemnización por los perjuicios sufridos por el demandante por la cobertura informativa dada a la sanción.

La federación demandada interpone recurso de casación, al entender que la sentencia recurrida infringió el derecho fundamental de asociación previsto en el artículo 22 CE al anular un acuerdo que había sido válidamente adoptado por la federación, con todas las garantías formales para ello. Alega la recurrente que la sentencia de la audiencia provincial se habría extralimitado en la materia que puede ser objeto de control judicial al exigir como plus que las causas de la sanción deban estar tipificadas en los estatutos sociales. El Tribunal Supremo desestima el recurso. Entiende que, dado que la conducta sancionada en el supuesto de hecho no estaba tipificada en los Estatutos como sancionable, ni se determinaba en ellos las conductas sancionables ni los tipos de sanción, el acuerdo infringió el derecho de asociación. (*G. M. A.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**5. Contrato de opción y autonomía de la voluntad.**—La doctrina jurisprudencial tiene declarado que la opción de compra es un precontrato en el que el concedente viene obligado a poner en vigor el contrato y el optante tiene el derecho a exigirlo. Es el optante quien decide, dentro del plazo señalado, la puesta en vigor del contrato proyectado (SSTS de 17 de marzo de 2009, 23 de abril de 2010, 7 de mayo de 2010 y 4 de febrero de 2011). Ahora, bien, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar las cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público.

**Cláusula que prevé sanciones en caso de desistimiento por cualquiera de las partes del contrato de opción.**—A través de una cláusula de este tipo las partes imponen unas arras penitenciales o de desistimiento. No cabe duda de la validez de este tipo de pactos puesto que no desnaturaliza el contenido del contrato de opción aunque modifique su contenido típico. (**STS de 1 de diciembre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**—El 24 de febrero de 2003, se celebró un negocio jurídico en virtud del cual la propietaria de varias fincas concedía una opción de compra sobre las mismas a la otra parte contratante (o a la persona jurídica que ésta designase). El precio de la opción

era de 550.000 euros y se entregaron 50.000 euros en ese momento. Más adelante, en un documento privado, se pacta que el plazo de ejercicio de la opción es el 23 de febrero de 2004. En el acuerdo firmado por las partes había una cláusula que contemplaba la facultad de desistir, de tal manera que, si era el optante el que lo hacía, perdía la cantidad que había pagado como precio de la opción (50.000 euros) y, si era el concedente el que desistía, debería entregar el duplo de la cantidad recibida. El 20 de febrero de 2004, el concedente de la opción desistió del contrato y depositó ante notario la cantidad de 100.000 euros a disposición del optante.

La sociedad P (persona jurídica designada por el optante) presentó una demanda solicitando el cumplimiento del la opción de compra y una indemnización de daños y perjuicios. Con posterioridad, amplió la demanda en varias ocasiones y, ejercitando la acción pauliana, solicitó que se declarara la nulidad y resolución de la compraventa de una de las fincas y la rescisión de la compraventa de otra de las fincas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, declaró la validez de la cláusula del contrato de opción que contemplaba una facultad de desistimiento y, en consecuencia, declaró que no había lugar a la acción pauliana. El optante presentó un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que confirmaba la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (*L. P. S. M. P.*)

**6. Aplicación del artículo 53 LAU 1964 a los arrendamientos anteriores a 9 de mayo de 1985.**—El Tribunal Supremo afirma la vigencia del artículo 53 LAU 1964 (puesto que no se trata de una de las excepciones recogidas en la disposición transitoria segunda LAU, y ello es conforme con los arts. 9.3 CE y 1.7 y 2.2 CC) y reitera su jurisprudencia, recogida entre otras en sendas sentencias de 15 de enero de 2009, conforme a la cual, dicho artículo debe ser aplicado automáticamente cuando se trata de arrendamientos anteriores a 9 de mayo de 1985. Esto es así, en concreto, siempre que, concurriendo los requisitos expresados en el citado precepto, el precio de la transmisión de la vivienda arrendada exceda de la capitalización de la renta anual pagada por el inquilino, a los tipos fijados por el mismo artículo, aun cuando se acredite que no ha existido fraude o maquinación en la compraventa y el precio fijado sea el correspondiente al mercado o inferior a él. Las interpretaciones de la citada norma que llevan a la inaplicación de la misma se oponen a su tenor literal, y se fundan en que su única finalidad es la de garantizar el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por parte del inquilino. Sin embargo, no puede asegurarse que su finalidad no sea también la de evitar que, mediante una transmisión sujeta a un valor de mercado especulativo o correspondiente a un incremento notable de valor de los inmuebles a lo largo del tiempo, se transmita el inmueble a un nuevo propietario, dispuesto —por hallarse en condiciones de denegar el derecho de prórroga por necesidad— a sufragar en todo o en parte la plusvalía de la que resulta privado el propietario durante la vigencia del arrendamiento sometido a prórroga forzosa (*vid.* STS de 25 de octubre de 2006).

**Interpretación sociológica. Límite en el principio de imperio de la ley.**—Declara el Tribunal Supremo que la interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas no puede con-

ducir a su inaplicación, pues es al legislador a quien incumbe innovar el ordenamiento jurídico introduciendo las políticas que considere oportunas, dentro de su libertad de configuración, en las que caben estrategias de oportunidad vedadas a los tribunales. Una interpretación que deje sin contenido práctico a un artículo, no obstante reconocer que está vigente, equivale a propugnar su inaplicación, y ésta no es admisible por vía de interpretación, de acuerdo con el principio del imperio de la ley, salvo el caso en que se demuestre que el precepto contradice principios o valores constitucionales. En tal caso, si no es posible una interpretación conforme a la Constitución y se trata de normas anteriores a ésta, deben considerarse derogadas por la norma suprema. Esta derogación puede ser declarada por los tribunales ordinarios o dar lugar a una declaración de inconstitucionalidad sobrevenida mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

**Abuso de derecho.**—No existe abuso de derecho cuando la acción que se pretende ejercitar tiene su base en una facultad reconocida legalmente, cuya vigencia no se pone en duda. (**STS de 17 de noviembre de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Tras la venta de un piso arrendado, y ante la imposibilidad de ejercitar tal derecho, por ciertos condicionantes personales y económicos, el arrendatario de la vivienda impugnó la transmisión, en ejercicio de la acción del artículo 53 LAU 1964, ya que el precio de la venta, aun siendo notablemente inferior al precio de mercado de una vivienda de las características y de la situación de la arrendada, excedía de la capitalización de la renta anual pagada por él como inquilino.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda, sobre la idea de que el precio de la venta no era desproporcionado y que el ejercicio de la mencionada acción de impugnación por parte del arrendatario entrañaba abuso de derecho, ya que no se había demostrado que el precio fuera simulado, excesivo o desajustado a las circunstancias del momento para viviendas similares. El arrendatario interpuso entonces recurso de casación.

**NOTA.**—El Tribunal Supremo apoya en esta sentencia la posición de ciertas Audiencias Provinciales que se pronuncian a favor de la aplicación del artículo 53 LAU 1964 a los arrendamientos aquí vistos (entre otras SAP de Madrid de 20 de junio de 2003 y SSAP de Málaga de 29 de octubre de 2003 y de 5 de julio de 2005). Frente a ésta, existe otra línea en las Audiencias Provinciales (representada, entre otras, por las SSAP de Barcelona de 7 de abril y 8 de noviembre de 1999), conforme a la que se niega tal aplicación, en vista de la evolución socio-económica del mercado de la vivienda y el espíritu y finalidad de la norma, que se dice que consiste en evitar conductas fraudulentas del arrendador. Así, se afirma que el legislador quiso evitar con esta norma transmisiones simuladas o por precios excesivos, que hicieran inoperante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por el arrendatario, de manera que, en los casos en los que se acredite en el pleito que no ha existido fraude o maquinación en la compraventa, aun cuando el precio de ésta supere el de capitalización de la renta, el ejercicio de la acción de impugnación por el inquilino ha de considerarse abusivo. (A. M. M.)

**7. Arrendamientos para uso distinto de vivienda celebrados bajo la vigencia del RDL 2/1985. Régimen de prórroga forzosa.**—La entrada en vigor del RDL 2/1985, de 30 de abril, suprimió el régimen obligatorio de prórroga forzosa respecto de la duración de los arrendamientos, imponiéndose la libertad de las partes a la hora de fijar la duración de un contrato de arrendamiento urbano. Ahora bien, como declara al Tribunal Supremo, tal libertad no impedía, dentro de los límites del artículo 1255 CC, que las partes se sometieran de manera expresa o implícita al régimen de prórroga forzosa (SSTS de 7 de julio de 2010 y de 8 de abril de 2011).

**Arrendamientos para uso distinto de vivienda celebrados bajo la vigencia del RDL 2/1985. Aplicación de las Disposiciones Transitorias de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 cuando el arrendatario es persona jurídica.**—La entrada en vigor de la LAU 1994 provocó que existieran contratos de arrendamientos urbanos sometidos a tres regímenes jurídicos distintos, estableciendo el legislador un complejo sistema de Disposiciones Transitorias para solventar los posibles problemas relativos a la duración de los contratos de arrendamiento de local de negocio, una vez desaparecida la prórroga legal forzosa. Conforme a éstas, en los arrendamientos celebrados a partir de 9 de mayo de 1985 en que no existiera sometimiento a prórroga forzosa alguna, la Disposición Transitoria Primera LAU 1994 se remite con carácter general a la regulación anterior de estos contratos y se prevé la aplicación de la tácita reconducción, a fin de determinar la duración de los arrendamientos para uso distinto de vivienda. Sin embargo, en los casos como el presente, en que las partes decidieron voluntariamente el sometimiento a la prórroga forzosa, hay que remitirse al régimen de la Disposición Transitoria Tercera, que permitía fijar una fecha de finalización y la aplicación posterior del régimen de la tácita reconducción del artículo 1566 CC, no siendo posible el establecimiento por las partes de una duración indefinida del contrato. Si el legislador previó un fin para los contratos de arrendamiento de local de negocio que legalmente debían estar sometidos a prórroga forzosa, por razones de política legislativa, aún más debe estar previsto en los que ésta se fijó convencionalmente, so pena de eliminar la esencia el arrendamiento.

**Duración indefinida en los contratos de arrendamiento.**—Una de las características del contrato de arrendamiento es la temporalidad. Por ello, declara el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (entre otras, STS de 9 de septiembre de 2009) que una cosa es que el legislador pueda imponer, por razones de política legislativa, la prórroga forzosa para el arrendador (como efectivamente mantuvo para los arrendamientos urbanos desde 1920 hasta 1985) y otra muy distinta es que las partes puedan hacerlo válidamente conforme a los artículos 4 LAU y 1255 CC, sin alterar por ello la propia esencia y naturaleza del contrato de arrendamiento. Éste, de por sí, ha de ser de duración determinada —o, al menos, determinable—, sin que deba aceptarse que una duración fijada de un año prorrogable indefinidamente a voluntad del arrendatario por años sucesivos suponga realmente la fijación de una duración en la forma exigida por la ley. **(STS de 17 de noviembre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—En un arrendamiento de local comercial suscrito en junio de 1988, con una duración de un año, las partes deciden someterse al régimen de prórroga forzosa previsto en el artículo 57 LAU 1964. El 18 de octubre de 2006, se vende por completo el inmueble en el que está situado el local y siete días después el nuevo

propietario comunica a la arrendataria la rescisión unilateral del contrato. La arrendataria interpone demanda pretendiendo ejercitar su derecho de adquisición preferente sobre la vivienda e instando de forma acumulada acción declarativa por incumplimiento contractual por la rescisión unilateral del contrato por parte del nuevo propietario, al estimar que el contrato estaba sometido, en cuanto a su duración, al régimen de prórroga forzosa. Frente a tales alegaciones, el arrendador responde, por un lado, que, al haberse adquirido el inmueble completo, no coincide lo vendido con lo arrendado y que no procede, por tanto, el ejercicio del derecho de retracto; y, por otro lado, que la arrendataria carece de derecho de prórroga forzosa y que, para la terminación del contrato, es de aplicación la Disposición Transitoria Tercera LAU en su apartado cuarto y, consiguientemente, el artículo 1566 CC, en cuanto a la tácita reconducción, por lo que no hay incumplimiento contractual alguno.

