

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.: 91 111 90 00
Fax: 91 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXVI, FASCÍCULO IV
Octubre-diciembre, 2013

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2014

<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): 007-14-001-6
NIPO (M. de Justicia): 051-14-005-2
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

IN MEMORIAM

Rosario Valpuesta Fernández

El 13 de marzo de este año Rosario Valpuesta Fernández, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide, nuestra amada Rosy, se ha ido para siempre, víctima del cáncer al que tantos años ganó con entereza la batalla. A la hora de recordarla, lo poliédrico y atractivo de su personalidad, desplegada en las dimensiones académicas, públicas y privadas, unido a que poseía esa especial gracia de las sevillanas profundas, provoca la tentación de narrar las entrañables historias de su peculiar modo personal de estar y manifestarse en el mundo, que tanto nos confortaba y enseñaba. Yo no he de ceder a ese reclamo, pese al dolor y la aguda nostalgia. De acuerdo con la severidad de la ciencia y de la ocasión, sólo he de evocarla como jurista y académica.

Como jurista, quizá lo más significativo haya sido su atención a realidades evasivas y subversivas, a la revuelta de la realidad contra las normas, a las figuras que se mueven entre el Derecho y el «no Derecho», posición que ya se atisbaba desde su tesis doctoral sobre los pactos de separación de hecho entre los cónyuges, que permanece como un testimonio de cómo los cambios de los tiempos se imponen a los armazones jurídicos preexistentes. Este trazo profundo de su actitud ante la ciencia la convirtió en una jurista peregrina, siempre en el camino, con solo el gran bagaje de los conocimientos clásicos, y aún estos sometidos a continua revisión, sobre todo de su «por qué», antes que del «como». El resto de su equipaje era escaso, no por hondura y cantidad, que eran extensas, sino por su total irreverencia hacia él. No es de extrañar que esa actitud la condujera al sendero del Derecho de Familia, del que pudo finalmente concluir una visión global, y desde ahora ya imprescindible, su *opus magnum*, «El Derecho de Familia en la experiencia constitucional europea», escrito codo a codo con la muerte, a la que ganó la partida por breve tiempo.

Esto dicho, sería un error reducir su aportación a la civilística al Derecho de Familia. Rosario Valpuesta no desconocía las sofisti-

cadras armas del Derecho patrimonial, y a él dedicó estudios de grandísima calidad, como las tensiones entre dualismo y monismo en la protección hipotecaria, y su monografía, hoy también libro de referencia, sobre la acción reivindicatoria; ni fue ajena a la puntual y minuciosa exégesis, comentando la legislación arrendaticia o el Código Civil (el último gran comentario fue codirigido por ella), donde resplandecen importantes páginas dedicadas a la compensación o la forma del contrato, entre otras.

Rosario Valpuesta, y esta es faceta que se tiende a olvidar, también desempeñó una importante actividad práctica como Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía, en la que resplandecieron sus dotes de civilista al tiempo que su elevado conocimiento de los capítulos esenciales del Derecho Público, dejando importantes dictámenes sobre responsabilidad o contratos de las Administraciones públicas, donde el fondo de soluciones es esencialmente de Derecho Privado; dictámenes gobernados en su impecable razonamiento por las reglas esenciales del Estado Social, y en especial, el principio de igualdad.

Ha sido muchas cosas más: entre tantísimas, creadora de la Universidad Pablo de Olavide, que ocupó inmediatamente un puesto de prestigio en el concierto de las universidades españolas, éxito que se explica porque la brillante, enérgica y carismática Rectora que fue apostó, como era su costumbre de vida, prioritariamente por las personas, y ello al tiempo que construía una infraestructura original y excelente de campus. Allí, además, deja una escuela importante, de presente y futuro, que impulsó siempre desde la persuasión, sin olvidar que en esa esencial misión universitaria de la transmisión de saberes, se han de conjugar, como ella lo hizo, severidad de maestra y amor de madre.

Rosy, nuestra Rosy, potente voz de los más débiles en su frágil cuerpo mortal, ha muerto, pero no se nos ha muerto. Sus ideas y su vida peregrinas, peregrinan ahora con nosotros, todas y todos los que la amamos y con ella aprendimos; y alumbran un mundo que sin su presencia viva es más gris y más pobre.

Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil

MARTÍN GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO¹

Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Murcia

RESUMEN

Este artículo pretende ser un estudio profundo de la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil, el cual no aparece en nuestro Código Civil, pero sí en los de otros países de Europa occidental, y que muchos autores consideran que es exigible también en nuestro Derecho. A propósito de aquella cuestión se estudia también la responsabilidad civil de los inimputables. La perspectiva es de Derecho español y comparado.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil, antijuridicidad, culpa, inimputables.

ABSTRACT

This paper studies the problem of unlawfulness as a possible element of tort law, which appears in the Civil Codes of some European countries, but not in the Spanish one; notwithstanding, many Spanish scholars consider that unlawfulness is also a requisite for an action in tort in our system. A good part of the work deals with the concept of fault and the legal liability of minors and mentally ill persons. The point of view is one of Spanish and comparative law.

¹ Trabajo realizado con el apoyo del Proyecto DER2010-20873 del Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado «Capacidad jurídica, discapacitados e incapacitación. Bases para una adecuación del Derecho español a la Convención de Nueva York».

KEY WORDS

Tort law, unlawfulness, fault, liability of minors and mentally ill persons.

SUMARIO: I. Introducción.—II. Origen histórico de la antijuridicidad. 1. Derecho romano. 2. La tradición del *Ius Commune* y su corolario: el Código civil francés. 3. Edad Moderna, Derecho natural racionalista y *Usus Modernus Pandectarum*. 4. El siglo XIX y la promulgación del Código Civil alemán.—III. Contenido del juicio de antijuridicidad. 1. Antijuridicidad de la conducta o del resultado. 2. Doctrina y jurisprudencia españolas. A) Posturas afirmativas en la doctrina. B) Posturas negativas. C) Posturas intermedias. D) La jurisprudencia. E) Derecho Administrativo. 3. Crítica de la doctrina de la antijuridicidad del daño. 4. La doctrina de la antijuridicidad de la conducta. A) Consideraciones generales. B) Negligencia como comportamiento antijurídico. C) El dolo. 5. Conclusión parcial.—IV. Culpa en sentido subjetivo. 1. Concepto, historia y Derecho comparado. 2. La incapacitación, la menor edad y la responsabilidad civil. 3. El Código penal. A) Introducción. B) La responsabilidad civil del inimputable. C) La distribución de la responsabilidad entre el causante y los guardadores. 4. Código civil.—V. Caso fortuito o fuerza mayor.—VI. Utilidad de la distinción entre antijuridicidad y culpa.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los tópicos o lugares comunes en materia de responsabilidad civil es el de si la antijuridicidad es un requisito de aquélla, y, en caso de que lo sea, en qué consiste. El estudio de este problema nos ayudará también a clarificar el asunto de la responsabilidad civil de los inimputables.

El término antijuridicidad tiene su origen en la doctrina jurídica germánica y, consecuentemente, en el Código civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB). La tremenda influencia de este Código ha hecho que los Códigos civiles de otros países hayan incluido este requisito en la acción de daños. El elemento ha sido recogido —en orden de promulgación— en el Código italiano (art. 2043), el portugués (art. 483.1) y el holandés (*Burgerlijk Wetboek*, BW, art. 6:162)².

² Código italiano: «Cualquier hecho doloso o culposo que causa a otros un daño injusto (*un danno ingiusto*), obliga a quien ha realizado el hecho a resarcir el daño». Código Portugués: «Aquél que, con dolo o mera culpa, viola *ilícitamente* el derecho de otro o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos queda obligado a indemnizar al lesionado por los daños resultantes de la violación». Holandés: «Quien comete un acto antijurídico (*onrechtmatige daad*) contra otro, que puede ser imputado al infractor, debe indemnizar el daño que la otra persona sufre como consecuencia de él».

No obstante, ya durante el siglo XIX había códigos civiles en el área lingüística alemana que hacían referencia a la antijuridicidad con anterioridad al BGB. El *Obligationenrecht* (OR) suizo de 1881 (que entró en vigor en 1883) contenía una alusión a la antijuridicidad en el artículo 50³, y el Código civil austriaco de 1811 se refiere también a la antijuridicidad en el § 1294, aunque el § 1295, el central en este ámbito, emplea sólo el término culpa (*Verschulden*⁴), que se discutirá más adelante. Pero, en cualquier caso, la influencia sobre el área continental liderada por Francia proviene del BGB, que representó la culminación de la pandectística.

Por otra parte, otros códigos civiles no hacen referencia a la antijuridicidad (el francés⁵, belga⁶ y español, especialmente), aunque es objeto de algún debate en Bélgica y, sobre todo, España. En el Derecho anglosajón el concepto es prácticamente desconocido⁷.

En cuanto a España, el término se recibió por la doctrina penal a principios del siglo XX, probablemente a través de autores italianos⁸. La primera obra que hemos encontrado en que se emplea el adjetivo «antijurídico» es las *Adiciones* de Quintiliano Saldaña a la

³ «Quien antijurídicamente (*widerrechtlich*) causa daño a otro, intencionada o negligentemente, tiene que compensarle el daño». Repite casi literalmente la redacción el artículo 41 OR, de 1911, actualmente en vigor.

⁴ § 1294: «El daño puede surgir de la conducta u omisión antijurídica (*widerrechtlich*) de un tercero; o de un caso fortuito. El daño antijurídico puede ser causado voluntaria o involuntariamente. El daño voluntario está fundado a su vez bien en la mala intención, cuando el daño es causado con conocimiento y voluntad; bien en la negligencia cuando se ha producido con ignorancia culpable, o por falta de la adecuada atención o esfuerzo. Ambos serán llamados culpa (*Verschulden*)».

§ 1295.1: «Cualquiera está autorizado para requerir del dañante la indemnización del daño que ha causado con culpa (*Verschulden*); el daño puede ser causado mediante el incumplimiento de una obligación contractual o sin relación con un contrato».

En este sentido, se ha llegado a afirmar que «Desde distintos puntos de vista el ABGB tiene más en común con el *Code Civil*, de la misma generación codificadora, que con el alemán BGB» [POSCH, «Das zweihundertjährige ABGB und das europäische Vertragsrecht», *ZEuP* (2010), p. 43, citando a Mayer-Maly, *ÖNZ* (1986), p. 265].

⁵ Según VINEY, «En Derecho francés, la ilicitud no es un elemento distinto de la culpa [“faute”]: ambas nociones están confundidas». V. «Le “Wrongfulness” en Droit Français», in Koziol (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, Kluwer, The Hague (1998), p. 57.

⁶ CORNELIS, *L'acte illicite*, Bruylant, Bruxelles (1991), p. 23, texto and n. 1, afirma que el Derecho belga solo reconoce la culpa [«faute»], y que, a diferencia de Holanda y Alemania, no hay diferencia entre «faute» e «illicéité». Igualmente, COUSSY: «Wrongfulness in Belgian Tort Law», en Koziol (n. 5), p. 31, afirma que: «el concepto de “illicéité” (*onrechtmatigheid*) no ha tenido éxito en sustituir (o ser añadido a) el concepto de culpa (“fault”) en sistemas como el belga, que derivan del Derecho francés».

⁷ V., no obstante, HORTON, «Wrongfulness under English Tort Law», en Koziol (n. 5), pp. 39 y ss.; HOWARTH, «General Conditions of Unlawfulness», en Hartkamp *et al.* (eds.), *Towards a European Civil Code*, 3rd edn., Kluwer, Nijmegen (1994), pp. 607 y ss.; CANE, *The Anatomy of Tort Law*, Hart Publishing, Oxford (1997), pp. 57 y 58. Se observa con facilidad que en el área del *Common Law* los autores escriben sobre antijuridicidad principalmente en el contexto de comparación entre sistemas o en el de los esfuerzos dirigidos a la unificación del Derecho de la responsabilidad extracontractual en Europa.

⁸ FERRINI, *Il Digesto italiano*, IV, 1, Unione Tip-Editrice Torinese, Milano-Roma-Napoli (1887-1888), voz «Delitti e quasi-delitti», n. 23, p. 740, habla ya de «azioni antigiu-

traducción, de 1916, del tratado de von Liszt⁹; el sustantivo «anti-juridicidad» lo hemos encontrado por vez primera en una obra de Jiménez de Asúa de 1922¹⁰. Hoy es la denominación generalizada entre la doctrina penal.

De ésta pasó a un sector de la civil. Aparece ya con absoluta naturalidad en la traducción y anotaciones de Pérez González y Alguer a la obra de Enneccerus/Kipp/Wolff¹¹. Sin embargo, el primer civilista que aplicó la idea de la ilicitud como categoría sistemática dentro de la responsabilidad civil fue de Diego, gran jurista y buen conocedor de la doctrina alemana; según él, «No basta, en efecto, que el hecho sea dañoso para producir la obligación de reparar el daño. Del ejercicio legítimo de un derecho o del exacto cumplimiento de un deber legal, jamás se deriva esta obligación, aunque con ello se cause daño a otro. La ley Aquilia ya nos hablaba del *damnum iniuria datum*, daño realizado sin derecho o contra derecho: el Código suizo y el alemán insisten también en esta idea. El hecho, por consiguiente, además de ser dañoso, ha de ser ilícito, contrario al derecho; ha de contener la violación de una norma legal»¹².

Después de este breve repaso, la cuestión que surge inmediatamente es: ¿necesitamos un requisito que aparece sólo en algunos códigos civiles europeos y no en el nuestro cuando las resoluciones judiciales se inspiran en buena medida en los mismos principios?

II. ORIGEN HISTÓRICO DE LA ANTIJURIDICIDAD

1. DERECHO ROMANO

Para responder a la pregunta anterior, es esencial echar un vistazo a la historia del término antijuridicidad. Como ya se ha dicho,

ridiche»; «azione antigiuridica» escribe MASUCCI, *Il Codice penale italiano*, vol. 2, 2.^a, Napoli (1894), p. 315.

⁹ *Tratado de Derecho penal*, II, traducido de la 20.^a ed. alemana por Jiménez de Asúa, y adicionado con el Derecho español por Saldaña, Reus, Madrid (1916), pp. 314 y ss.; el adicionador también utiliza en otras ocasiones el término «antilegal» (p. ej., pp. 362, 459 y 460). Por su parte, el traductor de la misma obra, JIMÉNEZ DE ASÚA, utiliza el término «ilegalidad» (p. 251).

¹⁰ *Trabajos del Seminario de Derecho Penal*, Reus, Madrid (1922).

¹¹ *Tratado de Derecho civil*, t. I, vol. II, traduc. y anotaciones de Pérez González y Alguer, Bosch, Barcelona (1935), p. 421 (traducción) y p. 424 (notas).

¹² *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, t. 5.º, Victoriano Suárez, Madrid (1920), p. 343. Le siguen luego DE BUEN, *Derecho civil español común*, Reus, Madrid (1922), p. 539; GARRIGUES, en Castán/Garrigues/Goicoechea, *Derecho civil común y foral*, Reus, Madrid (1922), p. 273; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, II, Reus, Madrid (1925), p. 712; y una lista interminable.

tiene su origen cercano en los juristas en lengua alemana, pero su raíz más lejana se encuentra, como tantas otras veces, en el Derecho romano. Para ser preciso, en la *Lex Aquilia de damno* (del principio del siglo III a. C., aproximadamente; en realidad, era un *plebiscitum* y no una *lex*). Posteriormente fue recogida en el llamado *Corpus Iuris Civilis*, en particular en tres lugares: *Institutiones* 4,3, *Digesta* 9,2 y *Codex* 3,35 (*formula* en D. *eod.* 27,5). Inst. 4,3 comenzaba diciendo que «Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam» («la acción de daños procedentes de injuria fue creada por la Ley Aquilia»), y su parágrafo 12, el más importante para la práctica en la Edad Moderna, ya que regulaba el daño en general, requería un *damnum iniuria datum*, es decir, un daño causado con *iniuria* (v. también, usando literalmente la misma expresión, D. 9,2,11,7; *eod.* 17; y especialmente *eod.* 49,1).

Iniuria significaba etimológicamente «injusto» o «contra la ley», siendo *ius-iuris* «Derecho», e *in* un prefijo negativo de origen protoindoeuropeo¹³. Con todo, ese significado tenía muchos matices que, además, cambiaron con la evolución del propio idioma latino¹⁴. Es imposible tratar aquí las numerosas discusiones sobre el asunto, así como todas las opiniones. Por ello, sobre la base del argumento de autoridad, se seguirá la de aquellos que piensan que, en su origen, la inserción de *iniuria* se debió a la intención de dejar claro que un daño sólo podía dar lugar a la acción mencionada

¹³ FORTSON, *Indo-European Language and Culture*, 2nd edn., Blackwell, Oxford (2010), núms. 7.25 and 8.29. «In» («i» ante «l» y «r») aparece en todas las lenguas procedentes del latín; inglés, «in» y «un»; alemán «un»; holandés «on»; griego clásico «αν», etc; todo del protoindoeuropeo «*h₂n-».

Las lenguas nórdicas utilizan «u» u «o» «por un-, debiéndose la *u* larga a la pérdida de la *n*» [SKEAT, *An Etymological Dictionary of the English Language*, Clarendon Press, Oxford (1893), voz «un», p. 674].

¹⁴ De los diferentes significados de la palabra, el que ha prevalecido en las lenguas románicas es «insulto», y a ese sentido se dedica el capítulo siguiente, 4,4, de las Inst.

Señala D'ORS, *Derecho privado romano*, 4.^a edn., Eunsa, Pamplona (1981), § 360, que «El término más amplio para designar todos los actos ilícitos que dan lugar a una reprensión jurídica es el de *iniuria*, es decir, lo contrario al *ius*; si *ius* equivale al moderno “derecho”, *iniuria* equivale exactamente a “torcido”, o para volver a emplear una antigua palabra hispánica que coincide con el inglés, “tort”». Puede consultarse también PLESCIA, «The development of “iniuria”», *Labeo*, 23 (1977), pp. 271 y ss., y allí más referencias.

V. también D. 47,10,1, *pr.*, e Inst. 4,4: «Generaliter dicitur iniuria omne quod non iure fit» («En general, es llamado antijurídico lo que no es acorde con el Derecho»); frase repetida literalmente en *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio* –siglo IV–, 2,5,1. De todas formas, estos textos están escritos mucho después que la *Lex Aquilia* y, como se ha señalado ya, muestran la evolución del lenguaje latino, pero no dan pista alguna sobre el significado de *iniuria* en la mencionada *Lex*. Como PÓLAY: «Iniuria dicitur omne, quod non iure fit», *Bullettino del Istituto di Diritto Romano*, 86 (1985), p. 76, afirma, una cláusula general acerca de la *iniuria*, como *iniuria dicitur, quod non iure fit*, no es posible encontrarla en esta época» (es decir, en la de la promulgación de la *Lex*), sino que apareció en el período postclásico (p. 79). V. también, recientemente, PASCHALIDIS, «What did *iniuria* in the *lex Aquilia* actually mean?», *Revue Internationale des Droits de l'antiquité*, 55 (2008), pp. 321 y ss., que toma como base la ética de Aristóteles; el resultado no es muy convincente.

cuando se causaba a propósito (*dolus malus*); sólo con el paso del tiempo los *iusprudentes* incluyeron en la expresión la negligencia o culpa¹⁵.

Por tanto, la actividad del sujeto era acorde con el Derecho cuando había una causa de justificación, especialmente, legítima defensa; de hecho, Inst. *eod.*, 2 señala que *Iniuria autem occidere intellegitur, qui nullo iure occidit. Itaque qui latronem occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest* («se considera también mala intención matar cuando quien lo hace no tiene ningún derecho a ello; por consiguiente, quien mata a un ladrón no es responsable cuando no puede escapar del peligro de otro modo»; v. también, entre otros lugares, D. 1,1,3; D. 4,2,12,1).

Con todo, a pesar de la opinión de algunos de los romanistas citados, resulta difícil aceptar que el requisito de mala intención fuese introducido pensando precisamente en las causas de justificación, ya que no se les dedica ningún capítulo en el *Corpus Iuris Civilis*, un trabajo mucho más elaborado que la Ley Aquilia, con gran influencia de la Escuela de Berito, que hizo una construcción del Derecho romano mucho más abstracta; en el *Corpus Iuris*, las causas de justificación están diseminadas aquí y allá.

2. LA TRADICIÓN DEL *IUS COMMUNE* Y SU COROLARIO: EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

Cualquiera que fuera el significado de *iniuria* en Derecho romano, los autores del llamado *Ius Commune* no se preocuparon sobre ese término en la *Lex Aquilia*. Una vez que la negligencia o culpa había sido introducida entre los elementos de la responsabilidad aquiliana, *iniuria*, la intención maliciosa, perdió interés para los juristas¹⁶. P. ej., si nos fijamos en los comentarios de Barto-

¹⁵ ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, reimpr. de la 2.ª edn, Jovene, Napoli (1958), pp. 226 y ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, vol 1, 2. Auf., C.H. Beck, München (1971), § 41, IV, 2, p. 162 (*dolus malus*); PLESCIA (n. 14), p. 272; D'ORS (n. 14), §§ 361 y 374; ZIMMERMANN: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, Oxford (1996), p. 1005. Opiniones diferentes, a veces influidas por el Derecho vigente en cada país, mantienen, p. ej., VALDITARA, *Damnum iniuria datum*, Giappichelli, Torino (1996), p. 33, que opina que «el elemento básico por el que el daño podía ser calificado como *iniuria datum* era la antijuricidad de la conducta, es decir, la ausencia de causas de justificación... Una causa de justificación, probablemente la más antigua, era la legítima defensa, en cuyo fundamento se reconocía incluso una *naturalis ratio*»; v. también CASTRESANA, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, edcs. Univ. Salamanca, Salamanca (2001), pp. 43 y ss.; GUARINO, *Diritto privato romano*, 12.ª edn., Jovene, Napoli (2001), núm. 89.3.3, p. 1001.

¹⁶ Señala CASTRESANA (n. 15), pp. 51 y 52, que «cuando la Jurisprudencia integra el dolo y la culpa como elementos cualificadores de aquella intervención humana que produce el resultado *damnum*, la antijuricidad deja de ser la variable que funda responsabilidad por daños y su lugar lo toma la culpabilidad».

lo (1313-1357) sobre la cuestión, la palabra *iniuria* aparece rara vez, y no existe un tratamiento general del concepto¹⁷.

Y Jacobus Cujacius (Jacques Cujas), dos siglos después (1520-1590), al estudiar la *Lex Aquilia* conforme al llamado *mos gallicus*, ligaba el concepto de *iniuria* con el de *culpa* en sentido amplio, o sea, intención o negligencia: «In ea lege iniuria significat culpa»¹⁸.

Desde el inicio de la Edad Moderna, el Derecho privado en general, o sea, el Derecho romano, comenzó a diferenciarse y tomar su propio camino en cada país. No obstante, el país líder en este movimiento fue Francia, copiado en gran medida por otros tras su Código. Jean Domat (1625-1696) y Robert Pothier (1699-1772)¹⁹, los juristas más importantes de esta época en ese país, consideraban que eran necesarios tres elementos para interponer con éxito una acción de responsabilidad civil: *a*) daño (*damnum*); *b*) intención (*dolus, délict*) o negligencia (*culpa, quasi-délict*); y *c*) una relación de causalidad, aunque sobre este último elemento apenas se hacía hincapié. No obstante, es importante dejar claro que la expresión *culpa* era utilizada en tres sentidos distintos: *a*) como negligencia; *b*) como negligencia y dolo conjuntamente; *c*) o, finalmente, para referirse a la inimputabilidad de los enfermos mentales y los menores.

En conclusión: El concepto de *iniuria* se convirtió en completamente irrelevante. Dolo y culpa era más que suficientes.

3. EDAD MODERNA, DERECHO NATURAL RACIONALISTA Y *USUS MODERNUS PANDECTARUM*²⁰

Los juristas del área germánica siguieron las enseñanzas del *Ius Commune*. Pero con el holandés Hugo Grocio (Huigh de

¹⁷ *In Primam D. Veteris Partem*, Iuntas, Venetiis (1570) fol. 192 vto. y ss. En un rápido repaso se observa que la palabra *iniuria* aparece una sola vez en cuatro folios dedicados a la *Lex Aquilia* (en *lex Liber homo*, D. 9,2,37, *pr.*). En sus comentarios sobre el Código justinianeo no hay una sola referencia al término [*In Primam Codicis Partem*, Iuntas, Venetiis (1570), fol. 119]. De interés sobre este asunto, WINIGER, *La responsabilité aquilienne en droit commun. Damnum Culpa Datum*, Helbing & Lichtenhahn, Genève (2002), *passim*.

¹⁸ *Opera Omnia*, t. VII vel Quarti Operum Postumorum, *Recitationes solemnes*, Pauria, Neapoli (1758), Ad Digestum II, I, col. 90, B.

V. también *Opera ad Pariensensem Fabrotianam editionem*, t. I, Notae in IV Libros Institutionum Storti, Venetiss (1778), IV, III, donde, después de reproducir Inst. 4,3,2 señala: «§ III. Sin embargo, no está sujeto a esta lex el que mata a otro por caso fortuito: esto es, si se encuentra en una situación en la que no hay culpa: ya que no puede encontrarse en peor posición que cualquier otro que solo es responsable por dolo o culpa».

¹⁹ DOMAT: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Le Breton, Paris (1767), III, V, II, pp. 238 y ss.; POTHIER, en Dupin (ed.), *Oeuvres de Pothier*, I (1835), *Traité des obligations*, I, I, § II, núms. 116 y ss., pp. 62 y ss.

²⁰ KAUFMANN, *Rezeption und Usus Modernus der Actio Legis Aquiliae*, Boehlau, Köln (1958), pp. 73 y s. dedica sólo una p. y un parágrafo a la *iniuria*, sin arrojar luz alguna sobre el problema.

Groot, 1583-1645) y el alemán Samuel von Pufendorf (1632-1694) comenzó una nueva era en la filosofía del Derecho continental. La fundamentación de Grocio del Derecho natural simplemente en la razón humana, exista o no Dios, o no se preocupe de los problemas humanos²¹ fue el punto de partida del racionalismo en Derecho. El éxito de su obra fue, además de en los Países Bajos, excepcional en el área de lengua alemana (de hecho, vivió algún tiempo en lo que hoy es Alemania). Y para estos autores, casi todo el Derecho podía ser deducido de ciertos axiomas racionales²².

Aplicando tales ideas al ámbito que nos concierne, igual que existía el axioma «conforme a Derecho», debía existir el axioma «contra Derecho» o *iniuria*, y del mismo podían ser inferidos sus efectos criminales y civiles.

Grocio empleó la palabra *iniuria* en su obra más importante, ya mencionada, pero no trató el asunto que nos interesa²³. A pesar de ello, en su Introducción al Derecho de Holanda dedica algunas páginas a las fuentes de las obligaciones e incluye el delito entre ellas²⁴. Desde su punto de vista, «El delito es un hacer o dejar mantenerse un estado de cosas como estaba, cuando no está autorizado por su propia naturaleza o por una ley»²⁵, y «Del crimen pueden surgir dos obligaciones: por un lado, la pena; por otro, la indemnización del daño». A partir de estas líneas, se ha llegado a afirmar por la doctrina holandesa contemporánea que Grocio ya tenía en mente el concepto de antijuridicidad, que supuestamente fue copiado por Domat y Pothier²⁶.

En cualquier caso, el primer autor en siglos que dedicó algunas líneas al término *iniuria* fue Pufendorf en su trabajo *Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo* (primera edición, 1660)²⁷. En I, XVII, VI se pregunta *Iniuria quid proprie* («¿Qué es propiamente la antijuridicidad?»), respondiendo en el siguiente parágrafo (VII) que *Ad injuriam quoque proprie dictam requiritur, ut ex proaeresi ea processerit*; o sea, «Hablar propiamente de antijuridicidad requiere también que ésta provenga de una libre elección moral». Por tanto, no es antijurídico causar un daño por caso fortuito, añadiendo el autor algunos ejemplos, y

²¹ *De iure belli ac pacis libri tres*, Buon, Parisiis (1625), Prolegomena: «etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana».

²² Es ilustrativo que PUFENDORF (v. n. 27) dedique el segundo libro de su obra a dos axiomas y a las conclusiones que se derivan de ellos.

²³ V., no obstante, libro I, I, núm. 10.

²⁴ Empleó la palabra *misdaet* (holandés actual: *misdaad*), aunque el vigente Código penal holandés prefiere la palabra *misdrijf*. V. *Inleydinge Tot de Hollandtsche Regts-geleertheyt*, Bouman, Amsterdam (1652), III, 32.º, p. 228 (edición original: 1631).

²⁵ Traducción libre. Original: «Misdaet is een doen ofte laten zijnde uit sig selen, ofte door eenige wet ongeoorloft».

²⁶ HARTKAMP/ASSER: *Verbintenissenrecht, Verbintenissen uit de wet*, 12 d., Kluwer, Deventer (2006), pp. 8 y 9.

²⁷ La edición usada aquí es la de J. Meyer, Francofurti et Jenae (1680), pp. 307 a 309.

haciendo finalmente la distinción tradicional del *Ius Commune* entre *culpa lata, levis y levissima*.

Muchos otros filósofos del Derecho pertenecientes a la escuela racionalista siguieron la estela de Pufendorf. Entre ellos merece ser destacado Christian Thomasius (1655-1728), que también afirmaba que «*Iniuria* es lo opuesto al Derecho y la obligación, porque quien usa de su derecho no causa *iniuria* a nadie. Y de la *iniuria*, es decir, del rechazo del Derecho cuando alguien debe actuar de otra manera, surge un acto ilícito contra una justa obligación»²⁸.

El último filósofo del Derecho destacado que se va a mencionar aquí es Christian Wolff (1679-1754), conforme al que «Se llama *iniuria* a la violación del derecho perfecto de otro, de lo que se deduce que es meridianamente claro que la *iniuria* está prohibida y naturalmente va contra el Derecho», y en el siguiente párrafo añade que «*Dañar a otro* es ya infringir su derecho perfecto, ya causarle un acto ilícito; por tanto, *todo daño significa iniuria*»²⁹ (las cursivas son del original).

Por otra parte, los autores del área germánica comenzaron a explicar el Derecho positivo sobre diferentes bases y método. Esto supuso el surgimiento del llamado *Usus Modernus Pandectarum*, cuya principal característica fue «la superación de la llamada “recepción teórica”» (del *Ius Commune*), que mantenía la convicción de que el Derecho romano tenía validez general en el Imperio de la Edad Media como consecuencia de la *translatio imperii*³⁰ (transferencia de la autoridad del Imperio romano al Sagrado Imperio romano, regido por los pueblos germánicos). Ahora las únicas fuentes del Derecho eran la razón humana y el poder del emperador³¹.

Con todo, se puede observar con facilidad que tanto los filósofos del Derecho como los autores centrados en el Derecho positivo, aunque apelaban a la razón natural, tomaron el concepto de antijuridicidad de los textos del Derecho romano. Los escritos del Derecho racionalista ya mencionados están llenos de citas del Derecho romano, el que estos autores conocían muy bien, aunque normalmente no citaban la fuente en sus trabajos. Así, p. ej., en el campo

²⁸ *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, 4.ª ed., Salfeld, Halae & Lipsiae (1748), I, V, § XV, p. 148. Primera edición de 1705.

²⁹ *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Officina Rengeriana, Halae & Magdeburgicae (1768), I, IV, §§ 87 y 88, pp. 43 y ss. Edición original: 1750.

³⁰ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auf., Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen (1967), p. 206.

³¹ V. SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 4. Auf., C.F. Müller, Heidelberg (1982), pp. 53 y ss.

de la responsabilidad civil, Thomasius escribió un pequeño libro titulado *Larva legis aquiliae, detracta actioni de damno dato*³².

Lo dicho anteriormente se confirma echando una ojeada superficial a los autores que trataron el Derecho penal y la responsabilidad civil. Sus exposiciones estaban basadas, por una parte, en la nueva filosofía del Derecho, de manera que, poco a poco, el requisito de la *iniuria* se convirtió en esencial para definir el delito y la acción de daño extracontractual; y, por otra parte, en los textos del Derecho romano.

En estas líneas es imposible tratar esta evolución con detalle. Por ello, haremos un examen rápido de algunos de los autores más importantes, especialmente aquellos que muestran la evolución mencionada más claramente. Además, ha de tenerse en cuenta que a veces el aspecto penal y civil de una acción eran tratados conjuntamente, pues ya en Derecho romano el daño era un delito privado.

Como se ha dicho antes, el punto de partida era las enseñanzas del Derecho Común. Así, antes de que las nuevas ideas se extendiesen, Wolfgang A. Lauterbach (1618-1678) afirmaba, bajo el encabezamiento *De Privatis Delictis*, que «*Delictum* [palabra que aquí incluía delito y daño extracontractual] es un evento voluntariamente admitido *contra* la honestidad y el *Derecho*... Requiere (1) un evento... (2) que es voluntariamente admitido, es decir, intencional o culposo; el caso fortuito está excluido»³³. Igualmente, en su trabajo más amplio *Collegium theoretico-practicum ad quinquaginta Pandectarum libros*, al tratar el concepto de *iniuria*, lo explicaba poniendo entre paréntesis las palabras «dolo» y «culpa»³⁴.

Pero pronto los autores de Derecho penal y de la responsabilidad civil incluyeron la antijuridicidad como un requisito específico y distinto en el delito y en el Derecho de daños. Veamos unos ejemplos:

– Georg A. Struve (1619-1692) escribió que «*Delictum* en general es un evento ilícito en sí cometido voluntariamente contra una ley prohibitiva»³⁵.

³² Salfeld, *Halae & Magdeburdicae* (1730), 39 pp. Existe una reciente traducción al inglés y un comentario adicional por HEWETT/ZIMMERMANN (eds.), *Larva Legis Aquiliae: The Mask of the Aquilia Torn off the Action for damage done*, Hart Publishing, Oxford (2000), 68 pp.

³³ *Compendium iuris*, Tubingae, Francofurti & Lipsiae, J. G. Cottae (1697), XLVII, I, p. 649.

³⁴ *Pars prima*, J. G. Cottae, Tubingae (1707), Ad Legem Aquiliam, II, p. 667: *damnum cum facientis iniuria per injuriosam rei corruptionem (Dolo vel culpa) datur*.

³⁵ *Jurisprudentia Romano-Germanica Forensis*, 4.^a ed., Bircknerum, Jenae (1683), III, XXIII, I, p. 523.

– Para Johann G. Heineccius (1681-1741), «En realidad, el daño causado ilícitamente es cualquier disminución de bienes hecha por un hombre libre sin derecho a realizar tal cosa»³⁶.

– Entre los expertos en Derecho penal destaca Johann S. Böhmer (1702-1772), conforme al que «Los delitos son cualesquiera acciones u omisiones *contra las leyes*, voluntariamente admitidas»³⁷.

Cuando los autores del área germánica empezaron a escribir en su lengua materna, tradujeron el término *iniuria* bien como *Unrecht*³⁸ (literalmente, «no Derecho» o «antiderecho»), bien como *Rechtswidrigkeit* o *Widerrechtlichkeit* («antijuridicidad»), aunque probablemente el término más usado hoy día sea *Rechtswidrigkeit*³⁹. Al final de este proceso, el último autor del *Usus Modernus Pandectarum*, Christian F. Glück (1755-1831) escribió que «El daño puede ser causado por una persona cabal mediante la lesión antijurídica (*widerrechtlich*) en la cosa de un tercero. Tal daño antijurídico (*rechtswidrig*)... es llamado *damnum iniuria datum*⁴⁰.

Entre las legislaciones, la austriaca *Constitutio Criminalis Theresiana*, de 1768, obra influida por Böhmer⁴¹, disponía en su artículo 1, § 1 que «Un delito no es sino un hacer o dejar contrario a la ley» (*gesetzwidrig*); y su artículo 81, § 1 requería en caso de legítima defensa (*Notwehr*) que el ataque fuera contra el Derecho (*widerrechtlich*). La edición oficial de la norma contiene unos resúmenes marginales en latín, y, significativamente, traduce *widerrechtlich* por *injuste*⁴².

Y el *Allgemeines Landrecht* prusiano, de 1794, establecía: «Quien antijurídicamente (*widerrechtlich*) causa daño a otro mediante una conducta voluntaria, comete un delito».

³⁶ *Elementa Iuris Civilis secundum Ordinem Institutionum*, Ianssonio-Waesbergios, Amstelodami (1733), IV, III, § MLXXX, p. 337.

³⁷ *Elementa iurisprudentiae criminalis*, 3.^a ed, reimpr. de la edn. Halle (1743), 1996, I, II, § XXIX, p. 17.

³⁸ Por ejemplo, la traducción hecha por el propio Wolff de su trabajo previamente mencionado [*Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Rengerischen Buchhandlung, Halle im Magdeburgischen (1754), I, II, § 87, p. 54]; y la traducción al alemán de la obra de Pufendorf *De iure naturae et gentium libri octo*, 1672 [*Acht Bücher vom Natur- und Völker-Rechte*, F. Knochen, Frankfurt am Mayn (1711), I, VII, § XIV, p. 217].

³⁹ La estructura de los tres términos está tomada del latín, pero traduciendo la raíz latina *ius -iuris* y el prefijo *in*.

Acerca de la influencia del latín legal en la lengua alemana, v. ELSENER, «Deutsche Rechtssprache und Rezeption. Nebenpfade der Rezeption des gelehrten römisch-kanonischen Rechts im Spätmittelalter», en Gernhuber (ed.), *Tradition und Fortschritt im Recht. Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät* (1977), 47 ff.

⁴⁰ *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, vol. 10, 2, Palm, Erlangen (1808), IX, II, § 698, p. 306.

⁴¹ SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Auf., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen (1965), § 172, p. 173.

⁴² *Constitutio Criminalis Theresiana*, reimpr de la edn. Wien (1769), 1975.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, el mismo *Allgemeines Landrecht* (1. Theil, 6. Titel, § 16) consideraba que «El daño casual procedente de una conducta debe ser satisfecho sólo cuando la conducta misma contradice una ley prohibitiva; o cuando el que actúa se ha colocado mediante un comportamiento ilegal (*gesetzwidrig*) en las circunstancias que han motivado la conducta». Igualmente, Zweiter Theil, 20. Titel, § 517 señalaba que «Cualquiera tiene la autorización de evitar el peligro de un daño contrario a Derecho (*unrechtmässig*) que le amenaza a él, a los suyos, o a sus conciudadanos mediante los medios de ayuda adecuados a la ocasión»⁴³.

4. EL SIGLO XIX Y LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

Por consiguiente, a principios del s. XIX el requisito de la anti-juridicidad en la responsabilidad civil y el uso de los términos *Rechtswidrigkeit* o *Widerrechtlichkeit* (y los correspondientes adjetivos *rechtswidrig* y *widerrechtlich*) estaban ampliamente difundidos entre los autores en lengua alemana⁴⁴. Pero decir que algo es

⁴³ Una evolución mucho más pobre, pero similar, se produjo en España. DE ASSO/DE MANUEL, *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, 4.ª ed., imprenta de Andrés de Sotos, Madrid (1786), p. 238, distinguían entre homicidio casual, determinado y justo; «El homicidio *justo* (cursiva del original) es quando alguno mata á otro con justa razon, como defendiéndose, ó vengando el agravio hecho en su persona, ó bienes en el mismo acto».

A la misma tradición responden los primeros Códigos penales españoles. El artículo 621 del Código de 1822 regulaba la legítima defensa dentro del delito de homicidio, según era costumbre en la doctrina española de la época, disponiendo que «No estará sujeto á pena alguna el homicidio que se cometa en cualquiera de los cuatro casos siguientes: Primero: en el de la necesidad de ejercer la defensa legítima y natural de la propia vida, ó de la de otra persona *contra una agresion injusta*, en el acto mismo del homicidio, cuando no hay otro medio de repelerla. Segundo: en el de rechazar al *agresor injusto* que de noche invade violentamente ó trata de asaltar ó incendiar la casa, habitacion ó heredad, ó rompe puertas, ó escala pared ó cerca. Tercero: en el defender su casa, su familia y su propiedad, contra el saltador, ladrón ú otro *agresor injusto*, que abierta y violentamente trata de robar, incendiar, invadir, ó hacer algun daño á las personas, aunque sea de dia, siempre que no haya otro medio de impedirlo. Cuarto: en el defender la libertad propia ó la de otra persona *contra el que injusta y violentamente trata de quitársela...*». Por su parte, el Código de 1848, de una manera más sistemática, recogió la legítima defensa en la parte general, e incluyó el requisito de que la agresión al defensor fuese «ilegítima» (art. 8.4.º, Primera). Sin embargo, la necesidad de la agresión injusta no llevó al desarrollo doctrinal que provocó en Alemania.

⁴⁴ Una aclaración sobre la terminología en castellano. El término que, desde el punto de vista etimológico, mejor traduciría «*Rechtswidrigkeit*» sería «injuria», hasta tal punto que la palabra alemana surgió para traducir el «iniuria» latino. Sin embargo, injuria ha adquirido un significado muy particular en castellano que desaconseja su uso.

Las palabras clásicas castellanas para designar estas situaciones han sido siempre «ilícito» e «ilicitud», mientras que «antijuridicidad» es un neologismo doctrinal reciente. En nuestro idioma, tradicionalmente, lo jurídico ha sido lo referido al Derecho, no lo conforme al Derecho (ej., problema jurídico, estudios jurídicos, etc.). Además, está compuesta de muchas sílabas, lo que es bastante corriente en alemán, pero no en castellano; por ello, se la ha calificado de «feo trabalenguas» [JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, IV,

antijurídico es una afirmación puramente formal –contrario al Derecho– que requiere un contenido material, y ese era precisamente su principal fallo.

Durante el siglo XIX, e incluso antes, los penalistas germánicos tuvieron especial importancia en el desarrollo del término antijuridicidad, sobre todo por el tratamiento de la legítima defensa, pues la doctrina alemana, basada en los comentaristas del Derecho Común⁴⁵, exigía que el ataque que justificaba aquélla fuera antijurídico, que existiera una *iniusta aggressio* u *offensio*⁴⁶; la razón era explicar que no era posible la legítima defensa frente a ataques justificados de la policía, o del propietario que rechazaba un intruso en su finca.

Además, los penalistas intentaron durante todo el siglo XIX estructurar el delito conforme a los principios del racionalismo y, luego, del positivismo. Este estudio sistemático supuso que hacia la mitad de siglo los elementos del delito estuvieran claramente fijados⁴⁷: acción (incluida la causalidad, que ahora se estudiaba de forma profunda), antijuridicidad y culpa (en sentido amplio) aunque la doctrina suele tener por el más importante exponente de esta tendencia a von Liszt⁴⁸. El delito, pues, tenía una parte objetiva –el hecho en sí– y una subjetiva –la intención del autor–⁴⁹. La doctrina actual suele explicar esta división por el positivismo de los autores y su deseo de acomodarse al método de las ciencias naturales⁵⁰. Con todo, no todo se explica por esa razón, sino que también se

2.ª parte, 2.ª ed., Losada, Buenos Aires (1961)], que propuso luego el término «antijuricidad», que es el que utilizan algunos autores, como MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia (2010), pp. 300 y ss.; o PANTALEÓN, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid (1993), artículo 1902, p. 1993].

⁴⁵ En los escritos romanos no existía un apartado dedicado a la legítima defensa, sino diferentes expresiones y ejemplos aquí y allá. V., p. ej., D. 9,2,45,4; D. 43,16,1,27; C. 8,4,1. Por otra parte, el Derecho Común influyó profundamente en la alemana *Constitutio Criminalis Carolina* (1533).

⁴⁶ BÖHMER (n. 37), II, XVI, § CCVI, p. 416.

⁴⁷ P. ej., REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian*, Leipzig (1844), reprod. facsímil por Scientia Verlag, Aalen, 1962.

En este proceso es de especial relevancia la obra de FEUERBACH (1775-1833) *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5. Auf. (1822) que fue el manual de Derecho penal más empleado durante la primera mitad del siglo y tuvo gran influencia sobre el Código Penal de Baviera, de 1813. Consideraba que el delito requería «La carencia de causa jurídica que la determine (la acción), porque una acción que está determinada por un motivo jurídico es adecuada a Derecho» (§ 32, p. 33).

⁴⁸ *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 10. Auf. (1900); considera ya que el «Delito es el acto culpable contrario a Derecho (*rechtswidrig*)» (§ 26, p. 120).

⁴⁹ Igual, MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Deichert, Leipzig (1888), §§ 23-27 («La voluntad o parte subjetiva del delito») y §§ 28-32 («El hecho o parte objetiva del delito»).

⁵⁰ Así, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 4. Auf., Beck, München (2006), § 7, núm. 20; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin (1973), p. 12. En Italia, CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Cedam, Padova (1966), pp. 48 y ss.

debe a una primera intuición muy común en cualquiera. Ya en la doctrina penal del Derecho Común era corriente distinguir entre *imputatio facti e imputatio iuris*⁵¹, y todavía en la doctrina anglosajona se distingue entre *actus reus* –aspecto objetivo– y *mens rea* –aspecto subjetivo–.

La función del juicio de antijuridicidad era reconocer una serie de causas que justificaban la acción aparentemente criminal, y así se suele considerar por la mayoría aún hoy. A estos elementos añadió finalmente Beling⁵² la tipicidad.

Desde el punto de vista civil, la evolución legislativa acaba provisionalmente con el Código Civil alemán, de 1896. Los §§ 226 a 228 regulan con detenimiento la legítima defensa, el estado de necesidad y la autoayuda (*Selbsthilfe*); para la legítima defensa se requiere que el ataque sea antijurídico (*rechtswidrig*).

En materia de responsabilidad extracontractual, el § 823.1 dispone que «Quien dolosa o negligentemente daña de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho especial de otro, está obligado a indemnizarle el daño causado». Aunque se ha escrito mucho sobre ello, y hay muy diversas opiniones, desde nuestro punto de vista, la inserción de la antijuridicidad se debe al respeto a la tradición y al deseo filosófico de reafirmar que el acto que daba lugar a responsabilidad civil debía ser contrario a Derecho.

En el ámbito penal, el § 32 del Código penal alemán dispone que «(1) Quien comete un hecho que está permitido por legítima defensa, no actúa antijurídicamente. (2) Legítima defensa es la defensa que es necesaria para evitar para sí o para otro un ataque actual antijurídico».

III. CONTENIDO DEL JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD

1. ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA O DEL RESULTADO

Ya se ha dicho previamente que decir que antijuridicidad significa contra el Derecho es una afirmación puramente formal. Para llegar a la clave de la cuestión es necesario darle un contenido a esa afirmación.

⁵¹ V. SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA: «La teoría del delito en la obra de Manuel de Lardizábal», en *Estudios de Derecho penal y criminología. En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, II, Madrid (1989), pp. 345 y ss.

⁵² *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr, Tübingen (1906).

Antijuridicidad es un concepto que, en el fondo, constituye un problema de filosofía del Derecho y que, en cualquier caso, puede tener significados muy diferentes. Veamos algunos tomados sólo del Derecho privado.

En muchos países, el causante ha de dejar parte de sus bienes a determinados parientes; para calcular la cuota de cada pariente se tienen normalmente en cuenta las liberalidades *inter vivos*. Imaginemos ahora que una persona de buena posición económica realiza diversas donaciones, pensando que le quedan bienes suficientes para respetar la legítima. Con posterioridad, debido a una crisis económica, viene a una mala situación, de modo que lo dejado a su muerte no cubre la legítima si sumamos el valor de las donaciones. Podríamos decir que el testamento o las donaciones son ilícitas o antijurídicas, pero, desde luego, en un sentido muy distinto de aquél en el que lo hacemos en el Derecho de daños.

Igualmente, podríamos considerar que la posesión de buena fe es una situación ilegal, pero este es más bien un problema de enriquecimiento injusto.

Dentro del ámbito de la responsabilidad civil, lo que se discute fervientemente es si el requisito de la antijuridicidad se refiere a la conducta del agente o al resultado, es decir, al daño.

La doctrina alemana suele fijar el punto de partida fundamental de este debate en la discusión entre un penalista de la segunda mitad del XIX, Adolf Merkel, y Jhering. El debate tiene como trasfondo las distintas concepciones que de la antijuridicidad se iban desarrollando entre los penalistas decimonónicos, y la clasificación de Hegel sobre los distintos tipos de actos contrarios a Derecho.