Ambos argumentos son aceptados por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Provincial, que desestiman respectivamente la demanda y el recurso de apelación. La arrendataria interpone entonces recurso de casación, únicamente en relación a la cuestión del incumplimiento contractual y de la prórroga forzosa. (A. M. M.)

**8. Arrendamiento de local. Responsabilidad del arrendatario en supuestos de incendio del local arrendado.**—El Tribunal Supremo tiene establecida una doctrina acerca del régimen de responsabilidad en supuestos de incendios, según la cual, cuando se produce un incendio en un inmueble, le corresponde al perjudicado probar su existencia y que se produjo en el ámbito de operatividad del demandado, y, a la persona que tiene el control o vigilancia de la cosa, acreditar que existe una actuación intencionada por parte de terceros. Para considerar que un incendio se debe a caso fortuito no basta con que el siniestro se deba a causas desconocidas o que no resulte suficientemente probada la causa del incendio. Con arreglo a esta doctrina, no es preciso acudir a la responsabilidad por riesgo, ni se requiere discurrir acerca de la inversión de la carga de la prueba, pues basta con haberse declarado probado el almacenamiento de los materiales de combustión sin haber adoptado las medidas de seguridad adecuadas. Esta doctrina se aplica a la responsabilidad del empresario en los casos en los que el incendio se produce en un local arrendado, puesto que el artículo 1563 CC establece que el arrendatario responde de la pérdida o deterioro de la cosa arrendada, salvo que se hubiera ocasionado sin culpa suya, estableciendo una regla especial de carga de la prueba.

**Responsabilidad por los daños causados al local colindante.**—Cuando el incendio se produce en el interior de la nave, sin que hubiese sido intencionado, se entiende que la causa de su origen está dentro de la órbita de la explotación de la nave arrendada, siendo razonable la imputación objetiva al arrendatario de la misma. Hay que tener en cuenta que el almacén era de mobiliario, con abundante acumulación de madera, por lo tanto con material altamente ignífugo y generador de un riesgo elevado potencial que obligaba a extremar las medidas de precaución e instalar un sistema de alarma que no se llegó a colocar. Todo ello permite afirmar que no se actuó con la diligencia esperada.

No existe concurrencia de causas cuando el local colindante no ha efectuado la sectorización en los muros, si queda demostrado que la ausencia de los paneles sectorizadores no es la causa de propagación del fuego al local colindante. Además, quedó demostrado que, gracias a los sistemas de detección y extinción del fuego de dicho local, se facilitó el cese más rápido del incendio.

**Sociedad disuelta y liquidada, según consta en el Registro Mercantil.**—Según se deduce de lo previsto en los artículos 109 y 123 de la LSRL y en el artículo 228 del CCo, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización de las operaciones liquidatorias, sino cuando se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo responder, hasta entonces, de las obligaciones antiguas no extinguidas y de las sobrevenidas. La cancelación de los asientos registrales de una sociedad no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, que no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que entablara la sociedad. A esta situación se refiere el Tribunal Supremo como de «personalidad controlada» (SSTS de 4 de junio de 2000 y 10 de marzo de 2001). Mientras perdure esta situación, pervive la personalidad jurídica de la sociedad liquidada sólo para atender a las relaciones pendientes. Los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas. (**STS de 27 de diciembre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La sociedad A tenía arrendada una nave destinada a almacén y venta de muebles. Como consecuencia de un incendio originado en la nave arrendada, dicha nave y la colindante —ambas propiedad del arrendador— resultan gravemente dañadas. La compañía B, aseguradora de la sociedad propietaria de ambas naves, ejerce la acción de repetición contra la sociedad arrendataria, solicitando que se condene solidariamente a las compañías aseguradoras C. y D. a abonar la cantidad de 300.000 euros y, a la entidad C., a abonar la cantidad de 925.000 euros. El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda y la Audiencia Provincial revoca dicha sentencia y dicta una nueva condenando a las demandadas a abonar la cantidad solicitada por B. Contra esta sentencia, la aseguradora C. presenta un recurso extraordinario por infracción procesal, alegando que la sentencia recurrida reconoce personalidad y capacidad para ser demandada a una sociedad que estaba disuelta, liquidada y extinguida en el Registro Mercantil antes de la presentación de la demanda. Además presenta un recurso de casación, por considerar que la sentencia recurrida no respeta el régimen de responsabilidad que habían pactado las partes en el contrato de arrendamiento, y alega que existe una indebida aplicación del artículo 1902 CC, puesto que no considera probada la existencia de negligencia en el arrendatario del local incendiado. (*L. P. S. M. P.*)

**9. Notificación de la subrogación que se refiere la DT 3.º LAU.**—Según el TS, la falta de notificación de la subrogación arrendaticia producida a raíz de la jubilación del arrendatario conforme a la DT 3.ªB).2 LAU no determina la extinción del contrato ni faculta al arrendador para el ejercicio de la acción de resolución (STS de 13 de enero de 2010). Y ello porque bajo

la regulación de la LAU de 1964, la jurisprudencia no ha considerado necesaria la notificación de la subrogación producida a raíz de fallecimiento del arrendatario de local de negocio –no cabe imponer una sanción tan grave cuando la LAU no la establecía específicamente (STS de 29 de enero de 2009)–.

No obstante, el principio de buena fe exige que el arrendatario comunique la subrogación producida al arrendador para que tenga conocimiento del cambio subjetivo producido en la relación arrendaticia. La falta de notificación permitirá al arrendador el ejercicio de cualesquiera actos ejecutados sobre la base de la inexistencia de la subrogación y para el ejercicio de las acciones de resarcimiento de los perjuicios que pueda haber sufrido por esta circunstancia. (STS de 30 de noviembre de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–El demandante solicita la extinción del contrato de arrendamiento de local de negocio, sometido a la LAU de 1964, por jubilación del arrendatario. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, considerando que tras dicha jubilación, no se comunicó a la parte arrendadora la voluntad de subrogación de una de las personas legitimadas –el hijo del arrendatario– de continuar con el arrendamiento, por lo que se debía acordar su resolución. La Audiencia Provincial, por su parte, desestimó el recurso de apelación. Consideró que, si bien la notificación de la subrogación por persona legitimada para la subrogación en el arrendamiento debía formalizarse por escrito e incluso verbalmente, de la prueba practicada resultaba imposible deducir que la parte arrendadora tuvo conocimiento de la subrogación, por lo que se debía declarar la resolución del contrato. La parte demandada interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo, por el contrario, entiende que la falta de notificación de la subrogación arrendaticia producida a raíz de la jubilación del arrendatario conforme a la DT 3.ªB).3 LAU no determina la extinción del contrato ni faculta al arrendador para el ejercicio de la acción de resolución.

NOTA.–Según la DT 3.ª LAU, si el contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda se celebró antes del 9 de mayo de 1985, dicho contrato se regirá por lo previsto en la LAU de 1964, si bien con algunas reglas especiales respecto a la duración del contrato y a la actualización de la renta. En cuanto a la duración, si el arrendatario fuera persona física, el contrato no se extinguirá por su jubilación o fallecimiento, permitiéndose la subrogación de su cónyuge, para que continúe la misma actividad desarrollada en el local. En defecto de cónyuge que quiera subrogarse o en caso de haber subrogado éste, a su jubilación o fallecimiento, podrá subrogarse un descendiente, que continúe con la actividad, siempre que no hubieran transcurrido más de veinte años desde la aprobación de la LAU. Para que tengan lugar estas dos subrogaciones es un requisito fundamental que, en el momento de entrada en vigor de la LAU, no haya tenido lugar ninguna subrogación al amparo del artículo 60 LAU 1964. Si hubiera tenido ya lugar alguna de tales subrogaciones, entonces se permitirá únicamente la primera subrogación. Y si hubieran tenido lugar ambas subrogaciones permitidas por el artículo 60 señalado, entonces no se permitirá ninguna subrogación

más. El contrato se extinguiría con la jubilación o fallecimiento del arrendatario actual, salvo que el mismo proceda antes de la jubilación o del fallecimiento a traspasar el local. Finalmente, según la LAU de 1964, la falta de notificación no determinaría la ineficacia de la subrogación ni la extinción del contrato. (S. L. M.)

**10. Valor jurídico del silencio: en general, en las obligaciones de dar y en la entrega de obras.**—La STS 772/2009, de 7 de diciembre, siguiendo a otras muchas, explica cuál es el valor jurídico del silencio en términos generales, indicando cuándo tiene significación jurídica de consentimiento o conformidad: afirma la sentencia citada que tiene dicho significado «cuando se puede y se debe hablar [...] y se debe responder cuando entre las partes existe una relación de negocios [...] y lo mismo cuando es lo normal y natural según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe [...] En tales casos, con la comunicación de la discrepancia se evita que la otra parte se pueda formar una convicción equivocada derivada del silencio con daño para su patrimonio».

En el ámbito de las obligaciones de dar, si ha habido recepción de la cosa sin protesta ni reserva del acreedor, nuestro Ordenamiento en ocasiones positiva la regla *id quos plerumque accidit* (lo que acontece normalmente) y atribuye al silencio de quien recibe el valor de una conformidad, de modo que, de no manifestarse la disconformidad en el momento de la recepción o dentro de un corto plazo, entiende que lo entregado se ajustaba a lo estipulado (*vid.* arts. 60 Ley 15/2009, de 11 de noviembre, de contrato de transporte terrestre de mercancías y 336 CCo en relación con la compraventa de mercancías).

Descendiendo ya al ámbito concreto de la entrega de obras, el silencio de quien las recibe sin protesta puede interpretarse en el sentido de que la contratista queda exenta de responsabilidad (*vid.* art. 6 LOE). Ahora bien, hay que tener en cuenta (1) que dicho efecto aparece referido a la recepción definitiva (STS 93/2003, de 14 de febrero) y (2) que, en el supuesto de que se hubieran pactado de forma expresa los efectos de la recepción, ésta tiene el significado expresamente estipulado (STS 290/2009, de 6 de mayo).

**Contrato de obra: compatibilidad de acciones contractuales y acciones al amparo del artículo 1591 CC.**—Es jurisprudencia constante la que declara la compatibilidad de la responsabilidad impuesta por el artículo 1591 CC a quienes intervienen en el proceso constructivo con ejercicio de las acciones contractuales en el supuesto en que entre demandante y demandado medie contrato (*vid.* SSTS 896/2003, de 2 de octubre; 134/2008, de 11 de febrero; 119/2011, de 28 de febrero).

Lo anterior significa que la garantía decenal no impide al comitente dirigirse contra quienes con él contrataron a fin de exigir el exacto y fiel cumplimiento de lo estipulado, tanto si los vicios o defectos de la construcción alcanzan tal envergadura que pueden ser incluidos en el concepto de ruina, como si conllevan un cumplimiento defectuoso.

Es destacable que el artículo 17.1 LOE admite de forma expresa la coexistencia de responsabilidad derivada del contrato o contratos que vinculan a las partes y la que impone la ley especial. (STS de 21 de octubre de 2011; ha lugar, en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—El presente litigio tiene su origen en la celebración de tres contratos, todos ellos relacionados con la construcción de

una piscina cubierta climatizada de agua de mar e instalaciones anexas. En los tres contratos el dueño de la obra es Club Náutico de Bajamar.

El primer contrato es un encargo de trabajo profesional a los arquitectos D. Arcadio y D. Ezequías.

El segundo contrato se celebró con el arquitecto técnico don Román para la dirección de la obra de la mencionada piscina.

Finalmente, el tercer contrato se suscribe con Ferrovial Conservación, S.A. para la ejecución de la obra.

La obra fue recibida tácitamente por Club Náutico de Bajamar. En dicha recepción se sitúa la clave del presente litigio. Por ello, es importante destacar algunos aspectos relacionados con ella, y que paso a exponer: (a) en el momento de la entrega la obra presentaba importantes deficiencias, entre las que destaca la falta de estanqueidad del vaso de la piscina; (b) la recepción tácita no tenía el carácter de definitiva; (c) en el contrato no estaba previsto que la recepción produjese el efecto liberatorio de la obligación de responder contractualmente por lo mal hecho; (d) los arquitectos y el propio Club Náutico no dejaron de manifestar su disconformidad con los trabajos efectuados por Ferrovial.

Club Náutico interpone demanda contra D. Arcadio, D. Ezequías, D. Román y Ferrovial Conservación. Esta última presenta demanda reconventional, referida a una reclamación de cantidad.

Tanto en Primera Instancia como en apelación se estima la demanda interpuesta frente a D. Arcadio y D. Ezequías, así como la demanda reconventional de Ferrovial Conservación.

Recurren en casación el demandante, Club Náutico, y los demandados D. Arcadio y D. Ezequiel.

Se considera probado (1) que las deficiencias son atribuibles a la defectuosa ejecución de la obra y la mala calidad de los materiales empleados, imputables a Ferrovial; (2) que la falta de estanqueidad del vaso de la piscina es debida exclusivamente al proyecto confeccionado por los arquitectos D. Arcadio y D. Ezequiel; y (3) que la incidencia de la actuación de D. Román en las deficiencias constructivas y en la calidad del material empleado es irrelevante.

El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por los arquitectos demandados y estima en parte el recurso interpuesto por el dueño de la obra en el sentido de estimar la demanda en relación con Ferrovial Conservación. En concreto, el Alto Tribunal declara (1) que la recepción tácita de las obras no pudo suponer exoneración de responsabilidad del contratista, por no cumplirse los requisitos exigidos para ello; (2) que algunos de los defectos de la obra son imputables a Ferrovial; y (3) que cabe declarar la responsabilidad de Ferrovial a través del ejercicio de acciones contractuales dirigidas a la reparación de las deficiencias de las obras tácitamente recibidas, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1091 y 1096 CC.

NOTA.—En la argumentación del Tribunal Supremo destacan las referencias a la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en enero

de 2009; y a los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (*vid. epigrafe 35 de la sentencia*). (B. G. F.)

**11. Contrato de obra: Normas de la LOE: Recepción de la obra.**—El artículo 6 de la LOE se ocupa, de una forma novedosa, al menos para las obras privadas, de la fase de la recepción de la obra, considerando como tal *el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptado por éste*, con la previsión de que no distingue entre recepción provisional y definitiva, como era la práctica habitual, al objeto de facilitar con la primera su comprobación.

Certificado final y recepción son dos fases distintas del mismo proceso constructivo, con significación jurídica diferente; aquél se expide por el director de la obra y el de la ejecución y en él se verifica si se ha construido conforme a sus especificaciones, poniendo de manifiesto los vicios y defectos que aprecie. Sirve, además, de punto de partida de la llamada *recepción tácita*, del artículo 6.4, entendiéndose por tal aquella que se produce treinta días desde que se expide sin que el promotor ponga de manifiesto reservas o rechace motivadamente la entrega. La recepción tiene carácter necesario, supone que la obra ha sido ejecutada correctamente, y se documenta en la forma que la citada previene, con la incorporación del certificado final de obra, y con la intervención, al menos del promotor y el constructor. El certificado final se configura, además, como el último instrumento de control de la obra por parte de los técnicos. Su expedición incondicional no hace sino avalar la correcta ejecución de las medidas relacionadas con el proyecto, la dirección y vigilancia o inspección, haciéndoles responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento (art. 17.7).

Es un hecho probado que la promotora no recibió definitivamente las obras porque no se cumplimentó lo dispuesto en la cláusula 10.<sup>a</sup> del contrato.

**Recepción tácita.**—Los hechos que la sentencia declara probados ponen de manifiesto que se produjo la recepción tácita en los términos que refiere la norma. Lo contrario supondría una evidente distorsión del régimen legal establecido para el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en el artículo 6.5; haría necesaria también una certificación que permitiera establecer un punto de partida distinto en orden al inicio de los plazos, lo que no es posible ni razonable cuando el objeto de la primera es facilitar el cumplimiento de las obligaciones asumida por la promotora con los compradores.

**Efectos.**—Ahora bien, la recepción definitiva no funciona como sistema de cobertura de los daños, sino como señalamiento de la terminación de las obras y de la fecha a partir de la cual el dueño de la obra se reserva el derecho de examinarla y de poner de manifiesto sus reservas o el rechazo motivado por escrito. Este derecho del dueño de la obra no dura indefinidamente sino que tiene que ejercitarse dentro de los treinta días para evitar que la recepción se produzca y el momento de la recepción funcione como punto de partida de las garantías establecidas por la ley, sin perjuicio de las relaciones que en otro orden de cosas pueden hacerse efectivas entre la promotora y la constructora con relación al contrato de arrendamiento de obra. La tesis de que las personas o entidades que intervinieron en la ejecución quedan liberados de responsabilidad con la entrega y recepción de la obra puede ser admisible respecto de los vicios manifiestos o aparentes aceptados por el interesado, pero no respecto de aquellos que no pudieron tenerse en cuenta en dicho momento o que al cabo de un tiempo se ponen de manifiesto; como tampoco implica

conformidad a posibles incrementos o disminuciones de obra no susceptibles de conocerse a simple vista, como corolario lógico al deber de realizar un cumplimiento exacto de la prestación que incumbe a quienes la hicieron posible en virtud del contrato y en función de la propia naturaleza de las obras, lo que no sucede en este caso.

**Intereses moratorios.**—La sentencia atiende a los intereses del artículo 1108 CC, que, como los de la Ley 3/2004, de 19 diciembre, tienen en común dar una mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva a la plenitud de la tutela judicial, dentro del sistema general de responsabilidad que, en materia de obligaciones, establecen los artículos 1101 y ss. CC, con el fin de evitar que el deudor se vea favorecido por el hecho de mantener en su patrimonio la cantidad adeudada para obtener de ella los correspondientes frutos o intereses, en perjuicio del acreedor que se vería perjudicado por la tardía satisfacción de su crédito.

No toma, por tanto, en consideración el artículo 6 de la Ley 3/2004, que de forma similar al artículo 1100 CC subordina el derecho a obtener un interés especial de demora a que el acreedor haya cumplido sus obligaciones contractuales y a que no haya recibido a tiempo la cantidad debida a menos de que no sea responsable del retraso.

***In illiquidis non fit mora: Doctrina jurisprudencial sobre el «canon de la razonabilidad en la oposición».***—Estamos ante un caso que la jurisprudencia califica de criterio de la racionalidad en la oposición como pauta para resolver los supuestos de desarmonía entre lo reclamado y lo concedido, que la sentencia de instancia ha aplicado con criterio absolutamente correcto pues no sólo tiene que ver con una notable discordancia cuantitativa entre lo interesado y lo concedido, sino con una previa liquidación por inexistencia de un precio cierto sobre numerosas partidas de especial fundamento o determinación compleja por aplicación de la cláusula penal y existencia de defectos que deja sin contenido la idea de mora o retraso en el cumplimiento de las obligaciones convenidas (**STS de 5 de diciembre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (*G. G. C.*)

**12. Extinción de la fianza.**—El artículo 1852 CC prevé un supuesto de liberación del fiador solidario cuando el acreedor perjudica, con su conducta, los derechos de reintegro y subrogación de aquel. Así, si desaparecen las garantías, el fiador queda liberado (SSTS de 8 de mayo de 2002 y de 20 de octubre de 1993). Según el Tribunal Supremo, el acreedor tiene la carga de preservar plenamente el derecho de subrogación del fiador, extendiéndose a todas las garantías y privilegios del crédito. Por tanto, si la conducta del acreedor hace desaparecer las garantías de la obligación objeto de la fianza, el fiador quedará liberado. Caso distinto es el supuesto en que el acreedor se limita a ejecutar la garantía en forma legal para que cumpla la finalidad para la que fue constituida. (**STS de 15 de noviembre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El 28 de febrero de 1992 la sociedad X., como deudora principal, y Z., como prestamista, firmaron un contrato de préstamo que fue avalado por don V en calidad de fiador solidario. Este préstamo resultó impagado y la acreedora interpuso en mayo de 1993 un procedimiento ejecutivo contra los deudores. El 17 de diciembre de 1999, se otorgó un convenio de acreedores de la que-

brada X. Z. se abstuvo por ser titular de un crédito con derecho de abstención. Los acreedores aprobaron por unanimidad la graduación de los créditos y los demandantes, en representación de X. —también eran herederos de V.—, de la que eran accionistas principales, propusieron dicha graduación y el convenio. En dicho convenio figuraba la siguiente cláusula: «los acreedores de la quebrada, que tuvieran a su favor avales u otras garantías de terceras personas, podrán libremente ejercitar sus derechos frente a los terceros garantes y avalistas». El 26 de marzo de 2001, W., ahora demandada, adquirió el crédito por cesión de Z., subrogándose en todos los derechos y acciones derivados del crédito. En cumplimiento del convenio, se procedió a la cancelación de las cargas que gravaban los bienes de X y a su venta, para proceder al pago de las deudas. W., cobró el 24 de abril de 2001 la cantidad de quince millones de pesetas, aprobada en el convenio, declarando expresamente que se reservaba las acciones para reclamar el resto frente al avalista solidario. Posteriormente, W., solicitó que se prosiguiera contra la herencia de V., para cobrar el resto del crédito, como así sucedió.

L., F y H., en nombre de la comunidad hereditaria de su padre V., aceptada a beneficio de inventario, demandaron a W., considerando que Z., había consentido el levantamiento de los embargos y cargas que gravaban los bienes de la quebrada X., por lo que se produjo un perjuicio del fiador solidario, en la actualidad, la herencia de V., y pidieron en virtud del artículo 1852 CC que: *a)* se declarara extinguido el contrato de afianzamiento; *b)* se declarara la nulidad de la ejecución en relación al patrimonio hereditario del fiador solidario impulsada por el acreedor cesionario W.; *c)* se cancelaran y levantarán los embargos relacionados con la ejecución instada por W.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, señalando: *a)* el convenio fue aprobado por los acreedores, entre los que se encuentra la propia herencia de V.; *b)* Z., se abstuvo en la aprobación, ya que no tenía otra opción ante la situación en que se había colocado la deudora al presentar la quiebra; *c)* el levantamiento de los embargos fue propuesto por la deudora X., que era propiedad de los actores, de forma que ellos mismos propusieron el convenio y consecuentemente el levantamiento de las cargas y trabas, de modo que este vino determinado por otras circunstancias al margen del propio acreedor e independientes de su actuación.