Siguiendo su famoso esquema dialéctico, piensa Hegel (1770-1831) que «el que una existencia en general sea *existencia* de la *voluntad libre*, es el *Derecho*. Es, por tanto, en general la libertad como idea» (§ 29; tesis); tal libertad se afirma especialmente mediante la propiedad (§ 41) y el contrato (§ 72). Pero si la voluntad particular se opone a la libertad universal nos encontramos ante la antijuridicidad (§ 82; antítesis). Finalmente, el Derecho se reafirma mediante la negación de esa negación, es decir, mediante la pena o la responsabilidad civil (síntesis; § 97: «La infracción acaecida del Derecho como Derecho es, ciertamente, una *existencia positiva*, exterior, pero que *en sí* es nula. La *manifestación* de su nulidad es el aniquilamiento de aquella infracción, que asimismo aparece en la

existencia; la realización del Derecho como su necesidad en sí –*sich mit sich*– interviniente mediante la eliminación de su infracción»⁵³.

En el ámbito de la ilicitud (*Unrecht*), distingue el filósofo idealista entre ilicitud inintencionada (*unbefangen*), fraude (*Betrug*) y delito (*Verbrechen*; § 83). En la primera, propia del Derecho civil, el sujeto no se oponía al Derecho en sí, sino que su voluntad particular creía estar haciendo el Derecho; pone como ejemplo el caso de que dos disputen ante los tribunales por la propiedad creyendo ambos que son propietarios (§§ 84 a 86).

El engaño supone una voluntad particular contraria a la general, pero haciendo creer a la otra parte que su voluntad particular estaba conforme con la general (§§ 87 a 89)⁵⁴.

Finalmente, el delito constituye una voluntad particular que con plena violencia se dirige contra la voluntad general y la particular de otro individuo, y es el auténtico ilícito (§§ 90 y ss.; especialmente § 95); parece, por tanto, que el acto doloso sólo pertenece a la esfera del Derecho penal, y así lo interpretaron bastantes de los penalistas hegelianos⁵⁵.

Pues bien, en 1867, Merkel (1836-1896), con la finalidad de fijar lo que él considera como antijurídico, analiza la postura anterior, rechazándola: «Cuando contraponemos la antijuridicidad civil con la penal, no debemos pensar en una graduación de comportamientos antijurídicos –pues muchas infracciones jurídicas, como, p. ej., la mayoría de los perjuicios patrimoniales, se presentan como ilícito civil y penal– sino en principio en una diferenciación de las consecuencias jurídicas de la antijuridicidad, o lo que es lo mismo, en distintos aspectos de la responsabilidad jurídica que puede fundarse en comportamientos antijurídicos»⁵⁶.

A su juicio, toda antijuridicidad comprende dos aspectos: a) una infracción de la voluntad general objetivada en el Derecho; b) la imputabilidad. «El Derecho se puede definir como un conjunto de mandatos y prohibiciones de carácter jurídico; la antijuridicidad, pues, como una infracción de tales mandatos y prohibiciones. Pero estos mandatos se dirigen a la voluntad del ser humano imputable... Por tanto, la infracción del Derecho corresponde a una infracción del deber por el infractor. Pero solo existen deberes para

⁵³ *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, mit Hegels eigenhändigen Randbemerkungen in seinem Handexemplar der Rechtsphilosophie, Berlin (1821); herausg. von Johannes Hoffmeister, Verlag Felix Meiner, Hamburg, 1955.

⁵⁴ El papel de este engaño como algo distinto del ilícito civil nunca ha estado claro para nadie, ni siquiera para los primeros hegelianos, que optaron por incluirlo dentro del delito.

⁵⁵ Recogidos detalladamente por MERKEL: pp. 6 y ss. (v. nota siguiente).

⁵⁶ «Von dem Verhältnisse des strafbaren Unrechts zum Zivilunrechte», en *Kriminalistische Abhandlungen*, I, Leipzig (1867), reprod. facsímil Glashütten im Taunus, 1971, p. 1.

los seres humanos imputables y se miden según sus capacidades. No hay ningún deber de realizar lo imposible para el hombre, de prever y evitar lo inevitable. En consecuencia, no puede haber una infracción jurídica en ese no prever y no evitar».

Evidentemente, la acción de un inimputable perjudica bienes protegidos por el Derecho, pero su valoración tiene que ser exactamente igual que la de los acontecimientos naturales; de lo contrario, «también tendríamos que considerar el viento y la tormenta como sujetos de la antijuridicidad»⁵⁷. Lo anterior, con todo, no implica que no podamos acudir a la legítima defensa u otras acciones para el mantenimiento de estados conforme a Derecho (p. ej., el propietario frente al poseedor de buena fe), porque la posibilidad de estas actuaciones no depende de la culpa ajena⁵⁸.

Unos meses después del mismo año, responde Jhering (1812-1892) a lo anterior en una obrita titulada *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* («El momento de la culpa en el Derecho privado romano»)⁵⁹: «Cualquiera siente la diferencia entre la pretensión del propietario contra el tercero poseedor de buena fe de su cosa y la del robado contra el ladrón. En aquel caso se trata simplemente de la existencia del derecho discutido, sin que el demandante necesite añadir el reproche de una ofensa jurídica consciente y culpable... con otras palabras, el momento de la culpa subjetiva es irrelevante para esta pretensión, que tiene simplemente por objeto la falta de conformidad a Derecho de un estado de cosas en la persona del demandado. Por el contrario, la demanda contra el ladrón descansa esencialmente sobre el reproche de la ofensa jurídica, es decir, infracción consciente y voluntaria de nuestro derecho; el momento de la culpa subjetiva es aquí indispensable, no hay robo sin intención.

En ambos casos se trata de la efectividad del derecho del demandante; por tanto, la sentencia que lo reconoce y lo restablece pone fin a una antijuridicidad en la persona del contradictor, y a mis ojos no existe duda fundada de que en ambos casos se puede hablar de una antijuridicidad (*Unrecht*), para la que se recomienda en un caso la denominación de antijuridicidad objetiva, y para el otro de subjetiva»⁶⁰.

⁵⁷ P. 47.

⁵⁸ P. 50.

⁵⁹ *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht* (1867), recogido luego en *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879 (por donde se cita).

⁶⁰ Pg. 159. Jhering añade algunos otros casos de distinción entre injusto objetivo y subjetivo, tomados especialmente del Derecho procesal.

Por otra parte, el autor se remite en nota a la opinión de HEGEL en su *Philosophie des Rechts*. Es sintomático que el ejemplo que emplea para referirse al injusto civil sea precisamente la disputa sobre la propiedad de una cosa (§§ 84 y 85). De cualquier modo, la doctrina actual discute si, en verdad, la concepción de Jhering sigue la de Hegel.

El debate continúa hoy, aunque la doctrina penal alemana defiende casi unánimemente que la antijuridicidad se refiere a la conducta⁶¹. Por el contrario, los civilistas están divididos, pero la mayoría mantiene la opinión de que la antijuridicidad se refiere al daño, al resultado, pues la antijuridicidad de la conducta no cuadra con la redacción del § 823 BGB, ya que ese punto de vista tiene que incluir el dolo y la negligencia –que ya aparecen mencionados en el precepto– en la antijuridicidad. Además, reduce las posibilidades de defensa de la persona que puede ser dañada: frente a una conducta diligente sería imposible la legítima defensa o una acción negatoria o de omisión (*Unterlassungsanspruch*; § 1004 BGB, que regula la llamada pretensión de omisión, en virtud de la cual el propietario puede exigir la omisión de cualquier actividad que perturbe su derecho, con independencia de la negligencia o diligencia de la conducta del agente). En la doctrina latina se han asimilado al caso del BGB los llamados interdictos de obra nueva y obra ruinosas, que –se dice– tampoco dependen propiamente de la diligencia o negligencia del demandado⁶²; por el contrario, cuando el propietario puede reclamar la omisión de una conducta o la modificación de cierta situación, el resultado de la conducta, la situación, es siempre antijurídica⁶³.

⁶¹ BAUMANN/WEBER/MITSCH: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 11. Auf., Gieseking, Bielefeld (2003), § 16, núm. 11; KÜHL: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Auf., Vahlen, München (1997), § 3, pp. 3 y ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtlehre*, 5. Auf., Gruyter, Berlin-New York (1996), § 8, 217 y ss.; ROXIN (n. 50), § 10, núms. 88 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LECKNER, *Strafgesetzbuch*, 26. Auf., Beck, München (2001), Vorbem §§ 13 ff., núm. 49; STRATENWERTH/KUHLEN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6. Auf., Vahlen, München (2011), § 7, núms. 14 y 21 (pero sólo para el ilícito penal); ZIELINSKI: (n. 50), *passim*.

También dominante en España, aunque en menor medida: LANDECHO/MOLINA: *Derecho penal español, Parte General*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid (2010), p. 246; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, J. M. Bosch, Barcelona (2001), *passim*.

Otros autores, con ánimo conciliador, consideran que en todo delito existe una antijuridicidad del daño y una antijuridicidad de la conducta: MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8.ª ed., Reppertor, Barcelona (2008), pp. 165 y 166; MUÑOZ CONDE (n. 44), pp. 303 a 305; KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5. Auf., Nomos, Baden-Baden (2011), núm. 7; WESSELS/BEULKE: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 41. Auf., C.F. Müller, Heidelberg (2011), núm. 15. Sin embargo, esta postura tiene que explicar entonces para qué sirve la tipicidad y por qué se califica de antijurídicas a dos cosas distintas.

⁶² CIAN (n. 50), p. 114.

⁶³ P. ej., GRUNDMANN, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Beck, München (2007), § 276, núm. 19; KATZENMEIER, *Anwaltskommentar BGB*, Deutscher Anwaltverlag, Bonn (2005), § 823, núm. 99; WAGNER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (2004), § 823, núms. 12 y ss.

Este punto de vista tiene su base en la redacción del § 1004 BGB en relación con el § 904. El primero dispone que «(1) Si la propiedad es perjudicada de modo distinto a la privación o retención de la posesión, el propietario puede exigir del perturbador la eliminación del perjuicio.... (2) La pretensión está excluida cuando el propietario está obligado a soportarla». Por su parte, el § 904 establece que «El propietario de una cosa no está autorizado a prohibir la influencia de un tercero sobre la cosa, cuando la influencia es necesaria para evitar un peligro y el daño amenazante es comparativamente mucho mayor. *El propietario puede exigir indemnización de los daños que se le hayan causados*».

En segundo lugar, los autores germanos⁶⁴ se basan también en el equivalente al artículo 32 de nuestra Ley de Competencia Desleal, que no hace depender las acciones declarativa, de cesación, de remoción de los efectos y de rectificación del dolo o negligencia del agente. Éstos sólo son necesarios para que se de lugar a una indemnización de daños y perjuicios (art. 32.5.^a LCD). De ello se derivaría que las primeras acciones citadas dependerían exclusivamente de la antijuridicidad objetiva del acto, independientemente de la actitud del agente.

Una opción intermedia, que proviene de von Caemmerer⁶⁵, distingue la antijuridicidad del resultado para los casos típicos del § 823.I BGB, que provoca lo que llaman daños inmediatos, y la antijuridicidad de la conducta, que provoca los llamados daños mediatos, que son los ocasionados mediante la infracción de las llamadas normas de protección de una ley que no protege los daños considerados típicos (§ 823.II BGB)⁶⁶. La ventaja de esta diferencia es que permite ejercitar la acción negatoria o de omisión en los casos típicos del § 823.I independientemente de la actitud del agente.

En otros países en que se ha planteado la cuestión de la antijuridicidad, la doctrina y la jurisprudencia siguen el modelo alemán sólo en cierta medida.

Empezando por los países cuyos Códigos civiles requieren antijuridicidad, pero cuyos redactores no se plantearon detenidamente el problema de su significado, en Austria el punto de vista del autor más importante en esta materia es que la antijuridicidad se refiere a la conducta porque «antijuridicidad no significa sino la valoración de que hay una infracción de una norma. Y solo los seres humanos pueden actuar contra las normas legales, en la medida en que ellos son los únicos destinatarios de las normas»⁶⁷.

En Suiza la actitud preponderante parece ser que la antijuridicidad se refiere al daño, aunque el asunto es muy discutido y las conclusio-

La antijuridicidad de la conducta es defendida especialmente por doctrina relativamente antigua, p. ej., por NIPPERDEY, «Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht», *NJW* (1957), II, pp. 1777 y ss., especialmente p. 1778; ZIPPELIUS: «Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg», *AcP*, t. 157 (1958/59) pp. 390 y ss.; MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolg al Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Klostermann, Frankfurt a. M. (1966), *passim*.

⁶⁴ DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Auf. Carl Heymanns, Köln-Berlin, etc. (1996), pp. 203 y 204.

⁶⁵ «Wandlungen des Deliktsrecht», en *Gesammelte Schriften*, I, Mohr Siebeck, Tübingen (1968), recogido especialmente en pp. 543 y ss. A su vez, se apoya para ello en la opinión de VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 2, Duncker & Humblot, München y Leipzig (1918), § 88, VI, pp. 476 y ss.

⁶⁶ Así, entre otros, LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 5 Auf., Vahlen, München (2010), núm. 1241; LÖWISCH, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Sellier/de Gruyter (2004) § 276, núm. 12; MEDICUS/LORENZ: *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 15. Auf., Beck, München (2010), núm. 1175.

⁶⁷ KOZIOL, *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, J. Sramek, Wien (2010), par. 6/3, p. 172.

nes un tanto confusas⁶⁸. Así, p. ej., el Tribunal Supremo Federal ha afirmado que «Por tanto, la causación de un daño es antijurídica cuando infringe un deber legal ya porque un derecho absoluto es violado (antijuridicidad del resultado), ya porque se ha provocado un daño puramente económico mediante la violación de una particular norma de protección (antijuridicidad de la conducta). Antijuridicidad significa una objetiva violación de una norma, y no se da cuando hay una causa de justificación» (23 de noviembre de 1990, BGE 116, Ib, 367; similar, 18 de marzo de 1993 BGE 119, II, 127).

En Holanda, el último país de Europa occidental que ha incluido la antijuridicidad en su legislación, los redactores se enfrentaron directamente al problema antes de la promulgación de libro 6 del Código civil, y la estimación general es que «Sólo una conducta inadecuada es antijurídica y puede dar lugar a responsabilidad conforme al artículo 6:162»⁶⁹, haciéndose hincapié en que la opinión contraria «llevaría al absurdo de que todas las lesiones y daños en las cosas fueran antijurídicos»⁷⁰.

Por el contrario, en Portugal, sin duda alguna, el término *ilícitamente* fue incluido pensando en el resultado, ya que el legislador

⁶⁸ Los autores utilizan aquí una terminología distinta, distinguiendo entre antijuridicidad objetiva (resultado) y subjetiva (conducta). La primera es mantenida, p. ej., por HONSELL: *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 4. Auf., Schulthess, Zürich (2005), § 5, núms. 1 y ss., que considera el daño siempre antijurídico excepto cuando existe una causa de justificación; el mismo punto de vista es compartido por OPTINGER/STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol I, 5. Auf., Schulthess, Zürich (1995), § 4, núm. 9, y WERRO: *La responsabilité civile*, Schulthess, Zürich (2005), núms. 291 y 326. La opinión contraria es defendida por SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Auf., Stämpfli, Bern (2003), par. 50.04, p. 305, con los argumentos de que tiene la ventaja de que protege no solo los derechos de propiedad, sino también el daño puramente económico, y que hace posible establecer un límite a la responsabilidad mediante la introducción de determinados deberes de cuidado; similares, BREHM: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Das Obligationenrecht*, vol. VI, 1; 3, 1, 2. Auf., Stämpfli, Bern (1998), artículo 41, núm. 33, pp. 18 y ss.; WIDMER, «Function and Relevance under Swiss Law», in Koziol (n. 5), 116, apelando así mismo a la estructura semántica del artículo 41 OR en comparación con el Código civil italiano; STÖCKLI, «Notizen zur Widerrechtlichkeit», en Niggli/Hurtado/Queloz (eds.), *Festschrift für Franz Riklin*, Schulthess, Zürich (2007), pp. 227 y ss., arguyendo que el problema del daño puramente económico no fuerza a aceptar una concepción objetiva de la antijuridicidad. Dubitativo, SCHNYDER, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht*, I, 3. Auf., Helbing & Lichtenhahn, Basel (2003) artículo 41, núms 30 y ss, pp. 329 y s.

⁶⁹ KORTMANN, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, Kluwer, Deventer (2006), p. 22. Fue igualmente la intención de los redactores del Libro de Obligaciones, quienes dejaron escrito que «En el proyecto, como en el existente Código holandés de 1838, la antijuridicidad es considerada una calificación de la conducta» [*The Netherlands Civil Code. Book 6, The Law of Obligations, Draft text and commentary*, Netherlands Ministry of Justice (1977), 6.3.1, p. 378].

⁷⁰ ASSER/MIJNSSEN/VAN DAM/VAN VELTEN, *Goederenrecht. Zakelijke recht*, 14 d., Kluwer, Deventer (2002), pp. 37 y ss. En el mismo sentido, JANSEN, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, 2 d., Kluwer, Deventer (2009), núm. 12, p. 23; SCHUT: *Onrechtmatige daad*, Kluwer, Deventer (1997), p. 58; VAN WORKUM/ARETS, *Arrestenbundel HBO Rechten*, Kluwer, Deventer (2007), NJ 1996, 403, p. 788. Dubitativo y crítico, SPIER, «Wrongfulness in the Dutch Context», en Koziol (n. 5), pp. 87 y ss.

pretendió proteger sólo ciertos bienes mediante la responsabilidad extracontractual⁷¹. Pero según la doctrina actual su sentido es referirse al comportamiento del sujeto, basándose en la razón que «si el agente actuó conforme a las reglas del tráfico, parece incorrecto considerar presente la ilicitud (incluso en el caso de que no haya ninguna causa de justificación) simplemente porque el comportamiento llevó al resultado, como en el ejemplo del conductor de un tren que, conduciendo correctamente, mata a un suicida que se arroja a las vías férreas»⁷².

Partiendo de una perspectiva completamente distinta, los redactores del *Codice civile*, al elaborar el artículo 2043, que requiere un *danno ingiusto*, estaban pensando en las causas de justificación; esto resulta absolutamente claro cuando se lee la *Relazione del Guardasigilli*⁷³. Sin embargo, el problema de la antijuridicidad ha cambiado hoy día en Italia, y su estudio se refiere a qué clase de daños pueden desencadenar responsabilidad⁷⁴.

2. ESPECIAL ANÁLISIS DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIAS ESPAÑOLAS

Si bien durante un largo período nuestra doctrina ha aceptado sin demasiados problemas el requisito de la ilicitud o antijuridici-

⁷¹ Esto queda corroborado si se lee a ANTUNES VARELA, *Rasgos innovadores del Código civil portugués de 1966 en materia de responsabilidad civil*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid (1971), pp. 32 a 35. João de Matos Antunes Varela (1919-2005) fue Ministro de Justicia desde 1954 a 1967 y el principal promotor del nuevo Código Civil portugués, tomando parte activa en el proyecto de Código. Todavía a favor de la ilicitud del resultado, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra (2001), pp. 513 y ss.

⁷² TELES DE MENEZES LEITÃO: *Direito das Obrigações*, I, Almedina, Coimbra (2000), pp. 257 y ss.

⁷³ En ella se dice literalmente que con la *ingiustizia* del daño «se deja más claro que en la norma del Código civil de 1865 que culpa y antijuridicidad son conceptos diferentes; y, por tanto, se requiere que el acto o la omisión, para ser fuente de responsabilidad, debe ser doloso o culposo, esto es, imputable, y debe ser llevado a cabo mediante un daño a la esfera jurídica de otro. No habrá responsabilidad cuando el daño es causado en legítima defensa porque quien actúa en tal situación tiene el poder de defender su propio derecho frente al agresor; el daño causado en tal situación no puede ser calificado de injusto. En otras palabras, hay antijuridicidad cuando se lesiona, sin justificación, la esfera de otro». Citado siguiendo a ALPA, «Danno ingiusto e ruolo della colpa. Un profilo storico», *Rivista di diritto civile*, 36-II (1990), p. 154.

⁷⁴ CIAN/TRABUCCHI, *Comentario breve al Codice civile*, Cedam, Padova (1981), artículo 2043, pp. 865 y ss.; BUSNELLI/COMMANDÉ, «Wrongfulness in the Italian Legal System», en Koziol (n. 5), pp. 70 y ss.; INZITARI/PICCININI, *La responsabilità civile. Casi e materiali*, Giappichelli, Torino (2009), pp. 3 y ss. El cambio se debe sobre todo al accidente aéreo que sufrió el equipo del fútbol Torino el 4 de mayo de 1949, que produjo la muerte de varios de sus jugadores y el consiguiente perjuicio para el club (sentencia de la *Corte de Cassazione* 4 de julio de 1953; *Foro italiano*, 1953, I, pp. 1087 y ss.); hasta ese momento la acción de responsabilidad civil debía tener por objeto la indemnización por daños causados a derechos reales, no a los derechos de crédito. Además, el mismo club sufrió la muerte de uno de sus jugadores en un accidente automovilístico, lo que planteó de nuevo el mismo problema [sentencia de la *Corte de Cassazione* 29 de marzo de 1978; *Foro italiano* (1978), pp. 833 y ss.].

dad como presupuesto de la responsabilidad civil, nunca ha habido acuerdo sobre en qué consiste esta antijuridicidad, y últimamente se rechaza incluso que exista tal requisito.

A) Posturas afirmativas en la doctrina

Como ya se ha dicho, la doctrina suele defender la existencia de este presupuesto, que, para ella, consiste precisamente en la producción de un daño a un bien protegido por el ordenamiento.

Así, Albaladejo incluye entre los requisitos de la responsabilidad civil que el acto «sea *objetivamente antijurídico, ilícito* (en cursiva en el original), es decir, que choque con una norma que proteja el bien dañado. Requisito éste no exigido explícitamente en la ley, pero presupuesto por la misma, al requerir que el acto sea culpable, pues la culpabilidad consiste en que sea imputable y haya sido realizado consciente y voluntariamente un acto *ilícito*. No hay antijuridicidad o ilicitud principalmente cuando se obra en uso de un derecho... por legítima defensa o consentimiento del perjudicado»⁷⁵.

En tono parecido, Lacruz opina que la obligación de reparar «nace de un número ilimitado de conductas atípicas que vulneran una regla tan general como la que ordena *alterum non laedere*...: a falta de tipicidad, todo daño irrogado a una persona en sus sentimientos, en su cuerpo o en sus bienes jurídicos... ha de ser reparado mientras el agente no proceda en el ejercicio regular y no abusivo de un derecho (y todavía con la debida diligencia) o medie una causa de justificación... La antijuridicidad, entonces, se manifiesta de forma negativa: la juridicidad del acto o la presencia de una causa de justificación pueden, aun habiendo daño, excluir la responsabilidad... Si negásemos su [de la regla *alterum non laedere*] presencia en el trasfondo del ordenamiento, habríamos de aceptar esta otra regla: “es lícito causar cualquier daño a otro, salvo si una regla prohíbe ese daño concreto”»⁷⁶.

⁷⁵ *Derecho civil*, II, 11.ª ed., con la colaboración de Reglero Campos, Bosch, Barcelona (2002), p. 931. Siguen la misma línea LASARTE: *Principios de Derecho civil*, II, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid (2011), pp. 298; y DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por personas en las que concurre causa de incapacitación*, Tirant lo Blanch, Valencia (2003), p. 76.

Sin embargo, ALBALADEJO cambia aparentemente de opinión en la 14.ª ed., Edisofer, Madrid (2011), p. 926, donde señala como tercer requisito de la responsabilidad civil «Que choque con una norma que proteja el bien dañado, es decir que sea *objetivamente antijurídico, ilícito o culpable*, en sentido amplio, o sea, atribuible bien a culpa en sentido estricto (negligencia), bien a dolo del agente (es decir, imputable a éste a título de culpa o dolo)».

⁷⁶ *Elementos de Derecho civil*, II, 1.º, 2.ª ed., J. M. Bosch, Barcelona (1985), p. 502, texto y nota 2. V. también MARTÍN-CASALS/SOLÉ FELIU, «Fault under Spanish Law», en Widmer (ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, Kluwer (2005), pp. 239 y 240.

Con todo, el autor que forma más contundente y extensa ha defendido la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil ha sido Busto Lago⁷⁷, para lo que se basa en distintos argumentos:

– Por un lado, es conforme con los antecedentes históricos. Ya la ley Aquilia exigía un *damnum iniuria datum*, e *Iniuriam hic accipimus quod non iure factum est, hoc est contra ius*. Por otra parte, tanto en el proyecto de Código Civil de 1836 y como en el de 1851 había ciertas referencias literales a que los delitos eran acciones ilícitas o prohibidas por la ley, aunque la ilicitud no aparecía expresamente citada en los artículos equivalentes al actual artículo 1902⁷⁸.

– El tenor literal del artículo 1089 CC, que dispone que «Las obligaciones nacen... de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia». El autor considera que la primera conjunción «o» no tiene aquí carácter disyuntivo sino valorativo o explicativo⁷⁹.

– «La antijuridicidad es, precisamente, el factor de discriminación que delimita el ámbito de los daños civilmente resarcibles a través del mecanismo de la responsabilidad civil extracontractual. La respuesta a por qué el paseante carece de acción en relación con los daños ambientales, reside en el hecho de que su interés lesionado no se halla jurídicamente protegido y, por tanto, careciendo estos daños –causados al paseante– de la nota de la antijuridicidad no devienen resarcibles frente, *v. gr.*, al titular de un inmueble cuya fachada manchada por la contaminación producida por la misma fábrica que sí puede reclamar la indemnización de estos daños y perjuicios. Es precisamente el hecho de que se trate de la lesión de derechos o intereses legítimos jurídicamente protegidos –lesión *contra ius*– no justificada –*non iure*– lo que va a discriminar frente a otros daños... no resarcibles. Es, por tanto, el presupuesto de la antijuridicidad el elemento delimitador de los daños resarcibles a través del mecanismo de la responsabilidad civil extracontractual. Criterio o presupuesto que, a nuestro juicio, no ve alterada su función por el hecho de que la ilicitud se integre en el propio concepto de “daño” que se utilice a efectos de la responsabilidad civil extracontractual, pues siempre serán elementos diferenciables»⁸⁰.

⁷⁷ *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid (1998), especialmente pp. 175 y ss.

⁷⁸ Pp. 180 a 184.

⁷⁹ Pp. 184 y 185.

⁸⁰ Pp. 187 y 188. *Cf.* BUSTOS PUECHE, «La antijuridicidad, presupuesto de la responsabilidad extracontractual», *La Ley*, 22 de septiembre de 2004, Ref. D-188, p. 3, que dice que «sólo puede hablarse de acto ilícito cuando se ofende un bien jurídico protegido por la norma que se infringe».

– La existencia en nuestro ordenamiento de daños no antijurídicos que producen efectos jurídicos distintos de la responsabilidad civil. Así sucede especialmente con las causas de exclusión de la antijuridicidad, como la legítima defensa.

B) Posturas negativas en la doctrina

En 1981 el profesor Pantaleón defendió una tesis doctoral, inédita, donde consideró inútil la categoría ilicitud en nuestro Derecho de daños. Su postura fue reproducida por Lacruz Berdejo en su obra arriba citada, y desde entonces va ganando continuamente adeptos.

Parte aquel autor de dos presupuestos básicos: nuestro sistema de responsabilidad extracontractual no es típico sino de cláusula general; el artículo 1902 no exige siquiera, para dar lugar a la indemnización, la lesión de un derecho subjetivo u otra situación jurídica del dañado. «Desde las premisas anteriores, es evidente que en nuestro Derecho es imposible afirmar a la vez que la responsabilidad extracontractual exige la antijuridicidad de la conducta del dañante, y que dicha antijuridicidad consiste en la violación de la norma primaria (el art. 1902 sería una norma secundaria) protectora del bien lesionado.

Tampoco parece aceptable la tesis de que la antijuridicidad consiste en la violación de la pretendida norma primaria *alterum non laedere*. Una norma jurídica así... no puede formar parte del ordenamiento jurídico de un sistema económico-social fundado en la competencia, y que permite e incentiva la realización de actividades que se demuestran estadísticamente productoras de importantes daños a los demás.

Restaría la alternativa de fundar el juicio de antijuridicidad, no en el “desvalor del resultado” producido por la conducta del dañante, sino en el “desvalor de la conducta” en sí... Pero la aceptación de esta postura... exigiría demostrar qué necesidad existe de añadir el elemento de la antijuridicidad al elemento de la culpa. Y sobre todo, esta postura, al situar el centro de gravedad del supuesto de hecho del artículo 1902 CC en la conducta del responsable, y no en el daño, contradice la función propiamente resarcitoria del precepto: no se impone al dañante la obligación de indemnizar porque puede serle reprochado haber obrado antijurídicamente, y con el fin de que no vuelva a actuar así, sino porque, dado que el daño es objetivamente imputable a la conducta culposa de aquél, se estima justo que sea él quien lo soporte en vez del dañado»⁸¹.

⁸¹ (N. 44), pp. 1994 y 1995.

Como se ha dicho, a este autor está siguiendo ahora una buena parte de la doctrina⁸².

C) Posturas intermedias

Incluimos aquí a dos autores que partiendo de posturas contrarias, uno de la antijuridicidad de la conducta y otro del daño, llegan a posiciones intermedias que intentan ser conciliadoras.

El primer autor español que intentó tratar en serio el requisito de la ilicitud o antijuridicidad teniendo en cuenta las aportaciones de la doctrina alemana fue Santos Briz: «El concepto de antijuridicidad significa un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento jurídico por parte de una determinada conducta. Ha de diferenciarse del concepto de la culpa, que igualmente representa un juicio de valor, el cual necesariamente presupone una acción antijurídica, pero que versa acerca de si esa acción es personalmente reprochable a su autor. Por ello una acción puede ser antijurídica sin que al mismo tiempo le afecte al agente culpa ninguna, por ejemplo, porque al tiempo de la acción era inimputable»⁸³.

Critica el autor la doctrina dominante señalando que «El punto de vista del menosprecio del resultado no puede explicar por sí solo la antijuridicidad en todos los casos de infracción de bienes jurídicos por medio de omisiones, por negligencias o por actividades y explotaciones peligrosas admitidas por el ordenamiento jurídico. Se reconoce generalmente que una omisión es antijurídica solamente cuando haya sido la causa de la infracción de un bien jurídico y haya violado el deber de evitar un resultado. El juicio de antijuridicidad no puede referirse entonces en ningún caso al resultado de la omisión»⁸⁴.

«Finalmente, la teoría dominante... no puede resolver satisfactoriamente tampoco los casos en que a pesar de la observancia de la diligencia mayor posible en el hombre se producen infracciones de bienes jurídicos por medio de actividades o explotaciones peligrosas toleradas por el ordenamiento jurídico... Según este criterio infringen antijurídicamente un bien jurídico el maquinista que ve a

⁸² ASÚA GONZÁLEZ, en Puig i Ferriol y otros, *Manual de Derecho Civil*, II, 3.ª ed., Marcial Pons, Madrid, Barcelona (2000), p. 477; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid (2001), pp. 110 a 113; ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 6.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia (2003), p. 73; MONTÉS PENADÉS, «Causalidad, imputación objetiva y culpa en la “concurrency de culpas”», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Thomson-Civitas, Madrid (2003), p. 2592; PARRA LUCÁN, en Martínez de Aguirre (coord.), *Curso de Derecho Civil*, II, 3.ª ed., Colex, Madrid (2011), p. 889: «el concepto de antijuridicidad no parece añadir nada a los demás presupuestos analizados».

⁸³ *Derecho de daños*, Edersa, Madrid (1963), p. 24.

⁸⁴ P. 26.

un suicida que se arroja a la vía o el conductor que en forma por completo imprevisible arrolla a un borracho, aunque ninguno de aquéllos se halle en situación de evitar el accidente»⁸⁵.

El autor llega a una solución intermedia aseverando que «Sólo puede asentirse a la doctrina dominante sobre el injusto en cuanto ha elaborado y dado importancia al resultado de la acción, a la lesión de intereses. Pero necesita ser complementada basándonos en el conocimiento obtenido de que el juicio de valor acerca de la situación producida, prescindiendo de la existencia de causas especiales de justificación, no puede ser transferido sin más a la acción productora de esa situación. El defecto teórico decisivo de la opinión dominante... está en que al verificar el juicio de antijuridicidad deja enteramente la función determinante de la norma jurídica y sólo se preocupa de cómo ha de valorarse la perturbación habida en el interés reconocido como digno de protección... Por consiguiente, podemos definir la *antijuridicidad* (lo injusto) como la *lesión* (en ciertas circunstancias, también la creación de un riesgo) *de intereses jurídicamente reconocidos* (bienes jurídicos) *por medio de acciones contrarias a los mandatos o prohibiciones del ordenamiento*»⁸⁶.

Una de las últimas aportaciones detenidas sobre el asunto que nos ocupa ha sido realizada por Díez-Picazo. Según él, «para plantear definitivamente el problema del concepto de antijuridicidad en materia de Derecho de daños, parece conveniente volver a los planteamientos de los penalistas. En la doctrina del Derecho penal... se admite que al lado de una antijuridicidad formal, definida abstractamente como contraposición con el ordenamiento jurídico, existe una antijuridicidad material que está referida a juicios de valor. Constituye un lugar común entre los penalistas, que la antijuridicidad no puede contentarse con la descripción externa de las características de un delito..., sino que la tiene que explicar desde su significado valorativo, pues sólo desde un punto de vista valorativo se puede explicar que en la antijuridicidad tengan que encontrar su fundamento y su asiento las causas de justificación. En sentido material, la antijuridicidad es un juicio valorativo o juicio de desvalor que expresa –dice Mir Puig– el carácter objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico, de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y puede ser un juicio de desvalor acerca del resultado o juicio de desvalor acerca de la conducta cuando ésta

⁸⁵ P. 27.

⁸⁶ P. 29, siguiendo a Nipperdey (cursiva del original). V. también *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 5.ª ed., Montecorvo, Madrid (1989), pp. 28 y ss. A esta postura se adhiere DE LA VEGA GARCÍA, *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial*, Civitas, Madrid (2001), p. 189.

pueda ser considerada peligrosa *ex ante*. A nuestro juicio... la antijuridicidad que es propia del Derecho de daños entraña, desde luego, un juicio de desvalor del resultado. Un concepto de antijuridicidad que comprenda también un juicio de valor de la conducta, que para algunos puede resultar necesario, sólo es posible realizarlo en la medida en que se entienda, como también entienden normalmente los penalistas, que el juicio sobre la culpabilidad queda embebido en el juicio de calificación de antijuridicidad»⁸⁷.

Por otra parte, vale la pena recordar que un sector de la filosofía del Derecho moderna niega la posibilidad de la ilicitud dentro del ordenamiento, porque, a diferencia de la mayoría, piensan que no hay una norma primaria que ordena u prohíbe algo, y luego otra secundaria que ordena al juez; según esta corriente, la norma va dirigida exclusivamente al juez, y la producción del resultado lesivo es simplemente un presupuesto de la aplicación de la norma⁸⁸.

D) Jurisprudencia

El TS suele señalar que «es doctrina pacífica y constante, tanto jurisprudencial como científica, la que determina que para una declaración de una responsabilidad extracontractual plasmada en el artículo 1902 del Código Civil, es preciso que concurren los siguientes requisitos: *a)* Una acción u omisión culposa o negligente, *b)* La producción de un daño efectivo y evaluable pecuniariamente, y *c)* Un nexo causal entre dicho acto humano y el resultado dañino» (21 de marzo de 2001, RJ 4747; similar, 23 de mayo de 2006, RJ 3535; 2 de abril de 2004, RJ 1671; 22 de julio de 2003, RJ 5852; 22 de abril de 2003, RJ 3545; 25 de octubre de 2001, RJ 8670; 13 de julio de 1999, RJ 5046; 20 de mayo de 1998, RJ 3379; 3 de diciembre 1997, RJ 8722; 10 de noviembre 1997, RJ 7867).

⁸⁷ *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, V, Civitas-Thomson Reuters, Madrid (2011), pp. 303 y 304. Le sigue, respecto de una edición anterior, MACÍAS CASTILLO, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Las Rozas (2004), p. 270. En sentido también similar, PEÑA LÓPEZ, *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada (2002), pp. 259 y ss.

En materia contractual, opina CARRASCO, en Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid (1989), sub art. 1101, p. 593, que «En el régimen de la responsabilidad contractual han de mantenerse perfectamente separados los juicios de licitud (antijuridicidad) y el juicio de reproche, puesto que, por definición, *el incumplimiento es un resultado injusto*. Yo no creo, contra el parecer de JORDANO, que el juicio de licitud sea coincidente con el juicio de imputabilidad-responsabilidad, de manera tal que el deudor responde *en tanto* incumple, y deja de responder cuando se libera de la obligación por causa sobrevenida no imputable». Añadiendo a continuación que «*La observancia de la diligencia debida no es "licitud" cuando la diligencia fue ineficaz para procurar el cumplimiento*».

⁸⁸ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien (1967), *passim*.

En ocasiones, el TS sustituye los términos «culposa o negligente» del primer requisito por «ilícita». La de 7 de diciembre de 2000 (RJ 9438) señala que «toda responsabilidad derivada de un acto ilícito, según constante y pacífica jurisprudencia, exige ineludiblemente los siguientes requisitos: *a)* Una acción u omisión ilícita, *b)* La realidad y constatación de un daño, *c)* Un nexo causal entre ambos requisitos» (en el mismo sentido, 7 de noviembre de 1996, RJ 7913).

Otras veces, se dice, como en la Sentencia de 29 de julio de 2010 (RJ 6946), que «toda obligación, derivada de un acto ilícito, según constante y, también, pacífica jurisprudencia exige ineludiblemente los siguientes requisitos:

- a)* Una acción u omisión ilícita,
- b)* La realidad y constatación de un daño causado,
- c)* La culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto, que si ha habido daño ha habido culpa (¿?) y
- d)* Un nexo causal entre el primer y segundo requisitos». Idénticas, SS de 10 de diciembre de 2008 (RJ 2009/16), 7 de julio de 2005 (RJ 9550), 14 de mayo de 2002 (RJ 4444), 7 de diciembre de 2000 (RJ 9438), 2 de marzo de 2000 (RJ 1304), 17 de noviembre de 1998 (RJ 8809), 29 de diciembre de 1997 (RJ 9602); similares, pero sin la «aclaración» de la culpabilidad, SS de 7 de diciembre de 2000 (RJ 9438), 27 de diciembre de 1996 (RJ 9377), 7 de noviembre de 1996 (RJ 7913). En estos casos, además del discutible aserto del requisito «c)», no se aclara en absoluto en qué se diferencian la ilicitud del primer requisito de la culpabilidad del tercero, pareciendo que quieren decir lo mismo (v. especialmente la Sentencia de 7 de julio de 2005).

Las primeras sentencias que hemos podido localizar en las que se habla de antijuridicidad son las de 10 de octubre de 1968 (RJ 4271) y 25 de octubre de 1968 (RJ 4796), de las que fue ponente el Sr. Bonet Ramón. En ambas se dice «Que para que pueda ser estimada la responsabilidad civil extracontractual, es necesario la concurrencia de diversos requisitos o supuestos integrados por la acción u omisión, la lesión o daño, la antijuridicidad o ilicitud, la culpa del agente y la relación de causalidad entre el daño y la falta». Como en las sentencias del grupo anterior, se emplea el término ilicitud, al que se equipara el de la antijuridicidad, pero igualmente no se explica en qué consiste.

La descripción más amplia de qué sea la antijuridicidad aparece en la STS de 17 de marzo de 1981 (RJ 1009, ponente Sr. Santos Briz), al señalar que «Que la relación o juicio de antijuridicidad, aludido en la Jurisprudencia de este Tribunal como uno de los requisitos para exigir la responsabilidad civil extracontractual

(SS de 10 y 25 octubre de 1968), no se basa exclusivamente en ser el acto incriminado contrario a una determinada norma jurídica, en el caso concreto a las normas que para el funcionamiento de la instalación fabril exige la normativa vigente, ya que según reiterada doctrina de esta Sala –SS de 25 de marzo de 1954, 11 de marzo y 13 de diciembre de 1971, entre otras– cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir y que no se hallaba completa la diligencia; de ahí que la antijuridicidad, como requisito de esta clase de responsabilidad, no se elimine al presuponer un acto conforme a las normas sino que se integra por faltar al mandato general de diligencia al actuar frente a bienes ajenos jurídicamente protegidos; o, desde otro punto de vista, algunos Códigos extranjeros, como el austriaco, el alemán y el suizo y también el italiano y el portugués, identifican la antijuridicidad de una conducta con la ilicitud o injusticia en el obrar, incluyendo en ella no sólo lo que es *contra ius*, sino además lo “no justificado” (*non iure*), y aunque nuestro C. Civ., siguiendo al francés, no menciona expresamente la nota de antijuridicidad en su artículo 1902, no cabe duda que ha de verse la misma no sólo en la actuación ilícita caracterizada por la falta de diligencia contraria a una disposición legal, sino también en consecuencias de actos lícitos no realizados con la prudencia que las circunstancias del caso requerían».

Por tanto, aquí antijuridicidad parece significar negligencia, y lo mismo parece deducirse de otras muchas sentencias que mencionan el mismo requisito (así, 26 de marzo de 2004, RJ 1952; 6 de febrero de 2003, RJ 1075; 18 de marzo de 2002, RJ 2413; 4 de noviembre de 1999, RJ 8860; 7 de octubre de 1998, RJ 7388; 3 de abril de 1998, RJ 1873; 31 de diciembre de 1997, RJ 9195; 25 de marzo de 1996, RJ 2440; 8 de mayo de 1995, RJ 3626; 15 de julio de 1986, RJ 4566; 3 de julio de 1984, RJ 3792; 15 de noviembre de 1979, RJ 3828).

En otras ocasiones se dice que «la antijuridicidad de carácter civil proviene de la prohibición del principio *alterum non laedere*» (STS 28 de febrero de 1994, RJ 1995/686; similares SSTS 18 de marzo de 2002, RJ 2413; 21 de enero de 2000, RJ 225; 12 de diciembre de 1984, RJ 6039), o que «en el tema de la antijuridicidad no se puede ir más lejos del principio *alterum non laedere*» (STS de 29 de diciembre de 1997, RJ 9602).

Excepción aparente a esta jurisprudencia desvaída es la STS de 5 de mayo de 2008 (RJ 2947), que, en un supuesto de absolu-

ción por legítima defensa, señala «la indeclinable necesidad de acreditar, en sede de responsabilidad extracontractual, que el acto dañoso sea antijurídico y culpable»; decimos que es excepción aparente porque no dice qué es la antijuridicidad ni la culpa, aunque se puede suponer que lo que la doctrina penal entiende por ella, de manera que la antijuridicidad se referiría a la conducta por dolo o negligencia, y la culpa a la responsabilidad de los imputables.

Por último, existe una tendencia, influida por la doctrina más reciente, que se muestra escéptica sobre el requisito de la antijuridicidad en la responsabilidad civil. Así, en la STS de 11 de julio de 2002 (RJ 8247) se dice, al hablar de la objetivación creciente de la culpa, que «dicha atenuación culpabilista *e incluso de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo*, y dicha inversión de la carga probatoria, lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación *in vigilando* y a un *plus* en la diligencia normalmente exigible» (similar, SS de 20 de junio de 2001, RJ 5065; 2 de marzo de 2000, RJ 1304; 10 de noviembre de 1999, RJ 8055; 18 de mayo de 1999, RJ 4112; 28 de diciembre de 1998, RJ 10161; 25 de septiembre de 1998, RJ 7070; 7 de mayo de 1998, RJ 2142; 29 de diciembre de 1997, RJ 9602; 17 de abril de 1997, RJ 5414; 7 de noviembre de 1996, RJ 7913)⁸⁹.

En fin, se puede concluir que la Sala de lo Civil TS emplea el término «antijuridicidad» solo de vez en cuando (entre las más recientes, 14 de octubre de 2008, RJ 6913; 9 de octubre de 2008, RJ 6042; 10 de octubre de 2006, RJ 6466; 23 de enero de 2004, RJ 1; etc.), especialmente en casos en que el demandado ha cumplido las prescripciones administrativas sobre seguridad, que el Tribunal considera insuficientes para evitar la calificación del acto como antijurídico (p. ej. 12 de enero de 2010, RJ 2011/305: ruido procedente de una fábrica de mármol, que afecta a los vecinos, a pesar de que la fábrica cumplía las normas administrativas sobre ruido; *cfr.* con S de 18 de febrero de 2010, RJ 1286). En cualquier caso, no hace excesivo hincapié en este supuesto requisito, no clarifica la diferencia entre culpa y antijuridicidad, y a veces incluso insinúa que este último no es un elemento de la responsabilidad civil (p. ej. 9 de marzo de 2010, RJ 3787; 11 de julio de 2002, RJ 8247).

⁸⁹ El mismo tono escéptico se manifiesta en las últimas sentencias de que es ponente el Sr. Santos Briz. Así, la de 9 de julio de 1992 (RJ 6273) señala que «el artículo 1902 exige para su aplicación que se acrediten los tres requisitos integrados por la acción u omisión culposa, el resultado dañoso y la relación de causa a efecto entre ambos; a los que alguna sentencia de esta Sala ha añadido los de antijuridicidad de la acción u omisión».

E) Derecho administrativo

El artículo 141.1 LRJAP y PAC señala que «Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga la obligación jurídica de soportar de acuerdo con la ley». Y ya desde hace décadas, la jurisprudencia administrativa ha pasado a decir que este daño que no hay obligación de soportar es «antijurídico» (v., entre las más recientes, p. ej., SS de 21 de julio de 2011, dos, RJ 6773 y 6774; 19 de julio de 2011, RJ 2012/638; 7 de julio de 2011, RJ 6236; etc., etc.).

Aunque es difícil de aseverar con seguridad, este modo de expresarse la jurisprudencia administrativa parece tener su origen en la doctrina civil italiana antes expuesta.

3. CRÍTICA DE LA DOCTRINA DE LA ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO

Como hemos visto, la mayoría de la doctrina civil española y de algunos otros países opina que la ilicitud recae sobre el daño producido. Por su parte, la jurisprudencia suele considerar que la antijuridicidad es la vulneración de la norma «no perjudicar a otro» (*alterum non laedere*).

A nuestro entender, el juicio de antijuridicidad no puede recaer sobre el puro hecho dañoso, tanto por razones filosóficas, como técnicas, como de orden práctico.

– Desde el punto de vista filosófico, es evidente que el Derecho regula relaciones entre seres humanos, y sólo los seres humanos pueden realizar actos antijurídicos, contrarios a Derecho. Si lo antijurídico fuera el daño, tendríamos que considerar como ilícito el causado por una tormenta de granizo, un perro o un oso, lo que contradice la forma de hablar y las valoraciones sociales corrientes⁹⁰.

Ante ello, podría defenderse que hay daños que son indemnizables y otros no, por lo que sí tendría sentido hablar de ilicitud de unos daños y no de otros (y de ahí la interminable discusión de la doctrina italiana sobre el *danno ingiusto* que exige el artículo 2043 del *Codice civile*). Y, ciertamente, podemos pensar en ciertos valores que, de forma incondicionada, en ningún caso, podrían fundamentar una responsabilidad civil. Así, parece que en nuestro Derecho la mera infidelidad conyugal (si no conlleva engaño sobre la

⁹⁰ Con todo, de un modo sorprendente, la SAP Navarra 5 de mayo de 1999 (ARP 1452) aprecia la eximente de legítima defensa en el acto de un pastor que mata dos perros de caza que agredían su rebaño.

paternidad de la prole, v. SSTs de 14 de julio de 2010, RJ 5152, y 18 de junio de 2012, RJ 6849) no puede dar lugar a una indemnización, aunque esto pueda ser ilícito desde otros puntos de vista (así, SSTs de 22 de julio de 1999, RJ 5721, y 30 de julio de 1999, RJ 5726); la razón es, probablemente, no abrir una puerta a constantes reclamaciones indemnizatorias en los procesos de separación y divorcio⁹¹.

Si es verdad que hay desvalores nunca indemnizables, la discusión que planteamos sería puramente terminológica. Es decir, como veremos después, una cosa es que el bien afectado sea valorado positivamente por el Derecho, y otra que de toda afectación a ese bien se derive sin más la responsabilidad civil⁹². Pero es que, incluso desde el punto de vista terminológico, ya hemos visto que es mejor restringir la antijuridicidad a la conducta de los seres humanos.