Los demandantes apelaron la sentencia, que desestima el recurso con una argumentación muy similar a la del Juzgado de Primera Instancia. Así, L., F y H., interponen recurso de casación alegando la infracción del artículo 1852 CC. Argumentos que utilizan: *a)* el levantamiento de los embargos por Z., perjudicó al fiador solidario; *b)* al ser Z., el único acreedor con derecho de abstención, no debería haber consentido la cancelación y el levantamiento de los embargos pese a tener acción contra el fiador; *c)* Z., tenía el deber de conservar todos los embargos establecidos a su favor sobre las fincas propiedad de X., por lo que al no hacerlo, es nula la ejecución efectuada sobre el patrimonio de la herencia de don V., impulsada por el cesionario del crédito, W. El Tribunal Supremo desesti-

ma el recurso de casación. A su juicio, no concurre acto propio de la acreedora/cesionaria Z., puesto que ésta al abstenerse en el convenio de la quiebra de la deudora X., ni consintió la purificación de los embargos y demás cargas que gravaban los bienes del activo, ni perjudicó el crédito al cederlo a un tercero. Quienes consintieron fueron los propios recurrentes, que ahora, en aplicación del principio de la buena fe, no pueden pretender que se elimine la fianza.

NOTA.—Según el artículo 1852 CC, la fianza queda extinguida por algún hecho del acreedor que impida al fiador quedar subrogado en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo. La jurisprudencia ha señalado que debe tratarse de hechos positivos, no de omisiones (SSTS de 21 de febrero de 1997 o de 25 de octubre de 1999). Además, se entiende también que el acto o la omisión del acreedor debe serle imputable y determinante de la imposibilidad de subrogación. Será necesario en estos casos que el fiador haya sufrido realmente algún daño por esta pérdida, de forma que no pueda recuperar su pago de otra forma —por tanto, no sería aplicable esta norma cuando el propio fiador hubiera debido protegerse de su daño en circunstancias en las que al acreedor no le es exigible una diligencia mayor que al propio fiador—. Además, la liberación del fiador sólo se producirá en la medida del perjuicio efectivo y de que éste se conecte causalmente con la conducta del acreedor. No obstante, entiendo que el acreedor no está obligado, a tenor de este precepto, a tomar medidas activas que persigan favorecer la posición del fiador. (*S. L. M.*)

**13. Accidente de circulación: Condena en juicio de faltas: Revisión de la responsabilidad civil declarada en juicio penal: Agravamiento de lesiones: Secuelas: Indemnización complementaria: Responsabilidad de Aseguradora: Cosa juzgada civil de sentencia penal: Improcedencia de cuestiones nuevas.**—Constituye doctrina constante (así, por todas, STS de 21 de marzo de 2011) que la finalidad de la cosa juzgada es impedir que un mismo litigio se reproduzca indefinidamente y que sobre una misma cuestión que afecte a unas mismas partes, recaigan sentencias contradictorias, o bien se reiteren sin razón sentencias en el mismo sentido. La cosa juzgada material crea una situación de plena estabilidad que no solo permite actuar en consonancia con lo resuelto, sino que trasciende con eficacia al futuro, impidiendo reproducir la misma cuestión y volver sobre lo resuelto en firme.

Cuando se trata de la vinculación del juez civil a lo resuelto de modo firme en el orden jurisdiccional penal, la jurisprudencia constitucional viene declarando (STC 17/2008, de 31 de enero), de un lado, que en nuestro ordenamiento el legislador ha querido que la sentencia penal decida definitivamente todas las consecuencias penales y civiles derivadas del hecho delictivo, salvo el supuesto de renuncia o de reserva de las acciones civiles por parte del perjudicado, y, de otro, que el derecho a la tutela judicial efectiva protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, tanto en su aspecto negativo y excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal ya resuelto en sentencia firme, como en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una sentencia que haya adquirido firmeza.

No obstante lo anterior, también constituye jurisprudencia de esta Sala, compatible con la autoridad de cosa juzgada en los términos expuestos, que sí cabe solicitar en vía civil una indemnización complementaria cuando concurren hechos o supuestos distintos de los que fueron tomados en consideración por la precedente sentencia firme. Así, por resultados no previstos cuando tras la sentencia condenatoria son descubiertas consecuencias dañosas del ilícito punible acaecidas en tiempo posterior al proceso penal (nuevas lesiones o agravación del daño anteriormente apreciado, nuevas consecuencias ulteriores del hecho delictivo, hechos sobrevenidos nuevos y distintos. Doctrina sintetizada en STS de 11 de septiembre de 2006.

Sentados los principios a partir de los que debe apreciarse la concurrencia de cosa juzgada entre dos litigios, procede confirmar la sentencia de la Audiencia puesto que los argumentos aducidos por la aseguradora no tienen entidad suficiente para desvirtuar sus argumentos sobre la distinta entidad de las cuestiones dirimidas en el proceso penal y en el civil. En efecto, el Juzgado fijó las secuelas aparecidas con posterioridad a la sentencia penal, en atención a las conclusiones contenidas en el informe pericial de la actora, con las que la parte demandada, y en especial su perito, se habían mostrados conformes; indicando como lesiones nuevas una disfagia neurógena, una disartria severa o anartria, una hidrocefalia derivada de complicaciones valvulares, una incontinencia de esfínteres y un perjuicio estético considerable; y como secuelas que suponían agravamiento, el incremento de un 50 % respecto al deterioro cognitivo que presentaba el paciente cuando se enjuiciaron penalmente las consecuencias del siniestro, y una mayor disminución de la agudeza visual. La Audiencia Provincial, respetó estas conclusiones y confirmó el derecho de la víctima a ser indemnizado por unos daños que ni fueron contemplados ni eran previsibles en el momento de recaer sentencia firme penal, apartándose de la decisión de primera instancia tan solo en lo relativo a la procedencia de conceder los perjuicios correctores de perjuicios morales a los familiares, y de daños morales complementarios. La parte recurrida se ha limitado a mostrar su discrepancia con argumentos excesivamente genéricos o ambiguos que no presentan la necesaria claridad, ni expresan los motivos fácticos o jurídicos que secundan su tesis, obviando además gran parte de los hechos declarados probados.

**Incongruencia.**—Para determinar si una sentencia es incongruente se ha de acudir al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda y los términos en que se expresa el fallo combatido, estando autorizado el órgano judicial para hacer el referido ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, con límite del respeto a la causa de pedir, que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras.

En el presente caso, la sentencia recurrida no margina o se aparta del objeto del proceso, integrado por las pretensiones indemnizatorias deducidas de la demanda y sostenidas en apelación. En la indemnización total que se reclamaba (559.552,16 euros en concepto de indemnización, y la actualización a la cuantía de 7.693,41 euros, de la pensión reconocida en la sentencia penal) incluyó una cantidad dirigida a resarcir la situación sobrevenida de gran invalidez, si bien optó, para su abono, por la modalidad de la pensión mensual vitalicia, a cuyo efecto interesó en ambas instancias la elevación de la cuantía de la pensión que venía percibiendo por la menor incapacidad reconocida en el pleito penal. Tampoco se aprecia una alteración de la causa de pedir, pues la indemnización solicitada se sostiene, como título, en la responsabilidad extracontractual derivada del accidente de circulación, y, desde

el punto de vista fáctico, en la realidad de un empeoramiento respecto del estado personal por el que había sido ya indemnizado en vía penal, cuestiones que no resultan afectadas por la forma en que proceda abonar la nueva indemnización concedida.

En esta tesitura, la concesión de una indemnización en capital, en pago único y no por mensualidades, resulta compatible con la necesaria congruencia, valorando los argumentos siguientes: 1) la suma reconocida, cualquiera que sea la modalidad de pago, no supera lo solicitado; 2) porque los hipotéticos perjuicios que se dicen ligados a una muerte temprana de la víctima se ven sobradamente compensados con los beneficios que reporta a la aseguradora esta modalidad (reclamada una pensión mensual por importe de 92.320,92 euros anuales, sólo en cuatro años siguientes a la demanda se habría devengado en su favor la cantidad aproximadas de 370.000 euros, superior al capital fijado en la sentencia), y 3) fundamentalmente, porque la decisión de la Audiencia Provincial es consecuencia directa de la aplicación del sistema de la valoración vigente a partir del año 1995 –factor corrector de grandes inválidos, tabla IV–, con el que se mostraron conformes ambas partes.

**Intereses moratorios impuestos a la aseguradora.**–La imposición se basa en la inexistencia de razones que permitan reputar justificada la negativa de la aseguradora a cumplir su deber de satisfacer la prestación en plazo. Así, debe descartarse que el pleito haya sido imprescindible para eliminar una incertidumbre racional sobre la determinación de los nuevos daños por los que se reclamaba, pues, como constata la Audiencia Provincial, la aseguradora tuvo perfecto conocimiento, a través de su perito, del informe elaborado por el perito de la parte actora, de fecha 28 de marzo de 2005, comunicado el 5 de julio del mismo año, en el que se detallaban las nuevas secuelas. Por tanto, desde varios meses antes de judicializarse la reclamación, la aseguradora tuvo en su poder datos médicos suficientes acreditativos del empeoramiento de la salud del accidentado, que, razonablemente, deberían haber llevado a no negar al menos el pago del importe mínimo, sin necesidad de agotar la vía judicial; sobre todo si se tiene en cuenta que no cuestionó la realidad del empeoramiento físico-psíquico y de las nuevas secuelas, ni negó su vinculación causal con el siniestro, y que tampoco cuestionó el régimen empleado para su valoración. Todo permite concluir que la negativa se fundó únicamente en una discrepancia respecto de la cuantía de la indemnización, por considerar excesiva la suma solicitada, circunstancia, ni siquiera tras la menor cantidad concedida, que la doctrina jurisprudencial no valora como razón bastante para no apreciar mora, ni para exonerar del consiguiente recargo, dado el carácter meramente declarativo del derecho del perjudicado que tiene la sentencia que la concreta (**STS de 7 de noviembre de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**–El accidente de circulación origen de la acción ejercitada ocurrió el 20 de octubre de 1989, ejercitándose la acción en juicio de faltas, recayendo sentencia condenatoria resuelta en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 31 de enero de 1994, que fue ejecutada. Aparecidas nuevas lesiones y agravadas las secuelas apreciadas inicialmente, se interpone otra reclamación civil, que se estima parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Granollers el 9 de mayo de 2006, siendo recurrida ante la sección 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que en sentencia de 5 de diciembre de 2007, eleva las cuantías solicita-

das, aunque rechaza algunos conceptos indemnizatorios. La Catalana de Occidente interpone el recurso de casación, que es rechazado por la sentencia extractada. Los hechos muestran la sucesivamente agravada tragedia humana que está viviendo la víctima desde hace más de 22 años, sin que la prolongación de las actuaciones judiciales supongan de hecho, en este caso, mayor dilación que la habitual. La doctrina jurisprudencial mantenida resulta convincente. (G. G. C.)

**14. Culpa médica: Responsabilidad del anestesista y de la Clínica: Intervención correctora de anterior operación en la rodilla: daño moral: aplicación del baremo.**—Ha sido conforme a Derecho, la decisión de la Audiencia Provincial de no conceder una indemnización complementaria (que el Juzgado de Primera Instancia sí concedió, en cuantía de 100.000 euros), por los daños morales reclamados porque, aceptada la aplicación del sistema legal de valoración previsto en el ámbito de la circulación, no cabe acoger una indemnización al margen del mismo, y con menor motivo, cuando el sistema ha demostrado contar con instrumentos suficientes para dar satisfacción al perjuicio moral acreditado. En el caso enjuiciado, como afirma la sentencia recurrida, la indemnización de los padecimientos por los que se reclama en concepto de daño moral —que tanto el actor como el Juzgado ligaron a su incapacidad física, y consiguientes limitaciones para su vida profesional y para su vida de ocio y relación social—, recibió adecuada respuesta en el sistema, de una parte, a través de las indemnizaciones básicas percibidas por los conceptos de incapacidad temporal (tabla V) y permanente (tabla III) (dado que la propia Ley las declara expresamente comprensivas del daño moral), y de otra, mediante los factores correctores de la tabla IV (específico de invalidez, en el grado que corresponde, y por perjuicios morales complementarios), en tanto que, según la doctrina jurisprudencial expuesta, los de incapacidad permanente resarcan específicamente los padecimientos morales ligados a los impedimentos para cualesquiera ocupaciones o actividades habituales, y el de perjuicios morales complementarios, como su propia denominación indica, satisface el incremento de daño que comporta la grave entidad de las secuelas sufridas (STS de 30 de noviembre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

**15. Culpa extracontractual: accidente de circulación: choque múltiple: indemnización por la necesidad de ayuda de otra persona, necesidad de instalar ascensor, gastos justificados posteriores a la fecha de estabilización de la lesión.**—a) La recurrente alega que la «necesidad de ayuda de otra persona» es un factor sólo predicable de los Grandes Inválidos, pero la recurrida alegó que se trataba de cuestión nueva. En efecto, no puede debatirse en sede de casación, dado que no fue objeto de resolución por la sentencia de la Audiencia Provincial. Es doctrina reiterada, mantenida en SSTs de 18 de febrero de 2010 y 6 de mayo de 2011, que produciría indefensión en la parte contraria, que no ha dispuesto en la instancia de los argumentos y medios de prueba adecuados para combatir la cuestión que se plantea por primera vez en casación.

Entrando en lo relativo a la necesidad, es un ámbito excluido de la casación pues obedece a un juicio ponderado de la sentencia recurrida, en la que se considera probada la imperiosidad de la colaboración de una tercera persona, si bien la Audiencia la modula en dos puntos sobre 50, con lo que concede la prudente cantidad de 12.000 euros, en proporción a la minusvalía reconocida.

b) No habiéndose impugnado la valoración de la prueba, debemos aceptar el criterio expresado en la sentencia recurrida, en cuanto considera acreditada la necesidad de la instalación de un ascensor, no siendo de recibo que la recurrente pretenda hacer supuesto de la cuestión.

c) La total indemnidad del perjudicado debe conllevar la indemnización por los gastos médicos, farmacéuticos y de ortopedia invertidos en la curación o rehabilitación de las heridas y secuelas derivadas del siniestro (STS de 8 de junio de 2011), dado que, por la fecha de los hechos, estaba vigente el RDL 8/2004, de 29 octubre, en cuyo anexo 1.º se dispone que «además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán, en todo caso, los gastos de asistencia médica, y hospitalaria y, además, en las indemnizaciones por muerte, los gastos de entierro y funeral».

**Pérdida de feto a consecuencia del accidente, siendo primer hijo y hasta el tercer mes de embarazo.**—El propio recurrido reconoce que el baremo está mal aplicado en este caso y se muestra conforme con la cantidad fijada por el recurrente de 11.284,75 euros, si bien entiende que se trata de un mero error material no rectificable en casación. Pero esta Sala entiende que no se trata de un error material sino de una aplicación incorrecta de la tabla que debe corregirse en esta sede (**STS de 29 de diciembre de 2011**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—En un choque en cadena, la actora incurre en negligencia aunque no sea correcto atribuirle en exclusividad la responsabilidad del mismo (detiene su vehículo próximo al arcén e intenta la apertura de la puerta trasera para colocar las señales de avería). Arrollada por un coche que circula en la misma dirección, sufre cuantiosas lesiones y amputaciones de extremidades, además de pérdida de un feto de dos meses y medio. Tiene reconocido por el INSS una incapacidad permanente total desde el 19 de marzo de 2004, y por el servicio de la Diputación Foral de Álava una minusvalía del 50%. El Juzgado Primera rechaza su demanda de indemnización de daños, pero la Audiencia Provincial se la concede en un porcentaje del 35% del baremo. El recurso interpuesto por la aseguradora sólo se acepta en la valoración de la pérdida del embarazo, al parecer, excesiva según aquél. (*G. G. C.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**16. Mayoría necesaria para los acuerdos relativos a la modificación de la participación en los gastos para el establecimiento de un servicio común.**—Señala el Tribunal Supremo que, una vez acreditada la presencia de vecinos minusválidos en la finca, para la instalación de un ascensor *ex novo*, a tenor del artículo 17.1 LPH será suficiente la mayoría simple. La Comunidad puede imponer esta servidumbre —ocupación de parte de un local privativo para la instalación del ascensor— para la creación de servicios de interés general y cuando el acuerdo de la Junta reúna los presupuestos legales, con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios (SSTS de 18 de diciembre de 2008 y de 13 de septiembre de 2010).

Además, la adopción de acuerdos que se hallen directamente asociados al acuerdo de instalación del ascensor, aunque impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirán la misma mayoría que la LPH exige para tal acuerdo. Ahora bien, la aplicación de esta norma no permite que los acuerdos adoptados en esta materia puedan ser alterados con posterioridad, cuando se vea afectado el título constitutivo o estatutos de la comunidad, por mayoría. Será necesaria entonces la unanimidad. (**STS de 8 de noviembre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor trata de impugnar un acuerdo adoptado por la Comunidad de propietarios demandada en Junta general extraordinaria, de 8 de noviembre de 2005, acuerdo que vino a modificar un acuerdo previo, adoptado en Junta general extraordinaria celebrada el 26 de junio de 2002, por el que se acordaba la instalación de un ascensor con exención del abono de los gastos que ocasionase a determinados copropietarios que previamente habían votado contrariamente a la instalación de aquél. El demandante alega que el acuerdo objeto de impugnación, por el cual se impone a los demandantes la obligación de contribuir al pago de la instalación del ascensor y gastos accesorios, se adoptó con la mayoría prevista en el artículo 17.1 LPH, y no por unanimidad, requisito imprescindible para su validez al afectar su contenido al título constitutivo y concretamente a las cuotas de participación en relación con la exención del abono de los gastos de instalación y uso del ascensor.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al entender que el acuerdo impugnado era válido, ya que el artículo 17.1 LPH establece que en caso de existir minusválidos o personas mayores de setenta años, basta con el voto de la mayoría aun cuando implique modificación del título constitutivo o de los estatutos. Dicho régimen se ha de extender a aquellos acuerdos adoptados con anterioridad por la Junta de propietarios y que implicaron una modificación de los estatutos o del título constitutivo, como ocurre aquí.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, declarando la nulidad del acuerdo adoptado en 2005. Entendió que el régimen de mayorías previsto en el artículo 17.1 LPH únicamente es aplicable a los acuerdos en los cuales se adopte la decisión de realización de obras o establecimiento de nuevos servicios, no así para el resto de acuerdos adoptados en la misma Junta de propietarios (ej.: alteración de cuotas de participación o exenciones estatutarias respecto de determinados gastos), que requerirán la unanimidad (art. 17.1.1 LPH).

En casación, alega el recurrente que no cabe diferenciar entre el acuerdo para la instalación de un servicio común que elimine las barreras arquitectónicas y el resto de acuerdos adoptados como accesorios de éste. El Tribunal Supremo desestima el recurso al entender que el acuerdo adoptado en 2005 decide no sólo sobre la efectiva instalación del ascensor, sino que, a su vez, modifica un acuerdo previo, adoptado en Junta celebrada en el 2002, dejando sin efecto la exoneración en el pago de los gastos de instalación y uso del ascensor que este acuerdo concedía en beneficio de la ahora

parte recurrida, y establece la obligatoriedad para los copropietarios, antes exentos, de contribuir a los gastos de instalación y uso del ascensor.

NOTA.—La realización de obras o el establecimiento de servicios que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, requerirán la mayoría simple de votos de los propietarios totales, que a su vez representen la mayoría de las cuotas, incluso si tales obras o servicios implicaran la modificación del título constitutivo o de los estatutos. Esta mayoría se extiende también a la aprobación del régimen de gastos y eventuales exenciones para sufragar la correspondiente instalación, cualquiera que sea la repercusión económica en las cuotas ordinarias. 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. No obstante, se exige el consentimiento expreso del propietario afectado (art. 11.4 LPH), que si se negase a prestarlo, podrá 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.)

**17. El carácter forzoso de la servidumbre de paso.**—Según el artículo 536 CC, son voluntarias las servidumbres que se establecen por voluntad de los propietarios. Por pertenecer al ámbito de la libre autonomía de la voluntad, a los titulares del inmueble dominante y del sirviente incumbe su constitución, la libre determinación de los derechos y obligaciones de cada uno de ellos, y las causas de extinción del gravamen (art. 598 CC).

Entiende el Tribunal Supremo que las normas del Código civil que regulan las servidumbres legales o forzosas, entre las que se encuentra el artículo 568 CC, no son aplicables a las voluntarias, a las que sería de aplicación el artículo 546 CC. El artículo 568 CC dispone la extinción de la servidumbre legal de paso si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño a otra que esté contigua al camino público —en definitiva, por desaparecer la situación de necesidad del predio dominante que justificó en origen que se constituyera tal derecho en su favor—. Desaparecida ésta, la servidumbre carece de justificación, por lo que se puede exigir su extinción (SSTS de 23 de marzo de 2001, de 26 de febrero de 1927 y de 17 de noviembre de 1930). La necesidad es la característica fundamental de las servidumbres forzosas. En cambio, en las servidumbres voluntarias basta la utilidad, entendida en el sentido amplio de beneficio, comodidad o conveniencia.

No obstante, el Tribunal Supremo ha declarado que la forma de constituirse la servidumbre no es siempre determinante de la naturaleza del gravamen. Así, aunque las voluntarias se constituyan comúnmente mediante título voluntario, también las servidumbres forzosas pueden tener ese mismo origen, sin perder su naturaleza forzosa (SSTS de 19 de julio de 2002 y de 23 de marzo de 2001). De esta manera, según el Alto Tribunal, la existencia de contrato o escritura pública no presupone el carácter voluntario de la servidumbre creada mediante dichos títulos. (STS de 17 de noviembre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La dueña de dos locales ubicados en planta baja y entreplanta de un edificio en régimen de propiedad horizontal demandó a la comunidad y mancomunidad de propietarios, en ejercicio de acción confesoria de servidumbre de acceso, luces y vistas, y de acción de indemnización de daños y perjuicios. La demandante interesó el reconocimiento del derecho de servidumbre constituido a favor del local sito en la entreplanta —a fin de disfrutar de acceso o paso a través de la zona común del porche y de poder subir huecos para escaparates— y la condena a los demandados a retirar los elementos que impedían su ejercicio.