Aquí aparece la clave de la doctrina de Jhering a la que antes nos hemos referido. Este autor utilizó el mismo término (*Schuld*, «culpa») para referirse a dos fuentes diferentes de la obligación, que tienen diferentes premisas: enriquecimiento y daño. La relevancia del comportamiento de la persona en caso del uso de la cosa de otro y en caso de destrucción de la cosa de otro es completamente distinta. La obligación de devolver la posesión no depende de la valoración de la conducta del poseedor, a diferencia de la obligación de indemnizar un daño.

En contra de la opinión de buena parte de la doctrina alemana de que es un sin sentido que el propietario de un terreno pueda repeler la perturbación de un agresor, y que, al mismo tiempo el agresor tenga el derecho de pisar el terreno ajeno, se puede alegar

⁹¹ Señala FERRER RIBA, «Relaciones familiares y límites del Derecho de daños», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Thomson-Civitas, Madrid (2003), pp. 1855 y 56, que la razón más importante de esta exclusión «tiene que ver con la interferencia que una acción de daños provoca en los principios que rigen un sistema de separación o divorcio no culpabilístico... En un sistema de estas características, admitir la indemnización de daños por adulterio u otras violaciones graves de deberes matrimoniales supondría regresar a un sistema de culpa por la puerta trasera, aumentar la conflictividad en las crisis matrimoniales y desvirtuar gravemente un principio normativo que ha merecido, aun con algunas reservas, un alto grado de consenso entre los operadores jurídicos».

⁹² Como señala acertadamente ATAZ: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid (1985), pp. 266 y 267, «Es evidente que para que un acto dañoso dé lugar a reparación, debe haber recaído sobre un bien tutelado por el Ordenamiento, pues de otra forma no habría protección; sin embargo, esto es cosa distinta del concepto de culpa, ya que si se pone el punto de vista no en la acción u omisión que calificamos de culposa, sino en el resultado de la misma, no hacemos más que trasladar el tema a otro de los elementos de la responsabilidad civil, como es el daño. Por ello parece que decir que la culpa es un acto que supone la violación de un derecho de otro, si bien puede ser cierto, no resuelve el problema del concepto de culpa, pues no hay forma de saber cuándo se ha violado el derecho de otro (cursiva del original), a no ser que se afirme que éste resulta violado siempre que recibe un daño... Por otra parte, esta tesis es hasta cierto punto el pez que se muerde la cola, porque se sostiene de un lado que la culpa es la causación de un daño injusto; pero si se pregunta por qué el daño es injusto, parece que habría que responder que lo es porque ha sido causado por la culpa de otro».

lo siguiente: el hecho de que alguien sea propietario de una finca y que tenga en principio la facultad de repeler la perturbación de un agresor, no significa que su derecho sea tan absoluto que no pueda ser sometido a una ponderación de valores, porque ningún derecho es absoluto, ni siquiera la vida.

Por ejemplo, si un homicida persigue a un tranquilo paseante, y éste no tiene otra alternativa que pisotear la flores que con tanto cariño cuida el dueño de un jardín, estamos ante un estado de necesidad, y, al menos desde el punto de vista del Derecho español⁹³, no tiene que indemnizar el daño pues no hay antijuridicidad en su conducta y está intentando defender su integridad física, no sus bienes.

Imaginemos ahora que alguien está convencido con buenas razones que cierto trozo de tierra es suyo, y el vecino piensa exactamente lo contrario. Probablemente, ambos están actuando lícitamente cuando atraviesan la disputada franja de tierra.

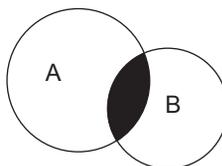
En el fondo, aquí subyace una profunda cuestión de filosofía jurídica. Las normas tratan de hacer la vida social lo más fluida posible, pero hay casos en que es imposible impedir fricciones, incluso desde el punto de vista teórico. La vida social se relaciona con el comportamiento humano y éste, a su vez, con la persona que actúa. Conviene remachar lo que se acaba de decir. Expresado de un modo algo simplificado, podemos decir que la responsabilidad civil presupone que cada ciudadano dispone de un ámbito de libertad. Buena parte de la doctrina parece partir del presupuesto de que la relación entre los ámbitos de libertad de las personas son círculos tangentes, por lo que, desde esta premisa, es lógico que el que se introduzca en el ámbito de actuación de otro causándole un daño, tenga que indemnizarlo como regla general.

Pero lo anterior no es cierto. Debido a la propia vida en comunidad y a las limitadas capacidades del hombre, la relación entre los ciudadanos presupone ámbitos de libertad que son secantes.

Es decir, por mucho que deseemos lo contrario en un supuesto mundo ideal, los ámbitos de actuación de los hombres entran continuamente en conflicto. Cuando analizamos la conducta de, p. ej., «A», lo que comprobamos es si se ha mantenido dentro de su ámbito de libertad concedido por el ordenamiento. Sólo cuando «A» sale de su círculo y causa un daño a «B» aparece la responsabilidad

⁹³ Conforme al § 904 BGB, el propietario sí tiene derecho a la reposición del daño, pero, como se ha dicho acertadamente [MÜNZBERG, «Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unterlassungsklage», *JZ* (1967), p. 690], en ningún lugar del § 1004 BGB –regulador de la acción de omisión– se dice que la conducta del agresor en estado de necesidad sea antijurídica; de hecho, al menos cuando se enfrentan la vida y el derecho de propiedad, podríamos decir –desde el punto de vista del Derecho alemán– que estamos ante una responsabilidad objetiva.

civil. Y en esto consiste precisamente la justicia conmutativa que subyace al artículo 1902 CC; el que se excede de su ámbito de actuación ha de reparar el daño que ha causado por ello.



Por el contrario, si «A» no se excede de su círculo activo y a pesar de ello produce un daño a «B» (zona de confluencia) no hay razón, según el principio básico de nuestro Derecho, para imponerle responsabilidad alguna. La justicia conmutativa no consiste en que el que ha causado un daño tiene que indemnizarlo sin más, porque eso supone trasladar artificialmente el daño de un patrimonio a otro. El Derecho no establece la responsabilidad civil porque sí; el daño, por hipótesis, ya ha ocurrido⁹⁴, y es necesario justificar el traslado de ese daño de un patrimonio a otro, y esto ocurre cuando el causante no se ha comportado adecuadamente.

Asunto distinto es si «B», en la zona de confluencia, que está también dentro de su círculo de actividad, puede defenderse frente al daño previsible de «A» (problema del estado de necesidad).

A todo lo anterior se puede oponer que hay casos en nuestro ordenamiento en que existe responsabilidad civil sin necesidad de valorar la conducta del dañante. Así, se ha dicho que «en el Derecho de daños no puede hablarse, en la actualidad, de un concepto preciso de acción o de conducta que pueda formar parte de la teoría general del ilícito. En la mayoría de los distintos regímenes objetivos que hoy conforman el Derecho de la responsabilidad civil no se exige que el sujeto al que el criterio de imputación señala como responsable haya realizado una acción o un comportamiento concreto en cuya realización deba encontrarse la causa del daño»⁹⁵.

En realidad, esto no arguye nada contra lo anteriormente dicho, sino que solamente demuestra que en ocasiones nuestro Derecho prescinde de la antijuridicidad como uno de los requisitos desencadenantes de la responsabilidad. Por otra parte, en la mayoría de los supuestos de responsabilidad «objetiva» sí se exige una acción del responsable (sin nexo causal no suele haber responsabilidad objetiva), pero lo que no se exige es que ésta sea antijurídica.

⁹⁴ FLEMING, *The Law of Torts*, 9th edn., LBC Information Services, Sydney (1998), p. 5.

⁹⁵ PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 277.

Respecto de la norma de competencia desleal que antes se ha mencionado, precisamente creemos que la propia dicción del artículo 32.5 LCD deja claro que la indemnización de daños y perjuicios depende de una conducta incorrecta del causante y no del resultado⁹⁶. En cambio, las demás acciones que contempla el precepto no dependen de una valoración de la conducta del competidor, sino que el acto de competencia desleal se apreciará «objetivamente» (v. art. 5 LCD). Por eso, en la doctrina alemana se ha dicho que estas acciones tienen una estructura similar a la acción de omisión del § 1004⁹⁷. Y es que, en el fondo, hay un estado de cosas que el legislador considera ideal (norma de valoración, aspecto valorativo o axiológico), pero para imponer una forma de actuar tiene que tener en cuenta las capacidades y limitaciones humanas (aspecto deóntico).

En cuanto a la supuesta regla *alterum non laedere* (D. 1,10,10,1), tampoco se sostiene⁹⁸. De entrada, fácilmente se le puede oponer el brocardo *qui iure suo utitur, neminem laedit* (D. 50,17,55: «Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur»; *eod.* 155,1: «Non videtur vim facere, qui iure suo utitur et ordinaria actione experitur»). Y basta observar que los seres humanos nos causamos continuamente daños unos a otros, sin que ello tenga consecuencia jurídica alguna. Si uno pone un bar enfrente de otro ya existente, es muy posible que los beneficios de este último negocio disminuyan, pero ese daño no es indemnizable (principio de economía de mercado, art. 38 CE); si estoy esperando para pagar el tiempo que he depositado mi vehículo en una plaza de aparcamiento, y la cola es tan lenta que en ese lapso transcurre el salto de un tramo a otro del precio, no puedo pedir a nadie indemnización; si el que me pidió en matrimonio se echa para atrás, tampoco hay indemnización de todos los daños sufridos (art. 43 CC; no se entera, o no se quiere

⁹⁶ En el mismo sentido, DE LA VEGA GARCÍA (n. 86), p. 196, que añade que «Ello se confirma con el hecho de que durante la tramitación de la LCD se intentaron realizar enmiendas al artículo 18.5.º en el sentido de eliminar la expresa mención de la culpabilidad, a lo que finalmente no se procedió para no llegar a un sistema de responsabilidad objetiva». En cualquier caso, es muy difícil afectar a la competencia sin dolo o negligencia de agente.

Para el Derecho alemán, BAUMBACH/HEFERMEHL: *Wettbewerbsrecht*, 19. Auf., C.H. Beck, München (1996), Einl UWG, núm. 339: «El deber indemnizatorio se desencadena mediante un comportamiento contrario a la competencia, y además culposo, sin excepción» (v. también n. 366).

⁹⁷ BAUMBACH/HEFERMEHL (n. previa), Einl UWG, núm. 251a.

⁹⁸ Como dice Díez-PICAZO (n. 87), p. 298, «La alusión, tantas veces repetida, al brocardo o aforismo *alterum non laedere*, resulta enormemente perniciosa e incrementa la confusión».

Proveniente de Inst. 1,1,3: «Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere». Sobre el origen estoico de esta fórmula y su posterior desarrollo a lo largo de la historia, SCHIEMANN, «Das allgemeine Schädigungsverbot: "alterum non laedere"», *Juristische Schulung*, 29 (1989), pp. 345 y ss.

enterar, la STS de 16 de diciembre de 1996, RJ 9020); ni es indemnizable el daño que el profesor causa al alumno al que suspende correctamente; ni el que deriva de recluir a un delincuente en la cárcel; ni que mi hijo se drogue o se case con alguien que me disgusta profundamente, etc.

La defensa de este principio *alterum...*, basada en la idea de que, de no admitirlo, habríamos de aceptar la regla «es lícito causar cualquier daño a otro, salvo si una regla prohíbe ese daño concreto»⁹⁹, se presta a un debate algo complejo.

La regla *alterum non laedere* puede valer en todo caso como norma *prima facie*. Desde la obra del filósofo inglés William David Ross (1877-1971), de 1930, la ética contemporánea, especialmente la de origen anglosajón, distingue entre deberes *prima facie* y deberes *all things considered*. Aunque el pensamiento del autor no es del todo claro, analiza en su obra ciertos deberes, que, cuando se consideran todas las circunstancias concurrentes en un caso concreto, resultan meramente aparentes: «Sugiero “deber *prima facie*” o “deber condicional” como una forma breve de referirse a la característica (bien distinta de aquélla de ser un deber propiamente dicho) que tiene un acto por razón de ser de cierta clase (p. ej., el mantenimiento de una promesa), de ser un acto que sería un deber propiamente dicho si no fuera simultáneamente de otra clase que es moralmente significativa. Si un acto es un deber propiamente dicho o deber efectivo depende de *todos* los casos moralmente significativos de los que es un ejemplo»¹⁰⁰. Como supuestos de *prima facie duties* propone los de fidelidad, reparación por algo hecho mal previamente, gratitud, justicia, beneficencia, desarrollo de nuestras propias capacidades, y no causar daños a otros¹⁰¹.

Esta teoría es criticada por bastantes autores, y uno de ellos ha dicho que «Calificar como “deber *prima facie*” cierto acto *individual* es una forma de decir que puede ser descrito como un caso genérico que se considera *prima facie* debido (es decir, respecto del cual se acepta un juicio de deber que funciona a modo de “norma probabilística”). Esta constatación es meramente uno de los pasos preliminares de la deliberación moral»¹⁰². Estamos de acuerdo con esta última constatación, pero ni siquiera aceptamos el carácter de norma probabilística del deber *prima facie* porque el

⁹⁹ V. n. 76 y su texto.

¹⁰⁰ *The Right and the Good*, Clarendon Press, Oxford (1930), p. 19.

¹⁰¹ Pp. 21 y 22.

¹⁰² BAYÓN MOHINO, *La normatividad del Derecho: deberes jurídicos y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1991), p. 403. Por su parte, SEARLE, «*Prima facie* obligations», en Raz (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford University Press, Oxford (1978), p. 84, señala explícitamente que «Haríamos bien en filosofía abandonando la terminología obligaciones y deberes *prima facie*, ya que lleva a confusiones».

deber de «no dañar a otro» no nos parece una norma desde el punto de vista estadístico, ni siquiera conforme a la ética. Ya hemos señalado anteriormente que todos nos causamos daños a otros continuamente, sin que ello tenga la menor relevancia moral (ej., me caso con quien a mis padres no les agrada, o no me caso con quien me voy a convivir; no le compro a mi hijo las carísimas zapatillas de deporte que me pide; no le pago a mis empleados todo lo que a ellos les gustaría, etc.). Ahora bien, no aceptar la regla *alterum non laedere* tampoco significa admitir cualquier daño a menos que esté expresamente prohibido. El proceso de deliberación jurídica es lo suficientemente arduo como para añadirle apriorismos¹⁰³.

– Desde el punto de vista técnico:

Prácticamente todos los autores que defienden la antijuridicidad del daño luego apelan a las llamadas causas de justificación como causas de la exclusión de la antijuridicidad. Ahora bien, si lo antijurídico es el daño, lo es independientemente de la valoración conducta del agente. Es decir, la antijuridicidad del daño trataría de resolvernos el problema de qué bienes o valores son protegidos por las normas de responsabilidad extracontractual; cuestión distinta de si el que causó el daño antijurídico tiene alguna causa que justifique su conducta.

Por eso, para que esta postura fuera coherente, tendría que considerar la muerte de otro en legítima defensa como antijurídica, pues si lo antijurídico es el daño, el que agente haya actuado correctamente no elimina el desvalor del resultado (aquí, la muerte de un ser humano). Pero tal postura no se encuentra en ningún autor o sentencia.

Aun más, si hasta que no se produzca un daño no hay antijuridicidad, no podría una persona actuar en legítima defensa o realizar cualquier de las llamadas conductas justificativas hasta que no se produzca el daño. Es decir, el agredido no podría defenderse hasta que el agresor le ha causado un daño¹⁰⁴.

En los casos en que se producen daños para los dos intervinientes en el hecho dañoso, y la responsabilidad es claramente de uno, habría que decir, no obstante, que ambos han causado un daño antijurídico.

¹⁰³ Como dice DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, 2.ª ed., Instituto de Estudios Políticos (1949), pp. 433 y 434, «Justiniano nos ha conservado una colección de *regulae iuris*, base de las diversas colecciones de aforismos jurídicos... Las reglas jurídicas no tienen en sí valor jurídico propio ni menos eficacia de fuente jurídica; son expresiones técnicas o recursos pedagógicos, y las más de las veces cobertura de la pereza del pensar jurídico y signo de decadencia de la ciencia del Derecho».

¹⁰⁴ MÚNZBERG (n. 63), p. 113.

– Desde el punto de vista práctico, la doctrina y jurisprudencia españolas suelen considerar que en nuestro Derecho todos los daños, sean patrimoniales, físicos o psíquicos, son indemnizables¹⁰⁵. Si esto es así, adjetivar de antijurídico el daño no añadiría absolutamente nada; ya tenemos el daño como presupuesto esencial de la responsabilidad civil¹⁰⁶. En todo caso, acercándonos a la doctrina penal, podríamos hablar de bienes jurídicamente protegidos y bienes no protegidos,

En fin, que la regla fundamental desde el Derecho romano es *casum sentit dominus*. Para que se imponga el deber de indemnizar a un tercero es necesaria en nuestro ordenamiento una causa que especialmente lo justifique.

4. LA DOCTRINA DE LA ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA

A) Consideraciones generales

Una vez rechazada la antijuridicidad del resultado, vamos a tratar en este punto la posible validez de la antijuridicidad de la conducta. Antes de ello, son indispensables ciertas observaciones filosófico-jurídicas.

Fruto del positivismo decimonónico y del complejo de inferioridad frente a las ciencias experimentales, se ha querido ver durante mucho tiempo la aplicación de las normas como un proceso puramente lógico, en concreto, el del silogismo. Dado un determinado supuesto de hecho, aplíquese determinada consecuencia jurídica. Si en el caso concreto se da el presupuesto de hecho, se aplica la consecuencia jurídica.

En términos lógicos:

1. A → B (premisa mayor).
 2. A (premisa menor)
 3. B (conclusión).
- [«→» = si... entonces]

¹⁰⁵ P. ej., PARRA LUCÁN (n. 82), p. 899; VICENTE DOMINGO, en Reglero (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (2008), p. 310.

¹⁰⁶ Como dice MÜNZBERG (n. 63), p. XVII, «El concepto de la ilicitud objetiva, que al tiempo de su incorporación a la legislación alemana era muy reciente y cualquier cosa menos claro, está en peligro de descender a un concepto jurídico sin contenido, superfluo... Lo que, según la opinión de algunos autores –especialmente en Derecho civil–, de la ilicitud permanece como contenido positivo es simplemente la razón por la que se responde, cuando hay culpa o cuando no es presupuesta por la ley; es decir, no es otra cosa que el daño –material o inmaterial–, lo que es idéntico con el concepto jurídico del daño patrimonial».

En el caso que nos ocupa:

1. Si alguien causa daño a otro mediante culpa o negligencia (A), está obligado a reparar el daño causado (B).
2. Fulano ha causado daño a Mengano mediante culpa o negligencia (A).
3. Fulano debe indemnizar a Mengano (B).

Sin embargo, las cosas no son tan fáciles, porque, como ha puesto de manifiesto buena parte de la doctrina, sobre las premisas de este supuesto silogismo no hay certeza. En el Derecho predomina el razonamiento retórico-dialéctico, cuya finalidad no es la demostración sino la persuasión; es decir, el *entimema* o silogismo dialéctico, que, al partir de premisas sólo probables, sólo puede obtener conclusiones también probables¹⁰⁷. De ahí que haya llegado a decirse que «La práctica del Derecho no es el descubrimiento de la verdad; es el arte de la persuasión»¹⁰⁸ y que «el razonamiento jurídico conlleva la práctica de la argumentación. Las razones dadas para las conclusiones alcanzadas deben ser medidas por su capacidad de persuasión y no por referencia a un verdadero estado de hecho supuestamente establecido»¹⁰⁹.

Imaginemos que un tren que circula a velocidad regular según las normas vigentes choca con un coche que se ha saltado un paso de nivel con barreras, provocándose diversas heridas en el conductor del coche, daños en el coche y daños en el tren. Primero, hemos de decidir si ha habido negligencia del maquinista del tren, pero, aún fijada ésta, no está en absoluto claro si ha de responder, o más bien «pesa» más la negligencia del conductor del coche.

Por otra parte, el conductor del automóvil había padecido con anterioridad una rotura de los ligamentos de la rodilla derecha, que le limitaba la flexión en un 10%. Tras el accidente, el conductor ha quedado completamente cojo, y debe andar con muletas, sin poder flexionar en absoluto la rodilla. Debemos decidir si el daño a indemnizar es la pérdida total de movilidad de la pierna, o a ese daño hay que «descontarle» la lesión anterior; etc.

A nuestro juicio, determinar en última instancia qué permite o no hacer el Derecho es una cuestión de contraposición o ponderación de valores. En todo acto o suceso dañoso se enfrentan como mínimo estos dos: el bien jurídico protegido que ha sido dañado

¹⁰⁷ MONTORO BALLESTEROS, *Aproximación al estudio de la lógica jurídica*, Universidad de Murcia, Murcia (1986), p. 21.

¹⁰⁸ HUHNS «The Use and Limits of Syllogistic Reasoning in Briefing Cases», *Santa Clara Law Review*, 42 (2002), p. 828.

¹⁰⁹ HERMANN, «Legal Reasoning as Argumentation», *Northern Kentucky Law Review*, 12 (1985), p. 507.

(vida, libertad, propiedad, etc.) y la libertad del que llamamos dañante. Sólo a partir de ahí podemos fijar qué es lícito o ilícito.

Cuando se dice que ha lugar a la responsabilidad porque el causante no se ha comportado cuidadosa, reflexivamente, etc., en el fondo estamos comparando la importancia del bien dañado y el grado de restricción o control de su libertad que hubiera debido prestar el dañante.

La ponderación de valores aparece continuamente en las resoluciones del Tribunal Constitucional como medio de solución de conflictos. En el ámbito de la responsabilidad civil se plantea sobre todo a propósito de los conflictos entre la libertad de expresión, por una parte, y el honor y la intimidad, por otra.

Por todo lo anterior, se ha dicho muy autorizadamente que «La Fórmula de la Subsunción se representa mediante un esquema que funciona de acuerdo con las reglas de la lógica, mientras que la Fórmula de la Ponderación lo hace conforme a las reglas de la aritmética»¹¹⁰. Con todo, esto no deja de plantear sus problemas, pues intentar solucionar cualquier conflicto ponderativo supone «dar por supuesto que a todos los valores susceptibles de ser considerados como objeto de un deber moral les cabe ser ordenados – como las rayas de un termómetro– en una escala unitaria»¹¹¹, y precisamente esto es más que discutible.

En consecuencia, realizar esta ponderación de valores es enormemente difícil, y es imposible dar soluciones apriorísticas definitivas a todos los conflictos imaginables, porque las variantes que pueden aparecer son infinitas.

De hecho, porque se trata de una cuestión valorativa, y aunque desde un punto de vista formal la ponderación es igual en materia penal y de responsabilidad extracontractual, los tribunales admiten que la absolución penal no impide la condena en vía civil. Es decir, que la contraposición entre la libertad del sujeto para actuar y la debida protección del bien protegido puede tener un saldo distinto debido a las distintas funciones del Derecho penal y de la responsabilidad civil¹¹². En este sentido, señala la STS de 26 de mayo de 1994 (RJ 3749) que «según doctrina reiterada de esta Sala, la sentencia absolutoria recaída en juicio penal no prejuzga la valoración de los hechos que pueda hacerse en vía civil, correspondiendo a los Tribunales de este orden apreciar y calificar los efectos que de los mismos se deriven con plena autonomía, fuera del supuesto de declaración de que el hecho no existió (que no es el caso), lo que

¹¹⁰ ALEXY, «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», *Ratio Juris*, 16 (2003), p. 433.

¹¹¹ KOLAKOWSKI, citado por Bayón Mohino (n. 102), p. 389, nota 200.

¹¹² *Cfr.* ATAZ (n. 92), pp. 282 y ss.

les permite no sólo valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también apreciar las pruebas obrantes en autos y sentar sus propias deducciones en orden a la finalidad fáctica, sin que la sentencia absolutoria penal, repetimos, vincule a los Tribunales civiles ni prejuzgue su apreciación y valoración de los hechos (ver Sentencias de 30 marzo 1983, 24 febrero 1986, 28 enero 1987, 9 junio 1989 y 6 marzo 1992)». En la misma línea, entre las más recientes, SS de 28 de junio de 2011 (RJ 2011) y 1 de febrero de 2007 (RJ 788).

Por tanto, a nuestro entender, como ya hemos explicado, la antijuridicidad en materia de responsabilidad extracontractual no puede recaer sobre el daño. El Derecho lo único que puede hacer es regular conductas humanas en cuanto éstas pueden provocar efectos dañosos que se consideran indeseables, pero nada más.

Lo anterior no quiere decir que se defienda aquí una concepción puramente imperativista de las normas. La doctrina iusfilosófica actual distingue, junto a normas que prescriben o prohíben, normas que conceden poderes, autorizan, etc. Así, p. ej., el artículo 348 CC, al señalar que «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» no está imponiendo ningún comportamiento, salvo que se defienda la llamada teoría obligacionista de los derechos reales, según la que el contenido del derecho real es sólo la obligación pasiva de los demás de no perturbar al propietario. Otras muchas normas son simplemente imperativos hipotéticos en el sentido kantiano, también llamados normas técnicas, que se limitan a señalar los presupuestos para alcanzar un determinado efecto jurídico; así, el artículo 1875 CC dispone que «... es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad»; como se ve, la norma no impone nada, nadie –como regla general– está obligado a constituir una hipoteca, pero para constituir la es necesaria la inscripción.

Sin embargo, es característico de las normas que determinan la responsabilidad extracontractual el imponer deberes de actuación o prohibir conductas, y sólo la infracción de éstas, unidas al daño y otros requisitos, determinan el surgimiento de la obligación civil de indemnizar.

Por eso, lo que puede ser lícito o ilícito es la conducta del hombre, no el resultado producido¹¹³; ello sin perjuicio de que el resultado, el daño, pueda ser considerado como deseable o indeseable, provechoso o no. En el fondo, en toda norma jurídica sobre com-

¹¹³ En este sentido, en la doctrina civil, toda la obra de MÜNZBERG (n. 63), y CIAN (n. 50). V., además, para la doctrina penal, n. 61.

portamientos humanos subyace el deseo de proteger ciertos bienes que se consideran valiosos (lo que la doctrina penal alemana llama «norma de valoración», *Bewertungsnorm* –aspecto axiológico–), para lo que, con carácter instrumental, se establecen ciertas conductas que los promuevan o eviten su perjuicio («norma de determinación», *Bestimmungsnorm* –aspecto deóntico–)¹¹⁴.

Lo anterior se ve con toda claridad en el caso de la omisión que determina un daño indemnizable. En tal supuesto, el responsable no ha producido ningún daño desde el punto de vista ontológico. Sólo desde la perspectiva de la norma que determina la conducta humana podemos entender que tal conducta sea *contra ius*.

En consecuencia, la omisión lo es siempre de una acción impuesta por el ordenamiento, que en muchas ocasiones sólo afecta a determinadas personas, pero no a todas; lo que la doctrina penal llama posición de garante (*Garantenstellung*). El padre o tutor responden de los actos causados por los sometidos a su potestad, pero porque sólo ellos están sometidos al deber de cuidar al menor. En teoría, el resto de los seres humanos podrían haber evitado el daño si hubieran vigilado al menor *m*, pero no todos aquéllos responden civilmente de los daños causados por éste.

Y lo mismo sucede en los casos que la doctrina penal llama de omisión en la acción. Si el conductor de un vehículo causa un daño a otro provocando sólo daños materiales, la razón de su responsabilidad no es el mero hecho de provocar el daño, sino la omisión de una conducta que el ordenamiento le ha impuesto: no desviar la atención de la calzada, frenar a tiempo, etc.

Incluso entre los negadores de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad se utiliza como elemento corrector de su amplitud el llamado «fin de protección de la norma»; se responde, no meramente cuando se ha infringido una norma, sino cuando se ha infringido la norma que trata de proteger el bien jurídico en cuestión.

De todo lo anterior se deriva también una conclusión fundamental: Para apreciar si una conducta está permitida o no por el ordenamiento hay que situarse en un momento inmediatamente anterior al hecho dañoso, porque un deber sólo puede referirse a conductas futuras. Se trata de comparar el comportamiento del sujeto con el que debería haber tenido¹¹⁵. De ahí que no convenza la recurrente frase jurisprudencial de que si el sujeto hubiera empleado la diligencia adecuada no se habría producido el daño (así,

¹¹⁴ Por supuesto, la norma puede tener otras muchas funciones: prevención general, prevención especial, educativa, etc.

¹¹⁵ *Cfr.* MÜNZBERG (n. 63), pp. 11 y 12; 64 a 67. En el mismo sentido, la doctrina penal dominante: MIR PUIG (n. 61), p. 165 y 166; MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), pp. 690 y ss.

la STS de 28 de enero de 2004, RJ 153, dice que «la concurrencia de culpabilidad... es innegable y se deduce de tal hecho –el daño–, pues de no haber culpa no habría daño»; esto supone situarse en una perspectiva *ex post*, y no justificar qué hizo mal el agente antes del daño para considerarlo indemnizable. Pero lo que hay que analizar *ex post* es si ha habido daño, sin mezclar el análisis del daño con el de la conducta del agente.

Siguiendo el razonamiento, conviene decir que la perspectiva fundamental para analizar la responsabilidad civil es la del dañado, no la del dañado¹¹⁶. Sin embargo, se ha llegado a afirmar que existe nada menos que un «principio general del Derecho, que podría formularse como el *favor victimae* o principio *pro damnato* que... encierra una regla general por que “todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño”»¹¹⁷.

No podemos estar de acuerdo con esta opinión. Nuestro Código Civil exige como criterio general para generar responsabilidad dolo o negligencia, y ambos conceptos determinan un examen de qué es lo que debió hacer el causante y qué no ha hecho, no de si el dañado debe o no soportar el daño. Por eso, la antijuridicidad de la conducta, como presupuesto autónomo de la responsabilidad, no requiere la existencia del daño; puede haber perfectamente antijuridicidad sin responsabilidad. P. ej., el padre no cuida adecuadamente a su hijo, pero éste no causa ningún daño; el homicida dispara sobre su pretendida víctima, pero la bala no le alcanza, etc. En el fondo, el surgimiento de la obligación de indemnizar depende de un daño que el hombre no puede controlar totalmente, tiene un cierto componente aleatorio; el conductor que adelanta indebidamente en un cambio de rasante puede no encontrar ningún otro vehículo, o bien colisionar contra uno, que puede ir ocupado por una, dos o más personas. La existencia del daño y su cuantía no dependen sin más de la antijuridicidad de la conducta.

Por eso, frente a la opinión de otros autores más arriba expuesta, hay que afirmar que sí existe una norma primaria que exige al sujeto comportarse de cierta manera, y la infracción de tal norma primaria, unida a otros presupuestos, da lugar al surgimiento de la

¹¹⁶ Lugar común en la doctrina penal respecto de la tipicidad de la conducta, MIR PUIG (n. 61), p. 166.

¹¹⁷ LLAMAS POMBO: «Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba», en Moreno Martínez (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid (2000), p. 301, donde se remite a Díez-Picazo. A Llamas le sigue MACÍAS CASTILLO (n. 87), p. 272.

norma secundaria que ordena al juez dictar sentencia en un determinado sentido.

Tampoco convence la opinión ya referida de que colocar el centro del artículo 1902 CC en la conducta contradice la función puramente resarcitoria del precepto. La ley puede establecer la obligación de resarcir exigiendo más o menos requisitos, y colocar entre ellos (en la mayoría de las ocasiones) la conducta inadecuada del obligado parece una muy adecuada decisión de política jurídica. Pero ello no empece nada la relevancia fundamental del daño.

B) Negligencia como comportamiento antijurídico

No parece poder dudarse que cuando nuestro Código menciona la negligencia y, a veces, la culpa, se está refiriendo, al menos parcialmente, al comportamiento de una persona y a la calificación que le merece. Si la conducta es negligente, es contraria a Derecho y, por tanto, antijurídica. El principal «pero» que se le puede poner a esta opinión es que la antijuridicidad es entonces un requisito reiterativo. Se volverá sobre ello más tarde (v. punto III.5. Conclusión parcial).

El artículo 1902 CC dice literalmente que se responde cuando hay «culpa o negligencia». Es lugar común en la doctrina señalar que, por supuesto, se responde cuando hay dolo, que el Código omite tal vez porque pensó que toda conducta dolosa que causara un daño era delito¹¹⁸.

Esto tiene visos de verosimilitud, pues tales términos ya aparecían en el Proyecto de Código de 1836, con expresa referencia al Código penal. Su artículo 1855 establecía que «Los delitos, esto es, las acciones prohibidas por la ley, en virtud de las cuales se causa un perjuicio a un tercero, imponen al que las comete la obligación de reparar aquel perjuicio; ya sea reponiendo las cosas, cuando fuere posible, al estado que tenían antes del hecho ilícito, ya indemnizando los daños que no se pudieren reparar de otra suerte. Estas obligaciones se demarcan con más especificación en el Código penal». Y el 1856 disponía que «Los hechos que causan perjuicio a una persona sin estar declarados por delitos, y que no proceden de caso fortuito, sino de culpa o negligencia de otra persona, se llaman cuasi delitos».

Por su parte, el Proyecto de 1851 preveía en su artículo 1900 que «Todo el que ejecuta un hecho en que interviene algún género

¹¹⁸ LACRUZ (n. 76), n. 229, p. 505.

de culpa ó negligencia, aunque no constituya delito ó falta, está obligado á la reparación del perjuicio ocasionado á tercero»¹¹⁹.

Ante todo, lo que conviene plantearse ahora es qué es esa negligencia a la que se refiere el Código. La verdad es que es un concepto huidizo, como lo muestra el propio artículo 1104 CC, al tratar de definirla en materia contractual. Dice el artículo que «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar». Pero resulta que diligencia y negligencia son precisamente antónimos; etimológicamente significan elegir bien y elegir mal¹²⁰.

Con todo, algunas pautas sí que se pueden indicar¹²¹:

– Ante todo, como punto de apoyo de la valoración está el modelo de persona que establece el ordenamiento.

El Código apela en ocasiones al modelo del buen padre de familia (*cf.* art. 1104.II), pretendiendo indicar cómo ha de comportarse el ciudadano. Como es sabido, la expresión procede del Derecho romano, donde *bonus pater familias* designaba simplemente a la persona capaz *sui iuris*.

A nuestro juicio, este modelo responde al de una persona que física y psíquicamente se encuentra en perfectas condiciones, y que es honrada y cuidadosa. Por eso, nuestro sujeto tiene una fuerza física mediana, una inteligencia aceptable, ve y oye bien, sabe leer, etc. Por supuesto, tal sujeto no existe, es sólo un modelo tomado en sus aptitudes físicas y psíquicas de lo que sería la media social en un determinado margen de edad. Y en cuanto a las actitudes psíquicas de comportamiento, es, como se ha dicho, una persona honrada y cuidadosa. Más no se puede decir.

¹¹⁹ De los comentarios de GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, IV, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid (1852), p. 253, queda claro que, para él, la alternativa «culpa ó negligencia» no era en realidad tal (es decir, que «o» no era disyuntivo).

¹²⁰ COROMINAS/PASCUAL, *Diccionario crítico etimológico castellano hispánico*, II, ed. Gredos, Madrid (1980), voz «Elegir», pp. 551 y 552. Y lo mismo sucede con los términos prudencia e imprudencia, que, etimológicamente, significan conocimiento y desconocimiento, respectivamente.

En opinión de CARRASCO (n. 87), p. 585, «Incluso resulta admisible pensar que el concepto de negligencia que ofrece el precepto va más allá de la propia función vinculada a la responsabilidad obligacional».

¹²¹ De los innumerables ejemplos doctrinales, se cita aquí la enumeración de KOZIOL, «Conclusiones», en *idem* (n. 5), p. 134, por ser la conclusión de una serie de ensayos sobre el asunto: la aptitud de la conducta para causar el daño, la previsibilidad del daño, la proximidad entre la persona en peligro y el agente, el conocimiento por el agente de que la persona en peligro confía en su conducta, la asegurabilidad del riesgo de que se trata, los costes de evitar la puesta en peligro del interés protegido y la razonabilidad de tales costes. También se debe tener en cuenta si la protección demanda simplemente la omisión de una conducta peligrosa o incluso el tener que realizar una acción positiva para prevenir el daño».

A pesar de las críticas que a veces se hacen a este modelo de referencia, creemos que sigue siendo válido, porque es el que determina el canon de comportamiento en nuestra sociedad. Si el hombre pudiera correr a 80 km/h, pudiera divisar lo que está escrito a 3 kms, sus reflejos fueran muy superiores –o inferiores– a los que son, si fuera capaz de aprender en un año lo que ahora puede en 20, etc., la sociedad estaría organizada de otra manera y el modelo de comportamiento sería otro.

Por otra parte, el ciudadano ha de comportarse conforme al hombre modelo según el ámbito social en el que actúa. El conductor de un automóvil, como conductor de automóvil, el médico como médico, el arquitecto como tal, etc. Es decir, el hombre puede realizar distintas actividades y funciones en la vida social, y cada función requiere la acomodación de la conducta a ella¹²².

– En relación con lo anterior, como el Derecho trata de regular la actividad de los ciudadanos, presupuesto lógico indeclinable para que haya antijuridicidad es que la conducta exigida sea realmente posible (*ad impossibilia nemo tenetur*). Sin embargo, si pensamos bien, hay muy pocas cosas que sean imposibles de cara a evitar daños a terceros, porque el dañado siempre puede apelar a que, en un momento temporal anterior al daño, el dañante podría haber tomado las medidas precautorias adecuadas para evitarlo. Un hombre no puede, p. ej., levantar una piedra de 500 kgs., pero si

¹²² Señala con acierto CARRASCO (n. 87), p. 613, que «La crítica al modelo p. f. proviene de un defectuoso uso de los instrumentos lingüísticos. “Buen padre de familia” no es un concepto de una determinada diligencia, de manera que al mencionar el concepto tuviésemos dada ya la diligencia de la cual es definición. No es concepto, sino índice (en la terminología lógica), o bien el simple nombre de la diligencia prestable en cada caso. B. p. f. es el nombre de la diligencia prestable, atendidas las circunstancias del caso. De manera que no puede decirse que diligencia b.p.f.=una diligencia del tipo X (que sería distinta de una diligencia del tipo Y); sino: sean X, Y o Z la diligencia prestable al caso=diligencia b. p. f. Siendo nombre o índice, la diligencia b. p. f. no es un criterio de determinación de la diligencia exigible, sino la clase de todas las diligencias prestables en cada caso y según las circunstancias, cuya aplicación se determinó en base a determinados criterios».

Y en relación con la responsabilidad civil de los médicos, indica también ATAZ (n. 92), pp. 239 a 241, que «el criterio objetivo del “buen padre de familia”, recogido en el Código, se transforma en el criterio del “buen profesional” o el “buen técnico de la medicina”. Y tal transformación no supone en ningún caso una “especificidad” del criterio de medida de la diligencia exigida en la actividad profesional, sino que parece más bien una concreción del criterio genérico contenido en el artículo 1.104 del Código civil; lo que en definitiva no es más que la necesaria adaptación de las normas a las circunstancias en que han de ser aplicadas... si además la actividad profesional consiste, como es el caso de las profesiones médicas, en la actuación sobre el cuerpo humano, y de la competencia o diligencia depende o puede depender, la salud o la vida del paciente, debe el médico aumentar su grado de atención a la actividad realizada; y dicho grado de atención aumentará tanto más cuanto más importante sea para la salud o la vida del paciente el acto concreto que se está ejecutando. Claro que esto no quiere decir que crezca la diligencia exigible, pues al determinarse esta mediante un parámetro abstracto, la diligencia exigible será siempre la misma: la necesaria para la correcta realización del acto de que se trate» (las cursivas son del original).

con anterioridad hubiera previsto el evento, podría haber alquilado una grúa para que lo realizara. En materia de accidentes automovilísticos es muy corriente que los tribunales señalen que, si el dañante hubiera conducido más despacio, habría evitado el daño¹²³.

Con todo, el carácter limitado del ser humano en todos los aspectos nos da un indicio de solución de la repetida distinción entre obligaciones de medios y de resultado, que la jurisprudencia aplica también a la responsabilidad extracontractual. Hablando en sentido estricto, el hombre no se puede obligar nunca a un resultado porque no puede controlar todas las circunstancias que rodean su actuar. Para que el hombre pudiera obligarse realmente a un resultado tendría que ser omnipotente y omnisciente.

La distinción entre medios y resultados se aplica con frecuencia a la actividad médica, señalando el TS que en el caso de cirugía paliativa la obligación es de resultado (p. ej., SSTs de 26 de abril de 2007, RJ 3176; 11 de diciembre de 2001, RJ 2002/2711; 11 de febrero de 1997, *obiter*, RJ 940; otras veces se utiliza la expresión «daño desproporcionado» para referirse prácticamente a lo mismo: p. ej., SS de 31 de enero de 2003, RJ 646; 17 de noviembre de 2004, RJ 7238). Pero cualquiera ve que si el médico, el día antes de la operación comprometida, es secuestrado, no responde de ese supuesto incumplimiento; lo mismo si sufre un infarto. Otra cosa distinta es que la otra parte pueda resolver el contrato pactado y que el médico, por tanto, no tenga derecho a la contraprestación. Pero, como ha señalado ya alguna doctrina, esto es solamente una cuestión de riesgo contractual¹²⁴. En realidad, cuando la jurisprudencia señala que la obligación del cirujano paliativo es de resultado está planteando un problema de carga de la prueba. Si determinado tipo de operación no reviste riesgo aparente y sólo en un porcentaje despreciable de casos presenta complicaciones, será el médico el que tenga que convencer al tribunal de que algo sucedió sin negligencia suya para que la intervención tuviera un resultado negativo (v., *obiter*, STS 26 de marzo de 2004, fund. 4.º, RJ 1668)¹²⁵.

– El carácter limitado de las capacidades humanas nos da también el criterio para solucionar los supuestos de error. El error en

¹²³ No obstante, esta manera de razonar, aisladamente considerada, es muy poco convincente. Desde luego, si los conductores manejaran siempre sus vehículos a 10 km/h, se producirían muchos menos accidentes, pero desde Murcia a Barcelona tardarían seis días y no seis horas.

Como ha señalado con frecuencia la doctrina, el establecimiento de exigencias exorbitantes de precaución acabaría paralizando la vida social.

¹²⁴ CARRRASCO (n. 87), artículo 1105, pp. 592 y 654.

¹²⁵ Cf. ATAZ (n. 92), p. 259. En contra de este planteamiento DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica: hechos y derecho*, Aranzadi, Pamplona (1996), p. 61, nota 64.

las circunstancias que rodean la producción del daño (lo que la doctrina penal llama error en el tipo) depende de lo que un hombre modelo puede apreciar. Si un policía secreto es perseguido por un delincuente y aquél se intenta refugiar durante la noche en una casa de campo aislada, es posible que el dueño de la casa oiga ruidos y divise confusamente al policía; si, ante sus requerimientos, éste calla –para no ser localizado por el delincuente– es posible que el dueño de la casa dispare sobre él. Hay error sobre las circunstancias de la legítima defensa, pero nadie le puede reprochar nada a nuestro paisano.

– También hay que considerar la probabilidad de que la conducta provoque el daño (que la doctrina llama a veces riesgo de que se produzca el daño). Cuando la probabilidad descende a niveles ínfimos, la conducta está probablemente permitida a pesar de que se produzca el daño, y de modo independiente de la intención del agente. Así, p. ej., en el recurrente caso escolástico del sobrino que, deseoso de heredar a su tío, lo incita a realizar un paseo con la esperanza de que la tormenta que se avecina descargue un rayo y lo mate; o la persona que dispara una bala verticalmente con la intención de que, al caer por la fuerza de la gravedad, lo haga sobre la persona que tiene a su lado¹²⁶. En cualquiera de los dos casos, aunque se produzca el hecho dañoso, no parece que haya responsabilidad (aunque, volvemos a insistir, como es cuestión valorativa, siempre es asunto discutible).

En esta línea de la probabilidad, a veces las leyes distinguen entre culpa (negligencia) grave o lata y leve, generalmente para hacer responder sólo cuando haya negligencia grave o bien para equiparar ésta al dolo (*cf.*: artículo 1366 CC; también frecuente en la Ley de Contrato de Seguro). En estos casos estamos ante un mero cálculo probabilístico entre la acción u omisión y la posibilidad de que se produzca el daño (p. ej., si el padre deja una escopeta cargada encima de una mesa y tiene un hijo de cinco años que luego dispara, su negligencia es grave; si la tiene guardada bajo llave y su hijo es de 15 años, que igualmente la utiliza, su negligencia es leve –v. STS 14 de febrero de 1959, RJ 484–)¹²⁷.

La doctrina añade a veces como elemento para cualificar el grado de imprudencia la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado¹²⁸. A nuestro juicio, esto no es exactamente así. La

¹²⁶ KRAUß, ZStW, 76 (1964), p. 45, citado por Münzberg (n. 63), p. 151, nota 303.

¹²⁷ CARRASCO (n. 87), pp. 607 y 608, respecto de la responsabilidad contractual, opina que el artículo 1104 ha acabado con los distintos grados de diligencia: «El modelo de diligencia en el Código civil es hoy el del padre de familia en su grado medio (buen), cuya negación es la culpa leve. La culpa levisísima no se presta nunca; la culpa grave se presta siempre».

¹²⁸ MIR PUIG (n. 61), p. 286.

mayor relevancia del bien lo único que determina es cuál es el grado de restricción de su libertad que tiene que aplicar el posible dañante; fijado éste, clasificaremos la infracción en grave o leve.

– Como las normas suponen una restricción a la libertad del sujeto, punto fundamental es determinar en qué medida ha de restringirla el sujeto actuante, es decir, qué grado de esfuerzo o gasto ha de emplear una persona para evitar los daños que se derivan de su actividad. Cuando los tribunales condenan a RENFE por los atropellos a personas que, a pesar de todas las advertencias, circulan por la vía, en realidad se está presuponiendo que RENFE debe tener valladas todas las vías¹²⁹; es decir, el tribunal determina que ese gasto o esfuerzo es necesario si se quiere evitar la responsabilidad (v. el caso especialmente sangrante de la STS de 31 de diciembre de 1997, RJ 9195, en que unos jóvenes de 16 ó 17 años de edad jugaban bebidos a tumbarse sobre las vías del tren y fueron atropellados).

En la actualidad existe una corriente doctrinal, procedente del mundo anglosajón y encabezada por economistas, según la que todo el cálculo del esfuerzo exigible depende de factores económicos. Tal postura, llevada al extremo, no parece aceptable, pero sí son muy provechosas algunas de sus aportaciones.

Pongamos un ejemplo de esta tendencia doctrinal. Imagínese que alguien realiza una actividad que puede causar daños a terceros, y el peligro del daño disminuye tanto más, cuanto mayores sean las medidas que se tomen para su prevención. Tales medidas tienen un coste, suponiendo, por tanto, pérdidas para el que las lleva a cabo. Igualmente, los posibles accidentes producen pérdidas, que también son valorables económicamente.

Coste de las medidas	Daños por accidentes	Pérdidas de ambos
0	100	100
10	60	70
25	40	65
45	35	75

Conforme a todo lo anterior, podríamos decir que el nivel de diligencia, de esfuerzo exigible, es 25 porque desde el punto de vista global es el que menos pérdidas produce¹³⁰.

¹²⁹ O bien, que se acepta la realización de la actividad, protegiéndose los derechos de los demás, no mediante *property*, sino *liability rules*.

¹³⁰ En el cuadro resulta evidente que el beneficio marginal de cada unidad monetaria no es constante.

El planteamiento expuesto es enormemente discutido, y está sujeto a muchas críticas, la primera de las cuales es que se basa en una concepción filosófica meramente utilitarista.

Aquí sólo queremos destacar un aspecto. El método es especialmente útil cuando se aplica a actividades empresariales en las que el esfuerzo preventivo y el daño se pueden medir en términos monetarios (p. ej., esfuerzo para hacer un edificio sólido que no deba ser abandonado a los cinco años por sus propietarios). Sin embargo, se hace mucho más difícil de aplicar si uno de los términos de comparación no es apreciable en dinero, como cuando está en juego la vida de una persona, o simplemente su libertad de deambular. Y no digamos nada si ambos términos de comparación no pueden sujetarse a la valoración económica. P. ej., cuando yo paseo por la calle y doblo una esquina me puedo tropezar con otra persona y causarle daños; ¿cómo se mide económicamente la restricción de mi libertad y el posible daño físico y psíquico que puedo causar?¹³¹

De hecho, uno de los problemas que tiene planteado en la actualidad la ética es el de la *incommensurability*¹³², en el fondo aplicable a todo el asunto de cuándo un acto es lícito o no.

Por tanto, determinar qué es negligencia supone una difícil ponderación de valores. Pero al menos una cosa está clara: la negligencia implica falta de dolo o intención de causar el daño. Esto es, sean «X», «Y», «Z» y «D» los valores o factores a considerar en la incorrección de una conducta, y sea «D» dolo, hay un problema de negligencia cuando no hay «D» en el caso dado.

En términos lógicos: $N \rightarrow X \wedge Y \wedge Z \neg D$

[«N» = negligencia; «→» si... entonces; «∧» = y; «¬» = no]

De acuerdo con la característica de que en la negligencia no hay intención, ha sido afirmado muy autorizadamente que «la negligencia no es un estado mental, sino una conducta que se encuentra por debajo del nivel considerado o deseable»¹³³. No obstante, hasta esta aseveración ha de ser matizada, sin que afecte al carácter objetivo de la conducta. Toda actividad humana requiere un grado de concentración o, como se prefiere en psicología cognitiva, de atención. Es evi-

¹³¹ No, desde luego, aplicando el llamado Baremo que figura en el Anexo al TR LRCSCVM.

¹³² El término y el problema procede de una cuestión de filosofía de la ciencia planteado por los filósofos americano y austriaco, respectivamente, Thomas Kuhn y Paul Feyerabend. V., además, VEEL, «Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision Making», *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4 (2010), núm. 2, artículo 2

¹³³ FLEMING (n. 94), p. 114; similar, DOBBS, *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minnesota (2000), § 116, p. 275. En España, respecto de la responsabilidad contractual, CARRASCO (n. 87), p. 594. En Italia, CIAN (n. 50), p. 173.

dente que la persona que conduce un automóvil, pasea por la calle, trabaja en una obra, etc., debe prestar un nivel de atención a la actividad que desarrolla. Ciertamente, para unos el esfuerzo puede ser inferior al de otros en orden a lograr el resultado deseado (ahí está el aspecto objetivo), pero toda actividad y todo deseo de evitar un daño requiere un grado de atención. Y la atención o concentración no es una conducta, sino un estado mental¹³⁴. Por eso, el que no presta atención suficiente está actuando negligentemente.

De ahí que buena parte de la doctrina penal repita que la imprudencia supone la infracción del deber objetivo de cuidado¹³⁵.

Por tanto, podemos concluir afirmando que la negligencia es una conducta, pero que presupone también un estado mental. Es lo que explica –desde el punto de vista civil– que se pueda detener un automóvil conducido por un borracho o que se sea responsable civil del atropello de un niño pequeño que ilícitamente invade la calzada de modo fácilmente visible, pero no percibido por el conductor.

C) El dolo¹³⁶

a) *En general*

La inclusión del dolo como elemento de la antijuridicidad de la conducta se debe a algunos autores, especialmente penalistas del primer tercio del s. XX, que observaron que eran imposibles ciertos delitos sin la existencia del dolo; p. ej., la estafa. Pero quien le dio un armazón teórico fue la llamada en Derecho penal doctrina final

¹³⁴ Baste la cita de una autoridad en la materia: Señala KNUDSEN, «Fundamental Components of Attention», *Annual Review of Neuroscience*, 30 (2007), p. 58, que «Para comportarse adaptativamente en un mundo complejo, un animal debe seleccionar, de la riqueza de información que le es accesible, la información que es más relevante en cualquier momento temporal. Esta información es entonces evaluada en la memoria de trabajo (*working memory*), donde puede ser analizada con detalle, se pueden tomar decisiones sobre esa información, y planes de acción pueden ser elaborados. Los mecanismos de atención son responsables de la selección de información que llega a la memoria de trabajo».

¹³⁵ ROXIN (n. 50), § 24, núm. 8; MIR PUIG (n. 61), p. 289; MUÑOZ CONDE (n. 44), p. 284.

¹³⁶ La distinción de solo dos pretendidos momentos psicológicos en el autor, dolo y negligencia, no responde a la realidad de la persona; por eso, la doctrina penal suele distinguir dolo directo de primer grado y de segundo grado, dolo eventual, imprudencia con representación del resultado e imprudencia sin tal representación. El problema es que nuestro Derecho civil sólo conoce dos formas de antijuridicidad y todas esas actitudes psicológicas –y más que pudiéramos individualizar– han de ser encajadas necesariamente en una de esas dos modalidades. Así, toda persona que se pone a conducir un automóvil sabe que es posible que cause la muerte de otro, se representa y acepta esa posibilidad, pero nadie diría que, por ese solo hecho, existe dolo eventual. MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), p. 711, hace notar con acierto que «Se intenta encontrar un criterio exacto para distinguir dos escalones –imputación subjetiva del resultado (dolo) –imputación sólo del peligro (imprudencia)– donde en realidad hay una *progresión continuada* (cursiva del original). Más que hechos blancos o negros hay una escala de grises».

de la acción, cuyo máximo representante fue Welzel¹³⁷. Aunque esta teoría está en la actualidad desechada, sí se acepta de forma general esta aportación.

La admisión del dolo como elemento del tipo trajo posteriormente como consecuencia que se incluyera también en él la negligencia o imprudencia.

La doctrina civil no se ha preocupado en demasía del dolo, porque parece pensarse implícitamente que lo que hay que indemnizar es el daño, y a estos efectos es igual que se haya producido con o sin intención. Incluso se ha llegado a decir muy autorizadamente que «Los comentaristas coinciden en afirmar –con una afirmación que ha de compartirse– que cuando en las normas definidoras de la responsabilidad civil extracontractual se habla de “culpa”, se comprenden todas las formas de culpabilidad. Comoquiera, además, que los perfiles que definen la citada figura, hacen que ésta carezca de función punitiva, no presenta especial interés en el tratamiento de la responsabilidad extracontractual establecer diferencias como hacen los penalistas entre el dolo directo y el eventual, la preterintencionalidad, la imprudencia grave y la imprudencia leve. Todas estas figuras, perfectamente definidas por la doctrina del Derecho penal, acarrear importantes consecuencias en punto a la pena que ha de imponerse al autor de un delito o falta... En cambio, en la responsabilidad civil extracontractual, el resarcimiento integral del daño se produce cualquiera que sea la forma de culpabilidad que haya concurrido»¹³⁸.

Sin embargo, la intención dolosa tiene una enorme virtualidad en multitud de supuestos, y este «descubrimiento» puede ser considerado como el principal logro de la doctrina alemana de la teoría finalista de la acción:

– Por un lado, no es necesario infringir la norma de conducta negligente para ser responsable (p. ej., conducir a 50 km/h con la

¹³⁷ El primer escrito «Kausalität und Handlung», *ZStW*, 51 (1931), pp. 703 y ss., recogido luego en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Gruyter, Berlin, New York, 1975, pp. 7 y ss. (por donde se ha consultado), pp. 703 y ss.; v. además su obra más general, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª edn., Gruyter, Berlin (1969), *passim*.

¹³⁸ Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid (1999), p. 351 [en los *Fundamentos* (n. 87) dice simplemente en p. 253 que «la aplicación en materia civil de las figuras del dolo, del dolo eventual y de la preterintencionalidad, no es problemática»].

La idea no es nueva. En Francia ya señalaba PLANIOL que «La cuestión de saber si el agente ha cometido el acto ilícito (*faute*) con o sin intención de perjudicar es indiferente» [*Traité élémentaire de droit civil*, 8.º edn., II, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris (1921), núm. 863, p. 275]; dolo y negligencia «son ambos actos ilícitos, ambos obligan de la misma manera a su autor a reparar el daño que ha causado. Parece, pues, que la distinción debería desaparecer, ya no que no se funda en ninguna diferencia práctica» (núm. 827, p. 264).

También escéptico en Alemania sobre el papel de los elementos subjetivos del injusto respecto de la ilicitud, MÜNZBERG (n. 63), pp. 157, 159, n. 316, y 163.

En Austria, opina KOZIOL, «Wrongfulness under Austrian Law», en *idem* (n. 5), p. 17, que «sólo los factores objetivos son decisivos para determinar la antijuridicidad».

intención de atropellar al que atraviesa la calzada sin paso de cebrá). Aquí vuelve a aparecer con toda su fuerza la norma de valoración; como lo que pretende el Derecho en última instancia es proteger ciertos bienes, la voluntad de dañarlos determina la responsabilidad independientemente de los medios que empleara el causante¹³⁹.

– Puede ampliar el ámbito de los bienes jurídicos protegidos, de manera que así sea indemnizable un daño que no lo sería en caso de negligencia.

Por ejemplo, en el caso de la promesa de matrimonio (art. 42 CC) no hay derecho a indemnización por daño moral, pero probablemente sí lo habría si se hubiera prometido el matrimonio con la única finalidad de burlarse de la otra persona.

Igualmente, esto puede explicar algunos casos de abuso del derecho del artículo 7 CC¹⁴⁰:

Cuando uno construye una chimenea falsa con la única finalidad de perjudicar al vecino, éste puede pedir una indemnización de daños que en otro caso no podría (conocido caso planteado ante la Cour d'Appel Colmar, 2 de mayo de 1855, *Recueil Dalloz Periodique et Critique*, 1856-II, p. 9)¹⁴¹.

Uno de los autores que defiende que la ilicitud recae en el daño señala que «La respuesta a por qué el paseante carece de acción en relación con los daños ambientales, reside en el hecho de que su interés lesionado no se halla jurídicamente protegido y, por tanto, careciendo estos daños –causados al paseante– de la nota de la antijuridicidad no devienen resarcibles frente, v. gr., al titular de un inmueble cuya fachada manchada por la contaminación producida por la misma fábrica que sí puede reclamar la indemnización de estos daños y perjuicios»¹⁴². El aserto es discutible. Desde luego, sí

¹³⁹ Sin embargo, CARRASCO (n. 87), p. 595, opina que «Del dolo se distinguiría [la culpa] no por la mera infracción de la diligencia –ya que el dolo también lo es–».

¹⁴⁰ El artículo 3:13.II BW establece que «Casos de abuso de derecho son el ejercicio de un derecho con la única intención de dañar a otro...».

La doctrina alemana no ha tenido que acudir a la doctrina del abuso del Derecho, sino que le ha bastado tener en cuenta el dolo del autor del daño. De hecho, en materia de responsabilidad extracontractual, establece el § 826 que «Quien dolosamente causa daño a otro de forma contraria a las buenas costumbres está obligado a la indemnización a ese otro». En el Derecho italiano, véase el artículo 833 *Codice* y CIAN (n. 50), p. 172.

¹⁴¹ En esta línea, la AP Cuenca 16 de enero de 2004 (JUR 53910) señala, respecto de una acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, que «si las ventanas miran a un muro de mayor altura que la pared en la cual están abiertas las ventanas, sin posibilidad de fiscalización del predio ajeno, sería claramente antijurídico obligar al demandado a la clausura de las ventanas cuando no se produce ningún beneficio a la contraparte, ya que el fin de la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas es proteger la intimidad del propietario de la finca ajena a los actores. El artículo 7.2 del Código Civil establece que la Ley no ampara el abuso del derecho».

¹⁴² BUSTO LAGO (n. 77), p. 187.

puede un paseante demandar los daños que le causa la aspiración del humo tóxico de una fábrica.

En cuanto al posible perjuicio estético, la razón de que no se indemnice es que el ordenamiento considera más importante el que cada uno haga lo que le venga en gana (especialmente, edificando como más le guste) que otra persona sufra unos supuestos daños estéticos. Como dice una autora, «¿En base a qué criterio se puede hacer primar la estética de un vecino frente a la de otro para prohibirle realizar un determinado tipo de construcción?»¹⁴³.

Precisamente, en la doctrina alemana (y también española) se discute, a propósito de la acción negatoria, si el dueño de una vivienda puede pretender con éxito que cese una inmisión «ideal» (también llamada «inmaterial», «psíquica» o «moral»), entre las que se incluye el perjuicio estético de la vivienda cercana [así, una fea fachada que afecta también a la estética de la fachada vecina, sentencia del Oberlandsgericht de Celle, *NJW* (1953), p. 388]¹⁴⁴. En general, la jurisprudencia de aquel país se opone. Sin embargo, es famosa la sentencia del Amtsgericht de Münster [*NJW* (1983), p. 2886]¹⁴⁵ en que el tribunal concedió la acción negatoria frente a un vecino que había colocado piedrecillas, un contenedor de basura y dos cubos en el límite de su finca, protegiéndose de tal vista mediante un murete, pero dejándola al alcance de la del vecino (acto de emulación, en la terminología clásica).

De la misma manera, algunos casos de la llamada lesión extracontractual del derecho de crédito: Si A y B realizan un contrato de opción no inscrito en el Registro, y A, incumpliendo su contrato anterior, vende a C, éste no resulta afectado por el acuerdo anterior, a menos que tuviera conocimiento de la relación previa (bastaría un dolo directo de segundo grado: no se pretende directamente perjudicar a otro, pero se sabe que de esa actuación se deriva necesariamente un daño).

Asimismo, el llamado baremo por daños en la circulación establece de modo fijo el límite de la indemnización, salvo que estos se produjeran por delito doloso (Anexo, 1º.1 TR LRCSCVM).

– Incluso en materia de responsabilidad por los hechos de un menor de edad, se suele decir que si los padres responden en caso de

¹⁴³ ALGARRA PRATS, *La defensa jurídico-civil frente a humos, olores, ruidos y otras agresiones a la propiedad y a la persona*, McGraw-Hill, Madrid-Buenos Aires, etc. (1995), p. 325.

¹⁴⁴ Citada por STAUDINGER/GURSKY (1993), § 1004, n. 74.

¹⁴⁵ Citada por MÜNCHENER/MEDICUS (1997), § 1004, n. 31a. Se hacen eco también de este problema, rechazando su aplicación al Derecho español, EGEA FERNÁNDEZ, *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid (1994), p. 36; ALGARRA PRATS (n. 143), pp. 313 y ss.

actividad negligente del hijo, con mayor razón cuando sea dolosa. Sin embargo, cualquiera percibe que no es lo mismo controlar a quien es revoltoso que a la persona que a propósito pretende causar un daño. En este sentido, es ilustrativa la STS de 2 de marzo de 1994 (Penal, RJ 2097) que absuelve a los padres de la responsabilidad civil por un delito de violación cometido por su hijo mayor de 16 años y menor de 18¹⁴⁶.

– Etc., etc.

En realidad, como ya hemos visto, la manera de determinar si una conducta es ilícita es hacer una ponderación de valores, y, por decirlo así, el dolo, la intención de causar el daño, no es sino un elemento desfavorable más a añadir a nuestra balanza. El menosprecio expreso del bien jurídico protegido es una circunstancia que el Derecho tiene muy en cuenta para determinar si una conducta es antijurídica o no.

Por eso, en el fondo, dolo y negligencia no son dos problemas distintos, sino solamente el mismo: determinar si la conducta es correcta o no conforme al ordenamiento.

De la consideración del dolo por el Derecho se deriva que el que tiene conocimientos o habilidades especiales, por la razón que sea, debe actuar en muchas ocasiones conforme a sus habilidades, es decir, mejor que el hombre medio establecido como modelo. P. ej.¹⁴⁷, si el guarda de una piscina ve que alguien se está ahogando, no le basta con nadar con la rapidez media de un salvavidas, sino que ha de emplear todas sus capacidades. ¿Por qué? Aquí vuelve a surgir de nuevo la norma de valoración; ese desprecio consciente de la vida ajena no es tolerado ni por el Derecho penal ni por el civil. Lo mismo podríamos decir del médico que está especialmente dotado y es conocedor, incluso único, de técnicas muy especiales.

Esta consideración de la intencionalidad como elemento valorativo a la hora de determinar la responsabilidad por daños rompe parcialmente la concepción de que el análisis de la corrección de la actividad del agente ha de ser puramente «objetivo» y se dirige únicamente a la conducta externa. Como se ve, las tendencias internas del sujeto pueden desempeñar un papel fundamental. O sea, que la antijuridicidad puede incluir una conducta más un estado mental. Así, p. ej., si una persona va conduciendo un coche a velocidad adecuada y un niño salta inopinadamente a la calzada, el conductor no responde ya que hay «culpa exclusiva» de la víctima; ahora bien,

¹⁴⁶ En el mismo sentido, la SAP Palencia 15 de mayo de 2000 (ARP 1961), respecto de la complicidad de un menor en un delito de homicidio.

¹⁴⁷ ROXIN (n. 50), § 24, núm. 61. De acuerdo con esta opinión, en general, toda la doctrina penal alemana. En la doctrina civil, PANTALEÓN, voz «culpa», en Montoya Melgar (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Civitas, Madrid (1995), p. 1864; CIAN (n. 50), p. 218.

imaginemos que el copiloto que con él viajaba, al no estar mirando la carretera, se había apercebido de que el niño iba detrás de un balón y estaba a punto de acceder a la calzada, a pesar de lo cual –por la razón que sea– se calla y no hace nada. El conductor, como hemos dicho, es irresponsable, pero no así el copiloto.

Hasta ahora hemos hablado del dolo, pero no hemos dado un concepto preciso de él. En la doctrina civil española se dice que «El dolo supone la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad»¹⁴⁸. Este concepto responde a la teoría tradicional del dolo en materia penal, pero hoy día es muy discutida, decantándose bastantes autores por lo que se llama «dolo natural», es decir, en nuestro caso, simple intención de causar o dejar que se produzca un daño (en la que habría que incluir la indiferencia absoluta sobre la producción del daño); la mayoría de los autores penales modernos consideran que son necesarios el conocimiento y la voluntad¹⁴⁹.

Lo anterior tiene relevancia en los casos de error. La doctrina penal distingue habitualmente entre error en el tipo y error de prohibición. Desde el punto de vista civil parecería más conveniente distinguir entre error en los elementos del supuesto de hecho y error en la prohibición o el deber.

Esta distinción no es equiparable a la del error entre elementos normativos y no normativos o fácticos. Cuando una persona estropea una cosa que cree que es propia (p. ej., por considerar que, conforme al último testamento notarial del causante, es heredero), el error recae sobre un elemento normativo («propiedad»), pero se trata de un error sobre un elemento del supuesto de hecho.

A nuestro juicio, hay que considerar como elementos del supuesto de hecho todos, excepto la ponderación o valoración entre libertad de actuación y bien dañado en que, como ya hemos señalado, consiste el juicio de antijuridicidad.

P. ej., si compro un automóvil y lo desguazo, resultando luego, contra lo que creía, que el vehículo había sido robado, no respondo de los daños causados. Si, yendo de caza, disparo contra una persona que se encuentra entre arbustos, creyendo que es un jabalí, no hay dolo, porque no hay intención de matar, y lo único que se puede enjuiciar es si no presté la atención suficiente antes de disparar; es decir, el daño podría ser negligente.

Por el contrario, si, siguiendo uno de los ejemplos anteriores, construyo una chimenea falsa con la única finalidad del taparle las vistas al vecino, el sujeto conoce todas las circunstancias del

¹⁴⁸ LACRUZ (n. 76), p. 505. En el mismo sentido, señala ALBALADEJO (n. 75, 11.ª ed.), p. 929, que son actos dolosos los «realizados con previsión del resultado dañoso y conocimiento de su ilicitud». También PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 423.

¹⁴⁹ MUÑOZ CONDE (n. 44), p. 267; ROXIN (n. 50), § 10, núm. 62, y § 12, núm. 4.

supuesto de hecho, pero puede equivocarse creyendo que el derecho de propiedad incluye la libertad de realizar tal obra con tal intención. El error sobre la ponderación necesaria entre mi libertad de actuar y el posible daño causado no elimina el dolo, la intención de dañar. Por eso, el error lo es de prohibición.

Lo mismo se puede decir del caso del que compra sabiendo que el vendedor estaba infringiendo una opción de compra. Dolo hay, y, por tanto, antijuridicidad de la conducta; puede haber, en su caso, un error de prohibición. En materia de responsabilidad civil creemos que tal error será normalmente irrelevante porque la validez de la norma no depende de su conocimiento por el destinatario (pero v. lo que se dice en el apartado IV «Culpa», y en el VI «Utilidad de la distinción entre antijuridicidad y culpa»).

Frente a lo aquí afirmado, se ha vuelto a defender autorizada-mente la postura más tradicional aduciendo que «dado que para poder afirmar que existe dolo en el comportamiento de aquél que incumple un contrato, es preciso que en su actuación intervenga mala fe, es decir, el conocimiento de que se está conduciendo de forma contraria a aquello a lo que se encuentra obligado, si actuase creyendo que tiene derecho a incumplir no existiría dolo y, como mucho habría que entrar en considerar si su actuación es negligente»¹⁵⁰.

Sin negar las dificultades de la distinción entre error entre los elementos del supuesto de hecho y el error de prohibición, creemos que el caso expuesto no es de dolo, porque en ningún momento se ha intentado dañar a otro. El que, según contrato, cree que debe pagar el día 15, y así lo hace, cuando se comprometió en realidad a pagar el día 14 (error inducido, p. ej., porque el plazo se estableció por días y no por meses), no hay intención de perjudicar al acreedor y, por eso, no hay dolo.

Comparemos este caso con el del que promete matrimonio por una apuesta con un amigo, y luego se echa atrás: Hay intención de dañar, aunque puede haber error sobre la interpretación de los artículos 42 y 43 CC; por eso, hay dolo con error de prohibición.

En realidad, la distinción en materia de dolo que es verdaderamente relevante, dejando aparte consideraciones más profundas sobre teoría de la norma, es la que existe entre quien no quiere dañar y el que lo quiere, pero porque piensa que tal daño está legalmente autorizado (error de prohibición).

¹⁵⁰ PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 425, con cita de Badosa Coll.

b) *Las llamadas causas de justificación*

b.1 En general

En todos los países de Europa occidental, tanto en Derecho penal como de la responsabilidad civil, los autores y las legislaciones recogen una serie de razones que evitan la antijuridicidad del acto aparentemente ilícito. A veces, especialmente en el área del *Common Law*¹⁵¹, la lista es muy variada, incluyéndose toda clase de posibles justificaciones; por el contrario, en otros países, como España y Alemania, se distinguen causas de justificación y causas de excusa o inimputabilidad.

La doctrina penal suele considerar que la conducta típica es antijurídica a menos que haya concurrido una causa de justificación, y lo mismo suele señalar la civil, sustituyendo «conducta típica» por «daño». Así, se dice que «La comprobación última de la antijuridicidad de una conducta tiene carácter negativo. Primero se trataba de determinar si concurrían positivamente los elementos fundamentadores del injusto penal –esto es, si se realizaban los elementos específicos de un tipo de injusto penal–. Ahora, en cambio, importa averiguar a continuación si concurre alguna causa que *excluya* la antijuridicidad. Si no concurre ninguna causa de justificación, el hecho será sin más antijurídico»¹⁵².

¹⁵¹ En Derecho penal y de daños la doctrina tiende a hablar simplemente de *defences*, sin más distinciones. Véase, en cuanto a la responsabilidad extracontractual, p. ej., ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 18th (2010), par. 25-1 y ss.

MCBRIDE/BAGSHAW, *Tort Law*, 2nd edn. (2005) dedican un apartado especial en cada *tort* a la «justificación legal o excusa» (*lawful justification or excuse*), esto es, sin distinguir entre justificación y excusa.

Una buena parte de la doctrina anglosajona incluye la culpa de la víctima entre las *defences*, y, además, como una defensa dentro de la negligencia. Así, DEAKIN/JOHNSTON/MARQUESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 6th edn., Oxford University Press, Oxford (2008), pp. 892 y ss.; DOBBS (n. 133), §§ 199 y ss., pp. 494 y ss.; LUNNEY/OLIPHANT, *Tort Law. Texts and materials*, 4th edn. (2010), pp. 300 y ss.; WEIR, *Tort Law*, Oxford University Press, Oxford (2002), p. 119: «La culpa de la víctima es incuestionablemente una *defence*». Pero, por una parte, la culpa de la víctima no tiene nada en común con, p. ej., la enfermedad mental; y, por otra parte, negligencia significa *per se* antijuridicidad. Una cosa es antijuridicidad y otra responsabilidad; en caso de culpa de la víctima, la negligencia del responsable no se ve disminuida, sino sólo su responsabilidad: MÜNZBERG (n. 63), p. 81, n. 161.

Respecto del Derecho penal, v., p. ej., ASWORTH, *Principles of Criminal Law* (2003), Oxford University Press, Oxford, pp. 204 y ss.; ORMEROD, *Smith & Hogan Criminal Law*, 11th edn., Oxford University Press, Oxford (2005), pp. 296 y ss.

Excepciones a lo anterior son, en Derecho de daños, p. ej., DOBBS (n. 133), § 69, pp. 156 y ss. En cuanto al Derecho penal, p. ej., LAFAVE, *Criminal Law*, 4.^a edn., Thomson-West, Saint Paul (2003), § 9.1, pp. 447 y ss.; aunque reconociendo que «Las defensas reales o propuestas en el capítulo actual son una mezcla de todo un poco» (p. 450).

¹⁵² MIR PUIG (n. 61), p. 421; la negrita y cursiva son del original; en sentido similar, aunque no tan contundente, su discípulo BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, J. M. Bosch (1994), p. 35.

Por ello, en la doctrina penal es muy frecuente señalar que «la tipicidad es *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad» o que «la tipicidad es indicio de la antijuridicidad»¹⁵³, lo que ha sido trasladado al ámbito civil considerando que el daño indica la antijuridicidad. Se dice, pues, que «todo daño infligido a otro es injusto y da lugar a resarcimiento si no concurre alguna de las circunstancias que lo legitiman. La antijuridicidad, entonces, se manifiesta de forma negativa: la juridicidad del acto o la presencia de una causa de justificación pueden, aun habiendo daño, excluir la responsabilidad».

«La violación de un derecho subjetivo de otro o de una norma destinada a proteger intereses ajenos constituye, en principio, un hecho ilícito o antijurídico; sin embargo, esta violación puede estar cubierta mediante la concurrencia de alguna causa de exclusión de la antijuridicidad idónea para eliminar la aparente antijuridicidad del hecho dañoso»¹⁵⁴.

Sin embargo, la idea y las frases arriba transcritas son un modo de razonar que se refieren al procedimiento de deliberación jurídica del juzgador, mezclado con el problema puramente procesal de la legitimación¹⁵⁵ o de la carga de la prueba, que alguno incluso llega a atribuir al demandado¹⁵⁶.

Pero, en primer lugar, no sirve en absoluto cuando la «causa» del daño ha sido una omisión, porque el que se produzca un daño no indica de ninguna manera que alguien haya omitido una conducta que hubiera debido realizar y no ha hecho; y la misma omisión tampoco indica quién es el que ha omitido de modo relevante para que a él se le impute el resultado producido¹⁵⁷.

¹⁵³ ROXIN (n. 50), § 10, núm. 23. De modo similar, KÜHL (n. 61), § 6, núm. 2; STRATENWERTH/KUHL (n. 61), § 7, núm. 14; WELZEL (n. 137), § 14, I, núm. 1. En España, p. ej., BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho penal*, II, Trotta, Madrid (1999), pp. 34 y 35. MUÑOZ CONDE (n. 44), p. 299, degrada esa función indiciaria a mera «sospecha». V., en general, todos los partidarios de la concepción tripartita del delito (es decir, los que defienden que tipicidad y antijuridicidad son elementos distintos).

¹⁵⁴ LACRUZ (n. 72), n. 228, p. 502. Similar, DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, 3.ª edn., Universidad de Deusto-Civitas, Madrid (1993), p. 258; BUSTO LAGO (n. 77), pp. 251 y 252; Díez-PICAZO (n. 87), pp. 304 y 305; PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 274; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. III, Bosch, Barcelona (1983), p. 81; ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial*, Civitas, Madrid (1976), pp. 82 y 83. En Alemania, DEUTSCH, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Auf., Heymanns, Köln (1995), pp. 202 y 203; LARENZ/CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. II, vol. 2, 13. Auf., Beck, München (1994), II, § 75, 3, c), pero sólo para lo que llaman daños inmediatos.

¹⁵⁵ La obra de MCBRIDE/BAGSHAW (n. 151), pp. 496 y ss. es un buen ejemplo. Los autores tratan algunas *defences* bajo el título «Límites del derecho a demandar», e incluyen ahí la defensa *volenti non fit iniuria*, pero, conforme a las Civil Procedure Rules para Inglaterra y Gales, de 1998, tal defensa es una cuestión de Derecho sustantivo, que no impide el proceso a *limine*, sino que tiene que ser decidida en la sentencia.

¹⁵⁶ LOUBSER, en van der Merwe/du Plessis, *Introduction to the Law of South Africa*, Kluwer Law International, The Hague (2004), p. 291.

¹⁵⁷ Cf. MÜNZBERG (n. 63), p. 262.

En segundo lugar, cuando estamos ante una acción, aquella opinión no se sostiene desde el punto de vista lógico. Si para que se produzca una consecuencia jurídica *C* son necesarios en el supuesto de hecho los requisitos *a*, *b* y *c*, el que se dé el requisito *a* no supone que se dé el *b*, porque, de lo contrario, *a* implicaría *b* ($a \rightarrow b$), con lo que *a* y *b* no necesitarían expresarse como requisitos distintos para que surja la responsabilidad extracontractual.

Por otra parte, cuando la doctrina señala que el daño o la tipicidad es indicio de la antijuridicidad no está queriendo decir que tal daño implica necesariamente la antijuridicidad. De ahí que, p. ej., la frase «Todo el que mate a otro dolosamente actúa antijurídicamente, a menos que exista una causa de justificación», no contenga ninguna declaración independiente, sino que, en el fondo, lo que hace es repetir la premisa (es decir, para actuar antijurídicamente, es necesario actuar antijurídicamente)¹⁵⁸.

Todavía se podría entender la frase discutida en un sentido estadístico, que llevaría a desplazar la carga de la prueba: cuando hay un daño, hay normalmente antijuridicidad de la conducta dañosa. Pero esto tampoco es siempre cierto. Pensemos en el tipo de detención ilegal de los artículos 163 y ss. CP. El artículo 163.1 dispone que «El particular que encerrar o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años». El número de estos delitos al año en España es muy bajo, sin embargo, el número de internamientos psiquiátricos forzosos es de miles. Lo mismo en cuanto a la detención ilegal cometida por funcionario público (art. 167 CP); la mayoría de las detenciones de la policía son lícitas. El daño –estar encerrado– no indica, ni siquiera estadísticamente, la ilicitud de la conducta¹⁵⁹.

En realidad, la oscura frase a que nos hemos referido se debe a la idea general de la doctrina penal y civil de que el hecho típico o el daño causado es antijurídico a menos que exista una causa de justificación¹⁶⁰. Esta opinión no convence. En realidad, la norma

¹⁵⁸ En este sentido, OTTO, «Die Lehre vom Tatbestand und der Deliktsaufbau», *Jura* (1995), p. 472. También críticos con el carácter «indiciario» del tipo, ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, t. I, vol. 2, 8. Auf., Müller, Heidelberg (2000), § 25, IV, núm. 1, p. 64; KÖTZ, *Deliktsrecht*, 7. Auf. Luchterhand, Berlin (1996), núms. 100 a 103, pp. 42 a 44; MÜNZBERG (n. 63), pp. 84, 93, 108 y 262.

¹⁵⁹ Similar, para el Derecho alemán, OTTO (n. 158), p. 469. Por ello, en el Derecho penal anglosajón se ha llegado a decir muy autorizadamente que «Está claro que la carga de eliminar las defensas basadas en causas de justificación públicas o privadas recae sobre la acusación» [OMEROD (n. 151), p. 434].

¹⁶⁰ En la doctrina penal anglosajona se considera también como requisito del delito la «absence of justification» [ASHWORTH (n. 151), p. 97].

En la civil se utiliza el término «privilege»; el *Restatement of the Law of Torts Second* dispone en su § 10: «Privilegio. (1) La palabra “privilegio” es usada a lo largo del *Restatement* dedicado a esta materia para denotar el hecho que conductas que, en circunstancias ordinarias, someterían al agente a responsabilidad, en circunstancias particulares no lo

que determina cuál ha de ser el comportamiento de una persona no resulta del texto de un artículo de cualquier ley, sino de un conjunto de disposiciones, incluyendo, en su caso, los principios generales del ordenamiento de que se trata¹⁶¹. P. ej., podríamos pensar que existe una norma según la que el propietario puede impedir el acceso de cualquiera a su finca (v. arts. 348 y 388 CC); sin embargo, si una persona es perseguida por un delincuente con una pistola, el perseguido puede, desde luego, invadir la finca del dueño con la finalidad de huir, y esta acción no es ilícita (contra lo que creía Jhering). Aún más, si el dueño percibe la situación, no puede impedir al fugitivo que entre en su finca, porque entonces sería él el que estaría actuando ilícitamente (v. arts. 195 y 450 CP). En realidad, la aparente antijuridicidad es, como ya se ha señalado, un momento más de la deliberación jurídica, pero sin contenido independiente propio.

En este sentido, cuando el artículo 20.5.º CP intenta describir el estado de necesidad permitiendo que el dañante «infrinja un deber», no se está expresando con mucha propiedad. El dañante no está infringiendo un deber porque el ordenamiento le autoriza para realizar tal actividad, y choca directamente con el principio lógico de no contradicción que una misma cosa sea simultáneamente debida y no debida. El «deber» al que se refiere el precepto no es más que un aparente deber.

Por tanto, determinar si una conducta es antijurídica o no requiere, desde el punto de vista dialéctico, justificar qué ha hecho la persona incorrectamente; cuestión completamente distinta de la de la carga de la prueba. El que haya existido un daño es simplemente un momento de la valoración jurídica, referida al resultado, pero no a la conducta que hace al acto antijurídico y, por tanto, responsable a su autor.

¿A qué se debe, pues, el tratamiento especial que hacen el Código penal y la doctrina penal y civil sobre las causas de justificación? En realidad, la circunstancia que llamó poderosamente la atención de los juristas desde antiguo es que en estos casos el daño se había producido intencionadamente, a pesar de lo cual el sujeto

sujetan a tal responsabilidad» [AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law of Torts Second*, vol. 1, American Law Institut Publishers, St. Paul, Minnesota (1965), p. 7]. V. también FLEMING (n. 94), p. 83; DOBBS (n. 133), pp. 155 y ss.

¹⁶¹ Señala DE CASTRO (n. 103), p. 47, que «en casi ningún artículo de una ley se encontrará una norma completa, generalmente se indican, en unos, los requisitos que ha de reunir un acto, se describe o define por sus caracteres y se dejan, para señalar en otros las consecuencias que puedan acarrear su existencia, su falta o su contradicción. Pocas veces coincidirán materialmente disposición y norma; mientras la disposición en general se verá inmediatamente, la norma será preciso reconstruirla, buscando todos los preceptos que resulten precisos, dentro del mismo cuerpo legal o fuera de él».

resultaba irresponsable. O sea, que se aprecia aquí una vez más la importancia que en la valoración de la conducta se concede a la intención dañosa.

Lo anterior queda aún más claro si pensamos en los daños causados por negligencia. Casi nadie habla aquí de «causas de justificación» porque lo que todos hacemos –igual que en el caso del dolo– es analizar de modo global si el sujeto ha actuado o no adecuadamente¹⁶².

En cualquier caso, estudiando la cuestión desde el punto de vista sustantivo, las causas de justificación funcionan de la siguiente manera: sean «X», «Y» y «Z» los factores que hacen una conducta antijurídica por negligencia. En cierto caso, uno de esos valores falta, pero por el contrario el valor «D» (dolo) está presente. Decimos entonces que el acto es antijurídico, excepto cuando hay una causa de justificación, p. ej., «E», «F», «G». Pero si consideramos el problema con cuidado, vemos que «E», «F», «G» tienen relevancia en orden a considerar el acto antijurídico si y solo si «D» está presente. En otro caso son irrelevantes. Por tanto, sean «D», «E», «F», «G» un grupo valorativo, como «X», «Y» y «Z» lo eran a propósito de la negligencia, hay antijuridicidad cuando hay intencionalidad o dolo y falta una causa de justificación en el caso dado.

En términos lógicos: $A \rightarrow D \neg E \neg F \neg G$

[«A» = antijuridicidad; « \rightarrow » = si... entonces; « \neg » = no]

Por esta razón, las causas de justificación deben ser consideradas dentro del estudio del dolo, y no como un requisito negativo independiente, aplicable tanto al dolo como a la negligencia. De ahí que hayan de considerarse incorrectos todos los tratados comunes de Derecho

¹⁶² En el mismo sentido, MÜNZBERG (n. 63), p. 108.

No obstante, es curiosa la sentencia del BGH alemán de 4 de marzo de 1957 (BGHZ, t. 24, pp. 21 y ss.) en la que el Tribunal considera como causa de justificación «el comportamiento adecuado en el tráfico». Tal pronunciamiento dio lugar a una cascada de publicaciones sobre el asunto, en su mayoría críticas con su fundamentación, pero no todas. Para WIEACKER, «Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im Bürgerlichen Recht», *JZ* (1957) pp. 535 y ss., es de agradecer que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo incorpore conceptos provenientes de otras disciplinas, como el Derecho penal en este caso (se trataba de la teoría de Welzel sobre la adecuación social). Como explica NIPPERDEY, «Rechtswidrigkeit, Sozialadequanz, Fahrlässigkeit, Schuld in Zivilrecht», *NJW* (1957), II, p. 1777, según la mencionada teoría, «Todos los comportamientos son socialmente adecuados cuando se mueven en el marco histórico y social ético del ordenamiento de la sociedad y son abiertamente aceptados por ella. La causación (dolosa o no dolosa) de determinados resultados típicos (p. ej., muerte, lesiones, privación de libertad, daño a las cosas, provocación de un fuego) es normalmente antijurídica, salvo cuando excepcionalmente está justificada por causas de justificación (p. ej., legítima defensa, estado de necesidad, consentimiento, gestión de negocios ajenos sin mandato, etc.)». Este último autor también se congratula de la decisión del BGH. Sin embargo, la mayoría, con mejor sentido, la criticó: DUNZ, «Das verkehrsrichtige Verhalten», *NJW*, 1960, pp. 507 y ss. («el TS se ha metido en un callejón sin salida»); WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, C.F. Müller, Karlsruhe (1960), *passim*, y la doctrina que cita.

penal que consideran la antijuridicidad un elemento del delito completamente distinto de los demás y cuya única función es examinar si existe una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad.

La consecuencia de todo lo anterior es la siguiente: las causas de justificación no son un *totum revolutum*, sino sólo aquellos valores o circunstancias que impiden la antijuridicidad de la conducta intencional.

5. CONCLUSIÓN PARCIAL

Ahora estamos en condiciones de señalar la principal conclusión de este artículo. Hay dos modos de evaluar si un acto es acorde o no con el Derecho: negligencia o dolo (cuando todos los elementos de la negligencia no están presentes). Y necesitamos un concepto que comprenda la incorrección en ambos casos. Éste puede ser llamado culpa en sentido amplio, incorrección, antijuridicidad o como se quiera. Pero aquí se defiende el uso de la antijuridicidad porque evita la anfibología del término culpa (que puede referirse a la antijuridicidad, a la negligencia y a la situación de los inimputables) y facilita un lenguaje jurídico más preciso.

Al final, por tanto, $A \rightarrow (X Y Z) \vee (D \neg F \neg G \neg H)$

[«A» = antijuridicidad; « \rightarrow » si... entonces; « \vee » = disyunción; « \neg » = no]

Por otra parte, la fórmula $(X Y Z) \wedge (D \neg E \neg F \neg G)$ [$\wedge = y$] es irrelevante porque el grupo $(X Y Z)$ es ya suficiente para considerar la acción antijurídica y la intención de dañar (D) no añade nada a esa antijuridicidad (p. ej., disparar a alguien en una calle muy concurrida), excepto en aquellos países en que se admiten los daños punitivos.

En definitiva, ¿qué es la antijuridicidad? Una cualidad de la conducta, consistente en ser contraria a Derecho, en la medida en que causa (o puede causar) un daño, partiendo de una ponderación entre la libertad del agente (en la cual la intención de dañar es un factor básico) y el valor del bien que puede ser (o ha sido) dañado.

IV. CULPA EN SENTIDO SUBJETIVO

1. CONCEPTO, HISTORIA Y DERECHO COMPARADO

Distinto del problema de si una conducta es correcta o no es el de si el sujeto agente posee las capacidades físicas y psíquicas necesas-

rias para acomodarse al modelo de conducta establecido. Aparentemente, el Código civil no regula de modo directo este asunto.

En Derecho romano, D. 9,2,5,2 Ulp. dice expresamente que los que no están en su juicio no están sujetos a la acción de la ley Aquilia¹⁶³; y la P. 7,34,4 disponía que «*el ome que es fuera de su seso no face ningun fecho endereçadamente: e porende no se puede obligar, porque non sabe, nin entiende pro, nin daño*».

Por su parte, Pothier, que tanto influyó en el *Code* y, por tanto, mediatamente en nuestro Código, consideraba que «sólo las personas que tienen uso de razón son capaces de delitos y cuasidelitos: pues las que no son razonables, tales como los niños y los insensatos, no son capaces ni de maldad ni de imprudencia»¹⁶⁴.

Este modo de pensar fue el general en toda Europa en la Edad Moderna, pero el ABGB austriaco, de 1811, después de establecer la irresponsabilidad de los menores y enfermos mentales, previó en su § 1310 que «el juez... puede reconocer, en consideración al patrimonio del dañante y del dañado, una indemnización total o parcial».

Posteriormente, el § 829 BGB alemán dispuso que se puede establecer una indemnización por razones de equidad, según las circunstancias, en especial, las relaciones entre los partícipes en el acto dañoso, y en la medida en que dicha indemnización no afecte a los alimentos del dañante o a los que éste ha de prestar a un tercero.

Esta solución ha tenido cierto éxito y se ha incorporado a los Códigos civiles de otros países de Europa occidental. Así, Suiza, Bélgica, Italia o Portugal¹⁶⁵.

¹⁶³ «*Et ideo querimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae non sit? Et Pegasus negavit; quae enim in eo culpa sit, quum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum; cassabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, Aquiliae cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fuerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum; et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capax*» («Y por eso preguntamos, si un furioso hubiera causado un daño ¿no se le aplicaría la ley Aquilia? Y Pegaso lo rechazó, pues ¿qué culpa tendría si no estaba en su sano juicio? Esto es muy cierto; no se aplicará, por tanto, la ley Aquilia, como si un cuadrúpedo hubiera causado un daño o una teja se hubiera caído. Y si un infante causara un daño, se aplicará lo mismo. Pero si lo hubiera hecho un impúber, Labeo dice que puesto que se obliga por el hurto, se le aplica también la ley Aquilia. Y esto lo considero cierto si fuere ya capaz de injuria»); D. 50,17,5 PAULUS 2 *ad sab.*: «*In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui dari possunt, quamvis actum rei non intellegerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest*»; Dig. *eod.*, 40, POMPONIIUS 34 *ad sab.*: «*Furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est*».

¹⁶⁴ (n. 19), pp. 63 y 64.

¹⁶⁵ Suiza (art. 54.I OR): «El Juez puede condenar a una persona incapaz de discernir a una indemnización total o parcial, basándose en razones de equidad».

Bélgica (art. 1386-bis, incluido en 1935): «Cuando una persona se encuentre en un estado de demencia o en un estado grave de desequilibrio mental o de debilidad mental que le hace incapaz del control de sus acciones, y cause un daño a otro, el juez la puede condenar a todo o parte de la reparación a la que estaría sujeta si tuviera el control de sus actos. Decidirá según la equidad, teniendo en cuenta las circunstancias y la situación de las partes».

En otros ordenamientos se distingue entre la situación de los menores y la de los enfermos mentales. Así, el Código holandés o BW establece en su artículo 6:164 que los actos de un menor de 14 años no pueden considerarse como un acto antijurídico, mientras el artículo 6:165 dispone que los actos de una persona deficiente física o psíquicamente no dejan de considerarse como antijurídicos, así como los de los mayores de 14 años. No obstante, si existen personas con deberes de supervisión sobre ellas y no los han cumplido adecuadamente, pueden ser declaradas responsables por el todo. Además, por los actos de un menor siempre es responsable el guardador legal (art. 6:169). Por tanto, en el caso de un menor, alguien tiene que pagar el pato. Por debajo de 14 años son responsables los guardadores; entre 14 y 16 los guardadores son responsables si hubieran podido y debido evitar el daño; en otro caso, responde el propio menor.

Y la misma disparidad de criterios entre menores y perturbados mentales se encuentra en el Derecho anglosajón. Se dice, por una parte, que «El nivel de cuidado exigible a un adulto que sufre una incapacidad mental o una perturbación psicológica se mantiene en el nivel exigible a una persona prudente, razonable y de normal inteligencia»; y, por otra, «los niños no están sujetos al nivel de la persona razonable, sino sometidos a un nivel que es ampliamente subjetivo. A un menor, incluso a uno de cierta edad, se le exige comportarse sólo con el cuidado de un menor de su misma edad, inteligencia y experiencia en similares circunstancias»¹⁶⁶. Este enfoque ha sido admitido por algún reputado autor español, que llega a decir que «el cuidado exigible a un anciano impedido es el razonablemente exigible a los ancianos impedidos, no a los adultos sanos», para luego añadir que «respondería en la medida en que la equidad lo justificase, por ejemplo, el niño de 12 años de edad o el anciano de setenta que hubiera causado un evento dañoso imprevisible o inevitable para los niños de doce años o los ancianos de setenta prudentes y cuidadosos, pero previsible y evitable para un adulto de mediana edad prudente y cuidadoso»¹⁶⁷.

Italia (art. 2047.II): Después de establecer la irresponsabilidad de los inimputables y la posible responsabilidad de los cargos tutelares, dispone que «En el caso de que el dañado no hubiera podido obtener el resarcimiento del encargado del cargo tutelar, el juez, en consideración a las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa».

Portugal (art. 489, que es el que más se parece al BGB): «1. Si el acto causante de los daños hubiera sido hecho por persona no imputable, puede ésta, por motivos de equidad, ser condenada a repararlos, total o parcialmente, cuando no sea posible obtener la debida reparación de las personas a quienes incumbe su vigilancia».

¹⁶⁶ DOBBS (n. 133), § 120, p. 284 y s. La misma opinión es mantenida por FLEMING (n. 94), p. 126; ROGERS (n. 151), par. 24-16; LUNNEY/OLIPHANT (n. 151), p. 196.

¹⁶⁷ PANTALEÓN (n. 147), pp. 1864 y 1865.

El Código francés, que tenía una redacción similar al nuestro (o, más bien, viceversa), señala desde 1968, ahora en su artículo 414-3 (antes en el 489-2), que «Aquél que causa un daño a otro bajo la influencia de una perturbación mental no está menos obligado a la reparación». La inclusión del precepto no estuvo exenta de polémica y dio lugar al rechazo de una parte de la doctrina¹⁶⁸. Pero luego la jurisprudencia de aquel país la ha extendido a los menores, incluso de corta edad¹⁶⁹.

Por último, no puede terminar este repaso a otros ordenamientos sin analizar el impacto que sobre ellos y el español pueda tener la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006 («BOE» de 21 de abril de 2008, entrada en vigor el 3 de mayo de 2008). A nuestro juicio, ninguno, pues el artículo 2 se refiere claramente al disfrute de derechos y libertades, no a la liberación de deberes: «Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo». Por otra parte, el discutido artículo 12.2, que señala que «Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida», no plantea problema alguno en su versión española, además de que son cosas distintas la imputabilidad en el Derecho de daños y la capacidad de obrar, como se verá en el apartado siguiente. Como dice la STS 29 de abril de 2009 (RJ 2901), que admite la concordancia del CC y la LEC a la mencionada Convención, al «enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión».

2. LA INCAPACITACIÓN Y LA MENOR EDAD, Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Toda la doctrina está conforme en que el hecho de que el inimputable esté incapacitado no tiene relevancia en cuanto a su res-

¹⁶⁸ P. ej., SAVATIER, «Le risque, pour l'homme, de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil», *Chronique Dalloz*, 19 (1968), pp. 109 y ss.; VINEY, «Réflexions sur l'article 489-2 du Code civil», *RTDC* (1970), p. 254: «Repugna instintivamente admitir que el enajenado pueda ser considerado como el autor de un hecho ilícito (*faute*)».

¹⁶⁹ V. VINEY/JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 2e edn., LGDJ, Paris (1998), núm. 593, pp. 540-542.

pensabilidad civil directa (sí, lógicamente, respecto de la de los guardadores). Sin embargo, esto se afirma de una forma más bien intuitiva, sin ulterior explicación.