El Juzgado Primera Instancia desestimó la demanda al entender que ni la escritura de obra nueva y división horizontal ni la de compraventa reconocían al local de la entreplanta el derecho a abrir huecos con salida al porche, zona común recreativa y deportiva, siendo por ello conforme a Derecho la negativa de la Comunidad, en la medida en que cualquier obra dirigida a facilitar dicho acceso constituiría una alteración de un elemento común, sujeta a previa autorización de la Junta.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de la actora. Consideró extinguido el derecho de servidumbre de acceso o paso, y únicamente declaró el derecho de servidumbre de luces del local de la entreplanta, que le permitía abrir escaparates en la fachada adyacente a la zona de porche. También condenó a los demandados a retirar los elementos que impedían ejercitar tal derecho. Según la Audiencia, la servidumbre de vistas se constituyó como voluntaria, mientras que la de paso o acceso fue concebida como forzosa, para satisfacer una situación de necesidad, sin que sea impedimento para considerarla como forzosa que no nazca de ley ni de decisión judicial o administrativa, sino de un título voluntario. Como el derecho de paso y uso de la zona común ya viene siendo realizado a través de la puerta de acceso a la vía pública adyacente a la puerta del local de la planta baja desde el momento que la demandante procedió a agrupar ambos locales en un solo inmueble, debe entenderse desaparecida la situación de necesidad y extinguida la servidumbre forzosa de paso en aplicación del artículo 568 CC. Por el contrario, la servidumbre de luces y vistas que posibilita la apertura de escaparates, al tener carácter voluntario, no resulta afectada el artículo 568 CC y ha de reputarse subsistente.

En casación, el único motivo es la incorrecta aplicación del artículo 568 CC al supuesto enjuiciado. La parte actora combate la decisión de la Audiencia Provincial de reputar como forzosa la servidumbre voluntaria de paso que en su día constituyó el inicial propietario de todo el inmueble a favor del local de la entreplanta en escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal, y, consecuentemente, la decisión de declararla extinguida con fundamento en el artículo 568 CC.

El recurso giró en torno a determinar la naturaleza de dicho gravamen, por las consecuencias que derivan de su consideración como voluntaria o como forzosa en orden a considerar o no aplicable el artículo 568 CC, y, en particular, a si fue correcta su calificación como forzosa a fin de poder declararla extinguida por desaparición de la situación de necesidad. Según el Tribunal Supremo, las servi-

dumbres voluntarias responden a la idea de utilidad y no de necesidad. Además, por pertenecer al campo de la autonomía de la voluntad, no les resultan de aplicación las normas que regulan las legales o forzosas. No es que la Audiencia Provincial decidiera aplicar el artículo 568 CC a una servidumbre voluntaria, sino que si aplicó dicho precepto fue precisamente por considerar que el origen voluntario de la servidumbre litigiosa no era óbice para calificarla como forzosa. Algunas consideraciones que tiene en cuenta el Tribunal Supremo son: *a)* cuando la escritura de obra nueva alude a los locales de la planta baja en general, está comprendido tanto el de la planta baja en sentido estricto como el de la entreplanta; *b)* estos locales se concibieron como entidades registrales independientes, pero sin entrada o acceso a través de zona común, circunstancia que iba en contra de su propia naturaleza y disfrute; *c)* fue esa situación de necesidad la que llevó al titular único de la finca a constituir a favor de dichos locales una servidumbre de paso por zona común; *d)* la situación de necesidad de acceder al de la entreplanta por la zona común desapareció una vez que la demandante agrupó ambos locales por contar el de la planta baja con acceso a la vía pública.

NOTA.—Conforme al artículo 568 CC, la servidumbre deberá extinguirse cuando el paso deja de ser necesario por haberse reunido la propiedad del fundo dominante con la de otra finca que sí tiene acceso al camino público, o cuando se abre un nuevo camino público hasta la finca previamente enclavada. Lo mismo ocurrirá cuando el paso deje de ser necesario por otras causas, aunque hasta que no se haya construido efectivamente un paso alternativo, no cesará la servidumbre. Esta servidumbre de paso constituye una servidumbre forzosa, por lo que se regirá por las normas contenidas en los artículos 549 a 593 CC. Ahora bien, si la servidumbre es voluntaria, porque ha sido creada por la voluntad de las partes, la extinción de la servidumbre se regirá por el artículo 546 CC. Sin embargo, no se trata de un listado exhaustivo, sino que cabe añadir otras causas de extinción, como la nulidad o anulación del negocio constitutivo de la servidumbre o la desaparición de la necesidad que motivó la creación de la servidumbre (art. 568 CC). Si bien las servidumbres voluntarias se regirán, en primer lugar, por lo acordado por las partes, se les aplicará subsidiariamente las normas relativas a las servidumbres forzosas. Pero es que, además, el artículo 568 CC se aplicará a las servidumbres voluntarias si en el momento de constitución concurrían las circunstancias habilitantes para su imposición forzosa. (*S. L. M.*)

## DERECHO DE FAMILIA

**18. Alimentos entre cónyuges separados y divorciados: pacto en convenio regulador.**—La cláusula 4.<sup>a</sup> del convenio regulador, bajo el epígrafe de *alimentos a favor de la esposa* establece: «La esposa a partir de la focalización del presente convenio será contratada por el esposo en los negocios que éste desarrolle en concepto de colaboradora-asociada, con una percepción mensual equivalente seis mil (6.000) euros de salario contraprestación neta,

en el establecimiento denominado XX. Si por cualquier causa el esposo cambiara de explotación o de negocio, la obligación del mantenimiento del contrato de la esposa en calidad de colaboradora asociada quedará subsistente, si bien podrá celebrarse sobre la nueva explotación de la que aquél fuera titular. Si el esposo incumpliera esta obligación o se produjera, a instancia de éste, la resolución o cancelación antes mencionada, cualquiera que fuere la causa para ello, incluso el incumplimiento de las obligaciones contractuales, desde este mismo momento el esposo queda obligado a satisfacer una cantidad equivalente de seis mil (6.000) euros en concepto de alimentos a favor de la esposa, garantizando a ésta, en todo momento, una prestación mensual equivalente. En todo caso la contratación de la esposa y su derecho al percibo de la cantidad establecida como prestación alimenticia, se configura como personal e intransferible, como derecho inherente a la persona de la esposa, sin que ésta pueda cederlo a tercero». Esta cláusula fue aprobada con el convenio en la sentencia de separación de junio 2003; la esposa nunca llegó a trabajar en la empresa de su marido, aunque éste le abonó la pensión alimenticia. Un año después de la separación, la esposa demanda el divorcio y solicita la ratificación de las medidas definitivas aprobadas en la separación, entre ellas la cláusula de alimentos. El marido solicita la exclusión de la transcrita cláusula.

**Pacto de alimentos y divorcio posterior.**—El convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que se otorga con ocasión de la crisis matrimonial y que puede presentar un contenido atípico. La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue reconocida por STC de 22 de abril de 1999; además, pueden existir pactos referidos a las consecuencias del matrimonio fuera del propio convenio, ya sea en capitulaciones matrimoniales (STS de 17 de octubre de 2007), ya sea en documentos complementarios (STS de 31 de marzo de 2011). De aquí se deduce que los cónyuges pueden pactar un contrato de alimentos en el convenio regulador, que tendrá las características del artículo 153 CC, es decir, se tratará de alimentos voluntarios, que pueden ser onerosos, en cuyo caso se regirán por el artículo 1791 CC, o gratuitos, como ocurre en este caso. Nada obsta a que el convenio regulador de separación regule de forma voluntaria los efectos económicos del divorcio, siempre y cuando las circunstancias lo permitan.

La sentencia recurrida califica correctamente el acuerdo entre los cónyuges como un pacto que contenía *una verdadera prestación alimenticia*, lo que aparece confirmado por la conducta posterior de las partes. Sin embargo no tiene en cuenta que dicha prestación debe mantenerse en el procedimiento de divorcio, dada su naturaleza de contrato. En efecto, el divorcio no puede constituir una causa de cese de los efectos del contrato sobre los alimentos porque: *a)* hay que reconocer la validez del pacto en virtud de la autonomía de la voluntad de los cónyuges; *b)* de acuerdo con las cláusulas del propio convenio, la prestación de alimentos pactada en realidad viene a constituir una forma de compensar a la esposa, que era propietaria del 50% del negocio en el que el marido decía contratar sus servicios, de modo que en el caso de incumplimiento del contrato o de cesación en la actividad por cualquier causa, se establecían estos llamados *alimentos* que, en realidad, no constituyeron una consecuencia de la crisis matrimonial, sino de las relaciones económicas, no claramente explicadas, que mantenían los cónyuges, *c)* en el propio convenio no se determinó la forma o causa de cesación del derecho voluntariamente establecido.

Esta Sala fija la siguiente doctrina: *El convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre*

*los ex cónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y, a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos. (STS de 4 de noviembre de 2011; ha lugar.)* [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Supuesto de hecho un tanto sorprendente en sus términos, por lo cual el texto de la cláusula alimenticia del Convenio regulador homologado se ha transcrito literalmente en el extracto. Tal tipo de prestaciones alimenticias a favor de uno cualquiera de los cónyuges en casos de crisis matrimonial, resulta muy rara con tal formulación en la práctica, tanto bajo la óptica del contrato de colaboración de los cónyuges, una vez estallada la crisis, como en la modalidad alimenticia. La ponente deja entrever en el 4.º FD, un trasfondo fáctico que las partes no han querido desvelar, a pesar de que el matrimonio duraba desde 1981; por su parte, la Audiencia Provincial afirma que la esposa nunca trabajó en los negocios que los cónyuges mantenían al 50%. Ello impide afirmar rotundamente que tal cláusula 4.ª constituyera realmente un supuesto (insólito) *pro-esposa*. Mientras tanto, y al margen de estas consideraciones laterales, la Sala 1.ª, paso a paso, sigue elaborando una doctrina favorable a los anglosajones *agreements marriage*, que poco a poco se difunden entre nosotros. Sobre la STS de 31 de marzo de 2011, extractada en ADC, 2012, pp. 962 y ss. véase mi anotación en p. 964 s. (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**19. Legítima del cónyuge viudo: cualidad del viudo como heredero voluntario y legitimario: donaciones inoficiosas a sobrinos: prueba.**—El viudo, en este caso casado en segundas nupcias con hijos de matrimonio anterior, tiene la condición de heredero forzoso según el artículo 807.3 CC. El artículo 838 CC le atribuye el derecho de usufructo de los tercios de la herencia en el caso de que no existan descendientes, ni ascendientes, que es el actual. Este derecho no ha sido negado en ningún momento al cónyuge viudo. Las sentencias de instancia han dicho que, no habiéndose determinado la cuantía de la legítima, ni tan solo las bases para su cálculo, no puede procederse a la declaración de la inoficiosidad de las donaciones y su reducción, si a ello hubiere lugar. Además, la ley no permite la declaración de nulidad de donaciones válidas, sino que sólo autoriza su ajuste a las cuantías de la legítima. No es cierto que se hayan vulnerado, sino que se ha puesto de relieve la falta de prueba sobre la pretendida vulneración de la legítima correspondiente al viudo, lo que impide declarar la inoficiosidad de las donaciones efectuadas por la causante su posterior reducción (STS de 23 de diciembre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Se trata de un matrimonio entre dos personas que ya habían estado casadas. La esposa parece que no tuvo hijos de su primera unión, y tampoco los tiene del segundo matrimonio. En cambio, su segundo marido llevaba varios hijos del anterior que van

a tener protagonismo procesal en este proceso. En 2002 la esposa otorga testamento en el que instituye heredero universal a su segundo esposo, y manifiesta que con las donaciones efectuadas a sus sobrinos ha quedado sin contenido el testamento que tenía otorgado con anterioridad, y revoca cualquier disposición anterior. En 2000 había otorgado a favor de sobrinos, diversas donaciones de fincas de su propiedad. Fallecida la esposa, el viudo representado por su tutor (uno de sus hijos) pide se declare la nulidad de las donaciones y, subsidiariamente, su inoficiosidad. La demanda es desestimada en ambas instancias, argumentándose que el cónyuge viudo no tiene la condición de heredero forzoso en sentido estricto y la falta de prueba del *relictum*. (G. G. C.)