El asunto requiere un somero examen de cuestiones de teoría general de las normas. Cierta corriente filosófica distingue hechos de la «cruda realidad» (*brute facts*) y hechos institucionales (*institutional facts*). Los primeros, a los que preferimos llamar materiales, se refieren a situaciones o actividades que se pueden definir independientemente de un sistema normativo (una montaña, una casa, correr, pegarle al vecino, etc.). Los segundos a aquéllas que sólo se producen en la medida en que previamente exista un sistema normativo del que son parte precisamente dichos hechos. Por ej., la moneda, el contrato, el testamento, el matrimonio; no hay testamento sin sistema normativo, sino sólo unos trazos en un papel, etc.¹⁷⁰.

Sobre la base de lo anterior, se distinguen entonces normas regulativas y constitutivas. Las primeras regulan hechos materiales, las segundas, institucionales¹⁷¹.

Por otra parte, y desde otro punto de vista, la mayoría de los filósofos del Derecho modernos distinguen más bien entre normas imperativas o regulativas, normas de competencia y normas que conceden poderes. Las normas de competencia son las referidas a las autoridades u órganos que pueden dictar normas¹⁷². Aquí nos referiremos a las normas que conceden poderes, aunque a veces se diga que conceden una competencia.

Pues bien, las normas sobre incapacitación y tutela confieren al tutor o curador una competencia o poder sobre distintos ámbitos, conforme a la sentencia de incapacitación (art. 760 LEC):

– Por una parte, declara la competencia del tutor para realizar actos institucionales en nombre del pupilo, salvo que sean personálísimos. De acuerdo con ciertas posiciones doctrinales, se trataría, pues, de una cuestión de legitimación. A partir de ese momento, ya no es el pupilo la persona competente para realizar tales actos, sino el tutor (art. 267 CC). En el caso del sometido a curatela, no se

¹⁷⁰ Fundamental, SEARLE, *The construction of social reality*, The Free Press, New York (1995) *passim*, aunque pueden verse especialmente pp. 27 a 29; y, antes, *Speech acts*, Cambridge University Press, reimpr. 1977 de la ed. (1969), pp. 50 a 53.

¹⁷¹ SEARLE (n. previa, 1995), pp. 27 a 29; y (n. previa, 1969), pp. 33 a 42; especialmente en p. 34: «Las normas regulativas regulan una actividad preexistente, una actividad cuya existencia es lógicamente independiente de las normas. Las normas constitutivas constituyen –y, por tanto, regulan– una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas».

¹⁷² V., por todos, FERRER BELTRÁN, *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – «BOE», Madrid (2000), *passim*.

priva totalmente de competencia al pupilo, pero se concede al curador la competencia para vetar la actuación de aquél (art. 289 CC). Esta privación de competencia, con consiguiente traslación a otro, es lo que podríamos llamar incapacidad de obrar en sentido estricto; y se manifiesta, no sólo en sentido activo, sino también pasivo; por ejemplo, requerimientos, demandas, etc., que ahora han de ser dirigidos al titular de la competencia.

– En segundo lugar, la sentencia afecta al incapacitado en cuanto a la realización de actos materiales o «brutos», pero no de la misma manera que en el caso anterior. Se concede al tutor la competencia para ordenar o prohibir al pupilo la realización de estos actos, pero, evidentemente, sobre ellos no hay cuestión de competencia, sino que, sencillamente, se hacen o no (se trata, pues, de una norma regulativa, no constitutiva); es decir, no se puede representar a otro en cuanto a ir a un concierto, hacer deporte o comer un helado. Por ello, si el pupilo desobedece las órdenes del tutor, podrá éste en último extremo «recabar el auxilio de la autoridad» (art. 268. II CC).

El concepto de acto material explica entonces la independencia de la responsabilidad extracontractual de la incapacitación del dañante. No existe aquí cuestión de competencia, sino una norma regulativa; no se autoriza a nadie a destruir una cosa en nombre de otro. Y la destrucción de la cosa de otro es algo que se produce independientemente de una incapacitación¹⁷³.

Y lo dicho respecto del incapacitado es aplicable igualmente respecto del menor de edad. Por eso, el artículo 61 de la Ley Penal del Menor hace al menor responsable civil de los daños que cause, lo que tiene sentido pues la Ley sólo se aplica a los mayores de 14 años, y a esta edad se tiene ya normalmente madurez suficiente para distinguir lo que es correcto de lo que no lo es.

3. EL CÓDIGO PENAL

A) **Introducción**

El artículo 118 CP establece:

«1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:

¹⁷³ Sobre esta cuestión puede verse, más detenidamente, GARCÍA-RIPOLL, «Comentario a sentencia de 26 de julio de 1999», *CCJC* (2000), pp. 133 y ss.

1.^a En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.

Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.»

La regla trata la responsabilidad civil por los daños causados por los inimputables incluidos en los números 1.º y 3.º del artículo 20; a saber: «El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión»; y «El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad».

La redacción del precepto comentado es muy desafortunada y oscura y ha dado lugar a no pocas discrepancias en la doctrina. Así, ante todo, es discutible si estos inimputables penales responden civilmente. Se dispone que «en los casos de los números 1.º y 3.º (del art. 20) son *también* responsables» los guardadores; por tanto, si éstos son *también* responsables es porque se parte de que primeramente lo son los inimputables.

Sin embargo, el último inciso del primer párrafo de la regla primera dice que lo anterior se aplica «sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables». ¿Quiénes son estos «imputables»? Buena parte de la doctrina considera que se trata de un simple error material de transcripción y que en realidad se quiere decir los «inimputables». Si esta opinión fuera cierta, no quedaría claro si los penalmente inimputables responden siempre civilmente.

Además, el segundo párrafo de la regla dispone que «los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos». ¿A qué sujetos se está refiriendo? ¿A los imputables y los guardadores? ¿A los inimputables y a los guardadores? ¿A los inimputables, a los imputables y a los guardadores? Además, frente al perjudicado no queda claro si tal responsabilidad es mancomunada o bien solidaria, teniendo entonces relevancia esa «medida» sólo en la relación interna.

Por otra parte, del proceso parlamentario de elaboración del precepto poco se puede sacar en claro. El Proyecto de Ley presentado por el Gobierno en 1992 decía en el correspondiente

artículo (el 120.1, regla 1.ª) que «en los casos de los números 1.º, 3.º y 4.º son responsables por los hechos que ejecuten el enajenado, el menor de dieciséis años (en un principio, éste era el límite de edad de la imputabilidad penal) y aquellas personas que sufran alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, los que los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia. Cuando no quepa exigir la responsabilidad anterior o si el responsable fuere insolvente, podrán responder con sus bienes los mismos enajenados, menores o aquellas personas que sufran alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, en la medida en lo que (*sic*) considere equitativo los Jueces o Tribunales»¹⁷⁴.

Por tanto, el sistema se aproximaba bastante al del Código derogado; respondían en primer lugar los guardadores, y sólo subsidiariamente el inimputable penal. Aun así, se añadían algunas modificaciones respecto del texto refundido de 1973: de un lado, desaparecía la limitación de responsabilidad según las normas sobre embargo de bienes de las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal (antiguo art. 20, regla primera, párrafo 2.º); de otro, esta responsabilidad no era automática, sino que quedaba al buen arbitrio del Tribunal, según lo que considerara equitativo.

Parece, entonces, que se pretendía incorporar a nuestro Derecho la norma de otros ordenamientos de nuestra área cultural que, partiendo de la irresponsabilidad civil del inimputable, permite la imposición parcial o total de la obligación de resarcir en atención a la equidad.

Tras la disolución de las Cámaras en 1993, el Gobierno de la V Legislatura volvió a presentar un nuevo Proyecto de Ley de Código penal esencialmente igual al anterior, salvo ligeras modificaciones. Entre éstas se encuentra el cambio de redacción del artículo referido a la responsabilidad civil de los inimputables por falta de discernimiento o voluntad. Sin embargo, los preceptos sobre responsabilidad civil, como ya hablan sido discutidos en la legislatura anterior, no lo volvieron a ser en la nueva, sino que la Comisión de Justicia del Congreso continuó los debates del nuevo Proyecto por donde se había quedado anteriormente; o sea, justo al final del libro I. Con lo cual no podemos entresacar de la discusión parlamentaria el sentido de este oscuro artículo, ni el porqué del cambio de redacción¹⁷⁵.

¹⁷⁴ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, «Congreso de los Diputados», IV Legislatura, Serie A, núm. 102-1, 46.

¹⁷⁵ Respecto de la nueva redacción presentada en la V Legislatura, sólo hubo una enmienda presentada por el Grupo Vasco, que solicitó que se introdujera la palabra «directa» en el inciso que decía «sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiera corresponder a los imputables». Se justificó la enmienda porque «no queda claro si en tales casos se está estableciendo una responsabilidad civil directa o subsidiaria, resultando perturba-

B) La responsabilidad civil del inimputable

De las distintas cuestiones que plantea el precepto, la primera que pretendemos aquí dilucidar es si los inimputables penales responden o no civilmente y si su responsabilidad es directa o subsidiaria. La duda se puede plantear sobre todo si partimos de que la última palabra de la regla primera, primer párrafo, es un error de transcripción y que donde se dice «imputables» se quiso decir «inimputables»¹⁷⁶. Si ello fuera así, se podría discutir que los inimputables hubieran de responder necesariamente de todo hecho dañoso por ellos causado, porque el precepto habla de la responsabilidad que les «podiera corresponder», en subjuntivo, refiriéndose entonces a una posibilidad que puede suceder o no. En este sentido, se ha apuntado la interpretación de que el artículo quisiera distinguir un espacio entre la inimputabilidad penal y civil, de manera que hubiera casos en que el sujeto fuera inimputable penal pero no civil, y sería precisamente entonces, y sólo entonces, cuando respondería civilmente¹⁷⁷.

Sin negar esta posibilidad, es más probable que la intención del Código sea que el inimputable penal responda en todo caso civilmente (a salvo de lo dispuesto en el párrafo 2.º). En favor de ello militan otras razones de redacción que consideramos de más peso:

– En primer lugar, la regla comienza diciendo que «en los casos de los números 1.º y 3.º son también responsables» los guardadores. Este «también» sólo puede significar que se parte de la responsabilidad civil previa del causante del daño, aunque sea inimputable¹⁷⁸.

– En segundo lugar, la regla 2.ª dice que «son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado», y ese «igualmente» supone que responden civilmente como los perturbados mentales de los casos 1.º y 3.º del artículo 20; es decir, siempre.

– En tercer lugar, la mención de la graduación de la responsabilidad en el párrafo 2.º de la regla primera sólo puede entenderse

dora tal imprecisión» (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, «Congreso de los Diputados», V Legislatura, serie A, núm. 77-6, 108). La enmienda se aceptó por la Ponencia sin más discusión (núm. 77-8, 457).

¹⁷⁶ Así opinan MOLINA BLÁZQUEZ, «La responsabilidad civil en el Código penal de 1995», *Poder Judicial*, 38 (1995), p. 140, nota 30; MONTÉS PENADÉS, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Tirant lo Blanch, Valencia (1996), sub art. 118, p. 631; YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid (1997), p. 242.

¹⁷⁷ Cf. YZQUIERDO TOLSADA (n. previa), p. 243, aunque no considera probable que ésta fuera la voluntad del legislador. Le sigue DE SALAS MURILLO (n. 75), p. 99. De la misma opinión, YAÑEZ VIVERO, *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz*, Aranzadi, Cizur Menor (2009), pp. 186 y ss.

¹⁷⁸ Conforme, PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 345.

desde el punto de partida de que el inimputable responde civilmente¹⁷⁹.

– Desde el punto de vista de los antecedentes históricos, se corresponde mejor con la legislación anterior.

– Por último, en cuanto al término «imputables», éste tiene sentido si lo referimos a otros posibles copartícipes en el daño delictivo que no tengan la condición de inimputables¹⁸⁰. Y porque esto no ha de suceder necesariamente, se explica la utilización del subjuntivo en vez del indicativo. Asimismo, cabe alegar que, no habiéndose publicado una corrección de errores del texto, parece preferible interpretar que no hay tal yerro en su redacción¹⁸¹.

Por su parte, la jurisprudencia aplica la responsabilidad civil de los inimputables por los daños típicos causados sin plantearse ningún problema al respecto. En este sentido, la STS 22 de abril de 2004 (RJ 3992) señala *ratio decidendi* que «debe advertirse que, frente al sistema del anterior Código Penal (art. 20, 1ª ACP) que cargaba directamente la responsabilidad civil por hechos cometidos por los inimputables a aquéllas personas que los tuvieran bajo su potestad, tutela o guarda, salvo el caso de que esas personas no existieran o fueran insolventes, el nuevo Código hace recaer la responsabilidad civil directa siempre en el propio inimputable, y una vez establecida tal responsabilidad civil, admitiendo responsables civiles solidarios, junto a esos inimputables». V. también en línea similar, en la jurisprudencia menor, SS AP Madrid 21 de octubre de 2010 (ARP/1485), AP Álava 12 de noviembre de 2008 (ARP/2009/37), AP Madrid 1 de octubre de 2007 (ARP/621), AP Asturias 20 de octubre de 2005 (JUR/261376), AP Las Palmas 8 de junio de 2004 (JUR 206312), TSJ Navarra 16 de febrero de 2004 (JUR 11844), AP Valladolid 30 de octubre de 2002 (JUR 285693).

Admitida la responsabilidad civil del inimputable en todo caso, se puede discutir si ésta es principal o subsidiaria a la de los guardadores, de manera que sólo sería exigible cuando éstos no hayan

¹⁷⁹ PARRA LUCÁN (n. 82), p. 889. Para PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 351, «Esta tesis, en el mejor de los casos, atribuye al inciso final del artículo 118.1.1.ª C.P. un carácter totalmente reiterativo y superfluo»; cierto, pero, a pesar de ello, nos sigue pareciendo la interpretación más plausible.

¹⁸⁰ QUINTERO OLIVARES, en *idem* (dir.) *Comentarios al nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona (1996), p. 580; así lo insinúa también ALBÁCAR LÓPEZ, en Conde-Pumpido (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, I, Trivium, Madrid (1997), *sub* artículos 118 y 119, p. 1462. PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 345, considera que «Una solución interpretativa para este extremo sería entender que el hipotético “pudiera” se refiere a los casos en los que el inimputable no puede hacerse cargo de su parte de la indemnización por no poseer bienes que se le puedan embargar».

¹⁸¹ No obstante, la enmienda del Grupo Vasco que introdujo la palabra «directa» sigue sin tener mucho sentido, porque para el caso de coparticipación ya existe la regla del artículo 116 (v. n. 175).

incurrido en negligencia, no existan o sean insolventes¹⁸². Como señala la mencionada sentencia, se trata de una responsabilidad civil directa, porque el Código no hace ninguna reserva al respecto, así como por el intencionado cambio de redacción respecto del texto refundido de 1973 y el proyecto de 1992.

C) La distribución de la responsabilidad entre el causante y los guardadores

Pasando a otra cuestión, el párrafo segundo de la regla primera dispone que «los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos». Como ya hemos indicado al principio de este apartado, en otros ordenamientos se prevé la equidad en cuanto a la distribución del daño entre el causante y el perjudicado. Aquí, aunque la redacción no es del todo clara, no se menciona para nada al dañado, y, por tanto, hay que entender que para él la reparación ha de ser total.

Las personas a las que se refiere la graduación son, creemos, el causante del daño y los guardadores legales o de hecho. Si han intervenido en el delito dañoso personas distintas del inimputable como autores o cómplices, será de aplicación además el artículo 116.2 CP, respondiendo los guardadores en el mismo concepto participativo que el inimputable.

Problema añadido es si la distribución de la indemnización se ha de producir sólo en la relación interna entre el causante y el guardador (o sea, con carácter solidario) o bien con eficacia respecto al dañado, supuesto en que la responsabilidad sería mancomunada.

Aunque del texto de la norma no se deriva una solución clara, creemos que, respecto al dañado, se trata de una responsabilidad solidaria, porque ésta es la regla general respecto de los autores (art. 116.2 CP) y en el ámbito de la responsabilidad civil la ley atribuye el daño causado a la omisión de los guardadores, de manera que se considera que tanto éstos como el inimputable son causa eficiente de la producción del daño.

Se puede argüir también que el hecho de que el artículo 116 exija la fijación de cuotas no impide la solidaridad, y el artículo 118.1.1.^a.II habla de «medida», expresión que parece significar lo mismo que «cuota».

¹⁸² Así lo admite PEÑA LÓPEZ (n. 87), pp. 354 y 355. Cf. YZQUIERDO (n. 176), p. 243.

Por otra parte, éste es el criterio general de la jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual (aunque contradiciendo los arts. 1137 y 1138 CC), especialmente cuando no se puede fijar con claridad la influencia de cada partícipe en la causación del daño; y en este caso, siendo la imputación fijada por la ley, y tratándose de una omisión, mal se puede determinar la contribución de cada cual al resultado producido¹⁸³.

Por tanto, los guardadores y el inimputable responden solidariamente frente a la víctima. Será en la relación interna donde se fije el alcance de la responsabilidad de cada uno. ¿Cómo fijará el Juez la cuantía? Las circunstancias a tener en cuenta pueden ser muy diversas: el patrimonio personal de unos y otros, la posibilidad de obtención o no de nuevos ingresos, la mayor o menor importancia de la omisión de los guardadores, etc.

También a propósito del antiguo artículo 20 CP se había planteado ante los tribunales si era necesario demandar al inimputable para reclamar a los guardadores. El TS lo negó (SS de lo Civil de 13 de septiembre de 1984 –RJ 4296– y 5 de marzo de 1997 –RJ 1650–) porque la responsabilidad de los guardadores era principal y la del enajenado subsidiaria. En la actualidad, si partimos de que la responsabilidad es solidaria, parece claro que no es necesario demandar a uno y otros conjuntamente, sino que el dañado podrá dirigirse contra uno solo de ellos (*cf.* art. 1144 CC); lo que, desde luego, no puede hacer el acreedor es dirigirse en ejecución de sentencia contra el no demandado (art. 542 LEC, a pesar del art. 1141.II CC).

Finalmente, por la parte de la deuda correspondiente al guardador, ¿tiene acción de regreso contra el inimputable? Creemos que en este caso no, porque el precepto señala con claridad que el Juez fijará en la sentencia «de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos».

4. EL CÓDIGO CIVIL

La doctrina se ha planteado si la responsabilidad civil del inimputable según el artículo 118 CP es también aplicable a los ilícitos meramente civiles, ya que el CC no hace referencia alguna al incul-

¹⁸³ Conformes con el carácter solidario de la responsabilidad, MONTÉS PENADÉS (n. 176), pp. 632 y 633; QUINTERO OLIVARES (n. 180), pp. 579 y 580; PEÑA LÓPEZ (n. 87), pp. 347 y 348.

Por el contrario, YZQUIERDO TOLSADA (n. 176), p. 243, no considera al artículo 116 decisivo a este respecto, y opina que será el juez el que decidirá en la sentencia si la responsabilidad es mancomunada o solidaria (pero, ¿según qué criterio?).V. también MOLINA BLÁZQUEZ (n. 176), p. 142.

pable, sino que tan sólo existe la cláusula general del artículo 1902, que exige culpa o negligencia.

La cuestión tiene especial relevancia práctica, pues el juez penal sólo podrá imponer la responsabilidad civil del inimputable si el proceso concluye con sentencia absolutoria (art. 119 CP). En muchas ocasiones la perturbación mental se apreciará fácilmente, con lo que no será necesario llegar al juicio oral, sino que el proceso terminará con auto de sobreseimiento libre conforme al artículo 637 LECrim. En tal caso, el dañado deberá acudir al orden jurisdiccional civil. Y entonces surge el problema de si en esta vía se puede condenar al inimputable a la reparación; una buena parte de la doctrina lo defiende, y veremos aquí con brevedad sus argumentos principales.

La analogía con el artículo 118.1.1.ª CP. La mayoría de los defensores de la responsabilidad civil del inimputable se basan en la analogía para defender esta obligación indemnizatoria¹⁸⁴. Más aún, se señala que esta responsabilidad «se deduce, no tanto de una extensión analógica del artículo 20-1.º [TR CP 1973] como del hecho de suministrar este precepto un criterio seguro para interpretar el artículo 1.902, por cuanto no hay razón para distinguir, en este aspecto, entre la indemnizabilidad del hecho dañoso cuyo tipo constituye delito o falta, y el que no; y menos para suponer que la regla del artículo 20 citado sea excepcional»¹⁸⁵.

La analogía es un argumento que, para ser aplicado, requiere que el ámbito de normas en que se encuentra cada uno de los supuestos (el regulado y el no regulado) se inspiren en los mismos principios¹⁸⁶. Y las normas del Código penal y las del Código civil sobre responsabilidad civil no se basan en los mismos principios en lo que a esta cuestión toca.

Para ello es necesario echar una ojeada a los antecedentes históricos de la elaboración de aquellas normas del Código penal. Dichas normas fueron tomadas básicamente del Código penal de Brasil de 1831¹⁸⁷, que también regulaba la responsabilidad civil

¹⁸⁴ DÍAZ ALABART, «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», *ADC* (1987), pp. 876 y 877; GÓMEZ CALLE, «La responsabilidad civil del menor», *Derecho privado y Constitución*, 7 (1995), pp. 127 y 128; PANTALEÓN (n. 147), p. 1865; DE SALAS MURILLO (n. 75), p. 302.

¹⁸⁵ LACRUZ (n. 76), p. 467; DE ÁNGEL (n. 154), p. 308.

¹⁸⁶ LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Auf., Springer, Berlin-Heidelberg-New York (1979), p. 366: «La integración de la laguna legal mediante el recurso a un principio establecido por la ley, se basa en que el hecho no regulado expresamente por la ley es precisamente aquél al que el principio (igualmente) se aplica, *sin que intervenga aquí un principio contrario*».

¹⁸⁷ Los autores españoles utilizaron una traducción francesa, realizada por FOUCHER, autor francés que se dedicó a traducir a su lengua algunos de los Códigos penales de la época: *Code Criminel de l'empire du Brésil*, L'Imprimerie Royale, Paris, 1834.

derivada del daño constitutivo de delito. Su artículo 10 establecía que «No serán considerados como criminales: 1.º Los menores de catorce años. 2.º Los locos de toda clase, salvo cuando tuvieran intervalos lúcidos, y que, durante este tiempo, cometieran un delito. 3.º Aquellos que cometieron los crímenes constreñidos por la fuerza o por un miedo irresistible. 4.º Aquellos que cometieron accidentalmente los crímenes en el ejercicio o la práctica de cualquier acto lícito, hecho con la atención ordinaria». A continuación, el artículo 11 disponía que «Aunque las personas mencionadas en el artículo precedente no pueden ser castigadas, deberán reparar con sus bienes el perjuicio causado». Y el artículo 22 aclaraba que «La satisfacción será siempre tan completa como sea posible; los casos de duda serán decididos a favor del ofendido».

Si se observa, se trata de normas que no tienen parangón en ningún otro ordenamiento. Incluso en el caso del daño causado por fuerza irresistible, accidentalmente, o en el ejercicio de un acto lícito, aquél había de ser reparado. Nuestro legislador no llegó a tanto, pero ganas no le faltaron a alguno de la comisión codificadora. Así, Pacheco hacía notar que «Hemos visto que en el caso de la exención 8.^a del artículo 8, es decir, cuando el mal o el daño han sido causados por accidente, no sólo no se exige responsabilidad alguna criminal, sino que tampoco hay concedida la civil, a fin de que se reintegre de sus perjuicios el dañado o perjudicado. 8. Después de haber visto con detención lo que el artículo dispone en otros supuestos, en los cuales tampoco hay delito, y en particular en los casos de los dementes, de los menores y de los que obraron por miedo, confesamos que no podemos aprobar aquella exención absoluta, y que si estos han de estar sujetos a responsabilidad civil, los que por accidente dañaron, no pueden menos, en justicia, de estar también sujetos a ella. 9. No se nos arguya con que cuando hay acaso, no hay delito; porque delito no hay nunca en las hipótesis del artículo 8.º, si hubiere moralmente delito, aquel artículo sería injusto. Pero cuando a un menor de nueve años, cuando a un delirante, los hacemos responsables de sus obras para la indemnización del daño causado, ¿cómo no han de tener la misma responsabilidad los que dañaron o perjudicaron por accidente? ¿Dejaron de hacer estos el mal por una acción propia? ¿Dejará de aplicárseles la regla de derecho que al loco y al menor aplicábamos más arriba? Y si es así, ¿cómo no han de tener la responsabilidad que el loco y el menor tienen? 10. Ya lo digamos (*sic*) antes. Para que de un daño que hemos causado, no se nos siga ni responsabilidad criminal ni responsabilidad civil, es necesario que no sólo nos hayamos conducido con inocencia, sino también con derecho. Cuando

esto no sucede, no habrá delito, no llevaremos pena; pero indemnizaremos el mal que hayamos producido con nuestras obras. Si por accidente hemos matado a un trabajador ¿qué ley nos ha de eximir de indemnizar a sus hijos desvalidos y huérfanos? 11. Nos parece, pues, que hay este defecto en el artículo. Donde este dice que no está comprendida la exención de responsabilidad civil en la de responsabilidad criminal declarada en los números 1, 2, 3, 7 y 10 del artículo 8.º, nosotros hubiéramos añadido uno más, diciendo que tampoco estaba comprendida la del número 8 del mismo artículo. La lógica y el buen sentido lo reclamaban igualmente en nuestro concepto»¹⁸⁸.

Por otra parte, en la doctrina penal es corriente hacer una división tajante entre la antijuridicidad y la culpabilidad, de manera que las conductas lícitas (ej., legítima defensa) no sólo eximen de responsabilidad criminal, sino de cualquier otro tipo de medidas penales. Sin embargo, los actos de los inimputables sí son antijurídicos y, por tanto, pueden dar lugar a la adopción de ciertas medidas, como el internamiento en centros de rehabilitación (*cf.* arts. 101 a 104 CP). Partiendo de estas premisas, se suele considerar la responsabilidad civil como una consecuencia más, automática, de la conducta antijurídica no culpable¹⁸⁹.

En efecto, todo el artículo 118 CP se basa en esta idea, que, aplicada con todo su rigor, lleva a consecuencias difícilmente aceptables. Veamos un ejemplo: «A» fallece aparentemente sin testamento, y su sobrino «B» es declarado heredero *ab intestato* conforme a las normas de la Lec. El heredero putativo decide arreglar la casa de su tío y tira unos cuantos cachivaches para él aparentemente sin valor. A continuación, «C», antigua amante de «A» se presenta con un testamento ológrafo del causante por el que se la nombra heredera universal de sus bienes. Toma posesión de ellos y percibe que «B» destruyó unas cuantas cartas de amor a las que

¹⁸⁸ *El Código penal concordado y comentado*, t. I, Madrid, Viuda de Perinat (1856), sub artículo 16.4.ª, pp. 286 y 287.

¹⁸⁹ Dos botones de muestra:

– STS 9 de diciembre de 1993 (2.ª, RJ 9761): «La absolución es una instrumentación procesal que puede provenir de dos fuentes distintas: 1.ª La inexistencia de delito o falta al concurrir una causa de justificación (legítima defensa, ejercicio de un derecho), en cuyo supuesto sí que no nace responsabilidad civil al no existir la fuente, que es el delito o falta. 2.ª La existencia de infracción penal aunque sin responsabilidad de tal orden, como ocurre con las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad (enajenación mental, etc.) o de inexigibilidad de otra conducta (por ejemplo, miedo insuperable); en cuyos casos sí surge la responsabilidad civil».

– QUINTERO OLIVARES (n. 180), pp. 578 y 579: «Lo que da lugar al nacimiento de la obligación *ex delicto* de indemnizar daños y perjuicios no es el “delito”... sino exclusivamente la realización de un acto injusto y típico, *con independencia de que además sea atribuible a un sujeto imputable y de que el responsable pueda ser tenido o no como culpable en sentido técnico*» (el subrayado es del autor).

tenía gran afecto. Ahora «C» demanda a «B» por el daño moral causado (error en el tipo; *cfr.* arts. 14 y 118.2 CP).

Otro: «A» trabaja en un banco, donde entra «B» armado con una pistola y exige al primero que le entregue la llave de la caja fuerte, de la que sustrae 10.000 euros. Ahora el banco, ante la imposibilidad de encontrar a «B» demanda a «A» la restitución del dinero (miedo insuperable; *cfr.* arts. 20.6.º y 118.1.4.ª CP).

En el sistema del Código civil, para que surja la obligación de indemnizar, no sólo es necesario que la conducta sea ilícita, sino también culpable. En el Código penal no es así; por eso, sus preceptos referidos a esta cuestión ni son aplicables por analogía ni constituyen un criterio seguro para interpretar aquél. Como ha señalado alguna doctrina, se trata, en definitiva, de normas excepcionales (*cfr.* art. 4.2 CC)¹⁹⁰.

Pero es que aún hay más: En los casos anteriormente citados es hasta discutible que esas conductas sean antijurídicas, porque el ordenamiento no puede exigir al hombre que se comporte más allá de lo razonable en atención a las circunstancias, o, de lo contrario, se está imponiendo una responsabilidad objetiva, que prescinde de la antijuridicidad. Y, desde luego, ni al heredero putativo ni al cajero del banco les es exigible otra conducta.

El antiguo artículo 32.II CC. La redacción original del artículo 32.II CC, después de enumerar las restricciones de la capacidad, señalaba que «los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de derechos y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero». El artículo fue derogado por la Ley de reforma de la incapacidad de 1983, pero la doctrina, antes y después, se ha apoyado en su mención literal de los «hechos» del incapacitado para sostener la responsabilidad civil del inimputable¹⁹¹.

Frente a lo anterior, hay que decir que la finalidad fundamental del precepto era aclarar que ya no existía la muerte civil en nuestro Derecho, y que las situaciones allí enumeradas no impedían la titularidad de derechos y obligaciones, pero nada más¹⁹².

¹⁹⁰ El primero que insistió en este argumento fue ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*, I, Barcelona, 1960, 997 y 998, nota 2 [ahora en n. 75 (2002), pp. 960 y 961]. Luego, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, Tecnos, Madrid (1988), p. 191; PEÑA LÓPEZ (n. 87), p. 357; e YZQUIERDO TOLSADA (n. 176), p. 240.

¹⁹¹ DE ÁNGEL (n. 154), p. 309; CONDE PUMPIDO, «Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces», *Estudios Castán*, II, Aranzadi, Pamplona (1969), p. 83; DE SALAS MURILLO (n. 75), p. 303; YZQUIERDO TOLSADA (n. 176), p. 241. LATOUR BROTONS, «Responsabilidad civil de los incapaces», *Homenaje a Roca Sastre*, III, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid (1976), pp. 148 y 149, matiza: «cuando en ellos concurra una cierta capacidad de entender y querer el acto».

¹⁹² Muestra de ello es que los primeros comentaristas del Código, al referirse a este artículo, lo primero que indicaban era la desaparición de la muerte civil. Así, MANRESA,

La equidad. También se ha defendido la responsabilidad civil del inimputable acudiendo a la idea de equidad, porque no parece justo que un menor de poca edad o un loco con gran patrimonio no haya de indemnizar un daño por él producido¹⁹³. Tal opinión creemos que no está respaldada por la ley porque el artículo 3.2 CC dispone que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita». Y en este caso, de condenarse al inimputable, la decisión se basaría exclusivamente en la equidad, porque no hay artículo alguno en el Código civil que permita sustentarla, y porque principio general de nuestro ordenamiento es la responsabilidad por culpa¹⁹⁴.

Por otra parte, en el caso de enfermos mentales crónicos, la equidad más bien impone la solución de la irresponsabilidad¹⁹⁵, porque normalmente son personas con poco patrimonio y, sobre todo, con pocas posibilidades de incrementarlo mediante su trabajo, de manera que los pocos bienes de que disponen serán la única fuente para procurarse un tratamiento médico y asistencial adecuado¹⁹⁶.

La aplicación de las normas sobre enriquecimiento. Pacheco, al que ya se ha citado, alegaba una razón añadida a la responsabilidad civil del inimputable: «no hay aquí pena, no hay aquí castigo, no hay expiación, como no los hay cuando se satisface una deuda que se contrajo. Razonable y justo es que respondamos de las consecuencias de nuestros hechos; y de esto no puede eximirnos el triste estado de nuestra inteligencia. Así como el demente ha de pagar lo que come, así también ha de reparar lo que daña. Sus semejantes no han de sufrir, porque él sea loco, más de lo necesari-

Comentarios al Código civil español, I, 4.ª ed., Hijos de Reus, Madrid (1914), p. 220, y SCAEVOLA, *Código civil*, I, 4.ª ed., Sociedad Editorial Española, Madrid (1902), p. 464.

¹⁹³ YZQUIERDO TOLSADA (n. 176), p. 239; DE SALAS MURILLO (n. 75), p. 306; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 5.ª edn., Montecorvo, Madrid (1989), p. 54.

¹⁹⁴ En esta línea, la STS 1.ª 29 de diciembre de 1998, fund. 3.º, 4 (RJ 9980), donde se rechaza expresamente la reducción de la indemnización en atención exclusiva a la equidad.

¹⁹⁵ De la misma opinión VINEY (n. 168), p. 261.

¹⁹⁶ La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su Preámbulo, t) señala que «Destacando el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza...»

Y todavía se puede añadir que la responsabilidad civil del enfermo mental se adecua muy mal a determinados tipos delictivos. Pensemos en la omisión del deber de socorro (art. 195 CP); ¿debe responder civilmente un enfermo mental por no haber prestado la asistencia de un hombre medio en sus mismas circunstancias? Lo mismo podría decirse del delito de abandono de familia (art. 226), de las calumnias e injurias (arts. 205 y ss.), de la comisión por omisión (art. 11), etc.

rio, los desastrosos efectos de sus obras»¹⁹⁷. La alegación no merece mucho comentario. Baste observar que la comida le reporta una utilidad, y es por ello por lo que debe pagarla, pues de lo contrario se produciría un enriquecimiento injusto. Consecuentemente, el artículo 1304 CC obliga al incapacitado, en caso de nulidad del contrato, a restituir en la medida en que se enriqueció con la cosa o precio que recibiera.

La apreciación objetiva de la culpa. Un amplio sector de la doctrina opina que la culpa en materia de responsabilidad extracontractual ha de apreciarse de un modo puramente objetivo. La defensa de la irresponsabilidad del enajenado «es uno de los casos más flagrantes en que la introducción de las ideas morales en el campo de la responsabilidad, la confusión constante entre el delito civil y el delito penal ha alterado las soluciones racionales de la ley civil. El enajenado no tiene culpa de su acto, pero sí tiene culpa de ser enajenado, como se tiene culpa de ser torpe o deshonesto. Nada ha hecho para merecer su suerte, pero, ¿en qué es responsable el torpe de su torpeza?... Lo que crea la responsabilidad de una persona es el hecho de no ser como todo el mundo»¹⁹⁸. Y se añade que «el estudio del fundamento de la responsabilidad conduce, en efecto, a pensar que está en culpa (*faute*) aquel que no se conduce de una manera social... La culpa civil es una noción puramente social y no moral», de manera que «el carácter social de la culpa postula una apreciación objetiva de las conductas»¹⁹⁹.

Esta postura tiene coherencia interna y se la da también a la distinción que se hace en este trabajo entre antijuridicidad y culpa. Por otra parte, desde el punto de vista del Derecho español, se puede sostener que el Código civil no exime expresamente de responsabilidad a los que actúan sin culpa, y que la palabra «culpa» empleada en el artículo 1902 está unida por la conjunción copulativa «o» al término negligencia, que, ciertamente, no parece referirse a los inimputables, sino a los que no se comportan de acuerdo con cierto modelo de conducta.

¹⁹⁷ (n. 188), p. 281.

¹⁹⁸ RIPERT, citado por MAZEAUD, H. MAZEAUD, L. TUNC, 1957, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, 5e edn., Montchrestien, Sirey, París, núm. 461, p. 437.

¹⁹⁹ MAZEAUD/MAZEAUD/TUNC, *ibidem*. En sentido parecido, opina ATAZ (n. 92), p. 271, que «porque *la responsabilidad civil no es una pena*, se puede condenar a un demente a que repare un daño que ha causado por no actuar como un hombre normal, aunque no estuviera en su mano actuar de otra forma, aunque fuera imposible que el demente en cuestión se comportara como un hombre diligente. La condena a reparar los daños y perjuicios tan sólo supone que es el patrimonio del demente el que corre con el riesgo de *su actuación objetivamente imprudente*» (las cursivas son del original). Similar, YAÑEZ VIVERO (n. 177), pp. 39 y ss.

Sin embargo, creemos que la solución más plausible en nuestro Código civil es que los llamados inimputables están en principio exentos de responsabilidad (no, p. ej., si se debe a una embriaguez: *actio libera in causa*). Y ello, por diversas razones.

Desde un punto de vista filosófico, se puede defender, desde luego, que el torpe no tiene culpa de su torpeza, y por la misma regla habría de responder civilmente el inimputable. El planteamiento en estos términos conduce, en última instancia, a una cuestión filosófica –libertad o determinismo en el actuar humano–, que no cabe aquí tratar. Pero baste señalar que tales opiniones parten, consciente o inconscientemente, de un determinismo moral, según el que nadie, sano o loco, puede actuar de modo distinto a como lo hace. Esto lleva al fatalismo y a la destrucción de la conciencia de la propia responsabilidad. Una sociedad que cree en el hombre, en su mejora y perfección a través de distintos instrumentos –incluido el Derecho–, tiene que partir de la libertad moral de los miembros que la componen. Y como ha señalado alguna doctrina, la responsabilidad por culpa entraña una elevada concesión a la libertad y a la significación moral del hombre²⁰⁰.

Por otra parte, en el propio Derecho de la responsabilidad civil se admite, como ya hemos visto antes, que el dolo convierta en antijurídico un acto que no lo sería sin la intención de perjudicar (así, ciertos casos de abuso del derecho). Y eso es, desde luego, una valoración moral.

Desde un punto de vista más técnico, en las opiniones defensoras de la responsabilidad civil de los inimputables subyace la idea de que se ha producido un daño y que, a la hora de decidir quién ha de sufrirlo, el causante material, aunque sea un demente, o el dañado, es preferible que lo padezca aquél. Este enfoque nos parece discutible por dos razones:

Se parte de la idea de que el ordenamiento se encuentra indiferenciadamente ante dos patrimonios y que debe decidir en contra de uno de ellos. Sin embargo, esto no es exactamente así. En realidad, cuando se plantea el caso ante los tribunales ya se ha producido un daño en uno de los patrimonios, y el Derecho debe tener una razón muy poderosa para trasladar ese daño artificialmente empleando los medios materiales y personales de la administración de justicia²⁰¹, del patrimonio del dañado al de otra persona. Y una de

²⁰⁰ HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Ceura, Madrid (1983), p. 257. En la misma línea señala FERRINI (n. 8), núm. 21, p. 738, que «la valoración del momento psicológico extendida a todas las relaciones de Derecho privado constituye un gran título de gloria, quizá el más grande, para la jurisprudencia romana».

²⁰¹ Es decir, añadiendo lo que los economistas llaman costes terciarios.

esas poderosas razones en nuestro sistema es la culpa del causante del daño (salvo, lógicamente, los casos especiales).

En segundo lugar, el requisito de la antijuridicidad supone una valoración jurídica de las circunstancias que han producido el daño. Por eso, no siempre que existe una relación causal según las leyes físicas ésta tiene relevancia para el Derecho, sino que se discriminan causas relevantes e irrelevantes. De manera que hay muchos supuestos en que entre el mero causante material del daño y el dañado, el ordenamiento decide que sufra este último el perjuicio (más bien, que no se traslade del patrimonio del dañado al de otra persona).

En el sistema de valores predominante en nuestra sociedad está claro que el loco o el menor de corta edad no saben lo que hacen y, en cambio, el torpe sí puede actuar diligentemente (*cfr.* art. 20.1.º CP, que exime de responsabilidad penal cuando «no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión»). Por ello es lógico hacerles responder en distinta medida.

Desde el punto de vista histórico (art. 3.1 CC), existe una tradición de 2.000 años que hace irresponsable a los inimputables, y para entender que el legislador cambió de opinión habría hecho falta una afirmación concluyente. En este sentido, todos los Códigos que establecen la responsabilidad civil de los enfermos mentales y menores le dedican un precepto específico²⁰².

Aparte de lo dicho, la solución que opta por la responsabilidad del enfermo mental o del menor es incoherente desde otros puntos de vista. Para ser lógicos, sus contratos deberían ser válidos; el cocontratante no tendría por qué sufrir las consecuencias de su falta de discernimiento.

Algunos autores²⁰³, sin embargo, consideran que la diferencia entre el consentimiento contractual y la responsabilidad extracontractual «radica en que para contraer obligaciones voluntariamente se requiere una madurez mental que no se necesita para discernir entre la conducta lícita e ilícita». Ciertamente, como principio, contratar requiere mayor discernimiento que determinar lo que es o no lícito; por ello, la llamada Ley Penal del Menor se aplica a los mayores de 14 años. Es decir, que un sujeto puede tener discernimiento para saber que un acto es delictivo, pero no para contratar

²⁰² DE SALAS MURILLO (n. 75), pp. 305 y 306, aceptando la responsabilidad del inimputable, llega a decir que se trata de un caso de responsabilidad objetiva. Hay aquí una clara confusión conceptual. Se puede decir que el inimputable responde porque la negligencia se aprecia de modo objetivo, pero eso no es una responsabilidad objetiva, que es aquella en la que se prescinde de la antijuridicidad de la conducta del sujeto.

²⁰³ SANTOS BRIZ (n. 193), que, a su vez, recoge la opinión de García-Valdecasas.

válidamente. Ahora bien, una vez establecido por el tribunal que el sujeto no distingue lo lícito de lo ilícito, no hay razón para distinguir en cuanto a sus efectos la limitación de facultades intelectivas y volitivas en el campo contractual y en el extracontractual.

Llevando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, se podría llegar al absurdo de que, declarada la nulidad de un contrato por falta de discernimiento de uno de los contratantes, o incluso por estar incapacitado o ser menor de edad, pudiera el otro reclamar por vía extracontractual la indemnización de los daños y perjuicios que tal anulación le ha causado. Sin embargo, ello se opone a lo dispuesto en el artículo 1304, que sólo obliga a restituir en cuanto la prestación resultó en utilidad del incapaz.

La divergencia entre la disciplina del consentimiento contractual y la responsabilidad civil extracontractual de los actos del menor o el enfermo mental podría dar lugar a otras inconsecuencias, como, p. ej., que se declarara por un tribunal penal la responsabilidad civil del incapaz por la realización de un contrato nulo civilmente (si es menor de edad, por la vía del artículo 61 de la Ley Penal del Menor). Aun cuando el supuesto no sea fácil, ya en la STS (Penal) de 16 de junio de 1961 (RJ 2196) se apreció la atenuante de enajenación mental en la comisión de varios delitos de malversación, falsedad en documento público y apropiación indebida. Si en vez de atenuante, el Tribunal hubiera apreciado eximente, resultaría que las operaciones de malversación serían nulas civilmente por falta de discernimiento del contratante, pero darían lugar a responsabilidad civil extracontractual derivada de los preceptos del Código penal.

Por otra parte, en los países en que no se admite la exención de responsabilidad por falta de aptitudes mentales, se plantean graves problemas, tanto teóricos como prácticos.

Así sucede en aquéllos que establecen la responsabilidad civil de los enfermos mentales y la irresponsabilidad de los menores si se acomodan a la conducta de un menor de su edad.

No convence tal opinión. Los menores han de desarrollarse afectiva e intelectualmente conforme a las pautas que le son necesarias, así que pueden jugar al escondite, al fútbol, a las canicas, o lo que sea. Pero en el desempeño de sus actividades han de respetar a los demás exactamente igual que la persona modelo. Por eso, no pueden coger el jarrón chino en la casa donde están invitados, jugar al balón en un parque lleno de personas, al «pillao» atropellando a los circundantes, patinar por las calzadas de las calles, ni molestar a los demás en un restaurante, etc. De ahí que los guardadores legales hayan de estar pendientes de que no realicen tales actividades,

pudiendo y debiendo corregirles «razonable y moderadamente» (antigua redacción del art. 154 CC).

Tampoco convence la opinión que defiende que un anciano ha de comportarse con la diligencia media de un anciano de su misma edad. Así, p. ej., no puede un señor impedido tardar cinco minutos en cruzar una calle cuando el semáforo está ya verde para los automóviles. En este sentido, en la STS de 4 de octubre de 2002 (RJ 9254) se narra «Que sobre las 21,04 horas del día 17 de febrero de 1995 se estacionó en la estación de ferrocarril de Ribadavia el tren 2704 –Vigo/Ourense–, haciéndolo en la vía III andén segundo, realizando la parada reglamentariamente prevista en un minuto, en cuyo espacio de tiempo se apeó la viajera, doña María del Carmen A. M., de 66 años de edad, portando una bolsa de viaje, iniciando el tren la marcha, en cuyo instante le empezaron a temblarle a aquélla las piernas, tambaleándose y perdiendo el equilibrio, recayó hacia la vía, siendo alcanzada por el último vagón, sufriendo lesiones de tal gravedad que le determinaron la muerte»; RENFE fue absuelta. O sea, el tiempo para bajarse era de un minuto: para todos.

Con respecto a los derechos de los demás, las personas de limitadas capacidades físicas o intelectuales han de comportarse como cualquiera (v., otra vez, sobre este asunto, lo que se dice sobre la «culpa» de la víctima en el apartado VI, «Utilidad de la distinción entre antijuridicidad y culpa»). Con todo, en ocasiones, se puede dar una relevancia superior a la norma de valoración de manera que los demás deban tener en cuenta la existencia en las cercanías de personas irresponsables o limitadas (p. ej., la señal de tráfico que indica la presencia de un colegio). Pero tales limitaciones no pueden establecerse indiscriminadamente porque paralizarían la vida social.

Desde el punto de vista práctico, la responsabilidad de los inimputables puede dar lugar a resultados chocantes. En Francia, tras la reforma que impuso la responsabilidad civil del enfermo mental, se planteó ante los tribunales este caso: un hombre y una mujer estaban uno junto a otro en un mercado; el hombre sufrió un infarto, perdió el conocimiento y cayó con tan mala fortuna que arrastró a la señora en su caída, ocasionándole graves heridas. La perjudicada demandó al causante por los daños sufridos, y éste alegó que no había existido culpa por su parte, corroborándolo además el dato de que poco antes se había sometido a un reconocimiento médico con resultado negativo. En primera instancia fue absuelto, pero el tribunal de segunda instancia lo condenó; finalmente, la Corte de Casación, Sentencia de 4 de febrero de 1981, confirmó la decisión

de primera instancia, por considerar que la pérdida de consciencia como consecuencia de un infarto no es una perturbación mental²⁰⁴.

En el fondo, el problema de la culpa en sentido estricto es más bien una cuestión de causas de disculpa. El ordenamiento parte de la base de que los ciudadanos pueden comportarse conforme a los criterios más arriba señalados. Pero hay casos en que ciertas personas, por razones de carácter físico o psíquico (no sólo por una enfermedad, sino por, por ejemplo, falta de formación) no pueden actuar así, y entonces se les exonera de responsabilidad²⁰⁵.

No obstante, hay que tener en cuenta que la mayoría de las personas que se encuentran menos facultadas que el hombre modelo para actuar correctamente pueden reflexionar previamente sobre su minusvalía y tomar las medidas necesarias para comportarse conforme a la norma. Si no lo hacen, no están disculpadas, porque pudieron comportarse de acuerdo a lo exigido. Evidentemente, hay aquí una cierta injusticia porque unas personas tienen más facilidad que otras para acomodarse a la norma, pero eso no cuenta en Derecho.

Sin embargo, existen seres humanos que carecen de conciencia o voluntad suficiente para adecuarse a la norma. En tal caso, a nuestro juicio, no hay responsabilidad civil.

Antes de terminar este apartado, es importante poner de manifiesto que la dificultad de acomodarse al modelo de conducta no sólo puede venir propiamente de deficiencias mentales o físicas. Todos los años un número importante de extranjeros de África llegan en barcas a España de modo ilegal. Es evidente que estos sujetos desconocerán en muchos casos hasta lo que significa un paso de cebra²⁰⁶ (en el fondo, error o desconocimiento sobre el contenido de la norma).

Con todo, no se niega que distinguir entre las circunstancias que exoneran y no lo hacen es tremendamente difícil. Frente al caso que acabamos de poner, es evidente que el automovilista novel o el médico primerizo no pueden exculparse porque tienen menos experiencia que los demás.

²⁰⁴ Los hechos aparecen recogidos en *RTDC* (1979), pp. 386 y 387, con un comentario de DURRY.

Por otra parte, la inconsciencia es sin duda un estado mental y una perturbación mental. V. FINKELSTEIN, «On the distinction between conscious and unconscious states of mind», *American Philosophical Quarterly*, 36 (1999), pp. 79 y ss.

²⁰⁵ Muchos penalistas [en España, MIR PUIG (n. 61), p. 541, y MUÑOZ CONDE (n. 44), p. 355, p. ej.] hablan de la culpabilidad como capacidad de ser motivado por la norma. A veces los civilistas recogen esta idea sin ser conscientes de que tal expresión parte de una concepción filosófica determinista.

²⁰⁶ FLEMING (n. 94), p. 120, nota 21, recoge un caso americano de 1970 en que se excusó a una chica alemana por no usar el cinturón de seguridad de un automóvil porque nunca antes había visto uno.

La doctrina penal suele hablar, a propósito de la culpa, de «culpabilidad» como elemento del delito²⁰⁷. Aquí se evita ese sustantivo porque supone una cualidad que pertenece a la persona; esto tiene sentido en Derecho penal respecto de los menores de 18 años, porque, por decisión legal, no son imputables. Sin embargo, en materia de responsabilidad civil, no existen personas culpables o no, sino actos culpables o no; no se libera de responsabilidad al loco en cuanto loco, sino en cuanto que en un acto concreto no pudo ser dueño de sí.

V. CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

La contrapartida de la antijuridicidad y la culpa es el caso fortuito o fuerza mayor. No se refiere a ellas el Código a propósito de la responsabilidad extracontractual, pero sí aparecen definidas en el artículo 1105, en materia de responsabilidad contractual, porque en Derecho romano tales expresiones surgieron a propósito de los contratos de custodia (depósito, comodato, prenda; también arrendamiento). Por esa misma razón, normalmente se habla de caso fortuito como suceso extraordinario, extraño al agente, etc.; la expresión surge para referirse a casos en que el deudor tiene la cosa en su poder y a pesar de eso no responde, por lo que, entonces, algo muy extraordinario, extraño al deudor, ha tenido que suceder para exonerarle de responsabilidad (terremoto, rayo, etc.).

Aunque algunos autores y alguna sentencia aislada pretenden distinguir entre una y otra expresión –caso fortuito y fuerza mayor– en general el Código las utiliza en sentido equivalente²⁰⁸. Suponen que el daño, aun estando en la esfera de actuación del agente, se produce por un hecho imprevisible, o si previsible, inevitable. En realidad, lo anterior no aclara mucho, porque casi todo es previsible y evitable; el Código se está refiriendo a la imprevisible o inevitable de acuerdo con el esfuerzo o diligencia que es exigible al que actúa.

Por tanto, licitud y caso fortuito son dos caras de la misma moneda (daño + licitud = caso fortuito). De hecho, lo más lógico sería que la ley no mencionara siquiera el caso, como hace el actual Código penal.

²⁰⁷ Y también algún sector de la doctrina civil. Así, PEÑA LÓPEZ (n. 87), *passim*.

²⁰⁸ D'ORS (n. 14), § 407, señala que ya en los textos romanos los términos *vis maior* y *casus maior* o *fortuitus* son sinónimos. No obstante, durante la época del Derecho Común hubo algunos esfuerzos doctrinales por distinguirlos.

Pero, a pesar del origen de la expresión «caso fortuito» y del tenor del artículo 1105, hay que afinar lo anteriormente dicho, porque hoy día más bien lo que se debe tener por caso fortuito es cualquier supuesto en que el dueño del bien ha de soportar el daño, bien porque la conducta del causante no sea antijurídica, bien porque no sea culpable²⁰⁹.

No obstante, el Código (arts. 1905 y 1908.3.º, 1784) y, sobre todo, algunas leyes modernas extracodiciales (como la LRJAP y la reguladora de los accidentes automovilísticos) exoneran sólo en el caso de fuerza mayor, como un supuesto que pretende ser más excepcional aún que el caso fortuito. Pero dónde radique la diferencia es un auténtico misterio; las distinciones al respecto de la doctrina y jurisprudencia administrativas son poco convincentes. Así, se suele decir que hay fuerza mayor cuando el hecho es exterior al servicio, y en los demás casos se responde; pero, p. ej., en la actividad médica el hecho es interior al servicio, y el criterio para la responsabilidad no puede ser otro que el de la licitud.

VI. UTILIDAD DE LA DISTINCIÓN ENTRE ANTIJURIDICIDAD Y CULPA

Puesto que se ha defendido aquí que el que no incurre en culpa no responde, podría plantearse la cuestión de para qué la distinción si al final el resultado alcanzado es el mismo que con el antiguo concepto amplio de culpa.

Por otro lado, también se ha dicho que la confrontación entre la más antigua doctrina que centra la antijuridicidad en el resultado y la más moderna que lo hace en la conducta «no tiene apenas una significación práctica digna de mención en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Pues normalmente da igual si la responsabilidad del causante del daño que ha observado las normas de cuidado está excluida por falta de antijuridicidad o por falta de culpa. Con otras palabras: apenas es concebible un caso que los partidarios de la antigua y la nueva doctrina resolvieran de modo diferente»²¹⁰.

Existen autores que opinan que la distinción entre antijuridicidad y culpa no tiene sentido porque, en el fondo, el hombre no

²⁰⁹ Dice CARRASCO (n. 87), p. 631, que «el Código civil contiene en el artículo 1.105 la descripción del supuesto en que el deudor no responde. Cuando las normas particulares utilicen el concepto de *caso fortuito* habrá que entender que incorporan esta descripción». Y más adelante señala más rotundamente que «hay *caso fortuito siempre que el deudor no esté en culpa*» (p. 637). En el mismo sentido, para el Derecho italiano, CIAN (n. 50), p. 14.

²¹⁰ KÖTZ (n. 158), núm. 99, p. 42.

puede comportarse mejor de lo que puede hacerlo conforme a sus concretas capacidades: debe implicar puede²¹¹. «No tener en cuenta las dotes individuales en la valoración de la diligencia crea sustancialmente una forma de responsabilidad objetiva, porque evidentemente no se puede reprochar al individuo no haber hecho lo que no estaba en condiciones de realizar»²¹².

Por otro lado, desde la teoría general de la norma, se afirma que la ley solo puede ordenar actos de voluntad, de manera que, donde no hay voluntad, no hay antijuridicidad²¹³.

Se añade, además, que, si se distinguen grados de negligencia según grupos de personas –como suele hacer buena parte de la doctrina–, se puede naturalmente acabar por individualizar la negligencia (ej., el grupo de los que viven en Murcia, tienen 49 años y son profesores titulares de Derecho civil, a fin de delimitar la diligencia del profesor en las explicaciones de clase)²¹⁴.

Además, toda norma requiere su conocimiento por el destinatario, en la medida en que va dirigida a la psique de éste. En los menores y enfermos mentales no hay tal conocimiento, ni posibilidad de él, de manera que la distinción entre antijuridicidad y culpa cae por su propio peso²¹⁵.

A lo anterior se podría oponer que el Derecho (penal) reconoce actividades antijurídicas frente a las que cabe la legítima defensa. Ante ello, los autores negadores de la distinción señalan que el que una conducta previa no sea antijurídica no impide necesariamente que el sujeto se pueda oponer o defender de ella, si no tiene el

²¹¹ MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), pp. 524 y ss., 574 y ss. Para OTTO (n. 61), § 12, 4, «aunque deber, capacidad de comprensión y capacidad de seguir esa comprensión constituyen, por tanto, una unidad *objetiva* (cursiva del original) en una doctrina personal del ilícito, sin embargo es posible y adecuado distinguir entre ilicitud y culpa por razones sistémicas y de pedagogía social».

Por su parte, MÜNZBERG (n. 63), pp. 195 y 205 y ss. no niega expresamente la distinción pero la deja en una penumbra que, en el fondo, supone su rechazo.

²¹² CIAN (n. 50), pp. 205 y 209.

²¹³ CIAN (n. 50), pp. 212 y 215; MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), pp. 521 y 522.

²¹⁴ Cf. MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), pp. 658 y 701.

²¹⁵ CIAN (n. 50), *passim*, pero especialmente pp. 351 y ss., y p. 388.

Igualmente, MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), *passim*, si bien de una manera mucho más pormenorizada y analítica que el anterior, basándose en una teoría comunicativa de la norma, que sigue las modernas aportaciones de la filosofía del lenguaje. V., con todo, pp. 478 y ss., 580 y 581. En estas últimas llega a defender la existencia intermitente de las normas: «las situaciones de plena inconsciencia, y en general de ausencia de acción, hacen desaparecer el deber jurídico. Ello supone que respecto de cualquier persona el deber jurídico es intermitente –no le obliga mientras duerme, por ejemplo–, sin que ello entrañe problema alguno».

En p. 600 señala que «si la antijuridicidad se concibe como un juicio por el que se establece que un comportamiento es contrario a una obligación jurídica legalmente impuesta (a un deber jurídico), no cabe hablar de injusto no culpable. Entre los elementos esenciales que determinan la infracción de un deber jurídico se encuentran las circunstancias subjetivas de la culpabilidad: capacidad del destinatario de la norma, identificación de las circunstancias de cumplimiento y recepción del mandato emitido».

deber jurídico de sufrirla²¹⁶. Esto último es cierto; si dos desalmados me cogen en volandas y me arrojan sobre un tercero, éste puede repeler mi caída sobre él, desviándome hacia el suelo.

En la doctrina de los autores últimamente citados hay implícita o explícitamente una consideración del Derecho como fenómeno puramente lingüístico comunicativo, equiparable a la orden o mandato tal como se estudia en filosofía del lenguaje, y que ha de tener las mismas condiciones de éxito.

Determinar si el Derecho presupone un acto de comunicación lingüística, en el que el receptor debe tener conocimiento de la orden, es un complejísimo problema de filosofía del Derecho en el que apenas vamos a entrar, y simplemente porque no hace falta a nuestro propósito.

Con todo, no podemos evitar la observación de que la concepción puramente comunicativa tiene que explicar muchas cosas²¹⁷. Para empezar, desde el punto de vista del emisor, la norma desaparecería cuando muriera el que la promulgó²¹⁸. Frente a ello se dice que si la norma se emite por una autoridad normativa, su desaparición no supone la de la norma, porque otra persona toma el papel institucional de la primera²¹⁹. Sin embargo, esto supone aceptar ya que la norma jurídica no tiene la misma naturaleza que una orden o mandato corriente. Y esto lo confirma el hecho de que, cuando muere el tutor, y se le nombra otro al incapacitado, las órdenes que le había impuesto el primero (p. ej., levantarse a las siete de la mañana todos los días) ya no tienen vigencia alguna. Y ello a pesar de una persona ocupa aquí el papel institucional de otra, pero es que, como hemos dicho, el tutor emite órdenes, no normas jurídicas.

Además, la postura discutida no puede dar razón de la existencia de las normas consuetudinarias, porque toda norma necesitaría ser promulgada como acto formal comunicativo. Para salvar esta objeción se dice que «Si la costumbre se convierte en regla jurídica, es necesario que en algún momento *entre* (cursiva del original) en el sistema a través de los cauces que el propio sistema reconoce, y es ese momento cuando comienza su existencia como regla jurídica, que termina cuando es expulsada del sistema... el paso de la práctica –del ser– a la norma social –el deber ser social– requiere que en algún momento un grupo de personas, normalmente los propios integrantes del grupo en que se produce la práctica reitera-

²¹⁶ CIAN (n. 50), p. 389; MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), pp. 645 y 646, 678, 705, etc.

²¹⁷ Se contemplan aquí fundamentalmente los argumentos de MOLINA (n. 61), sin negar el carácter magnífico de su obra.

²¹⁸ Igual crítica en LA TORRE, «Rules, Institutions, Transformations. Considerations on the “Evolution of Law” Paradigm», *Ratio iuris* (1997) p. 317.

²¹⁹ MOLINA (n. 61), pp. 542 y 543.

da, comiencen a realizar juicios de rechazo de las posibles desviaciones de la práctica, con lo que adquiere existencia la regla social. Son estos integrantes del grupo quienes ocupan el papel del emisor/valedor de la norma social, y es luego el legislador quien se convierte en emisor/valedor de la norma jurídica al aceptarla en el ordenamiento»²²⁰.

Tal concepción se acerca a la que considera que la costumbre existe como fenómeno lingüístico desde el momento en que es aceptada por los órganos correspondientes, es decir, por los jueces. Sin embargo, si se considera la norma como directriz de conducta, ésta ha de ser, desde el punto de vista lógico, previa a su aplicación por los tribunales, o de lo contrario se fijaría el modo de comportamiento *a posteriori*.

Menos aún puede explicar el carácter de norma de los principios generales del Derecho, a los que son muy reluctantes muchos filósofos, pero que, desde luego, están reconocidos en nuestro Derecho y se aplican continuamente por los tribunales. Por otra parte, los principios generales no sólo son fuente independiente, sino que sirven para interpretar y aplicar las normas. Esto es manifiesto especialmente hoy día en España, donde los cambios sociales en los últimos treinta años producen vértigo; ¿en qué momento dejaron de ser ilícitas ciertas bromas sobre la Semana Santa que tanto se prodigan en los programas televisivos de humor?²²¹ Y, sin ir más lejos, la postura combatida no da cuenta de los cambios producidos en la apreciación de qué es negligencia desde que se promulgó el Código civil (p. ej., en el siglo XIX la producción de un incendio en un sembrado como consecuencia de la chispa producida por la circulación del tren se consideraba caso fortuito, y ahora no, pero no hay norma escrita especial al respecto y la solución se sigue basando en el mismo tenor literal del art. 1902 CC).

Lo dicho vale también para el Derecho penal. Así, el artículo 208.II CP señala que «Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el *concepto público* por graves». Este «concepto público» no puede ser sino los valores de la sociedad en un momento dado, que se expresan por medio de sus principios generales. El

²²⁰ MOLINA (n. 61), pp. 542 y 543.

²²¹ El artículo 525.1 CP sanciona a quienes hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa, para ofender los sentimientos de sus miembros. La sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Madrid de 8 de junio de 2012 (La Ley, 70576/2012) se tuvo que enfrentar a un caso en que se emitió por televisión un cortometraje «en el que, mediante el símil de una receta de cocina, se manipula un crucifijo y se introduce en el horno afirmando que a los tres días “salía sólo en su punto”». Los acusados fueron absueltos.

artículo 426 CP dispone que «La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses». Pero no parece que cometa delito el maestro que recibe unas naranjas de un alumno, o el médico de un hospital público que recibe un jamón de un enfermo al que ha operado; para rechazar la antijuridicidad de la conducta habrá que acudir a principios generales como la adecuación social o la intervención mínima, principios nunca formulados legalmente.

Desde el punto de vista del receptor, la teoría lingüística de la orden o *command* supone la voluntad de aquél de cumplir ésta. Pero es evidente que respecto de la norma jurídica no es necesaria tal voluntad: otra diferencia clara entre norma y mandato en sentido lingüístico. Como se ha señalado acertadamente, «Reconocer la vinculatoriedad del derecho en el sentimiento de obligación de los particulares implicaría reducirlo a un fenómeno empírico no normativo, porque “estar vinculados” equivaldría a “sentirse vinculados”; significaría... una “inhibición psíquica que nos preserva de realizar determinadas acciones (prohibidas) o un impulso interior que nos empuja a realizar otras determinadas acciones (ordenadas)”, con lo que se llegaría al absurdo de que quien fuera moral o jurídica insensible no estaría obligado a cumplir las normas»²²².

Se dice que la norma, para ser tal, ha de ser conocida por al destinatario, pero:

²²² PÉREZ-LUÑO, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid (1997), p. 185, con cita de Pattaro. Como dice LA TORRE (n. 218), p. 317, «El Derecho no es una suma de mandatos o imperativos. Un mandato o un imperativo actúa interpersonalmente y su validez depende del (físico y/o psicológico) poder del sujeto que lo emite. El Derecho y las normas legales son, sin embargo, fenómenos eminentemente impersonales (cosa que ya había señalado Olivecrona, añadimos nosotros). Las normas legales continúan siendo válidas incluso cuando los sujetos que las emitieron están muertos. A veces son válidas y en vigor incluso aunque los sujetos que son sus destinatarios no han percibido su existencia, esto es, no conocen que alguien ha emitido aquellas normas. Como Habermas, no estoy convencido de esta tesis central del llamado “prescriptivismo”, a saber, que “en la estructura lógica del discurso los imperativos deben tener primacía sobre las reglas de conducta”. “El significado de la exigencia de validez universal”, continúa el filósofo de Francfort, “la exigencia de validez normativa asociada con normas de acción puede ser analizada sólo en términos de reconocimiento intersubjetivo y no en términos de mandatos generalizados”. “Una orden o un mandato” escribe Nino, “son actos de formulación de juicios normativos con la intención de que esta formulación sea relevante por razones que el destinatario tiene con anterioridad”. Para que una orden, un mandato, una prescripción, un imperativo sea efectivo, el destinatario ha de tener razones que preceden a la formulación de la orden, lo que lógicamente no puede ser fundado en la propia orden. El hecho de que yo sea un destinatario de una prescripción no puede, bajo peligro de caer en la falacia naturalística (se refiere a la conocida teoría de Hume, según la que del ser no puede obtenerse el deber ser), justificar mi decisión de obedecer la prescripción en sí misma».

– Esto supondría que el extranjero que viene a España y no conoce ninguno de nuestros idiomas no está sujeto a nuestro Derecho. Igualmente, el que no sabe leer no estaría vinculado por las normas.

– No hay nadie que domine el ordenamiento jurídico, porque no hay nadie que, ni aun empleando las 24 horas del día, pueda conocer todas las normas promulgadas por los boletines oficiales correspondientes (de manera que tampoco vale el subterfugio de recurrir a la «posibilidad de conocer la norma»)²²³. De ahí la afirmación del artículo 6.3 CC, según el que «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», sin perjuicio de que esta regla general tenga muchas excepciones. Regla que no implica un deber o posibilidad de conocer el Derecho sino que éste se aplicará inexorablemente.

Por otra parte, ya hemos señalado a propósito de la culpa que la doctrina iusfilosófica moderna distingue entre normas regulativas y normas constitutivas. Las primeras regulan actividades que se pueden definir con independencia de un sistema normativo, mientras que las segundas se refieren a actividades que crea precisamente el sistema normativo. Pues bien, respecto al aspecto constitutivo del Derecho, es evidente que éste existe independientemente de que lo conozca o no el ciudadano; hay Registro de la Propiedad o letra de cambio se conozca o no. Evidentemente, el enfermo mental o el menor no pueden participar en esas actividades porque no conocen las reglas de la institución (de ahí que, p. ej., sus contratos sean inválidos, pero no antijurídicos en sentido estricto).

Con todo, el menor o el loco pueden participar en esa realidad constituida a pesar de su desconocimiento. Así, la incapacitación y la tutela o la patria potestad se producen a pesar del desconocimiento del sometido. Igualmente, si un bebé rompe un billete de cinco euros, ha afectado a la realidad institucional, lo sepa o no.

Por otra parte, las normas regulativas configuran de un modo nuevo la realidad preexistente a la que se refieren, estableciendo ciertos límites a las relaciones entre los ciudadanos. Como se ha observado repetidamente por la doctrina, la responsabilidad extracontractual presupone el establecimiento de espacios de libertad. Por eso, el que conduce un automóvil por la parte izquierda de la calzada en España está infringiendo la norma, la conozca o no.

El Derecho, como distribuidor y delimitador de ámbitos de libertad, tiene también un aspecto de juego (en el sentido en que lo emplea la filosofía jurídica moderna), del juego de la realidad

²²³ De hecho, hasta los abogados suelen tener un asesor fiscal.

social. De ahí que si un loco empezara a dar patadas sin sentido en un partido de fútbol, tal vez lo apartaríamos del juego, pero ningún ser humano puede ser apartado del juego de la vida social, ni siquiera el anacoreta. Y entonces no hay más remedio que decir que el loco puede actuar en contra de la norma.

Abundando en el asunto de la recepción de la norma, hay que tener en cuenta que hay enfermedades mentales que no afectan a la capacidad intelectual, sino a la volitiva, pero nadie duda en considerar del mismo modo ambos problemas.

Por último, no hay que olvidar que, en materia de patria potestad, el artículo 155 CC dispone que «Los hijos deben: 1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad...». Y el artículo 268 CC señala en similar sentido que «Los sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor». Como se ve, el Código establece un «deber» de obediencia con indiferencia del discernimiento del sometido, y ello a pesar de que la orden que dicta el cargo tutelar no es en sentido estricto una norma jurídica.

Por otra parte, como ya se ha indicado, hay Derechos, como el francés y los del *Common Law* en que los enfermos mentales no están exentos de responsabilidad civil. La razón no es arbitraria, aunque nos hayamos declarado contrarios a ella; el sujeto es responsable por no haberse comportado conforme al modelo de conducta establecido por el ordenamiento. El no tener ciertas cualidades para acomodarse a ese modelo no es algo valorado positivamente por el ordenamiento. En el fondo, la disculpa de los inimputables se basa en una razón especial, que es el carácter moral del ser humano.

En fin, volvemos a insistir en que creemos que una norma jurídica es algo bastante distinto a una orden o mandato en un contexto comunicativo ordinario. Quizá convendría a este respecto un estudio semántico y pragmático más profundo sobre qué significa «deber» en un contexto jurídico.

En cualquier caso, el Derecho es una ciencia valorativa, y aquí lo único que se defiende es que hay dos momentos distintos de valoración en la conducta del sujeto: uno, si se ha comportado conforme a las exigencias de la norma según el modelo establecido; dos, si está capacitado para comportarse de acuerdo a ese modelo.

La existencia de distintos presupuestos de la responsabilidad civil se justifica solamente si de ellos se pueden derivar consecuencias jurídicas distintas. Y, a nuestro juicio, la distinción entre antijuridicidad y culpa sí que da lugar a consecuencias diferenciadas.

Actitud de un tercero. La norma no sólo tiene como función dirigir la conducta de una persona determinada, sino también

impone el deber de colaborar a su logro a los funcionarios públicos y a todos los ciudadanos en general; delimita, a su vez, la existencia de situaciones de favor o desfavor por parte del Derecho como conjunto²²⁴.

Por ello, la antijuridicidad de una conducta, independientemente de la culpa, determina cuál es la actitud que tiene que adoptar un tercero objetivo en una situación de conflicto determinado, cuando puede intervenir para ayudar a alguno de los afectados: se tendrá que poner de parte del que actúa lícitamente²²⁵. Si un enfermo mental agrede sin causa justificada a un transeúnte, se habrá de ayudar ante todo a este último, no al primero (*ceteris paribus*; es decir, si las posibilidades de lesión son equivalentes tanto respecto del transeúnte como del enfermo).

Contra lo anterior se ha argumentado que si la valoración de la antijuridicidad depende de las capacidades del hombre medio en las circunstancias del caso, puede suceder que ante un mismo hecho con dos o más partícipes o dos o más observadores lo que a uno le parezca correcto a otro le parezca lo contrario; «pero ello lo que en realidad vendría a demostrar es que el concepto de antijuridicidad no culpable no puede cumplir la función práctica que se le atribuye de servir como condición de aplicación de normas para terceros»²²⁶. Así, en el Derecho americano es famoso el caso que tuvo que resolver el TS del Estado de Nueva York, en que un transeúnte vio a dos policías vestidos de paisano peleándose y golpeando a un joven delincuente que no se dejaba detener, ante lo cual el transeúnte arremetió contra uno de los policías. Fue condenado por *assault*²²⁷, a pesar de que creía que el joven estaba siendo asaltado por dos hombres sin derecho a ello, y, por tanto, ejercitando una ayuda en legítima defensa.

²²⁴ DE CASTRO (n. 103), p. 522.

De hecho, MOLINA FERNÁNDEZ (n. 61), p. 605, considera que «sólo hay un argumento que ha resultado verdaderamente decisivo» para admitir la distinción entre antijuridicidad y culpa, «que es la necesidad sentida de contar con un *nivel de evaluación jurídica del hecho que pueda actuar como regla intersubjetiva* [cursiva del original]. La evaluación jurídica del hecho de una persona no sólo tiene importancia desde la perspectiva de lo que podemos esperar de ella... la presencia de terceros que pueden verse lesionados en sus bienes y a los que se atribuye un derecho de defensa, o que pueden intervenir en hechos ajenos, o que simplemente tienen determinadas obligaciones de responder frente a hechos que resultan lesivos, obliga a establecer un nivel de valoración jurídica del hecho que tenga en cuenta ante todo su lesividad desde la perspectiva de los bienes jurídicos».

²²⁵ Cf. ROXIN (n. 50), § 7, núm 66; STRATENWERTH/KUHLEN (n. 61), § 7, núm. 23. En la doctrina anglosajona, FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, reimpr. 2000, Oxford University Press, New York (1978), § 10.1, pp. 759 a 762; GREENAWALT, «The perplexing borders of justification and excuse», *Columbia Law Review*, vol. 84 (1984), p. 1900.

²²⁶ MOLINA (n. 61), p. 705; GREENAWALT (n. precedente), p. 1919.

²²⁷ *People v. Young*, 11 N.Y.2d 274 (1962).

La objeción es parcialmente cierta. En el ejemplo anteriormente expuesto el policía que se encuentra a dos personas acometiéndose mutuamente puede no saber quién ha comenzado la agresión y que ha sido por la locura de uno de ellos, en cuyo caso lo único que le está permitido hacer es intentar que cese el acometimiento mutuo. Ahora bien, esto sólo pone de manifiesto la limitación de las capacidades del hombre, que no es omnipotente ni omnisciente, por lo que a veces se producen accidentes o daños inevitables. Sin embargo, a nadie se le oculta que si el policía conoce las circunstancias del enfrentamiento, la decisión correcta es ponerse de parte del transeúnte y no del loco que le agrede. Y, de hecho, a pesar de las limitaciones señaladas, las capacidades del hombre le permiten normalmente distinguir con claridad hasta dónde llega el ámbito de su libertad o su deber de actuación.

Igualmente, desde el punto de vista del Derecho penal, la distinción entre antijuridicidad y culpa explica que se establezcan medidas de seguridad frente al que ha realizado un hecho antijurídico no culpable (*cf.* arts. 95 y ss. CP).

La «culpa» de la víctima. La distinción defendida aclara los problemas que crea la llamada culpa de la víctima, y permite explicar que la víctima siempre ha contribuido al resultado dañoso, y que su famosa culpa es solamente un problema valorativo. Y la valoración de la conducta de la víctima es exactamente igual que lo que hemos llamado antijuridicidad de la conducta, sin que se tengan en cuenta sus aptitudes personales para acomodarse a la norma.

Es muy corriente en la práctica que se considere que a la producción de un daño concurren un reproche a la actuación del dañante y de la víctima. A esta situación la jurisprudencia la ha solido llamar tradicionalmente «compensación del culpables» (*Mitverantwortlichkeit, contributory negligence* o, en Estados Unidos, *comparative negligence*).

Por su parte, las más recientes normas sobre la cuestión son ambiguas. Así, a título de ejemplo, el artículo 114 CP establece que «Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización».

El artículo 1.1.II TR LRCSCVM señala que «En caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o negligencia del perjudicado...». Y el pf. IV establece que «Si concurren la negligencia del conductor y la perjudicado, se procederá a la equitativa moderación de la responsabilidad y al repartimiento en la cuantía de la indemnización, atendida la enti-

dad respectiva de las culpas concurrentes». En el Anexo del mismo TR, 1.º 2, se dice que «Se equiparará a culpa de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concorra con ella a la producción del mismo».

Por su parte, el artículo 145 del TR LGDCU establece: «Culpa del perjudicado. La responsabilidad del fabricante o importador podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente»²²⁸.

Como se ve, en unos casos se habla de «conducta» y en otros de «culpa» o «negligencia» de la víctima.

Sin embargo, la doctrina critica la denominación señalando que el problema no es que haya culpa de dos, sino que hay una concurrencia de causas. Y así se afirma que «La denominación “concurrency de causas” hace referencia a la concurrencia de varias causas que dan origen a un mismo y único hecho dañoso. Sin duda, desde el primer momento, se decanta este término como el más apropiado, pues son precisamente las *causas* las que nos permiten apreciar el origen del daño y “clarificar al máximo la significación jurídica de esa coadyuvancia creadora que apreciamos en la actitud del perjudicado” que será la base de la reducción de la cuantía de la indemnización. Actualmente, la mayoría de la doctrina advierte que el término “concurrency de causas” es la expresión correcta, ya que no se trata de compensar culpas sino (de), partiendo de la objetivación de la obligación, distribuir el nexo causal»²²⁹.

A nuestro juicio, las leyes y la jurisprudencia tradicional mayoritaria están mucho más cercanas que esta doctrina a la raíz del problema. En todo suceso dañoso intervienen siempre necesariamente el dañante y el dañado; incluso, desde el punto de vista ontológico, puede que el dañante no haya hecho nada en relación con el daño – omisión –, pero el daño se ha producido porque estaba el dañado o

²²⁸ Una exposición exhaustiva de las normas que se refieren a este problema en MEDINA ALCOZ, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid (2003), pp. 276 y ss.

²²⁹ MONTERROSO CASADO, *Responsabilidad Civil por Accidentes de Circulación. La Concurrencia de Causas*, Aranzadi, Cizur Menor (2001), p. 53, con cita de O’Callaghan. Asimismo, afirma MEDINA ALCOZ (n. previa), p. 140, que «Cuando la culpa exclusiva de la víctima se erige en la única causa adecuada del daño se convierte en una circunstancia exoneradora de la responsabilidad del supuesto agente dañoso, ya que rompe el nexo causal entre el comportamiento de éste y el resultado producido».

Otros autores van en la línea de considerar que lo que existe es una cuestión de causalidad jurídica o imputación objetiva [PANTALEÓN (n. 44), p. 1997; SOLÉ FELIU, «La concurrencia de culpa de la víctima en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», *ADC*, 50 (1997), pp. 882 y ss.; MONTÉS PENADÉS (n. 82), especialmente pp. 2617 y ss.], lo que tiene de correcto que el juicio sobre la conducta del dañado es también normativo, pero aquí se rechaza la teoría de la llamada imputación objetiva, que confunde más que otra cosa.

sus bienes. Si el dañado no hubiera estado ahí, el daño no se habría producido; o, dicho más precisamente desde el punto de vista filosófico, el daño requiere la existencia de lo dañado. Es decir, acudiendo a la teoría del cambio aristotélica, todo ser es algo en acto y está en potencia de ser de otra manera, por lo que la posibilidad de cambio es algo ínsito en el propio ser. De forma que el dañado o sus bienes también son causalmente parte del daño; parte de la serie de circunstancias necesarias y suficientes para que se produzca.

Por tanto, si queremos conservar la causalidad como una realidad previa al Derecho, el dañado siempre ha contribuido al daño. De hecho, en muchas ocasiones, hablar de «causante» y «víctima» ya es un juicio de valor. Si un tren atropella a un peatón, normalmente se producen daños para ambos; el peatón quizá pierde la vida, pero el tren ha de detenerse, no llegará a tiempo a su destino, los pasajeros han de sufrir la parada, tal vez se estropee la carrocería o el tren descarrile, etc. Solo analizando el comportamiento del maquinista del tren y del peatón podemos saber quién es, jurídicamente, el responsable del daño.

Ciertamente, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, no siempre se puede decir que la víctima tuviera un deber de comportarse de determinada forma, pero sí al menos la carga²³⁰. Es decir, no se tratará de imperativo incondicionado, pero sí un imperativo hipotético o norma técnica: si quieres tener derecho a una indemnización por el daño sufrido, compórtate de cierta manera.

Los criterios para fijar cómo se ha de comportarse la víctima son exactamente los mismos que hemos visto a propósito del dañante. Por eso, si el sujeto no sabe leer un cartel que dice prohibido el paso, o es ciego, etc., el daño producido lo soportará quien no respetó el cartel (salvo que estemos junto a un colegio de niños, una residencia de enfermos mentales, etc., debidamente señalizados o fácilmente reconocibles); en esta línea, la SAP Tarragona 5 de enero de 2004 (Ar. C. 267) considera que hay culpa exclusiva de la víctima en el atropello en una autopista de un anciano de 81 años que, según declaración de sus familiares, «tenía problemas de visión y oído».

Sólo desde este punto de vista se puede entender el artículo 1.2 del anexo al TR LRCSCVM, que dispone que «Se equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción del mismo»²³¹. Ya antes de la actual redacción había establecido el TS que

²³⁰ En este sentido, LOOSCHELDERS, *Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen (1999), *passim*; SOLÉ FELIU (n. previa), p. 869.

²³¹ Aunque el legislador bien podría haber optado por otro criterio en este caso especial, como se ha hecho en otros países.

la invasión de la calzada por un niño de seis años suponía culpa exclusiva de la víctima (Sentencia de 31 de enero de 1992, RJ 540).

Y la Sentencia de 2 de diciembre de 2002 (RJ 10405) fija como hechos probados que «el niño Marcos V. C., hijo de los demandantes y con quince meses de edad en la fecha del accidente, se dirigió al paso a nivel, tras su hermano mayor, el cual iba a probar el ciclomotor que arreglaba junto a la puerta de su casa, distante unos 70 metros de la vía férrea, y se encontraba sin vigilancia alguna cuando fue golpeado por la locomotora, y, también, que el maquinista conducía con estricto cumplimiento de las normas de “RENFE”, uso adecuado del silbato y del freno de emergencia, y a velocidad moderada». Se rechaza la demanda porque «nos encontramos ante un supuesto de culpa exclusiva (causa) del menor de edad lesionado».

Al igual que respecto del dañante, la actitud psicológica del dañado es también aquí fundamental. Si un coche circula por una autopista a más velocidad de la permitida y choca contra otro que circula en dirección contraria por una apuesta, el primero no responderá por los daños producidos, porque, al tratarse de una cuestión valorativa, todos vemos que «pesa» mucho más la conducta del conductor suicida que la del que conducía a excesiva velocidad.

A lo anterior se podría oponer que es incongruente que el que causa un daño no responde si no hay culpa, y, sin embargo, sí se aprecie como elemento valorativo cuando sufre el daño. Así, se ha dicho muy autorizadamente que esta solución no es deseable *de lege ferenda*, poniéndose además como ejemplo la responsabilidad civil de los hospitales por los suicidios de los enfermos psíquicos²³². Con todos los respetos, en cuanto al ejemplo, se puede responder que se trata de casos especiales en que la norma de valoración (protección de la vida humana) adquiere especial relevancia en función de las circunstancias, aparte de que la jurisprudencia del TS es en muchos de estos casos disparatada porque, por una parte, la modernas tendencias psiquiátricas tienden a conceder un más amplio ámbito de libertad a los enfermos, pero, por otra, la concesión del ámbito de libertad conlleva lógicamente unos riesgos²³³. Esta jurisprudencia lo que va a producir es una medicina «defensiva» que, a la larga, va a perjudicar a los propios enfermos mentales.

²³² MARTÍN CASALS, «“A través del espejo”: concurrencia de “culpa” de la víctima y culpa del causante del daño», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, II, Thomson-Civitas, Madrid (2003), pp. 2484 a 2486.

²³³ V., crítica y acertada, Díez-Picazo Giménez, G., «La responsabilidad civil por los daños derivados del suicidio (A propósito de la STS de 11 de marzo de 1995)», *ADC*, vol. 49 (1996), pp. 101 y ss.

En cuanto a la consideración *de lege ferenda*, lo que no puede exigirse a una sociedad es que establezca modelos de comportamiento en todos los ámbitos atendiendo a que repentinamente pueda aparecer un loco o un niño; paralizaría la vida social. Así, se puede establecer en ocasiones un cartel en las carreteras que advierta sobre la posible existencia de niños en la calzada, pero lo que no se puede, si se quiere ser práctico, es conformar la conducción de automóviles en todo el territorio nacional a que repentinamente aparezca un niño.

En fin, dicho de un modo un poco rudo, que una cosa es que los demás tengan que soportar los daños causados por un loco o un niño, y otra que, además, tengan que indemnizar al loco por sus locuras, o al niño por sus niñerías.

A pesar de lo dicho, la opinión de alguna doctrina está confundiendo también al TS. Buena prueba de ello es la Sentencia de 26 de marzo de 2004 (RJ 1952). En ella se ventila una «acción de responsabilidad civil extracontractual por muerte del niño Ricardo, de ocho años de edad, que el día 10 de abril de 1994, en la estación de Orense-Empalme, sobre las 20 horas, mientras su madre doña Alicia, demandante en la instancia y parte recurrente en casación, creía que estaba jugando en el portal de su casa, desde después de comer, entró en las instalaciones de la estación de RENFE, que estaban abiertas y sin vigilancia, se encaminó a una máquina-grúa estacionada en vía muerta, se subió a la misma, encima de la cual se hallaba un cable electrificado; el niño murió por electrocución».

De los 10.000.000 de pesetas solicitados, la sentencia de instancia condenó solamente a pagar 1.100.000, considerando la concurrencia de la culpa del menor hasta un 75%, y la de la madre hasta un 15%²³⁴.

En el recurso de casación de la madre se impugna la sentencia alegando –según cuenta la STS– «infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil por la concurrencia de culpas (rectius: de causas) que se le hace recaer a la misma. Tal concurrencia supone... que el resultado dañoso se ha producido por causa –nexo causal– del causante del daño y del propio perjudicado...»

En el presente caso, esta Sala considera, como la sentencia de instancia, que hay actuación causal de la madre que, respecto de un hijo de ocho años, no lo mantiene bajo un mínimo de control desde la hora de la comida hasta la caída de la tarde; y considera, en contra de la misma sentencia, que no se puede computar su relación de causalidad más allá de un simple diez por ciento.

Respecto del niño... alega la infracción del artículo 1902 por la concurrencia de la culpa del menor: es claro que no puede pensarse

²³⁴ Los porcentajes y la condena no cuadran, pero así es la narración de la sentencia del Supremo.

en culpa de un niño de ocho años, por lo que es también claro que no se trata de concurrencia de culpas, sino de causas...

Esta Sala, partiendo de los hechos probados, estima que no hay nexo causal entre la conducta del niño y el daño causado (en él mismo). Tal conducta es la natural y correcta en un niño de corta edad, que juega con lo que encuentra, se sube a lo que ve y obedece a su corto raciocinio; por ello, el que se encarama a una máquina-grúa obedece a la natural reacción del niño, cayendo en responsabilidad la entidad que deja aquélla al alcance de cualquier persona –niño incluido– que puede penetrar en el recinto en que se halla sin traba alguna. No se aprecia, pues, concurrencia de causa en la conducta del niño, víctima del suceso».

El resultado de la sentencia, condena a 9.000.000 de pesetas, es comprensible en atención al hecho de que existía un seguro de responsabilidad civil. También se puede defender que los objetos peligrosos al alcance de cualquiera han de estar adecuadamente vigilados, aunque no en toda actividad humana se puede actuar como si, de pronto, fuera a aparecer un niño, porque, como ya se ha dicho, sería un lastre insoportable para el dinamismo de la vida social.

Pero la confusión conceptual de la sentencia es de campeonato. ¿Cómo se puede decir que el niño no ha sido causa del accidente? Ya se ha señalado anteriormente que todo daño requiere ontológicamente la existencia de lo dañado, que, por tanto, es causa (al menos desde el punto de vista –probablemente erróneo– de la teoría de la equivalencia de condiciones). Pero es que, además, fue el niño el que se acercó a la máquina-grúa y no al revés.

Por otra parte, denegar la disminución de responsabilidad porque el niño actúa conforme a su corto raciocinio significa confundir los planos que antes hemos señalado de antijuridicidad y culpa o, al menos, de carga de comportamiento y culpa. En el sentido más arriba defendido, es evidente que el niño no ha actuado culpablemente, con lo que no recae sobre el patrimonio de sus herederos la obligación de indemnizar el posible daño causado a la máquina. Ahora bien, el niño no se ha comportado conforme al modelo de conducta del hombre responsable, que no se sube a una máquina-grúa que no es suya y cuyo manejo no conoce. Desde este punto de vista, era mucho más consistente la sentencia de instancia que imputaba a la conducta del menor el 75% del valor del daño.

Entrando en otro asunto, la reflexión sobre la víctima pone en cuestión la idea de acción que sostiene la mayoría de la doctrina penal, cuando considera ciertos actos del hombre como no acción, en tanto no existe voluntad en absoluto. Así, se dice que no hay acción en la fuerza irresistible, los movimientos reflejos y la

inconsciencia (como hipnotismo o sonambulismo)²³⁵. Este modo de pensar hunde sus raíces en la escolástica medieval, que distinguía entre *actus hominis* (acto del hombre) y *actus humanus* (acto humano); los primeros eran actos moralmente irrelevantes. Esta diferenciación tal vez tenga sentido en ética, pero no parece que sea así en Derecho. Por una parte, porque el daño causado en una de estas situaciones puede justificar la reacción defensiva de otro (problema de estado de necesidad o de legítima defensa), y, por otro, porque si una persona sufre un daño en unos de estos estados es muy probable que sea ella la que tenga que soportarlo.

Finalmente, dentro de este punto, queremos aclarar una cosa que a veces se confunde. Cuando hay «compensación de culpas», la conducta del «dañante» no deja de ser antijurídica, porque lo que hace la susodicha «compensación» no es disminuir la antijuridicidad, sino la *responsabilidad*²³⁶.

La responsabilidad vicaria. La tesis aquí defendida aclara un punto importante de la responsabilidad vicaria o por hecho de otro. El padre responderá por el hijo, o el empresario por el empleado cuando éstos últimos se hayan comportado antijurídicamente en el sentido aquí utilizado, siendo indiferente si ha habido o no culpa por su parte.

Por eso, cuanto menor es el hijo –cuanto menor es su culpa– tanto mayor debe ser el control ejercido por los padres, y la falta de culpa del menor es un indicio más claro de la responsabilidad de los cargos protectores.

Igualmente, en materia del empleador y dependiente, la culpa del empleado puede suponer un claro indicio de la ilicitud de la conducta de su patrono. Buen ejemplo de esto es la STS de 22 de noviembre de 1976 (Penal, RJ 4869), en la que se declara probado: «a) que el procesado era mozo-repartidor de la empresa “Almacenes E.”; b) que el día de autos, por orden, encargo y al servicio de dicha empresa llevó a la droguería propiedad de la recurrente un pedido de 5 litros de acetona, mercancía que portaba en una garrafa, y como entrara fumando en el establecimiento le fue llamada la atención por el peligro que esto suponía al existir allí material inflamable, por lo que después de dejar la garrafa en el mostrador, salió a la calle, en donde arrojó el cigarro que fumaba; c) que entrando de nuevo en el local, cuando ya había sido trasladada la acetona a unas botellas y para tratar de demostrar que no existía peligro alguno encendió su mechero y lo acercó a unas gotas de acetona, que, al efectuar el trasvase, se habían vertido en el mostra-

²³⁵ Por todos, ROXIN (n. 50), § 8, núms. 65-72.

²³⁶ MÚNZBERG (n. 63), p. 81, nota 161.

dor y a las que se había pretendido secar con una bayeta, las cuales se inflamaron, propagándose el fuego y produciéndose grandes destrozos en el local y en las existencias que contenía;... e) que el procesado es un sujeto que padece oligofrenia próxima a la imbecilidad, no pudiendo prever las consecuencias de sus actos como consecuencia de una psicopatía alcohólica... siendo inexplicable que su empresa patronal encomendara a un cuasi insano mental la manipulación, transporte y entrega de mercancías tan peligrosas por ser fácilmente inflamables, suponiendo esta encomienda una notoria *culpa in eligendo*».

Desde un punto de vista más teórico, la distinción entre antijuridicidad y culpa también ayuda en Derecho civil en algunos aspectos:

- Permite reducir la anfibología del término culpa. Así, permite evitar el análisis de la conducta de los enfermos mentales o los menores acudiendo a la repetida frase «acto que sería culposo si lo hubiera realizado un hombre cabal o un adulto». El acto es antijurídico, incorrecto, aunque lo haya realizado un menor o un loco.

- La doctrina ha llegado en muchas ocasiones a defender la responsabilidad civil de los locos y menores, porque el concepto objetivo de culpa le impedía admitir esta excepción. Pero si aceptamos que culpa se emplea en dos sentidos distintos, entonces no parece tan problemática tal excepcionalidad.

La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad

Estudio comparativo con el modelo italiano

PALOMA DE BARRÓN ARNICHES

Profesora Contratada
Doctor de Derecho civil
Universidad de Lleida¹

RESUMEN

La regulación civil en vigor desde 2011 en Cataluña pretende poner el énfasis en la capacidad natural de las personas y en el respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar. En este contexto, la institución de la asistencia se define como un medio de protección a disposición de las personas para las que, por sus condiciones psicofísicas, la incapacitación y los mecanismos subsiguientes de protección arbitrados por el sistema jurídico, ni son posibles ni tan solo aconsejables. Este artículo pretende trazar las líneas maestras de dicha institución a partir del estudio comparado con el Derecho civil italiano.

PALABRAS CLAVE

Asistencia, capacidad natural, esfera personal y patrimonial de la persona protegida, responsabilidad del asistente.

¹ Este trabajo se enmarca en las actividades del grupo de investigación consolidado «derecho civil catalán y derecho privado europeo» financiado por la Generalitat de Catalunya (2009SGR689), y del Centro de Investigación de la UdL, Centro de Estudios Jurídicos Europeos y Mediación, CEJEM. Asimismo, constituye el resultado de una estancia de investigación en la Universidad de Padua durante el mes de junio de 2012, financiada parcialmente por el programa de Movilidad para la Formación de personal docente ERASMUS (STT), y parcialmente por el Centro de Investigación propio de la Universidad de Lleida, CEJEM. Mi agradecimiento a estas instituciones que han hecho posible la estancia de investigación. Las referencias bibliográficas y jurisprudenciales contenidas en el trabajo se cierran a fecha junio de 2013 con el envío del original a la revista.

ABSTRACT

Catalan disability law passed in 2011 emphasizes the natural capacity of disabled and aged people aiming at respecting their personal and family autonomy. In this context, the institution of Assistenza or Amministrazione di sostegno is defined as a protective measure for people that both incapacitation and related protective mechanisms developed by the legal system, are not possible or advisable. This article analyzes the new institution comparing the Catalan regulation with Italian civil law.

KEY WORDS

Assistance, natural capacity, disabled and aged people's personal and patrimonial sphere, assistant's liability.

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Presupuestos para que proceda la institución de la asistencia. 2.1 Presupuesto subjetivo. 2.2 Presupuesto objetivo.–3. El nombramiento del asistente. 3.1 Procedimiento de jurisdicción voluntaria. El Juez competente. 3.2 La cuestión de la legitimación activa para solicitar esta medida de protección. 3.3 Contenido de la resolución judicial de nombramiento del asistente. 3.4 Publicidad registral.–4. El asistente. Criterios para la elección de la persona que ha de desempeñar el cargo de protección. 4.1 La voluntad de la persona asistida. 4.2 La idoneidad de la persona que ha de desempeñar el cargo de protección.–5. El ejercicio de la asistencia. 5.1 Estatuto del asistente. 5.2 Actuación del asistente en el ámbito personal y patrimonial de la persona vulnerable. 5.2.1 Las funciones del administrador de apoyo en la norma italiana y en su aplicación judicial. 5.2.2 La actuación del asistente en la esfera personal y patrimonial de la persona protegida.–6. Modificación y extinción de la figura de protección. 6.1 Modificación de la asistencia. 6.2 Extinción de la figura de protección. La temporalidad de la medida.–7. La impugnación de los actos jurídicos del asistente y del asistido.–8. La responsabilidad de quien ejerce el cargo de protección.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II del Código civil de Cataluña², relativo a la persona y la familia, afirma con solemnidad en su Preámbulo: «el ordenamiento civil debe hacer posible, no obstante las especiales necesidades de protección por razón de edad o de disminución psíquica o física, que todas las personas puedan desarrollar su proyecto de vida y tomar parte, en igualdad de derechos y deberes, en la vida social». En consecuencia, la regulación en vigor desde 2011 en Cataluña pre-

² En adelante CCCat.

tende poner el énfasis en la capacidad natural de las personas y en el respeto a su autonomía en el ámbito personal y familiar, sin ignorar que la posibilidad de abusos reclama la previsión de mecanismos de control adecuados. Este es el contexto en el que se inserta la institución de la asistencia, concebida como un medio de protección a disposición de personas para las que, por sus condiciones psicofísicas, la incapacitación y la tutela posterior a menudo ni son posibles ni tan solo aconsejables. Sigue la Exposición de motivos que el capítulo VI incluye la asistencia como una institución dirigida al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Se parte, así, de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, sino que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, mira más bien a ciertas situaciones de vulnerabilidad que pueden precisar una protección jurídica. En línea con las directrices de la Recomendación R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999, y con los precedentes existentes en diferentes ordenamientos jurídicos del entorno de Cataluña, se considera adecuado un modelo de protección, paralelo a la tutela o la curatela, que no implique incapacitación del beneficiario. Esta tendencia también aparece sustentada en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Estado español el 3 de mayo de 2008³.