**20. Legítima de descendientes: *cautela socini*.**—Como dice la STS de 27 mayo 2010, es llamada comúnmente *cláusula o cautela Socini*, así como *Gualdense* (por apoyarse en un dictamen emitido por el jurisconsulto italiano del siglo XVI Mariano Socini Gualdense), o *cláusula angélica* (por atribuirse dicha fórmula a Angelo Ubaldi), y es la que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta. Ciertamente, el artículo 820, n.º 3, CC, único que la contempla, se refiere sólo al usufructo o renta vitalicia, pero doctrina y jurisprudencia, como la indicada sentencia, la aplican a toda carga o limitación que se establezca con tal previsión. La norma del CC impone la cautela al caso que contempla; cualquier otra carga o limitación la impone el testador (así las SSTs de 3 de diciembre de 2001 y 10 de julio de 2003, si bien no plantean, por ser obvio, que no pueda alcanzar a la legítima estricta).

**Concepto de legítima en el Código civil.**—Es una limitación de derechos sucesorios a la facultad de disponer del causante, o, como dice la STS de 28 de septiembre de 2005, un sistema de reglamentación negativa, que se caracteriza como tal dado que la ley deja al causante disponer de sus bienes en la confianza de que va a cumplir voluntariamente, y por cualquier título, el deber de atribución, y confiere al legitimario (art. 763.2 CC), para el caso de que se superen en su perjuicio los límites establecidos, la facultad de ejercitar las acciones de defensa cuantitativa de su legítima, con la reclamación de complemento (art. 815 CC), la reducción de legados excesivos (arts. 817 y 820 CC y STS de 24 de julio de 1986) o, en su caso, de las donaciones inoficiosas (arts. 634, 651, 819 y 820 CC), aunque estén ocultas bajo negocios aparentemente onerosos (STS de 14 de noviembre de 1986). De la legítima se predica, la intangibilidad cuantitativa (art. 813 CC) y cualitativa (art. 815 CC) y esta última debe ser respetada en todo caso por el causante. Como dice la STS de 8 de junio de 1999, si la partición lesionara los derechos de los legitimarios, puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio.

**Alcance de la *cautela socini*.**—Poniendo en relación ambos conceptos, es claro que la *cautela socini* no puede alcanzar a la legítima estricta; es decir, el causante puede poner limitaciones o prohibiciones y dar la opción al legitimario de aceptarlas o verse reducido a percibir la legítima estricta; pero ésta es intocable, intangible. Por tanto, no cabe una prohibición que la afecte y si se trata de prohibir la intervención judicial, nunca podrá impedir que la per-

sona legitimaria acuda a los Tribunales en protección de la legítima estricta. En todo caso, *el testador no puede evitar, ni sancionar, el que acuda a la vía judicial el legitimario que se ve perjudicado en su legítima estricta.*

La doctrina jurisprudencial arranca de la STS de 19 de noviembre de 1901, y reiterada posteriormente, se culmina en las SSTS de 8 de noviembre de 1967 y 8 de junio de 1999, en el sentido de que no puede impedirse la reclamación judicial frente a una posible lesión en los derechos legitimarios. Por tanto, la cláusula de la testadora que prohíbe la intervención judicial y que sanciona el quebrantamiento de la misma con la percepción exclusiva de la *proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la ley*, carece de eficacia cuando las legitimarias, en un proceso anterior, reclamaron exclusivamente su legítima estricta y los demás pronunciamientos venían referidos al cálculo de la misma.

Al no entenderlo así y estimar la demanda aplicando la *cautela socini*, la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido las normas sobre intangibilidad absoluta de la legítima estricta al calificar y aplicar la cláusula de aquella cautela erróneamente, infringiendo el artículo 675 CC al calificar como válida y eficaz la impuesta en el testamento, y el artículo 743 CC al no declararla ineficaz, procediendo la desestimación de la demanda (**STS de 21 de noviembre de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Desde 1972 una familia compuesta por los padres y cinco hijos (2 varones y 3 mujeres) se ven implicados en una pluralidad de negocios y relaciones jurídicas, de índole varia, que culminan en dos sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup>, de contenido sustancialmente idéntico, aunque con suficientes diferencias que impiden en la segunda, aquí extractada, estimar la excepción de cosa juzgada, permitiendo, en todo caso, que el Tribunal Supremo perfile con claridad el alcance de la llamada *Cautela Socini*. Un importante promotor inmobiliario funda una sociedad anónima familiar, en la que, al parecer, trabajaban los dos hijos varones. En 1972 ambos padres transmiten gratuitamente, por escritura pública, la mitad de las acciones de aquélla a éstos que ya eran titulares de una parte de acciones, no precisada, del resto. Al día siguiente, en documentos privados, los dos hijos se comprometen a abonar mancomunadamente a sus padres, para que puedan mantener su nivel de vida, una pensión vitalicia equivalente al 40% del rendimiento de las acciones que recibieron de sus padres. Al mismo tiempo, en documento privado aparte, con la finalidad de paliar los perjuicios que se podían haber irrogado a sus tres hermanas con la primera transmisión, se comprometen a entregar a éstas la suma de 50 millones a cada una mediante anualidades de 1500000 pts. En 1973 la madre hace testamento estableciendo las siguientes cláusulas, origen del conflicto: «Octava. *Prohíbe absolutamente la intervención judicial y cualquier otra en su testamentaria, aún cuando en ella hubiese interesados menores de edad, ausentes o incapacitados, pues quiere que todas sus operaciones se ejecuten extrajudicialmente por su comisario contador partidario.* Novena. *Si por uno o varios de los herederos se incumpliere cualquiera de las prohibiciones contenidas en las cláusulas octava y décima, quedarán automáticamente instituidos herederos en la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la ley, acreciendo la parte en que*

*habían sido mejorados los restantes. Décima. Quiere expresamente la testadora que se respeten totalmente y con estricta fidelidad las donaciones y legados, cualquiera que fuese su importancia y cuantía, que en vida haya hecho a cualquier persona y muy especialmente a su esposo e hijos, por lo que no tendrán tales liberalidades el carácter de colacionables, prohibiéndolo así a sus herederos.* El padre fallece en julio de 1980, practicándose la partición en noviembre del mismo año. La madre en 1988 dona inmuebles, por partes iguales a todos los hijos, y pacta con los varones la sustitución de la renta vitalicia por un fondo de cien millones de pts, asumiendo en todo caso la obligación de mantenerla en el mismo rango social. La madre fallece en agosto de 1992, practicándose la partición en junio de 1993. En 1996, dos de las hijas por separado impugnan las operaciones particionales, ejercitando la *actio ad supplendam legitimam*, declarándose en ambas instancias que se había producido una lesión de la legítima estricta, lo que se confirma por STS de 15 de junio de 2007, que matiza que la donación de 1972 a los varones fue de carácter modal o con carga.

El presente recurso resuelve la demanda por parte de ambos varones (uno de ellos fallece y es sustituido por sus herederos), presentada el año 2000 contra las hermanas por haber infringido la cláusula *Socini*. Tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid, en 2006, como la Sección 20 de la Audiencia Provincial en 2008, estiman la demanda y declaran haberse incumplido tal cláusula, aunque sólo frente a dos de ellas por defectos procesales. La sentencia extractada estima el recurso interpuesto por las hijas, aclarando que la demanda de éstas sólo se refería a sus derechos legitimarios en sentido estricto, respecto de la cual las eventuales restricciones de acceso a los tribunales derivadas de la cláusula, carecen de eficacia. El efecto de la estimación del recurso beneficia a también a la hija que no intervino en el proceso.

NOTA.—Cuando alcanza cierto predicamento entre nosotros una doctrina que postula la abolición, o, al menos, reducción de las legítimas en el Derecho del Código civil, no sería correcto aducir este caso como claro apoyo a aquélla. No parece, inicialmente, que haya habido clara intención de perjudicar a las tres hijas y hermanas —marginadas, según las apariencias, de la gestión de la empresa familiar—, sino todo lo contrario. Posteriormente aparece la fuerte personalidad de la madre, no acertadamente asesorada, quizá, en el ámbito jurídico, y, posiblemente cabría valorar hasta la intervención de la segunda y tercera generación de familiares interesados en los efectos económicos del temprano *boom inmobiliario* español. Sobre la *cautela socini* últimamente RAMS ALBESA, en LACRUZ, *Elementos*, V (Madrid 2007). (G. G. C.)

## DERECHO MERCANTIL

**21. Ratificación tácita de los contratos.**—Según establece el artículo 1259 CC no es que los contratos celebrados por quien no ostenta la representación con la que dice actuar sean radicalmente nulos e inexistentes

en todo caso, sino única y exclusivamente cuando no sean posteriormente ratificadas por la persona a cuyo nombre se otorgó. Ratificación que podrá realizarse de manera expresa, pero también tácitamente.

**Representación orgánica versus representación voluntaria.**—El Tribunal Supremo viene distinguiendo de manera nítida entre la representación orgánica, que es aquella que corresponde por imperio de la ley al administrador o administradores de la sociedad, de la representación voluntaria, que es aquella que se otorga a otras personas por los órganos de administración mediante apoderamientos concretos parciales o generales, es decir, mediante figuras tales como los comisionistas o los factores mercantiles. Pues bien, solamente en el primer tipo de representación —la representación orgánica— es la propia sociedad la que actúan, la que ejecuta sus actos a través del sistema de administración legal y estatutariamente establecido —entre otras, SSTs de 12 de septiembre de 1994; 14 de marzo y 30 de diciembre de 1996; y 27 de julio de 2007—. Por tanto, dado que a la representación orgánica no se le aplicarán las reglas de la representación voluntaria, para la primera no será necesaria la ratificación de lo estipulado por los administradores en nombre de la sociedad.