³ Artículo 12.3 de la Convención ONU: «Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». De hecho, tal y como afirman los autores, la recepción de la Convención ONU por el Estado español está obligando a proceder a una íntegra revisión legislativa del sistema tuitivo en todas las normativas civiles vigentes en el Estado, *cfr.* GARCÍA CANTERO, G., «Los derechos de los mayores en la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 sobre personas con discapacidad», *Revista de Derecho de familia y de las personas*, 2013, núm. 1, p. 22; VIVAS TESÓN, I., «Una propuesta de reforma del sistema tuitivo español: proteger sin incapacitar», *Revista de Derecho Privado*, 2012, núm. 5, p. 4. En cualquier caso, la tendencia a la revisión de las instituciones de protección de la persona y el análisis crítico del derecho civil vigente en esta materia es algo que viene de antiguo, y que la doctrina ha ido reiterando hasta la actualidad, véase, como una pequeña muestra, comenzando después de la reforma del Código civil operada mediante Ley 13/1983, de 24 de octubre, Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., «Comentario al artículo 199 del Código civil», en AMORÓS GUARDIOLA, A., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1984, p. 178 y ss.; GARCÍA-RIPOLL MONTJANO, M., *La protección civil del enfermo no incapacitado*, Barcelona, 1993; MARTÍNEZ DÍE, R., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La autotutela: una institución a regular por nuestro Código civil», *Revista de Derecho Privado*, 2001, núm. 6, especialmente la p. 939; PRIDA MIGOYA, F., «La autotutela», en SERRANO GARCÍA, I. (coord.), *La protección jurídica del discapacitado*, Valencia, 2003, pp. 60 y ss.; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», *Revista de Derecho Privado*, 2006, núm. 1, pp. 9-67; TORRES GARCÍA, T., «Discapacidad e incapacitación», en PÉREZ

Esta explicación oficial de la introducción de la figura del asistente tiene que situarse en la realidad fáctica de la reticencia de muchas familias a incapacitar a sus miembros que están afectados por alguna causa que de alguna manera les limita, puesto que la incapacitación judicial conlleva cierto matiz negativo que puede afectar a la autoestima, dignidad y posible curación o rehabilitación del afectado. Por su parte el legislador, al socaire de los últimos desarrollos internacionales, deja cada vez más claro que la incapacitación ha de ser el último recurso, puesto que en muchos casos es una solución demasiado radical, en la medida en que supone la privación de la capacidad de obrar. No se puede modificar el estado civil de la persona ni asumir el riesgo de deterioro de sus derechos fundamentales, aunque sea por causa legal y en interés del afectado, si hay otros medios menos gravosos⁴.

Desde este planteamiento, la tarea del legislador catalán ha sido, entre otras, la de analizar y ponderar las opciones posibles provenientes del Derecho comparado, esto es, examinar qué hay en otros ordenamientos, cómo han abordado y resuelto problemas semejantes, con qué técnicas legislativas, cuál ha sido la regulación efectiva y su crítica. Señalan los autores del Libro II que la figura de la asistencia catalana está inspirada, fundamentalmente, en la *Betreuung* del Derecho alemán (§ 1896 a 1908i BGB)⁵. Se trata de

DE VARGAS MUÑOZ, J., *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Madrid, 2006, pp. 437-460; DE SALAS MURILLO, S., «Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración», *Anuario de Derecho Civil*, 2010, 63, núm. 2, pp. 677-717; MEDINA ALCOZM, M., «La ancianidad en el derecho civil», *Revista de Derecho Privado*, 2011, núm. 5, pp. 73-101; SERRANO GARCÍA, I., *Autotutela*, Valencia, 2012; DÍAZ ALABART, S., «La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquicas no incapacitadas», *Revista de Derecho Privado*, 2013, núm. 2, pp. 3-24.

⁴ Este es el sentir, no sólo del legislador catalán sino de la entera sociedad, autonómica y estatal. Y de ello se hacen eco instituciones como la Fundación Aequitas que reiteradamente han propuesto nuevas alternativas a la incapacitación de las personas vulnerables. Véase por ejemplo la ponencia presentada en las Jornadas del 25 y 26 de abril de 2013 del Centro de Estudios Jurídicos: «La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención» consultable en http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?p_l_id=12772&groupId=10228&folderId=415214&name=DLFE-93321.pdf

⁵ El profesor Francisco Rivero Hernández, uno de los principales artífices de las aportaciones doctrinales en el proceso legislativo de elaboración del Libro II del CCCat, señala los ordenamientos alemán y francés como de referencia para el legislador catalán en la regulación de la asistencia: «el mismo planteamiento y parecida situación y realidad social –se refiere a la catalana– ha llevado al legislador alemán a crear la figura de la *Betreuung* (Ley de 12 de diciembre de 1990, modificada en 1998 por razones prácticas y económicas), y en Francia la *sauvegarde de justice* (Ley de 5 de marzo de 2007)» RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La reforma del Derecho de familia en el Código civil de Cataluña», en BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M., y NASARRE AZNAR, S. (coords.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, 2011, p. 69. Y en otro lugar: «Para el Libro II han sido menos influyentes que otrora los Códigos franceses (salvo muy recientes reformas) e italiano, aunque no han sido desestimados. Se han tomado en consideración las últimas reformas de los Códigos germánicos de inicios de este siglo (alemán, holandés), sin preocupación mimética, y anglosajones» (*La reforma...*, cit., p. 50).

una institución permanente de protección de la persona en quien concurre una limitación relevante o situación de dependencia, pero que, sin embargo, no hay necesidad de incapacitar judicialmente. Porque la idea básica de la asistencia es que se dota a la persona necesitada de una institución de protección estable sin declarar la incapacitación judicial. Los principios que presiden la institución alemana son los de necesidad (sólo si es estrictamente necesario se ha de recurrir al nombramiento de un asistente) y de subsidiaridad (sólo se atribuirán funciones al asistente en relación con lo que el asistido no pueda hacer por sí mismo), todo ello con exquisito respeto de la personalidad y voluntad del asistido, así como de sus decisiones anteriores. De este modo se produce la quiebra de la tradicional dicotomía capacidad/incapacitación, ofreciendo una alternativa a las tradicionales instituciones de la tutela y la curatela, que parten de la incapacitación, aunque sea parcial, de la persona. Con la ley de 12 de diciembre de 1990 desaparece en Alemania la incapacitación y la tutela o curatela de los mayores de edad. La asistencia no afecta el estado civil de las personas que necesitan ayuda para el cuidado de su persona y/o bienes, y sin embargo se les proporciona una institución protectora estable que velará por sus intereses. El contenido de la asistencia lo establece el tribunal en cada caso al tiempo del nombramiento del asistente con la posibilidad, incluso, de nombrar representante legal del asistido para determinados actos jurídicos⁶.

La Ley italiana 6/2004, de 9 de enero, reguladora de la «administración de apoyo»⁷, también con una fuerte influencia germáni-

⁶ Cfr. LAMARCA I MARQUÉS, A. (dir.), *Código civil alemán y ley de introducción al Código civil*, Barcelona, 2008. Con respecto a Francia, que también ha sido citado como ordenamiento inspirador de la figura catalana de la asistencia, cabe destacar su reciente creación mediante reforma del *Code* en 2007, con un marcado carácter temporal (plazo máximo de un año renovable una sola vez), y en régimen de compatibilidad con otras figuras de protección de la persona, como el tutor o el curador. Cfr. GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., «La protección de las personas mayores en el derecho civil francés», en GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, tomo I, Cizur Menor, Navarra, 2008, pp. 515-580; CARON-DEGLISE, A. (traducido del francés por E. Ernoult) «La capacidad de la persona protegida en la esfera personal en el Derecho francés tras la ley de 5 de marzo de 2007: ¿Respeto del principio fundamental de capacidad natural o capacidad parcial», en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Madrid, 2011, pp. 221-230.

⁷ *Amministrazione di sostegno*, la traducción es mía. Cabe citar como antecedente legislativo inmediato la propuesta de Ley C2189 presentada en la Cámara legislativa en el año 2001, que experimentó un largo y conflictivo *iter* legislativo hasta convertirse en la vigente Ley de 9 de enero de 2004. No obstante, desde mediados de los años 80 se intentaba establecer en Italia una reforma del derecho de la persona en esta dirección, llegándose a presentar en la Cámara entre 1993 y 1997, hasta cuatro proyectos de ley que contemplaban la introducción de la nueva figura de protección. Todo empezó, como señalan algunos autores, aun antes, con la reforma psiquiátrica operada mediante Ley 180 de 1978, cfr. FERRANDO, G. (traducido del italiano por J. M. López López) «Las figuras de protección de las personas vulnerables tras la reforma introducida por la Ley 6/2004, de 9 de

ca, introdujo la figura equivalente al asistente en el Código civil italiano, y lo hizo con las mismas finalidades y objetivos señalados ahora por el legislador catalán en la Exposición de Motivos del Libro II⁸. Cumplido un tiempo desde la entrada en vigor de la normativa catalana sobre la asistencia, siendo aún incipiente su aplicación a la realidad jurídica de este territorio⁹, considero interesante el análisis comparativo con la regulación italiana, más incluso que su parangón con el modelo alemán o el de otros países europeos¹⁰. Y ello por dos motivos. En primer lugar, la opción de instaurar la asistencia o la administración de apoyo como una institución más de protección de la persona, sin optar por la supresión de la tutela o de la curatela o de ambas, identifica las dos legislaciones, que inciden en el poder de decisión del juez en cada caso, y le proporcionan un instrumento más al que podrá recurrir en su tarea de elaborar un «traje a medida» que encaje perfectamente en la situación particular de la persona vulnerable a la que haya de proporcionar protección. Esta es una diferencia esencial respecto al sistema legal alemán que aleja profundamente el ordenamiento catalán de su

enero», en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, cit., p. 155.

⁸ Artículo 1 Legge 9 gennaio 2004: «*La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persona prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente*». La reforma del Código civil italiano se entendió en el sentido de introducir nuevos fines y nuevos instrumentos en favor de las personas privadas total o parcialmente de su capacidad de autogobierno. Se operaba, así, un significativo cambio, no solo en el contenido regulado sino también en la propia terminología y en la concepción de la discapacidad. Cfr. VOCATURO, S., «L'amministrazione di sostegno: la dignità dell'uomo al di là dell'handicap», *Rivista del Notariato*, 1, 2004, p. 242.

⁹ La única Resolución que he podido encontrar de las audiencias provinciales catalanas a fecha de cierre del presente artículo es el Auto núm. 121/2012 de la Audiencia Provincial de Lleida, de 26 de octubre 2012, por el que se estima el Recurso de apelación formulado tanto por el solicitante de la medida (una persona adulta que padece síndrome de *down*) como por el Ministerio Fiscal, contra la denegación en primera instancia de la solicitud de nombramiento de un asistente. Señala la Audiencia provincial que debe accederse a la petición formulada y nombrarse como asistente al hermano del solicitante, con funciones estrictamente patrimoniales que lleven consigo la modificación, aumento o disminución significativa de su patrimonio, y con obligación de rendir cuentas anualmente al Juzgado sobre su tarea como asistente. A pesar de lo incipiente de su aplicación en la provincia de Lleida, lo cierto es que la figura de la asistencia ha sido ampliamente aceptada por los Fiscales de esta demarcación (veáse <http://www.sindromedown.net/index.php?idMenu=12&pag=17&int1=867>) lo cual redundará en nuevas solicitudes y nombramientos en tiempos venideros, especialmente entre el colectivo de personas que padecen síndrome de *down*.

¹⁰ Otros autores han planteado también la equiparación de ambas normativas, cfr. VIVAS TESON, I., *Una propuesta de reforma del sistema tuitivo...*, cit., p. 38, y también su obra *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Badajoz, 2012; GARCÍA LÓPEZ, P. y CASAS PLANES, D., «La amministrazione di sostegno del derecho italiano y el asistente del derecho catalán: análisis comparativo», en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, cit., pp. 199-218 (contenida en el CD-Rom de la obra).

principal fuente inspiradora, al menos en cuanto a las consecuencias prácticas de la incorporación de la figura.

En efecto, parece que en el proceso legislativo del Libro II CCCat, la opción por la supresión de la incapacitación de la persona fue tomada en consideración, incluso muy seriamente, siendo eludida finalmente por resultar un poco prematura en nuestra sociedad y sistema jurídico¹¹. El resultado es una cierta acumulación de cargos de protección de la persona en el Libro II del CCCat¹², que provoca concurrencias no siempre fáciles de delimitar. En realidad, las figuras de la tutela y la curatela ya eran y siguen siendo susceptibles de gradación flexible, permitiendo adaptar la sentencia de incapacitación a las condiciones particulares de cada persona. Además, el artículo 760.1 LEC advierte que la sentencia que declare la incapacitación debe determinar su extensión y límites, dejando meridianamente claro que debe acomodarse a las circunstancias específicas de cada caso¹³. Y, en fin, como intentaré poner de manifiesto a lo largo de este trabajo, la regulación legal de la asistencia contiene algunas dificultades que tampoco ayudan a que una institución protectora en principio bien pensada, goce de un régimen jurídico claro.

Hay un segundo motivo por el que considero interesante analizar el modelo italiano y es la ventaja temporal que presenta esta

¹¹ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La reforma...*, cit., p. 52.

¹² Es preciso, de nuevo, transcribir el Preámbulo de la Ley 10/2005: «La presente ley mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta, ateniéndose a la constatación de que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla».

¹³ A este respecto, cabe mencionar la propuesta de Santos Urbaneja en relación con los procedimientos judiciales de incapacitación, la llamada doble vía de carácter procesal que propone para los casos –muy frecuentes en la práctica– en los que el motivo desencadenante que conduce a presentar la demanda de incapacitación es la necesidad de realizar un acto determinado de carácter patrimonial al que la persona mayor o enferma ya no puede prestar el consentimiento. Este autor propone que se arbitre un procedimiento tipo para evaluar la capacidad de decidir de las personas respecto de ese acto concreto, y que se mantenga el procedimiento de evaluación general para los casos más complejos, que se acuda al Juzgado para someter al Juez si la persona cuya capacidad se cuestiona posee en el momento del examen la necesaria capacidad de autogobierno en relación al acto concreto que se pretende realizar. De esta forma, el examen será muy preciso porque se ajusta al acto concreto, y la resolución se centrará en resolver quien puede suplir la capacidad de obrar de la persona, en ese acto concreto, o si basta un complemento de capacidad o una asistencia para llevarlo a cabo. Así, la sentencia tendría unos efectos mucho más concretos, no produciría el efecto de constituir el estado de incapacitación; la persona mantendría la presunción de capacidad, excepto para el acto concreto en que se ha valorado que carece de capacidad para decidir. Se conseguirían los fines pretendidos y una vez rendidas las cuentas ante el Juez por la persona habilitada para suplir la capacidad de la persona «inhábil», se procedería al archivo del procedimiento. Cfr. SANTOS URBANEJA, F., «Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código civil», en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad* (Actas de las II Jornadas celebradas en Logroño), 2007, pp. 155 y ss., consultable en http://www.fundaciontutelardelarioja.org/archivos/libro_IJornadas.pdf.

legislación en su aplicación práctica. En efecto, el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor en 2004 de la ley italiana han servido, entre otras cosas para poner de manifiesto problemas con los que se han encontrado los tribunales de este país, y las respuestas que han dado a los mismos. También la doctrina italiana ha sido prolífica en sus aportaciones¹⁴. No cabe duda que la experiencia italiana puede resultar una importante aportación para los juristas, prácticos, investigadores, jueces, que hayan de aplicar la figura de la asistencia en Cataluña. Es previsible que aquí, como ha ocurrido en Italia, se recurra a partir de ahora cada vez más a esta figura de protección de la persona, en detrimento de los procedimientos de incapacitación parcial y total, que dan lugar al nombramiento de un tutor o un curador¹⁵. Su mejor aceptación social y su mayor sintonía con los principios de la Convención de Nueva York, pueden perfectamente conducirnos a una nueva topografía normativa, con el desplazamiento progresivo y el carácter cada vez más residual de la incapacitación. De manera que es interesante adelantarse a los problemas que, sin duda, surgirán en la aplicación de la figura de la asistencia en Cataluña, especialmente teniendo en cuenta lo escueta de la regulación contenida en el CCCat, que deja abiertos muchos

¹⁴ Cfr. entre otros, FERRANDO, G., *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milán, 2005; CENDON, P., y ROSSI, R., *Amministrazione di sostegno*, tomo I, Milán, 2009; TAGLIAFERRI, C., *L'amministrazione di sostegno nell'interpretazione della giurisprudenza*, Limena, 2010; GARLISI, F., *L'amministrazione di sostegno. Risposte giurisprudenziali ai quesiti della pratica*, Milán, 2012; ATTISANO, M. O., *Tutela ed amministrazione di sostegno*, Padua, 2012; GIOVANNINI, D., «La tutela dei soggetti deboli nell'amministrazione di sostegno», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 36, 2, 2006, pp. 541-543; CIAN, G., «L'amministrazione di sostegno nel quadro delle esperienze giuridiche europee», *Rivista di Diritto Civile*, 2004, 50, II, pp. 481-495; MASONI, R., «Commentario articolo 404-408», en CENDON, P., *Commentario al Codice civile*, Milán, 2009, pp. 545-709; ALPA, G., *Manuale di Diritto privato*, Padua, 2005, pp. 229-233; BESSONE, M., *Istituzioni di Diritto Privato*, Turín, 2011, pp. 116-122; PALADINI, M., «Amministrazione di sostegno e interdizione giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno», *Rivista di diritto civile*, 2005, 51, V, pp. 585-602; LAVEDINI, G., «Prime brevi considerazioni sul puolo dell'ente locale nell'amministrazione di sostegno: L. 9 Gennaio 2004» *Diritto di famiglia e delle persone*, 2007, 36, 1, pp. 482-498; ANTONICA, M. C., «L'amministrazione di sostegno: un'alternativa all'interdizione e all'inhabilitazione», *Famiglia e diritto*, 2004, p. 258 y ss.; COSCIONI, L., «L'amministrazione di sostegno non presuppone lo stato di incapacità del beneficiario», *Famiglia, Persone e Successioni*, 2009, 10, pp. 798-805; BONILINI, G., «Filiazione, e amministrazione di sostegno», *Famiglia, Persone e Successioni*, 2009, 3, pp. 198-201; LANDINI, S., «Amministrazione di sostegno e autodeterminazione terapeutica», *Famiglia, Persone e Successioni*, 2008, 11, pp. 910-918; CENDON, P., y ROSSI, R., «Cenni sulla bozza di progetto di legge volto al rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e all'abrogazione di interdizione e inhabilitazione», in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2007, 7, pp. 662-666.

¹⁵ Giovanni Bonilini previó esta situación para Italia tras la entrada en vigor de la nueva figura: «Non si è mancato di rilevare, peraltro, como sia facile pronosticare una progressiva, sotterranea, inespresa, disaplicazione dell'interdizione giudiziale e, a maggior ragione, dell'inhabilitazione», BONILINI, G., «Comentario al artículo 404 Amministrazione di sostegno», en SCHLESINGER, P., y BUSNELI, F. D. (dirs.), *Il Codice Civile Commentario, articoli 404-413*, Milán, 2008, p. 64.

interrogantes. Asimismo, considero que la normativa italiana sobre la administración de apoyo puede proporcionar un modelo para los demás ordenamientos civiles españoles.

2. PRESUPUESTOS PARA QUE PROCEDA LA INSTITUCIÓN DE LA ASISTENCIA

2.1 PRESUPUESTO SUBJETIVO

La asistencia se presenta como útil en el caso de personas con discapacidades físicas de cierta envergadura, personas mayores con deterioro físico importante o con alteraciones cognoscitivas, especialmente si no se hallan ya en fase terminal, o personas con impedimentos intelectuales –retrasos mentales no severos, analfabetismo– etc. El artículo 226-1 CCCat se refiere a la persona asistida como «la persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas». Por consiguiente, no cualquier persona puede disponer de un asistente, sino únicamente quien lo necesite y para lo que lo necesite. Es lo que la doctrina alemana llama «principio de necesidad», que implica el carácter restrictivo tanto del nombramiento del asistente como de las funciones que, en cada caso, se le atribuyan. La necesidad es el núcleo justificador de la asistencia, que no se refiere al «cuidado» en un sentido meramente material, sino que ha de tener un contenido jurídico, tanto si se trata de la esfera personal como de la esfera material de la persona. En este sentido, el asistente no debe ser confundido con el cuidador de una persona dependiente¹⁶. De conformidad con el artículo 404 del *Codice civile italiano*¹⁷, la persona susceptible de beneficiarse de la administración de apoyo es aquella que «como resultado de una enfermedad o de una discapacidad física o mental se encuentra imposibilitada aunque sea parcial o temporalmente, para proveer a sus propios intereses»¹⁸.

¹⁶ Cabe traer a colación el § 1896(2) del Código Civil alemán, en adelante BGB, que establece que «un asistente legal sólo puede ser nombrado para un ámbito de funciones en que es necesaria la asistencia legal».

¹⁷ En adelante CCI.

¹⁸ Señala al respecto ZAMBRANO, «Al faltar la dicotomía entre incapacidad absoluta e incapacidad relativa (una, presupuesto de la interdicción, y la otra de la inhabilitación) se confirma la finalidad del administrador de apoyo legal quien deberá tutelar todas las situaciones de desamparo posibles, independientemente de la tipología de la incapacidad» *cfr.* ZAMBRANO, «La protección de los mayores entre el Código civil y la Ley Especial. La experiencia italiana» en LASARTE ÁLVAREZ, C. (dir.) *La protección de las personas mayores*, Madrid, 2007, p. 228.

Muestra, así, el ordenamiento civil italiano una total similitud con la normativa catalana, en tanto que ambas regulaciones extienden su ámbito de protección sobre la persona que cumple los dos requisitos: es mayor de edad y está afectada por una disminución no incapacitante, por ejemplo, como concreta el legislador italiano, porque su limitación es temporal o es parcial. Ambas legislaciones se fundamentan, además, de una manera global en el principio de necesidad –no más protección que la necesaria y sólo en lo necesario–, concibiendo, no sólo la asistencia sino todas las instituciones de protección de la persona desde esta perspectiva¹⁹.

En la literalidad del precepto catalán sólo las personas mayores de edad pueden ser dotadas de un asistente, lo que excluye a los menores de edad incluso aunque estén emancipados. Sin embargo, es perfectamente imaginable la necesidad de nombrar preventivamente un asistente, en determinados casos como por ejemplo el del menor afectado de síndrome de down leve que, sin embargo, es capaz de llevar una vida independiente de sus progenitores²⁰, o para un emancipado por resolución judicial por imposibilidad de convivencia con sus padres o tutores²¹. El código sí prevé que pueda adelantarse la necesidad de acudir a la tutela cuando llegue la mayoría de edad en el artículo 236-33 CCCat cuando regula la prórroga de la potestad parental que se puede acordar en la declaración de incapacitación del hijo menor con efectos para cuando llegue a la mayoría de edad y, sin embargo, no contiene esta previsión en el caso de la asistencia. El derecho civil italiano, más coherente y correcto técnicamente en este punto, sí contempla en su artículo 405 CCIt que se pueda nombrar a un asistente para el menor no emancipado que se encuentra en el último año de su minoría de edad. Tal nombramiento preventivo sólo adquirirá ejecutividad en el momento en que el beneficiario alcance la mayoría de edad²².

¹⁹ Véase el artículo 221-1 CCCat que aboga por un ejercicio de las funciones de protección de carácter personalista y en función de los intereses de la persona sobre la que recaen, permitiendo al máximo en cuanto sea posible el propio ejercicio de sus derechos. En Italia la ley de 2004 llevó consigo la reforma del artículo 414 CCIt titulado, «personas que pueden ser incapacitadas», con la eliminación del carácter obligatorio de la incapacitación, que se subordina al hecho de que el mayor de edad o menor emancipado se encuentre en condiciones de enfermedad mental habitual que le conviertan en absolutamente incapaz de proveer a sus propios intereses, y solo si tal medida es necesaria para asegurar su adecuada protección. Cfr: FERRANDO, G., «Las figuras de protección de las personas vulnerables tras la reforma introducida por la Ley 6/2004, de 9 de enero», en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Madrid, 2011, p. 162.

²⁰ Artículo 211-11 CCCat.

²¹ Artículo 211-10 CCCat.

²² Ya he comentado que también la legislación italiana se inspiró en 2004 en el precedente alemán, en concreto, respecto a este aspecto, en el § 1908a BGB, que autoriza el nombramiento de un asistente para los mayores de 17 años aunque la asistencia solo desplegará sus efectos con la mayoría de edad. Cfr: LAMARCA MARQUÉS, A. (dir.), *Código civil alemán, cit.*, p. 439.

En cuanto a la disminución no incapacitante que padece el beneficiario de la asistencia, parece que la idea clave es que se trata de personas que no tienen afectada su capacidad de obrar o que la tienen afectada en un grado que no justifica la incapacitación²³. Como consecuencia de sus concretas circunstancias, estas personas no pueden cuidar de sí mismas o de sus bienes, pero aún así conservan una capacidad de discernimiento suficiente. Un ejemplo claro para el legislador es el retraso mental leve y así lo expone en el preámbulo de la Ley 25/2010 del Libro II CCCat. Sin embargo, la variedad de situaciones que pueden plantearse en la práctica plantea muchos interrogantes.

En los supuestos de existencia de una discapacidad psíquica, puede ocurrir que la persona vulnerable presente una importante dificultad o sea incapaz de expresar su voluntad o relacionarse con los demás, de manera que es ciertamente difícil o imposible la comunicación con el asistente a los efectos de que éste pueda respetar sus deseos e intereses en el desempeño de su función. Resulta difícil, en concreto, el ejercicio de esa capacidad de obrar de la que no se le quiere privar. El artículo 226-2 CCCat y, en sede de disposiciones comunes, el artículo 221-4 CCCat, mencionan expresamente la obligación de informar y respetar la voluntad y las opciones personales de quien, por su vulnerabilidad, precisa de esta medida de protección. Se han planteado multitud de supuestos dudosos en la jurisprudencia italiana en los que el papel del juez tutelar se torna decisivo en su valoración del caso concreto. Tan es así que, muy tempranamente, apenas iniciada la andadura de la institución de la administración de apoyo, se planteó la cuestión de constitucionalidad del artículo 404 CCIt por entender que no establece unos criterios claros para la distinción entre el presupuesto de una administración de apoyo y el de un tutor o un curador. Junto a ello, la doctrina criticó duramente la redacción de una norma que obligaba al juez no a rellenar lagunas sino más bien a delimitar conceptos legales confusos y oscuros²⁴. La Sentencia de la Corte

²³ En esta dirección, la doctrina empieza a realizar distinciones entre los términos jurídicos incapacidad e incapacitación, señalando que si bien en algún extremo responden a la misma idea, en cambio no son totalmente equivalentes. Cabe que una persona presente incapacidad para la realización de determinado o determinados actos jurídicos, lo cual significa que en ese aspecto concreto le falta capacidad natural (ausencia de las condiciones necesarias de inteligencia, lucidez, y raciocinio suficientes para su puesta en práctica y para asumir las consecuencias). Por el contrario, el término jurídico incapacitación es una condición jurídica de la persona que afecta a su capacidad de obrar y constituye un estado civil, se opone no a capacidad natural sino a capacidad de obrar. *Cf.* GETE-ALONSO Y CALERA, M.^º C., «Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad», en GARCÍA GARNICA, M.^º C., *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 56.

²⁴ STANZIONE, P., «Amministrazione di sostegno, interdizione ed inabilitazione: rapporti ed interazione», en <http://www.comparazioneDirittocivile.it/prova/files/stanzio->

Constitucional de 9 de diciembre de 2005, insistió, no obstante, en la potestad del juez para decidir en cada caso concreto mediante la comparación y diferenciación entre el presupuesto subjetivo para la aplicación del artículo 404 CCIt –*l'amministrazione di sostegno*– y del artículo 414 CCIt –*l'interdizione*–. Ratificó el carácter subsidiario de la incapacidad, que ha de convertirse en una solución residual frente a los procedimientos de nombramiento de un administrador de apoyo para las personas, que aunque vulnerables, no son incapaces. Literalmente señalaba la sentencia que el juez puede recurrir a la medida más invasiva de la incapacidad «*solo se non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione*»²⁵. A partir de este momento se multiplicaron los Decretos de nombramiento de administrador de apoyo para supuestos muy diversos de minusvalías físicas y psíquicas²⁶. Incluso aunque esta opción haya exigido una cuidadosa y específica interpretación del artículo 410 CCIt, que, como en Cataluña, prevé una continua interacción entre el administrador y la persona asistida y la obligación del primero de respetar la voluntad del asistido en el ejercicio de su función protectora.

Un caso significativo es el de la Sentencia de la Corte de Casación italiana de 26 de octubre de 2011²⁷, que estima el recurso presentado contra la resolución dictada en fase de apelación por el tribunal de Turín, que a su vez confirmaba la decisión del juez tutelar de instar la apertura un procedimiento para la incapacidad de una persona para la que se había solicitado el nombramiento de un administrador de apoyo. El caso contempla la situación de una persona que padece síndrome de down grave, con una persistente dificultad para desarrollar las tareas y las funciones propias de su edad.

ne_sostegno.pdf (fecha de la consulta: junio 2013). p. 24, FAILLA, M. C., «I poteri del giudice tutelare», en FERRANDO, G., *L'Amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, cit., p. 249; y FERRANDO, G., *Soggetti deboli e misure di protezione: amministrazione di sostegno e interdizione*, Turin, 2006, p. 184.

²⁵ Cfr. Sentencia 440/2005 de la Corte Constitucional de 9 de diciembre de 2005, que también dejaba claro el criterio según el cual «*in nessun caso i poteri dell'amministratore possono coincidere integralmente con quelli del tutore o del curatore*». Esta sentencia puede consultarse en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10151> (fecha de la consulta junio de 2013). Confirma Tagliaferri el carácter residual de la incapacidad en Italia: «Non pare potersi dubitare della volontà del legislatore di assegnare a l'amministrazione di sostegno il ruolo di strumento generale e prioritario di protezione delle «persone prive in tutto o in parte di autonomia» (art. 2), riservando agli antichi istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione un ruolo meramente residuale, limitato cioè alle sole ipotesi nelle quali il nuovo istituto si riveli «inidoneo a realizzare la piena tutela del beneficiario» TAGLIAFERRI, C., «L'amministrazione di sostegno», *Teoria e Storia del Diritto Privato*, III, 2010, p.11.

²⁶ Cfr. Sentencias de 10 de enero de 2006 (Tribunal de Venecia), 18 de julio de 2006 (Tribunal de Mesina), 17 de julio de 2007 (Tribunal de Trani), 3 de febrero de 2007 (Tribunal de Trieste) entre otras, cfr., referencias en CASSANO, G., *L'Amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, Dogana (Repubblica di San Marino), 2008.

²⁷ Disponible en http://www.territorioaslmilano.progettoads.net/allegati/ADS_t2_allegati/337/FILE_Allegato_sentenza.pdf (fecha de la consulta junio 2013).

Su hermano, con el que convive, solicita ser nombrado administrador de apoyo del discapacitado para asistirle en el cumplimiento de algunos actos ordinarios y reemplazarle en los actos de extraordinaria administración de los bienes. Por el contrario, el juez tutelar propone la apertura del procedimiento contencioso para la incapacitación, decisión que es ratificada en fase de apelación por el Tribunal de Turín. Con base en el examen y reconocimiento del propio interesado durante el procedimiento se había razonado por el juez *a quo* que, al tratarse de una persona con una situación estable de discapacidad que no tiene cura, y dado que no es capaz de referir sus propios datos personales y de comprender ni siquiera una pregunta sobre su domicilio habitual, no va a resultar posible la comunicación e interacción constante que ha de producirse entre el administrador y el beneficiario de la medida, luego ésta no es posible. Se entiende que precisa de una asistencia tanto para los actos extraordinarios de administración como para los de ordinaria administración, y que ello implicaría la atribución al administrador de apoyo de los mismos poderes –unidos a los correspondientes deberes–, que la ley atribuye al tutor, cuestión que quedó vedada en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de diciembre de 2005. Precisamente por este motivo se considera que la medida de protección adecuada es la de la *interdizione* o incapacitación.

Sin embargo, la Corte de Casación estima que el juez no ha valorado la mayor capacidad de la administración de apoyo de conformarse a las exigencias reales de la vida de este sujeto vulnerable, teniendo en cuenta la flexibilidad de la medida y la mayor agilidad del procedimiento en orden a la obtención efectiva de la ayuda. Señala literalmente la sentencia que en este supuesto «debe tenerse en cuenta de forma prioritaria, el tipo de actividad que desarrolla el beneficiario». Se trataba de una actividad mínima, extremadamente simple, sin que hubiera una amenaza real de que pudieran perjudicarse los intereses del discapacitado, titular de un exiguo patrimonio, fácilmente gestionable. Ante la previsión de que el sujeto protegido no iba a poner en discusión en absoluto la actividad de su hermano como administrador de apoyo, el cual por otra parte ya venía ocupándose de todo desde su minoría de edad, el tribunal considera más idónea en conjunto esta medida de protección que no precisa incapacitar al sujeto protegido.

Añade, por último, la Corte de Casación que la comunicación entre el administrador de apoyo y la persona vulnerable (en este caso eran dos hermanos que habían convivido toda la vida) prevista en el artículo 410 CCI no es necesaria en todo caso, y no ha de darse en los supuestos en que una discapacidad de carácter psíqui-

co lo haga imposible²⁸. Porque la administración de apoyo no está concebida, únicamente, para los supuestos de discapacidad de tipo físico, sino también psíquica o intelectual.

En Cataluña, la distinción del presupuesto subjetivo que conduzca al nombramiento de un asistente o, por el contrario, a la incapacitación y posterior nombramiento de un tutor se fundamenta en el significado del concepto «disminución no incapacitante de las facultades físicas o psíquicas» recogido en el artículo 226-1 CCCat, que habrá de confrontarse con el de «enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico» del artículo 200 CC español²⁹. La clave está en valorar si la disminución que se presenta a examen en cada caso es incapacitante o no. Ello dentro del contexto actual en que nos encontramos y en el que se inscribe el Libro II CCCat, de respeto a los principios de la Convención de Nueva York, en virtud de los cuales habrá de procurarse la protección a las personas siempre con la menor limitación posible de su autonomía personal. Hay autores que defienden radicalmente la circunscripción voluntaria de la asistencia por parte del legislador sólo a determinados casos³⁰, sin embargo, la proximidad que puede producirse en la práctica entre supuestos de disminuciones físicas y sobre todo psíquicas incapacitantes, y las que no lo son, es evidente, y no lo pone nada fácil al órgano jurisdiccional que ha de aplicar la norma. El Libro II del CCCat ha introducido la figura de la asistencia, que ha de convivir y buscar su espacio respecto a la incapacitación y las figuras de la tutela y la curatela³¹. Y no es descabellado pensar que, ante una petición cursada por vía de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de un asistente, el juez que opta por elegir esta medida de protección –menos cercenante e invasiva de la capacidad natural de las personas– aún a riesgo de equivocarse, juega con la ventaja de que siempre podrá promover de oficio, a través de la correspondiente información al Ministerio Fiscal, la incapacitación de la persona asistida si comprueba –piénsese que

²⁸ Cfr. otras sentencias que aplican esta figura de protección a personas con una grave deficiencia psíquica, por ejemplo la Sentencia del Tribunal de Varese de 17 de noviembre de 2009, estado vegetativo permanente, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=48298&idstr=20> (fecha de la consulta: junio 2013).

²⁹ No existe en el Codi civil de Catalunya una definición del presupuesto para la incapacitación.

³⁰ Afirma tajante RIBOT IGUALADA, J., «*l'assistència és un complement i no una alternativa a la incapacitació de la persona, que escau quan la disminució que afecta la persona compromet de forma greu i reiterada el seu autogovern*». Cfr. «L'assistència: abast i limitacions de la nova institució», ponencia presentada en las *Disetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas los días 20 y 21 de septiembre de 2012, en prensa (p. 24 de la ponencia).

³¹ Cfr. MARTÍN PÉREZ, J. A., «La asistencia como institución de protección», en BARRADA ORELLANA, R., GARRIDO MELERO, M., y NASARRE AZNAR, S. (coords.), *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, Barcelona, 2011, p. 162.

el asistente tiene obligación de notificarle cualquier cambio de circunstancias que afecten al asistido (art. 226-4.2 CCCat)—, que el desarrollo de la enfermedad o disminución padecida se torna incapacitante. Ello derivará en la extinción de la figura de protección que no ha afectado al estado civil de la persona vulnerable, para dar paso al procedimiento de incapacitación que culminará con el nombramiento de un tutor o de un curador. Porque la incapacitación constituye una de las causas de extinción de la asistencia conforme al artículo 226-5 CCCat.

En Italia el arrinconamiento o progresivo abandono de la medida de la tutela se ha producido, de este modo, por decisión de los jueces, no del legislador que proponía un sistema complementario. Han sido los jueces tutelares los que masivamente han optado por el administrador de apoyo obviando, *a priori*, el juicio sobre la capacidad de la persona vulnerable necesitada de protección. Y a estas alturas también el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de este país consideran adecuada esta opción. Por ello empieza a solicitarse por la doctrina, cada vez con más insistencia, una nueva reforma legal por la que se suprima la interdicción o incapacitación y se desarrolle la figura del administrador de apoyo hasta sus últimas consecuencias, al estilo de lo que ha ocurrido en Alemania o Austria³². En efecto, el legislador italiano no llegó tan lejos en su reforma del año 2004, quizá ni siquiera previó lo que iba a suceder a partir de la instauración de este nuevo mecanismo de protección de las personas vulnerables. En el artículo 405 CCIt se regula el tránsito en sentido inverso, desde la incapacitación a la administración de apoyo. El propio incapacitado total o parcialmente tiene legitimación activa para acudir a la jurisdicción voluntaria y solicitar el nombramiento de un administrador de apoyo, aunque además, deberá instar el procedimiento de revocación de la anterior sentencia que ordenaba su incapacitación total o parcial. El decreto de nombramiento de un administrador de apoyo que, en su caso, pudiera dictarse solo será

³² Véase, entre los más recientes, TESCARO, M., «I confini applicativi dell'amministrazione di sostegno comparato con quelli della sachwalterschaft austriaca e betreuung tedesca», en BUSNELLI, F. D., PATTI, S., SCALISI, V., y ZATTI, P., *Parte generale e persone, Liber amicorum per Dieter Henrich*, tomo I, Turín, 2012, p. 169; también MASONI, R., «Commentario artt. 404-408», en CENDON, P., *Commentario al Codice civile*, Milán, 2009, p. 562 y ss.; BONILINI, G., *Comentario al artículo 404...*, *cit.*, p. 25; CENDON, P., y ROSSI, R., «L'amministrazione di sostegno va rafforzata, l'interdizione abrogata», *Giurisprudenza Italiana*, 2007, p. 2897 y ss. De hecho, existe un proyecto de reforma sobre la materia titulado *Disposizioni per il rafforzamento dell'amministrazione di sostegno e soppressione degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione* (propuesta de ley 510 presentada en la Cámara en 2008).

ejecutivo desde la publicación de la referida sentencia de revocación de la incapacitación³³.

2.2 PRESUPUESTO OBJETIVO

Esta cuestión, que no parece plantearse en el ordenamiento catalán³⁴ ni tampoco en el italiano, se torna importante al estudiar las resoluciones de los tribunales de este país. Así es, ¿influye o ha de influir en la decisión del juez sobre la conveniencia de nombrar un asistente, la complejidad del patrimonio de la persona vulnerable? ¿Qué papel desarrolla la valoración de elementos objetivos como la profesión que desempeñaba o las actividades previas que realizaba el que ahora se ha quedado limitado?

Las resoluciones italianas nos permiten defender que, efectivamente, el presupuesto objetivo también es tomado en consideración en los procedimientos de nombramiento de un administrador de apoyo. Así, en el caso mencionado resuelto por la Corte de Casación el 26 de octubre de 2011 se considera más que suficiente, para las necesidades patrimoniales y la vida que lleva el sujeto vulnerable, que su hermano sea su administrador de apoyo y se ocupe de sus cuentas y de cuidar de él como venía haciendo desde que era un niño. Pero si esta persona que padece un síndrome de Down severo desde su nacimiento fuera titular de un cuantioso patrimonio y, sobre todo, si este patrimonio precisara de una actuación de administración ordinaria o extraordinaria de cierta complejidad, ¿qué habría resuelto la Corte de Casación? Porque lo cierto es que con la administración de apoyo existe el riesgo de que, manteniendo intacta su capacidad de obrar, el sujeto privado de autonomía o de capacidad de autogobierno pueda realizar actos gravemente perjudiciales para sí mismo y para su patrimonio.

La resolución de la Corte de Casación de 12 de junio de 2006 hace constar que, a los efectos de la distinción entre supuestos en los que procede la administración de apoyo y aquellos en los que es mejor incapacitar al beneficiario, el criterio cuantitativo (grado o intensidad de la enfermedad o imposibilidad para atender a sus

³³ Véase también el § 1896 del BGB, que contempla que la petición inicial en el proceso de nombramiento de un asistente legal sea presentada por un incapaz de obrar.

³⁴ Del texto literal contenido en el artículo 226-1 CCCat cabría entender que los presupuestos objetivos de la figura se refieren también a las condiciones del sujeto vulnerable, esto es, que como consecuencia de la referida disminución no incapacitante, primero no pueda cuidar de sus propios intereses y, segundo, necesite contar con un asistente. Pero en este apartado, bajo el nombre de presupuesto objetivo, voy a referirme a los elementos ajenos al sujeto vulnerable: patrimonio, profesión o actividad profesional, entorno social y familiar etc.

propios intereses) no es el determinante, incluso cabe la posibilidad de que se ordene el nombramiento de un administrador de apoyo para una persona que padece una importante limitación. Porque, junto con el criterio cuantitativo es esencial considerar el funcional, es decir, pertenece a la apreciación del juez la evaluación de la conformidad de esta medida teniendo en cuenta el tipo de actividad que se ha de llevar a cabo en nombre del beneficiario: a una actividad mínima y muy simple que no ponga en peligro los intereses del sujeto (bien por la escasa consistencia del patrimonio disponible, bien por la simplicidad de las operaciones a realizar, como por ejemplo la gestión ordinaria de los ingresos de la pensión) corresponderá la administración de apoyo; sin embargo, y siempre respecto a una persona incapaz de proveer a sus intereses, a una actividad de cierta complejidad, o a una situación que requiera evitar que la persona cometa actos perjudiciales para sí misma, le corresponde la incapacitación como medida adecuada de protección³⁵. Así, en cuanto al presupuesto objetivo a valorar a la hora de nombrar un administrador de apoyo el juzgador italiano tiene en cuenta no tanto, o no únicamente, la cuantía del patrimonio de la persona vulnerable, sino sobre todo la complejidad de la gestión de este patrimonio que pueda requerir de unos conocimientos técnicos específicos³⁶. Esta reflexión nos lleva directamente hasta el tercer apartado de este trabajo, puesto que la pregunta que cabe hacerse es sobre el procedimiento, sobre los mecanismos con que el legis-

³⁵ «Tuttavia, il dispositivo del decreto impugnato risulta conforme a diritto, avendo la Corte d'appello valorizzato, ai fini della propria decisione, non già la sola condizione fisica del soggetto di cui si tratta –peraltro descritta come totalmente, pur se non irreversibilmente, invalidante, e tale da non consentirgli di provvedere autonomamente ad alcun atto della vita– ma altresì la complessità degli atti da compiere per suo conto, avuto anche riguardo alla pregressa attività professionale svolta dall'infermo sino al momento precedente l'insorgenza della patologia dalla quale lo stesso risulta affetto: si da indurre a ritenere che solo un provvedimento di interdizione possa, nella specie, tutelare adeguatamente gli interessi del F.» Sentencia de la Corte de Casación de 12 de junio de 2006, núm. 13584, que puede consultarse en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=10523> (fecha de la consulta: junio 2013). Al respecto, comenta Leonardo Lenti que a pesar de la razonabilidad y autoridad de estos argumentos, lo cierto es que existen señales de insatisfacción ante esta interpretación de la Corte de Casación, y que no se puede decir que se haya alcanzado una interpretación unitaria, *cfr.* LENTI, L., «Los instrumentos de protección patrimonial del discapacitado: entre administración de apoyo e incapacitación» (traducido del italiano por López López, J. M.), en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, *cit.*, p. 500, también se muestra crítico PALADINI, M., «Amministrazione di sostegno e interdizioni giudiziale: profili sistematici e funzionalità della protezione alle caratteristiche relazionali tra il soggetto debole e il mondo esterno», *Rivista di Diritto civile*, 2005, tomo II, p. 592.

³⁶ Se refiere a esta cuestión Vaquer cuando realiza el comentario del artículo 222-12 CCCat que permite al juez nombrar, junto con el tutor, a un profesional que ejerza como administrador patrimonial de un incapacitado escindiendo así las funciones tutelares en aras de lograr una mayor protección de los intereses patrimoniales del incapacitado. *Cfr.* VAQUER ALOY, A., «Comentario al artículo 222-12», en ROCA TRIAS, E., y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Persona y Familia, Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, 2011, p. 194.

lador ha previsto que se pueda designar a la persona idónea para desempeñar el cargo de protección de la persona vulnerable.

3. EL NOMBRAMIENTO DEL ASISTENTE

3.1 PROCEDIMIENTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. EL JUEZ COMPETENTE

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 226-1 CCCat el nombramiento de un asistente para quien tenga necesidad de ello se efectúa a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Siendo ésta una cuestión netamente procesal, no por ello ha de considerarse ajena a nuestro estudio, en tanto que esta opción del legislador catalán puede afectar radicalmente al desarrollo práctico de la figura de protección. Así es, de la misma manera que se prevé en el ordenamiento jurídico italiano³⁷, el establecimiento de un procedimiento no contencioso como mecanismo para la obtención de una resolución judicial de nombramiento de un asistente se entiende en el contexto de la voluntad expresa de ambos legisladores de simplificar, abaratar y facilitar el acceso de los ciudadanos a la asistencia o administración de apoyo. Precisamente porque no se trata de modificar el estado civil de una persona, ni de privarle, ni total ni parcialmente, de su capacidad de obrar, ha de ser suficiente con acudir a la jurisdicción voluntaria justificando la existencia de los presupuestos necesarios y solicitando de la autoridad judicial el nombramiento de un asistente. Este planteamiento, absolutamente coherente en principio, se queda después corto en su eficacia, primero por el contexto competencial que afecta al desarrollo de la normativa procesal, que está en manos del legislador estatal³⁸, y segundo porque el legislador catalán no ha realizado un mayor esfuerzo de desarrollo de la norma sustantiva, por ejemplo regulando el contenido de la resolución judicial de nombramiento del asistente, los aspectos sustantivos sobre los que ha de pronunciarse en relación a esta figura de protección, todo ello a fin de salvaguardar suficientemente la seguridad jurídica de las personas necesitadas de protección. El legislador italiano sí se detuvo en 2004 a delimi-

³⁷ Artículos 405-407 CCIt.

³⁸ Téngase en cuenta que el procedimiento de jurisdicción voluntaria, está regulado en España por los artículos 1811 a 1824 del Libro III, Título I de la LEC de 1881, breve regulación, obviamente obsoleta, que aún no ha sido objeto de renovación por parte del legislador español.

tar algunos aspectos importantes³⁹ que, considero, significan una aportación del modelo italiano con respecto a la escueta regulación del derecho catalán.