**Acumulación de acciones.**—Siguiendo la doctrina contenida, entre otras, en las SSTs de 14 de mayo y 3 y 10 de julio de 2008, el Tribunal Supremo declara que las acciones contra los administradores sociales previstas en los artículos 135 —responsabilidad por daño directo a socios y terceros, sean o no acreedores— y 262.5 —responsabilidad común por deuda— de la Ley de Sociedades Anónimas son compatibles porque su naturaleza es distinta. La segunda tiene un carácter objetivo, dado que solamente exige la imputabilidad al administrador de la conducta omisiva de convocar una junta general para la adopción de acuerdos de disolución o de remoción cuando existe una causa de disolución de la sociedad. Por el contrario, la responsabilidad prevista en el artículo 135 exige que exista una acción u omisión antijurídica del administrador que cause un daño directo al socio o tercero que demanda. Por ello, aún cuando no sea común, ambas responsabilidades podrán solicitarse de manera acumulada. En este sentido, aunque el impago del crédito al acreedor no se califica sin más como un daño directo a éste, el daño directo podrá existir cuando la conducta del administrador no tiene la buena fe que resulta exigible tanto en el ejercicio de los derechos como en el desarrollo de las relaciones jurídicas en general —SSTs de 22 de diciembre de 2005; 23 de junio de 2006; y 29 de julio y 11 de noviembre de 2008—. **(STS de 23 de diciembre de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—A lo largo de 1989, las mercantiles A. y B. y el sujeto, persona física, C., emitieron obligaciones hipotecarias, buena parte de las cuales fueron adquiridas por la mercantil E. Llegado el vencimiento e impagadas las obligaciones, las mercantiles A. y B., asumieron el pago diferido de sus obligaciones con aval solidario y los sujetos C. y D., por su parte, prestaron, con carácter mancomunado, un aval solidario personal sin limitación de los pagarés emitidos por A., C. y D., eran titulares de la práctica totalidad de las acciones de A. y formaban parte de su consejo de administración.

La mercantil E. ejercita de manera acumulada un acción declarativa del crédito en favor de A., B., C. y D., una acción declarativa de responsabilidad de A., por un lado, y de C. y D., por otro, como

consecuencia de la asunción de deuda y como avalistas solidarios respectivamente y, finalmente, una acción de declaración de responsabilidad de C., como administrador de A. y B.

Las sentencias de primera instancia y apelación estimaron íntegramente la demanda. A., B. y C., interponen sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal, por entender que la sentencia de instancia no daba una respuesta judicial razonada y motivada. Sin embargo, desestima el recurso de casación.

NOTA.—Las referencias al artículo 135 LSA deben entenderse realizadas al actual artículo 241 de del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, entrado en vigor el 1 de septiembre de 2010. El texto contenido en la norma de 2010 es una reproducción del contenido del antiguo artículo 135 LSA. Tanto el anterior como el actual precepto se refieren únicamente a las «*acciones de indemnización que pueda corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos*». Por tanto, parece considerarse que solamente el daño producido a consecuencia de una actuación positiva del administrador puede perseguirse mediante este tipo de acción. Sin embargo, la sentencia comentada habla en este sentido tanto de acción como de omisión antijurídica, luego contempla, asimismo, la actuación negativa del administrador como supuesto de hecho que permite su persecución individual por el sujeto perjudicado, siempre y cuando se cumpla la relación de causalidad entre el actuar —o no haber actuado— y el daño directo. Sobre esta cuestión se aconseja la lectura de Julio José Ubeda de los Cobos, «Aspectos sustantivos de la acción individual de responsabilidad del artículo 135 de la Ley de sociedades anónimas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1999, núm. 5 (número dedicado a la responsabilidad civil derivada de los procesos concursales), pp. 285-348; y Jesús Alfaro Águila-Real, «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», *Revista de Derecho de Sociedades*, 2002, núm. 18, pp. 45-76. (G. M. A.)

**22. Contenido de la sentencia de calificación de un concurso como culpable. Determinación de los administradores como personas afectadas por la calificación.**—Las causas de declaración del concurso culpable previstas en los apartados primero y segundo del artículo 164 LC son alternativas y no acumulativas, lo que significa que el cumplimiento de cualquiera de las conductas descritas en el apartado segundo de este precepto determina irremediabilmente la calificación de culpable para el concurso, sin que quepa exigir además los requisitos de dolo o culpa grave y la generación o agravación del estado de insolvencia previstos en el apartado primero de este artículo. El momento para determinar el carácter retroactivo o no de la aplicación de la Ley Concursal no es el del inicio del concurso, sino que habrá de tenerse en cuenta el factor de la continuidad de la situación de insolvencia de la sociedad, de manera que no será una aplicación retroactiva —prohibida por el artículo 9.3 CE y el artículo 2.3 CC— la que se realice ante el incumplimiento de la obligación de solicitar la declaración de concurso

cuando la situación de insolvencia nacida con anterioridad al momento de la entrada en vigor de la Ley Concursal se prolongue en el tiempo, con posterioridad a esta fecha de entrada en vigor. En cita de la STS de 6 de octubre de 2011, el Tribunal Supremo entiende que la condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa prevista en el artículo 172.3 LC no es una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que es uno de los posibles pronunciamientos de la sentencia de calificación. Para pronunciarse sobre esta condena, el juez debe valorar expresamente los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada administrador en relación con la actuación que, imputada a la administración social en su conjunto, determinó la calificación del concurso como culpable y que debe ser, por tanto, alguna de las descritas en los apartados primero y/o segundo del artículo 164 LC –y no otras distintas–. En concreto, respecto de la causa de dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia, el Tribunal Supremo señala que la existencia del factor del dolo o culpa puede darse tanto positivamente como negativamente o por omisión y que, en todo caso, la mera existencia de dolo o culpa no excluye del examen del segundo requisito del artículo 164.1 LC, relativo a la incidencia o agravación de la insolvencia. Entre las posibles formas de cumplimiento negativo del requisito del dolo o la culpa grave en la creación o agravación de la insolvencia, el Tribunal Supremo entiende que se encuentra la falta de solicitud voluntaria del concurso por los administradores sociales cuando existía un conocimiento previo y efectivo de éstos acerca de la situación de insolvencia y durante este período de conocimiento sin solicitud de concurso se hubiera aumentado la cuantía de la deuda social. **(STS de 17 de noviembre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

**HECHOS.**–La administración concursal de la Sociedad Limitada, A, interpone una demanda contra la sociedad concursada y sus dos administradores sociales solidarios. En ella se solicita la declaración de concurso culpable de esta sociedad, la declaración de los dos administradores solidarios como personas afectadas y la sanción de la inhabilitación de estos dos últimos para la administración de bienes ajenos, la pérdida de cualquier derecho que los afectados pudieran tener como acreedores concursales o contra la masa, la devolución a la masa concursal de una cierta cuantía que había sido obtenida por éstos en concepto de préstamos del patrimonio de la sociedad concursada y la condena al pago de los acreedores del importe que no percibirán de sus créditos en la liquidación. La administración concursal demandante entiende que los administradores sociales demandados, por un lado, incumplieron su deber de solicitud de concurso y, por otro lado, cometieron importantes irregularidades en la llevanza de la contabilidad social, así como un alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores concursales al no devolver los supuestos préstamos que en su beneficio les habría otorgado la sociedad.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra de 30 de octubre de 2007 estima la demanda. Ésta es recurrida por los tres demandados. La sentencia dictada por la sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 13 de marzo de 2008 esti-

ma parcialmente el recurso, en el sentido de limitar la condena de los administradores de la sociedad concursada a abonar a los acreedores concursales el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa únicamente a aquellos créditos nacidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal.

Contra esta sentencia interponen recurso de casación los dos administradores sociales demandados, alegando un interés casacional ante la existencia de jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales. El Tribunal Supremo desestima el recurso y condena en costas a la parte recurrente.

NOTA.—Publicada en el *BOE* el 10 de julio de 2003, la Ley Concursal tuvo una *vacatio legis* superior al año. Salvo en relación a la modificación de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevista en la disposición final tercera (vigente desde el día siguiente de su publicación en el *BOE*), la Ley entró en vigor el 1 de septiembre de 2004 (disposición final trigésima quinta). Acerca del sentido de las presunciones *iuris tantum* (como la de la existencia de dolo o culpa grave regulada en el artículo 165, sobre la que trata la sentencia comentada) en la Ley Concursal y sobre el sentido de la irretroactividad de las normas sobre calificación del concurso, se recomienda la lectura de la obra de Esperanza Gallego Sánchez, «La culpabilidad y la inhabilitación en el concurso de sociedades. La aplicación retroactiva de la Ley Concursal (comentario a la sentencia del Juzgado de lo mercantil número 7 de Madrid de 11 de abril de 2008)», *Anuario de Derecho Concursal*, 2009, núm. 16, pp. 299-353. Algunos autores han destacado la compatibilidad de la responsabilidad concursal de los administradores sociales que pueda derivarse del artículo 172.3 de la Ley Concursal y la responsabilidad regulada en los antiguos artículos 133-135 LSA y el artículo 69 LSRL (actuales arts. 236-241 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), dado que la naturaleza y finalidad de ambos tipos de responsabilidad son distintas, siempre y cuando no se produzca una doble condena de los administradores sociales. Por tanto, cuando el acreedor ha conseguido el resarcimiento mediante una de estas dos vías de responsabilidad no podrá acudir paralelamente a la otra y cuando este resarcimiento solamente sea parcial no podrá ejercitar la otra acción para resarcirse en una cuantía mayor al total de la responsabilidad. En este sentido, se han pronunciado, entre otros, José Antonio García-Cruces González, «La responsabilidad contractual», en Luis Ángel Rojo Duque y Emilio M. Beltrán Sánchez, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2008, Valencia, pp. 281-336; Jaime Mairata Laviña, «Responsabilidad de los administradores y situaciones concursales», en AA.VV., *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 1388-1410; y José María Muñoz Planas y José María Muñoz Paredes, «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», en AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 2, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 1352. (G. M. A.)

**23. Concurso de acreedores: Aval de un acreedor principal: Calificación del crédito principal como subordinado: Interpretación de la primitiva redacción del inciso segundo, ap. 6, del artículo 87 LC.**—La redacción originaria del inciso segundo del artículo 87.6 LC, es confusa, y no permite extraer una conclusión unívoca, y aun cuando es cierto que, desde el punto de vista de la interpretación gramatical podría deducirse una solución más favorable a la tesis literalista, sin embargo la propia falta de claridad conduce a la necesidad de acudir a otros elementos interpretativos, y, al respecto, de la interpretación sistemática y teleológica resulta como criterio más razonable el que se mantiene en el recurso, consistente en limitar el alcance de la existencia de la relación que *degrada* la calificación del crédito a sólo cuando éste lo ostenta el fiador, y no cuando lo hace valer el acreedor (afianzado) frente al deudor concursado. No tiene sentido que la condición del crédito del acreedor principal dependa de que el crédito esté, o no, afianzado, haciendo de peor condición al que tiene la garantía respecto del que no la tiene, cuando la relación especial que inficiona el crédito es ajena a dicho acreedor principal.

**Valor interpretativo de norma posterior, no aplicable al caso.**—El legislador a través del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 marzo, ha optado por dar una nueva redacción al precepto en el sentido de limitar el alcance de la norma controvertida al supuesto de que se produzca la subrogación por pago por el fiador, y aunque no cabe otorgar a la nueva norma un simple valor interpretativo o aclaratorio que permitiría darle un simple valor interpretativo o aclaratorio, que permitiría darle carácter retroactivo, sin embargo es un elemento importante de valoración discursiva, que además permite unificar las situaciones anteriores pendientes con las nuevas que se produzcan a partir de la entrada en vigor de aquella norma (**STS de 22 de diciembre de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—En el concurso de una Sociedad de responsabilidad limitada, el Instituto Catalán de Crédito Agrario plantea incidente contra la calificación de su crédito principal de 1.317.001,4 euros como subordinado, frente a la Administración concursal y el concursado. La demanda es rechazada en ambas instancias, interponiendo recurso de casación el actor, sin que comparecieran los demandados. La s. estimatoria hace un planteamiento pedagógico del tema al estimarlo, sentando una razonable doctrina que debe ser plenamente aprobada con relación al Derecho transitoriamente en vigor. (G. G. C.)