Como punto de partida, en Italia existen los jueces tutelares encargados de conocer de los procedimientos para el nombramiento de un administrador de apoyo. También en Alemania hay juzgados de tutelas, que conocen de los procedimientos de tutela de menores, así como de la institución de la asistencia para proteger a los mayores. Sin embargo, en Cataluña, el nombramiento de un asistente será llevado a cabo mediante Auto por el juez de primera instancia del domicilio de la persona que lo solicita. Qué duda cabe de que la especialización en este ámbito sólo podría beneficiar a los «justiciables» de la misma manera que ha ocurrido con respecto a los procesos de familia⁴⁰. Se ha argumentado que no existe esta especialidad por no haber un número significativo de procedimientos que la justifique, aunque tal razonamiento desmerece bastante la necesaria prioridad que se ha de otorgar a la calidad del servicio por encima de los criterios cuantitativos, máxime cuando afecta a personas vulnerables. De hecho, éste es el razonamiento en el caso de los tribunales tutelares de menores, cuya existencia está de sobra justificada en atención al colectivo al que afecta su intervención. La realidad irrefutable es que cada vez hay más población mayor o en situaciones de vulnerabilidad, no es un problema de número sino de que no se acude a los procedimientos judiciales para el nombramiento de un cargo de protección, básicamente porque hoy día no están resultando eficaces.

El artículo 405 CCI y siguientes establecen cómo ha de ser el procedimiento de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de un administrador de apoyo: «*el juez tutelar proveerá dentro del plazo de sesenta días desde la fecha de presentación de la solicitud, al nombramiento de un administrador de apoyo mediante un Decreto fundamentado que será inmediatamente ejecutivo*»⁴¹. El

³⁹ La ley de 6/2004 no sólo modificó el *Codice civile* para introducir normas de derecho sustantivo –y también alguna de carácter procesal– sobre la administración de apoyo, sino que además reformó la ley procesal civil italiana, con un nuevo artículo 720 bis titulado «Normas aplicables al procedimiento en materia de administración de apoyo». Cfr. DOVANI, F., «Il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno», *Rivista di Diritto Processuale*, 2004, pp. 805 y ss.

⁴⁰ Así lo entienden unánimemente los fiscales cuando refieren su experiencia en estos procedimientos. Cfr. VENTURA MAS, S., «L'assistència: una perspectiva pràctica», ponencia presentada en las *Disetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas los días 20 y 21 de septiembre de 2012, en prensa (p. 7 de la ponencia); GANZENMÜLLER ROIG, C., «Modificación de la capacidad en el ámbito personal. Aspectos contradictorios entre la tutela, curatela y un sistema de apoyos flexibles», ponencia presentada dentro del curso sobre *Criterios interpretativos en materia de modificación de la capacidad y medidas de apoyo*, p. 9.

⁴¹ Cfr. artículo 405 CCI.

escrito de solicitud de un administrador de apoyo tiene que indicar los datos personales del beneficiario, su domicilio habitual, las razones por las que se solicita esta medida de protección, y la información pertinente, si se conociera por el solicitante de la medida, sobre la pareja, los descendientes, ascendientes y demás parientes de la persona que ha de ser objeto de la protección. El juez tutelar tiene que escuchar personalmente a la persona a la que el procedimiento se refiere, yendo a su encuentro si hiciera falta y siempre debe tener en cuenta –si no son contrarios a su propio bienestar y necesidad de protección– los deseos y solicitudes manifestadas por la persona vulnerable.

Una vez recabadas las necesarias informaciones y oídas las personas más allegadas al sujeto vulnerable o, incluso aunque éstas no comparecieran, el juez tutelar deberá resolver en todo caso sobre la solicitud de jurisdicción voluntaria. Puede disponer de oficio la práctica de todas las comprobaciones o pruebas de naturaleza médica o de cualquier otro orden que estime pertinentes para fundamentar su resolución. Además, puede, en cualquier momento, modificar o completar también de oficio, la resolución adoptada en el Decreto de nombramiento del administrador de apoyo. Por último, el legislador italiano se ha ocupado de establecer que, en todo caso, en este procedimiento para el nombramiento de un administrador de apoyo habrá de intervenir el Ministerio fiscal⁴².

Con todo, la cuestión del procedimiento no ha resultado exenta de opiniones críticas entre la doctrina italiana, así como de resoluciones contradictorias de los diferentes tribunales tutelares del país, siendo el primer elemento de discordia el que el legislador se haya remitido con carácter subsidiario a las normas procesales que ordenan la incapacitación total o parcial. Se entiende que éste es un procedimiento contencioso por definición, y que no debería ser asimilable a la jurisdicción voluntaria elegida como mecanismo para el nombramiento del administrador de apoyo. En consonancia con este planteamiento, también se ha discutido sobre la conveniencia o no de que el sujeto vulnerable goce de asistencia técnica (abogado y procurador) en el procedimiento de jurisdicción voluntaria⁴³.

⁴² Artículo 407 CCIt.

⁴³ La necesidad de contar con defensa técnica es sostenida en el Decreto de 21 de mayo de 2004, por el Tribunal de Padua (en *Familia i diritto*, 2004, p. 609, comentado por TOMMASEO, F., «Amministrazione di sostegno e difesa tecnica»), y especialmente por la jurisprudencia lombarda [cfr. Sentencias de 9 de enero de 2006 (Tribunal de apelación de Milán) en *Familia i diritto*, 2006, pp. 275 y ss.; 11 de octubre de 2005 (Tribunal de apelación de Milán)], en *Giurisprudenza Italiana*, 2006, pp. 2611 y ss., comentado por MASONI, R., «Amministrazione di sostegno e onere del patrocinio»; 15 de febrero de 2005 (Tribunal de Apelación de Milán), en *Famiglia, persone e successione*, 2005, pp. 23 y ss.; 2 de marzo de 2005 (Tribunal de Milán) en *Giurisprudenza Italiana*, pp. 2070 y ss. En contra, Sentencias de 16 de enero de 2006 (Tribunal de Apelación de Venecia), en *Familia*

La Ordenanza de 19 de abril de 2007 de la Corte Constitucional⁴⁴ resolvió sobre la cuestión de constitucionalidad planteada respecto a los artículos 407 y 408 CCIt que regulan el procedimiento de nombramiento del administrador de apoyo, y entró en estos aspectos siquiera sea tangencialmente. En efecto, rechazando la censura de inconstitucionalidad de los citados artículos el Tribunal Constitucional determinó que la necesidad o no de una defensa técnica para la persona vulnerable quedará vinculada, dependerá, en cada caso, del concreto contenido del decreto que el juez tutelar pretenda dictar. Es decir que será necesaria la intervención de un letrado cuando el propio juez considere que el decreto de nombramiento incidirá en los derechos fundamentales de la persona vulnerable⁴⁵.

En Cataluña, y a falta de una mayor concreción por parte del legislador, se ha señalado por la doctrina que el procedimiento de jurisdicción voluntaria tiene como objeto la constatación judicial de la existencia de una disminución, la evaluación de la misma, y también de la conveniencia de la asistencia para solucionar el impacto que esta disminución produce en la autonomía de la persona. Sobre la intervención del Ministerio Fiscal hay cierto consenso a favor de la misma⁴⁶, dado que se trata de proteger a una persona que padece una disminución no incapacitante pero que puede ser lindante o, incluso, una persona eventualmente necesitada de un procedimiento de incapacitación. Junto a ello, se ha defendido la innecesariedad de intervención de abogado y procurador en el procedimiento, así como la aplicación analógica de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al menos en cuanto a la actuación del juez y del fiscal en interés del solicitante de la asistencia, con la posibilidad de practicar de oficio

i diritto. 2006, pp. 275 y ss. comentada por VULLO, E., «Ancora sull'onere del patrocinio di nomina dell'amministratore di sostegno»; 22 de febrero de 2005 (Tribunal de Modena), en *Familia i diritto* 2005, pp. 178 y ss., con nota crítica de TOMMASEO, F., «Ancora sulla difesa tecnica nell'amministrazione di sostegno».

⁴⁴ Consultable en <http://www.altalex.com/index.php?idstr=20&idnot=1557>. Fecha de la consulta: junio 2013.

⁴⁵ Concluye Berti que el Tribunal Constitucional ha dejado abierta la cuestión, que no se resolverá hasta que no se consolide una línea interpretativa que solucione definitivamente el problema, o tenga lugar una intervención legislativa *ad hoc* que modifique la normativa en vigor, en el sentido de imponer la defensa técnica de la persona vulnerable o de obviarla en todo caso, *cfr.* «L'amministrazione di sostegno. Aspetti giuridici e sociologici», consultable en <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/marginal/berti/> (fecha de la consulta: junio 2013), p. 15.

⁴⁶ Aunque cabe hacer constar que Rivero Hernández, por ejemplo, considera sobre la presencia del Ministerio Fiscal en el procedimiento: «(...) *creo que deberá estar presente, no como parte procesal, sino para defender la legalidad y para evacuar el oportuno informe*», *cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, *Persona y Familia...*, *cit.*, p. 418, mientras que la fiscal Sra. Soriano no duda en propugnar la intervención procesal del Ministerio Fiscal en el procedimiento, *cfr.* SORIANO, R., «Perspectiva práctica des del punt de vista de la fiscalia», ponencia presentada en las *Disetenes Jornades de Dret Català a Tossa*, celebradas los días 20 y 21 de septiembre de 2012, en prensa (p. 2 de la ponencia).

todas las pruebas y diligencias que se estimen adecuadas, y con la posibilidad de asesorarle sobre sus derechos y el modo de rectificar los defectos de que pueda adolecer la solicitud inicial⁴⁷. La relación entre este procedimiento de jurisdicción voluntaria y el contencioso de incapacitación total o parcial es de absoluta incompatibilidad, no podrá iniciarse el primero si existe en trámite un procedimiento de incapacitación del solicitante de la medida de protección y, en sentido inverso, según establece el artículo 226-5.1.c) CCCat, la incapacitación de la persona vulnerable es causa de extinción de la figura de la asistencia.

3.2 LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA SOLICITAR ESTA MEDIDA DE PROTECCIÓN

La legitimación activa para solicitar la medida de protección constituye la primera y esencial diferencia entre los ordenamientos italiano y catalán, puesto que el sistema italiano refleja un planteamiento bastante más flexible tanto de las propias figuras de protección, como de los procedimientos destinados a proveerlas. En el sistema catalán el nombramiento de un asistente solo se puede producir a instancia de la persona que no puede cuidarse a sí misma o a sus bienes por la disminución no incapacitante que sufre, ninguna otra persona goza de legitimación para solicitar el nombramiento de un asistente y tampoco cabe que la autoridad judicial abra de oficio un procedimiento destinado al nombramiento de un asistente. La persona asistida no está privada de su capacidad de obrar, razón por la que no puede imponérsele la asistencia. Además, el fundamento del poder de actuación que, en su caso, pueda otorgársele al asistente por la autoridad judicial, es precisamente esta voluntad expresa de la persona en situación de vulnerabilidad que, plenamente capaz ante el Derecho, busca la asistencia y el apoyo de terceros, aunque tal ayuda represente una merma de su propia capacidad de obrar.

Por su parte, Italia sigue fielmente el modelo alemán y legitima en primer lugar al propio beneficiario o persona necesitada de protección⁴⁸, opción que ha sido aplaudida por la doctrina⁴⁹. Sin

⁴⁷ Cfr. SORIANO, R., *Perspectiva pràctica...*, cit., p. 3. Véase también la Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 29 de diciembre de 2009, sobre la organización de las secciones de lo civil y régimen de atención especializada en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas. Consultable en <http://www.fiscal.es>.

⁴⁸ Artículo 406 CCIt.

⁴⁹ Cfr. CENDON, P., «La domanda do protezione», en CENDON, P., y ROSSI, R., *Amministrazione di sostegno*, tomo I, Milán, 2009, p. 503; TOMMASEO, F., «Commentario artículo 406», en BONILINI, G., TOMMASEO, F., *Commentario Codice civile*.

embargo, yendo más allá que el legislador catalán, otorga legitimación, no sólo al mayor de edad con capacidad de obrar plena que padece la limitación sino también al menor no emancipado⁵⁰, o aquella persona que está sometida a tutela o a curatela y desea solicitar una modificación de su sistema de protección⁵¹. Se entiende que es posible que una persona incapacitada inste la modificación de su situación, por ejemplo en los casos de recuperación de una enfermedad en que se pueda justificar ante el juez encontrarse en una situación de mejoría física o psíquica que le permita recuperar su capacidad de obrar, bastándole el apoyo de un asistente para cuidar de su persona y bienes. Ello obliga al incapacitado a instar, paralelamente al procedimiento de jurisdicción voluntaria de nombramiento de un administrador, la revocación de la sentencia judicial de incapacitación ante el juez competente para conocer del asunto. Los procedimientos se ensamblan y se relacionan. En este supuesto se desarrollan uno junto al otro, pero también podría suceder que un único procedimiento se iniciara de un modo y se terminara de otro, es decir, es frecuente en la práctica judicial italiana que un procedimiento de jurisdicción voluntaria iniciado para solicitar el nombramiento de un administrador de apoyo se torne en un procedimiento contencioso de incapacitación, cuando el juez estima que es más procedente para la protección de la persona vulnerable proceder a su incapacitación total o parcial⁵², o viceversa⁵³.

Así, la interrelación entre los procedimientos de protección de las personas tiene mucho que ver con la decisión del legislador italiano de 2004 de ampliar al máximo el elenco de personas legitimadas para solicitar el nombramiento de un administrador de

Dell'amministrazione di sostegno, Milán, 2008, p. 174.; MELONI, E., y PUSCEDDU, M., *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione*, Milán, 2010, pp. 37 y ss.; PARENTE, F., «Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi», en *Rivista di Diritto Civile*, 2005, II, p. 708.

⁵⁰ En Alemania se prevé el nombramiento del asistente legal a favor del menor que haya cumplido los 17 años, con efectos al llegar a la mayoría de edad (§1908 a BGB).

⁵¹ En el Derecho alemán, como estas figuras ya no existen para el mayor de edad, el §1896 BGB hace referencia a la posibilidad de que la petición de un asistente sea instada por quién es incapaz de obrar.

⁵² Por ejemplo, en el caso de la Sentencia de la Corte de Casación de 12 de junio de 2006, ya citada en este trabajo. Véase también, la Sentencia de 21 de marzo de 2005 (Tribunal de Milán), comentada por PANUCCIO DATTOLA, F., «L'amministratore di sostegno: una figura dai contorni ancora incerti», en *Intersticios. Revista sociológica de Pensamiento crítico*, vol. 4 (1), 2010, p. 260 consultable en <http://www.intersticios.es/article/view/5300> (fecha de la consulta: junio 2013); Sentencias de 30 de agosto de 2004 (Tribunal de Santa María Capua Vetere) y 25 de junio de 2005 (Tribunal de Roma), ambas referenciadas en CASSANO, G., *L'Amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, Dogana San Marino, 2008, pp. 137 y 266.

⁵³ Sentencia de 24 de febrero de 2005 (Tribunal de Módena), citada por PANUCCIO DATTOLA, F., *L'amministratore di sostegno...*, cit., p. 260-261; 15 de noviembre de 2004 (Tribunal de Módena) y 18 de enero de 2005 (Tribunal de Bolonia), en CASSANO, G., *L'Amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, cit., pp. 178 y 202.

apoyo. Se pretende implicar a todos los agentes que de alguna manera tienen o pueden llegar a tener conocimiento de la existencia de personas necesitadas de este concreto mecanismo de protección. De este modo, junto con la persona interesada, está legitimado en primer lugar el juez, tanto el juez tutelar como el que está conociendo de un procedimiento de incapacitación si estima que es más adecuado no privar a la persona vulnerable de su capacidad de obrar y que es suficiente con el nombramiento de un asistente, incluso el juez que conoce de cualquier clase de procedimiento y constata la necesidad de instar el nombramiento de un administrador de apoyo porque una de las partes en litigio está necesitada del mismo, en aras de asegurar su efectivo derecho de defensa y contradicción en el procedimiento⁵⁴. Además, también pueden instar el procedimiento, por remisión a lo dispuesto en el artículo 417 CCIt en sede de tutela, los familiares del beneficiario, parientes hasta el 4.º grado por consanguinidad y hasta el 2.º grado por afinidad, así como el cónyuge o la pareja de hecho⁵⁵ y, en general, todos los legitimados para solicitar la incapacitación de la persona afectada, tutores, curadores o el Ministerio Fiscal. Por último, se establece también por el legislador italiano la responsabilidad de los servicios sanitarios y de los servicios sociales si no solicitan esta medida de protección, teniendo a su cargo una persona que lo necesita. Se trata, qué duda cabe, de una opción arriesgada que tiene mucho que ver con la proliferación masiva de nombramientos de administradores de apoyo por parte de los tribunales tutelares italianos. No son ni mucho menos predominantes los casos en los que el solicitante de la medida de protección es el propio beneficiario de la misma, y eso que en Italia, como en Cataluña, a diferencia de lo que ha ocurrido en Alemania, la introducción de esta medida que no implica incapacitación del sujeto, coexiste con el mantenimiento de otras medidas de protección, la tutela y la curatela, que sí llevan consigo la determinación de su falta de capacidad. Luego, si la persona es capaz solo ella debería poder decidir sobre su situación de vulnerabilidad e instar un procedimiento para resolverla. En el derecho alemán, excepcionalmente, sí se puede nombrar un asistente contra la voluntad de la persona si por razón de su enfermedad o discapacidad tiene afectadas sus facultades volitivas y por este motivo no reconoce la necesidad de tratamiento o ayuda. En

⁵⁴ Véase la Sentencia de 6 de marzo de 2006 (Tribunal de Módena), comentada por Cendon, en un caso en que se reclamaba contra una persona vulnerable, por morosidad en el pago de una deuda, en CENDON, P., y ROSSI, R., *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, Milán, 2009, I, pp. 508-509.

⁵⁵ El citado artículo 417 CCIt relativo a las personas que pueden pedir la incapacitación fue también objeto de reforma por cuanto hasta 2004 no estaba legitimada la pareja de hecho. El sistema alemán no contempla la legitimación activa de estas personas.

cuanto a las personas con discapacidad física, solo se les puede nombrar un asistente si ellas mismas lo solicitan⁵⁶. De esta forma, se intenta separar los supuestos de las personas que tienen afectada, aunque no sea suficiente como para incapacitarlas, su capacidad volitiva, de aquellas que únicamente sufran deficiencias físicas que les impidan autogobernarse completamente. Parece una solución ecuánime, a caballo entre la opción amplísima del legislador italiano y la reducidísima del legislador catalán. Parece claro que si la discapacidad es física la legitimación ha de ser, únicamente, del propio beneficiario. Pero si el problema es psíquico, la cuestión se torna más compleja. Hay quien sugiere una interpretación amplia de esta normativa para que la cuestión de la legitimación no se convierta en el motivo de la total inaplicabilidad de la figura. Así, para los casos de disminución psíquica del sujeto solicitante de la medida, y dada la interpretación legal restrictiva de las causas limitativas de la capacidad de obrar (art. 211-3 CCCat), se entiende que sólo en los supuestos de una evidente incapacidad inhabilitante podrá el juez desestimar la solicitud presentada por falta de legitimación⁵⁷. También se ha de contemplar la posibilidad de que la persona vulnerable hubiera delegado, mediante un poder notarial específico, la iniciación de un procedimiento de solicitud de nombramiento de asistente cuando llegara el momento en que esta medida se hiciera necesaria⁵⁸. Esta sería una opción interesante especialmente para las personas con graves dificultades para expresar su voluntad, o para aquellas que, por efecto de la enfermedad o la discapacidad, hayan visto afectadas sus capacidades volitivas y en el momento de precisar un asistente se nieguen a reconocer su limitación y su necesidad de apoyo material y jurídico. Además

⁵⁶ § 1895.1 B. G. B., «Si el mayor de edad no puede cuidar de sus asuntos a causa de una discapacidad física, el asistente legal solo puede ser nombrado a petición suya, salvo que no pueda manifestar su voluntad».

⁵⁷ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Instituciones de protección: La asistencia. El documento de voluntades anticipadas», en BARRADA, R., GARRIDO, M., y NASARRE, S., *El nuevo Derecho de la persona y de la familia. Libro segundo del Código civil de Cataluña*, Barcelona, 2011, p. 147.

⁵⁸ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., *Instituciones de protección...*, cit., p. 149. Se refieren también a los poderes notariales como una medida válida para autogobernar las posibles futuras limitaciones, entre otros, Amunátegui y muchos notarios además de Martínez García. Cfr. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad ...*, cit., p. 45; TORTOSA MUÑOZ, A., «La labor notarial en la protección de las personas con discapacidad. La autotutela y los poderes preventivos», en GARCÍA GARNICA, C., *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, cit., p. 113 y ss.; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. B., «Disposiciones de protección mortis causa del discapaz», en MARTÍNEZ DÍE, R., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Madrid, 2000, p. 236 y ss.; CORRAL GARCÍA, C., «Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores en el Derecho civil: en especial, el papel del notario como garante de la capacidad de los mayores», *Revista Jurídica del Notariado*, 2003, 2, p. 27 y ss.

sería una solución exenta de riesgos, por cuanto en el curso del procedimiento de jurisdicción voluntaria, el juez sigue estando obligado a explorar a la persona solicitante, entrevistarse con ella y, sobre este conocimiento directo, determinar la conveniencia o no de esta medida, y qué alcance ha de tener⁵⁹.

Encaja este planteamiento con la regulación de otra figura novedosa en el Libro II CCCat, los poderes preventivos, que ofrece al «futuro incapaz» amplias facultades para la constitución de una suerte de tutela privada, es decir, le permite crearse una institución de protección a medida, al margen de toda intervención judicial o administrativa⁶⁰. En el mismo orden de cosas, y con el convencimiento de que las personas podemos autogobernar nuestras posibles o futuras situaciones de vulnerabilidad, el legislador potencia al máximo en el Libro II la delación voluntaria de la tutela⁶¹. Por tanto, si es posible que uno mismo realice un apoderamiento o designe a su futuro tutor para el caso de incapacidad⁶², también habría de ser posible que apodere a una persona concreta para que inste el procedimiento de nombramiento de un asistente, en un momento dado, si se dan una serie de condiciones. Además, también podría pasar que el futuro beneficiario de una asistencia hubiera otorgado un poder general o particular para que terceras personas se hicieran cargo de sus intereses. La pregunta sería: ¿excluyen estos apoderamientos o, cuanto menos, los poderes en previsión de pérdida sobrevenida de la capacidad, la posibilidad de solicitar de un juez que nombre un asistente para el poderdante? A mi juicio no, básicamente por el tenor literal del 222-2 CCCat que solo excluye la tutela⁶³ y por el hecho de que el poder preventivo se

⁵⁹ Por contra, para Rivero Hernández no hay posibilidad de que pueda solicitarlo otra persona que no sea el propio beneficiario, ni nombrarlo el juez de oficio, en ningún caso: «Convenzan quienes lo crean necesario al interesado de la conveniencia de la asistencia, con la alternativa de la incapacitación para otro caso» (en BARRADA, R., GARRIDO, M., y NASARRE, S., *El nuevo Derecho de la persona y de la familia*, cit., p. 72).

⁶⁰ Según el artículo 222-2 CCCat los poderes preventivos hacen innecesaria la constitución del régimen de tutela. Cfr: MARÍN SÁNCHEZ, J. A., «Comentario al artículo 222-2», en ROCA TRIAS, E., y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, 2011, p. 154.

⁶¹ Cfr: FERNÁNDEZ PIERA, A., «La delación voluntaria de la tutela. Conveniencia de su previsión» en GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, I, Cizur Menor, Navarra, 2008, pp. 491-513; y en la misma obra SERRANO GARCÍA, I., «El mandato de protección futura. Una solución francesa para la protección patrimonial de los *majeurs protégés*», pp. 785-802.

⁶² Cabe mencionar en este punto que el Parlamento de Cataluña ha previsto la publicidad de estos mecanismos autogobierno de la propia incapacidad mediante el «*Decret 30/2012, de 13 de març, del Registre de nomenaments tutelars no testamentaris i de poders atorgats en previsió d'incapacitat i del Registre de patrimonis protegits*», en el que se inscriben las escrituras de delaciones tutelares; de poderes preventivos otorgados en previsión de una situación de incapacidad, o escrituras públicas relativas a patrimonios protegidos.

⁶³ Sobre este particular y los avatares del proceso legislativo al redactar los artículos sobre la asistencia, véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Comentario al artículo 226-1 CCCat»,

refiere a la pérdida de la capacidad y el nombramiento de un asistente no implica tal pérdida de capacidad, ni alteración alguna del estado civil de la persona asistida, luego en cualquier momento, con asistente o sin él, tiene capacidad para revocar los poderes, lo mismo que tiene capacidad para realizar por sí mismo los actos para los que había otorgado el poder. También está claro que la existencia de estas manifestaciones expresas ante notario, del solicitante de la asistencia, han de ser tomadas en consideración por el juez a la hora de tramitar el procedimiento de nombramiento, y de asignar a la persona elegida para desempeñar el cargo de asistente, las tareas de las que debe ocuparse.

3.3 CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE NOMBRAMIENTO DEL ASISTENTE

La asistencia es una institución de protección típica y de constitución judicial, de manera que la resolución por la que se nombra el asistente y se determina el alcance de sus funciones resulta de una gran importancia. Es la hoja de ruta o el elemento definitorio de la medida de protección, en cada caso. El control de la correcta gestión de los intereses de la persona vulnerable se fundamenta en esta protección legal que va vinculada al establecimiento de la medida mediante resolución judicial. El nombrado asistente ha de llevar a cabo un oficio, un encargo del que responderá ante la autoridad judicial. Los intereses de la persona vulnerable quedan bajo un régimen de protección que en Cataluña se concreta en la ineficacia de determinados actos de la persona asistida, ineficacia oponible *erga omnes* en interés de la persona vulnerable. Ninguno de estos efectos cabe atribuir a los sistemas de protección y apoyo de origen voluntario.

Si volvemos la mirada al modelo italiano, cabe destacar el artículo 405 CCIt como la más importante aportación, en tanto que desglosa pormenorizadamente el contenido que ha tener el Decreto de nombramiento de un administrador de apoyo, que será inmediatamente ejecutivo.

En efecto, en primer lugar se contempla la posibilidad de que el decreto contenga las medidas cautelares necesarias o urgentes para el cuidado o atención del beneficiario, y para la conservación y la administración de su patrimonio. Igualmente, puede el juez tutelar proceder al nombramiento de un administrador provisional, indi-

en ROCA TRIAS, E., y ORTUÑO MUÑOZ, P., *Persona y Familia, Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid, 2011, p. 416.

cando los actos que está autorizado a cumplir. Junto a ello, el decreto de nombramiento del administrador de apoyo tiene que contener, necesariamente: primero, los datos personales de la persona beneficiaria y del administrador de apoyo; segundo, la duración del encargo, que puede ser también por tiempo indeterminado⁶⁴; tercero, el objeto del encargo y los actos que el administrador de apoyo tiene potestad para realizar en nombre y representación del beneficiario; cuarto, los actos que el beneficiario puede realizar, únicamente con la asistencia del administrador de apoyo; quinto, el límite (también periódico), de gastos en los que el administrador de apoyo puede incurrir recurriendo al patrimonio del beneficiario; y sexto, la periodicidad con que el administrador de apoyo ha de informar al juez acerca de la actividad y las condiciones de vida personal y social del beneficiario.

Frente a esta extremada concreción del texto legal italiano, el artículo 226-2.1 CCCat se refiere, en general, a la obligación del juez de determinar el ámbito personal o patrimonial de la asistencia, y los intereses de los que habrá de cuidarse el asistente. Fórmula legal que ha de entenderse en el sentido que tiene esta medida de protección, es decir, únicamente se ordenará aquello que sea estrictamente necesario para la atención de la persona vulnerable, para paliar las dificultades derivadas de su disminución de facultades, y para evitar riesgos para su persona y bienes. Se ha de esperar, por tanto, en la línea de la personalización de todas las medidas de protección, que las decisiones judiciales, en cada caso, sean bien concretas, especialmente en la determinación de los ámbitos sobre los que recae la protección, y de los que ha de ocuparse el asistente. Y que respete al máximo la voluntad manifestada por el propio solicitante de la medida, si bien excepcional y razonadamente, el juez podría desatenderla⁶⁵.

3.4 PUBLICIDAD REGISTRAL

El artículo 226-7 CCCat prevé de manera indirecta la inscribibilidad en el Registro Civil de la asistencia, por cuanto establece que la asistencia, mientras no se inscriba en el Registro Civil, no es oponible a terceros. Esta norma es prescindible, pues es obvio que aquello que no está inscrito en el Registro Civil no es oponible a

⁶⁴ Si la duración del encargo es limitada, el juez tutelar también puede prorrogarlo posteriormente mediante una resolución fundamentada que habrá de dictarse antes de que finalice el primer plazo de duración del encargo (art. 405 CCIIt).

⁶⁵ Así lo entiende también Rivero Hernández, *cfr*: RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario al artículo 226-2 CCCat*, *cit.*, p. 421.

terceros. Lo único que pretende hacer notar el precepto es que la inscripción en el Registro Civil no es constitutiva e, indirectamente, está indicando que la asistencia puede ser inscrita pero a los solos efectos de obtener su publicidad. El problema es que el cargo de asistente no está previsto en el Código Civil español ni tampoco en la Ley del Registro Civil⁶⁶. Por eso habrá que acudir al artículo 88 de la Ley todavía vigente cuando dispone que en la Sección 4.^a se inscriben el organismo tutelar y las demás representaciones legales que no sean de personas jurídicas y sus modificaciones, así como al criterio del artículo 89 según el cual las inscripciones relativas al organismo tutelar se practicarán en el Registro del domicilio de las personas sujetas a la tutela en el momento de constituirse ésta, y por último al más genérico artículo 283 del Reglamento del Registro Civil. La nueva Ley del Registro Civil de 2011, por su parte, prevé en su artículo 73.1, tras indicar la inscripción de los nombramientos de tutor y curador, que también tendrán acceso al Registro Civil las medidas judiciales sobre guarda o administración y sobre vigilancia o control de dichos cargos tutelares, inciso a través del cual podemos entender que también ha de ser inscrita la constitución, modificación o extinción de la asistencia.

Por su parte, la legislación italiana, coherente con el hecho de que el nombramiento de un administrador de apoyo no altera el estado civil de la persona beneficiaria, establece que la publicidad registral se produzca mediante nota marginal. No es precisa una inscripción registral porque no hay modificación del estado civil: «el decreto de constitución de la administración de apoyo, el decreto de extinción y cada una de las medidas ordenadas por el juez tutelar durante la vigencia de la administración de apoyo serán objeto de anotación en el Registro pertinente. El decreto de constitución de la administración de apoyo y el decreto de extinción tienen que ser comunicados, dentro de los diez días desde su emisión, al Registro Civil para que sea anotado al margen en la partida de nacimiento del beneficiario. Si la duración del encargo es por tiempo determinado, las anotaciones marginales deberán ser eliminadas una vez transcurrido el plazo indicado en el decreto de constitución o en otro eventual de prórroga de la administración de apoyo»⁶⁷.

La cuestión de la inscribibilidad de la asistencia a efectos de su oponibilidad a terceros no es menor, puesto que, como el asistente puede asumir funciones de administración de los bienes de la persona asistida, cabe que para realizar determinados actos precise

⁶⁶ Cfr. al respecto, DE SALAS MURILLO, S., *La publicidad de la discapacidad en el Registro Civil*, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 181.

⁶⁷ Traducción del artículo 405 CCIt.

acreditar su condición de asistente. Además, los terceros tienen derecho a conocer la existencia de esta figura de protección, entre otras cosas a los efectos de poder hacer efectiva si fuera necesario, la sanción de anulabilidad de determinados actos realizados por el asistido sin su intervención. Por ello, el juez encargado del Registro Civil no solo debería hacer constar el nombramiento del asistente, sino también el ámbito de sus funciones, y el CCCat debería haber previsto la comunicación al Registro Civil de las resoluciones judiciales de las funciones del asistente a que se refiere el artículo 226-4.1 CCCat (reducción o ampliación de las funciones del asistente), de la misma manera que lo ha previsto el legislador italiano.

4. **EL ASISTENTE. CRITERIOS PARA LA ELECCIÓN DE LA PERSONA QUE HA DE DESEMPEÑAR EL CARGO DE PROTECCIÓN**

Para ilustrar esta importante cuestión, voy a relatar brevemente el supuesto recogido en el Decreto de 26 de enero de 2009⁶⁸ del juez tutelar de Módena, por el que se nombra a un abogado colegiado en la ciudad como administrador de apoyo de una mujer, Claudia, de unos cuarenta años; licenciada en lengua y literatura extranjera; que había residido en Alemania, Friburgo, durante más de trece años. Sus padres refieren en la demanda de solicitud que en los últimos años se había obsesionado con la alimentación macrobiótica, hasta el punto de que tuvieron que recogerla y trasladarla de vuelta a Capri por la gravedad de la situación física en que se encontraba. Acreditan documentalmente que su hija padece una forma de esclerosis múltiple, además de observar ciertos comportamientos incontrolados al borde del delirio. Argumentan que necesita un administrador no sólo para cobrar la pensión mensual de invalidez y emplear estas rentas en su atención personal, sino también para la gestión de su patrimonio, ya que sus padres desarrollan una actividad de empresa que gira a nombre de la hija, ella es la nudo-propietaria siendo el usufructo de los padres, de la buhardilla donde vive, de un piso en el mismo inmueble en Capri donde residen los padres y de un local. Es titular de cuentas corrientes; tiene pendiente el pago de deudas no insignificantes acumuladas durante su permanencia en Alemania, dónde todavía mantiene

⁶⁸ Puede consultarse en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=45271> (fecha de la consulta: junio 2013).

arrendado en Friburgo un alojamiento por el que sus familiares están pagando un canon mensual.

El juez sopesa la gravedad de la situación física y psíquica de la persona necesitada de protección, mantiene una entrevista con ella en la que percibe que no admite en absoluto esta situación, y que reivindica su autonomía respecto a unos padres que –afirma– interfieren constantemente en su vida y no le permiten actuar con libertad. Concluye que, por la peculiaridad de la enfermedad y las características del patrimonio y ante la exigencia de garantizar la integridad de éste, y teniendo en cuenta, además, la edad de la beneficiaria, lo más procedente para su protección es privarle durante un plazo de tiempo breve de su capacidad de actuar en la vida jurídica para la realización de ciertos actos económico-patrimoniales que se encomendarán –dado que la relación con los padres no es buena, ni siquiera aceptable– a un profesional de la confianza del juez. Sin embargo no hay razón para impedirle, en la medida en que su salud se lo permita, llevar una vida autónoma e independiente de sus padres, de manera que podrá realizar por sí sola todos los actos necesarios para satisfacer las exigencias de la vida cotidiana, y todos aquellos que no se encomienden expresamente al administrador de apoyo. El nombramiento es por un plazo breve, doce meses y sólo para la realización de ciertas concretas tareas tales como determinar con los médicos la terapia a la que habrá de someterse la persona vulnerable, manteniendo en todo momento informado al juez e informando también a los padres de la beneficiaria, valorar la oportunidad de rescindir el contrato de arrendamiento del piso de Friburgo con presentación de una propuesta al juez tutelar, y administrar y gestionar los inmuebles propiedad de la persona beneficiaria. El administrador deberá rendir cuentas ante el juez transcurrido el plazo para el ejercicio de su cargo y plantear, en su caso, una propuesta razonada sobre la conveniencia de una prórroga.

Son varias las cuestiones que surgen a partir de este caso de la práctica jurídica italiana, en el que queda de manifiesto el esfuerzo del juzgador por encontrar el necesario equilibrio entre el respeto a la voluntad de la persona asistida, el interés por menoscabar lo menos posible su capacidad de obrar y la necesidad de nombrar a la persona idónea para el ejercicio del cargo.

4.1 LA VOLUNTAD DE LA PERSONA ASISTIDA

En la legislación catalana no existe una disposición que regule los criterios de elección de la persona que ha de designarse como

asistente en cada caso. Por el contrario, nuestro legislador ha preferido incidir más, y sin que haya lugar a la excepción, en el respeto que la autoridad judicial ha de mostrar de la voluntad de la persona a proteger. La persona necesitada tiene la posibilidad de decidir directamente quién quiere que sea su asistente, y el juez deberá respetar esa decisión, con la única excepción de que el designado no sea apto para el ejercicio del cargo, en aplicación de las normas sobre la aptitud del tutor por remisión contenida en el artículo 226-6 CCCat. Por aplicación de esta remisión a la tutela podría acudir al artículo 222-15 CCCat sobre falta de aptitud en los supuestos en que concurren casos de enemistad, cumplimiento de penas de privación de libertad o imposibilidad de hecho, situaciones que permiten al juez postergar la voluntad de la persona necesitada. A partir de aquí cabe plantearse si, en tal eventualidad, lo procedente es que el juez desestime de plano la petición de nombramiento de un asistente o, por el contrario que nombre como asistente a persona diferente que la designada por la persona necesitada de protección. Podría pensarse que no ha de nombrarse a ningún asistente⁶⁹, en tanto que la persona necesitada es capaz. Pero lo cierto es que ella misma ha puesto en evidencia que requiere apoyo para el cuidado de su persona o bienes, por lo que parece más aconsejable, sobre la base de la propia voluntad de la persona protegida, acceder a la petición de nombramiento de un asistente, pero con persona distinta a la inicialmente propuesta. La voluntad de la persona asistida de solicitar esta medida de protección es el fundamento del cargo que, en su caso, ejercerá el nombrado asistente: la persona capaz, libremente, se desprende de la posibilidad de ejercer ciertos aspectos o ámbitos de su capacidad de obrar y lo deja en manos de un tercero, cuya elección constituye una responsabilidad del juez que conoce del asunto.

También en Italia, el artículo 408 CCIIt determina la persona a la que ha de nombrar el juez tutelar como administrador de apoyo, con clara preferencia sobre cualquier otra para aquella que el propio asistido haya designado⁷⁰, en principio que sea persona física y familiar del beneficiario. Se considera que este derecho de autode-

⁶⁹ Al respecto el profesor Ribot ha señalado taxativamente, aunque sin dejar claro si se refiere a este supuesto de falta de aptitud del elegido o también al supuesto en el que, siendo jurídicamente apto, el juez no considera oportuno nombrar a la persona designada por el solicitante de la medida, que la única opción del juez es la de no acordar la medida de la asistencia, nunca la de designar a una persona diferente para que ocupe el cargo de protección, *cfr*: RIBOT IGUALADA, J., *L'assistència: abast i limitacions*, cit., p. 36 de la ponencia.

⁷⁰ Véase al respecto el Decreto de 25 de agosto de 2010 del Tribunal de Varese (consultable en <http://www.altalex.com/index.php?idstr=321&idnot=50851> Fecha de la consulta junio 2013).

terminación está ligado intrínsecamente a la tutela de la dignidad de la persona⁷¹, y, en concreto se prevé que el beneficiario de la medida pueda designar a quién desea ejerza el cargo de administrador de apoyo en previsión de una eventual y futura incapacidad, y que lo haga o bien a través de un documento notarial, o en documento privado *autenticado*, en cuyo caso el juez tutelar queda sujeto por esta designación. Se entiende que el acto de designación es un negocio jurídico *inter vivos*, unilateral, unipersonal, solemne y revocable con las mismas formalidades con las que se creó. La doctrina ha señalado las diferencias entre este acto de designación y el ya mencionado poder preventivo en atención a una posible futura situación de incapacidad, que está previsto en el ordenamiento catalán y que, sin embargo, queda vedado en Italia por aplicación de los artículos 1.722.4 y 1.728 del *Codice civile*, en los que se prevé la extinción del mandato por la sobrevenida incapacidad del mandante o el mandatario⁷².

Sin embargo, el último apartado del artículo 408 CCIIt se refiere a la libertad del juez para no seguir la voluntad del beneficiario de la medida, y a su facultad para nombrar a alguien de su confianza. Permite al juez una mayor capacidad de maniobra que en el sistema catalán, quizá para evitar los casos en los que el beneficiario «elige» sometido a una cierta presión o manipulación por parte de sus familiares. Se utiliza el término «causa grave» como motivo suficiente para que pueda desatender la solicitud expresa de la persona beneficiaria de la medida de protección⁷³. Pero cuidado, esta máxima discrecionalidad del órgano jurisdiccional italiano se podrá ejercer con ciertas cautelas. Por una parte, el artículo 410 *in fine* CCIIt establece un plazo máximo de 10 años para el ejercicio del cargo de administrador de apoyo si quien lo desempeña es un profesional y no un familiar y, sobre todo, el artículo 405 CCIIt⁷⁴ detalla hasta el extremo el contenido que ha de tener el decreto de nombramiento de un administrador de apoyo, obligando de esta forma al juez a concretar y delimitar mucho, tanto el objeto de la

⁷¹ Cfr. SAVORANI, G. (traducido del italiano por LÓPEZ LÓPEZ, J. M.), «La designación del administrador de apoyo en previsión de la futura incapacidad en el derecho italiano», en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, cit., p. 334.

⁷² Señala Savorani que la diferencia esencial entre una y otra figura es que el mandato confiere el encargo, directamente a la persona designada, sin la intervención del juez, que es por el contrario esencial para activar la administración de apoyo. Esta institución de protección es de constitución judicial, mientras que el mandato tiene como fuente exclusiva la voluntad del mandante. Cfr. SAVORANI, G., *La designación del administrador...*, cit., p. 338.

⁷³ Artículo 408 CCIIt: «*In mancanza, ovvero in presenza di gravi motivi, il giudice tutelare può designare con decreto motivato un amministratore di sostegno diverso*».

⁷⁴ Véase el apartado 3.3 de este trabajo.

protección como las condiciones en que se ha de llevar a cabo el encargo.

Cabe mencionar que en el anteproyecto de libro II CCCat, el artículo 226-1, 2.º tenía un redactado similar al del artículo 408 CCIIt, pero en su versión definitiva se suprimió la referencia a la causa grave para incumplir los deseos del beneficiario de la medida de protección, optando con ello por el máximo respeto a los deseos de la persona asistida, aun a riesgo de perjudicarle⁷⁵. En efecto, la asistencia que regula nuestro Código civil pone voluntariamente el énfasis en la legitimación exclusiva del propio beneficiario para solicitar el nombramiento de un asistente, así como para la elección del mismo, y ello porque se trata de una institución configurada en torno a la voluntad de la persona asistida, lo cual justificaría la imposibilidad del juez de obviar esta voluntad, que sólo sería posible en los supuestos de falta de aptitud legal del elegido para desempeñar el cargo de protección. Pese a todo, hay que ser conscientes de que, en muchos casos, las personas vulnerables en las que el legislador piensa al regular la asistencia no eligen a nadie, ni otorgan poderes, ni realizan acto formal alguno anterior al escrito de solicitud de la asistencia. En ocasiones se encuentran en situaciones que dificultan enormemente la selección correcta de la persona idónea, cabe que esta decisión les suponga un esfuerzo adicional o una ansiedad excesiva por razón de su edad o enfermedad, o que la elección sea motivo de desavenencias y discusiones familiares. Parece claro que en los supuestos en los que el solicitante de la medida no designa a nadie, o se limita a excluir a alguna persona concreta para el cargo, la discrecionalidad del juez se incrementa considerablemente a la hora de designar a quien considere más idóneo, porque no rige para la asistencia la previsión existente en el artículo 222-10 CCCat⁷⁶ de un orden de preferencia en la elección de la persona que ha de ser tutor⁷⁷.

Si volvemos al caso expuesto, queda claro que el juez tutelar italiano se hace eco de la mala relación existente entre la persona necesitada de protección y sus padres. Pretende respetar la volun-

⁷⁵ Cfr. BOPC núm. 384, *Projecte de Llei del Llibre II del Codi Civil de Catalunya, de 19 de gener de 2009*, p. 35. Esta solución fue criticada por el profesor Rivero, véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario al artículo 226-1, cit.*, p. 419.

⁷⁶ Así lo entiende sin dudarle Rivero Hernández, véase RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario al artículo 226-1, cit.*, p. 417.

⁷⁷ Insiste Vaquer en que no es una lista cerrada e inamovible pero que sin duda condiciona la elección de la persona del tutor por parte del juzgador. Cfr. VAQUER, A., *Comentario al artículo 222-10 CCCat, cit.*, p. 189. Por su parte, Martínez García defiende la conveniencia e interés de que el juez que ha de elegir al asistente recurra a esta lista, aunque sin estar vinculado legalmente por ella, cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Instituciones de protección: La asistencia. El documento de voluntades anticipadas», en BARRADA, R., GARRIDO, M., y NASARRE, S., *El nuevo Derecho de la persona y de la familia, cit.*, p. 150.

tad de Claudia, que no había designado una persona concreta para que le asista –básicamente porque no reconocía siquiera sus propias limitaciones, por razón de la propia enfermedad psíquica que padecía–, pero había señalado que no deseaba ser controlada por sus progenitores. Por ello encomienda la tarea a un tercero ajeno a la familia, en concreto a un profesional del derecho, a tenor de las tareas que decide encomendarle, es decir, con un criterio de especialización en la gestión de este concreto patrimonio.

4.2 LA IDONEIDAD DE LA PERSONA QUE HA DE DESEMPEÑAR EL CARGO DE PROTECCIÓN

La redacción del capítulo sexto del CCCat dedicado a la asistencia se refiere siempre al asistente en singular, dando a entender que solo puede ser una la persona que ocupe el cargo, a diferencia del derecho alemán, en que cabe el nombramiento de una pluralidad de personas⁷⁸. Si bien teóricamente podría admitirse una pluralidad de asistentes para aquellos cometidos específicos para los que la persona requiriera la asistencia, lo cierto es que la complejidad de la regulación catalana por lo que concierne al contenido de la asistencia y al régimen de la anulabilidad aconseja el nombramiento de un único asistente que haga más sencillo el funcionamiento del cargo. Ahora bien, si por la complejidad de las tareas a realizar, fuera necesario recurrir a un profesional, ¿qué tipo de profesional debería nombrar el juez?, ¿personas físicas o personas jurídicas? El artículo 226-1.2 CCCat habla de «persona» de manera genérica, sin ulterior concreción. Ante el silencio legal entiendo que por remisión al artículo 222-16 CCCat –normas sobre aptitud del tutor, aplicables según el artículo 226-6 CCCat–, sólo las personas jurídicas sin ánimo de lucro podrán ejercer como asistentes en Cataluña, las cuales deberán designar a la persona física que ejercerá directamente la labor de asistente⁷⁹, que será diferente en función de la concreta tarea que se le encomiende a la institución por parte del juez –en esto precisamente radica la profesionalización del cargo–, quedando excluidas expresamente aquellas personas físicas o jurídicas que se encuentren en una situación de conflicto de intereses⁸⁰.

⁷⁸ § 1899(1) BGB.

⁷⁹ Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., *Instituciones de protección...*, cit., p. 148.

⁸⁰ El artículo 222-17 CCCat dispone que no pueden ser tutores las personas que, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona protegida. A partir de la aplicación analógica de esta norma no deberá nombrarse como asistente en Cataluña al cuidador profesional de la persona asistida si se le encomiendan funciones de administración del patrimonio.

El legislador italiano, ya lo he mencionado, opta claramente por las personas físicas, preferentemente los familiares del beneficiario. Si bien, la redacción del 408 CCIt no descarta la conveniencia de que en algunos casos sea un experto o profesional quien ejerza como administrador de apoyo⁸¹. Una o varias personas, físicas o jurídicas, siempre bajo el argumento fundamental de la búsqueda del bien de la persona protegida, máxime en los casos en los que el patrimonio del asistido es importante o difícil de gestionar, y también el de aquellos supuestos en los que la relación del asistido con sus familiares no es buena, antes al contrario, la implicación de carácter emocional con la persona que precisa la protección se convierte en un obstáculo para el correcto desempeño de las funciones del administrador de apoyo⁸². Incluso se planteaba para algunos autores, como más idónea, la solución que propugna el régimen francés que llega a regular una nueva profesión para el ejercicio de los mandatos no familiares de protección de una persona mayor⁸³. Con la consecuente y necesaria determinación de unos criterios para fijar la remuneración derivada del ejercicio del cargo cuando es ejercido por estos profesionales, sean personas físicas o jurídicas⁸⁴. Sin embargo, a mi juicio la norma italiana no deja excesivo margen a la interpretación, de modo que lo habitual será que el administrador de apoyo sea una sola persona física, familiar cercano del beneficiario de la medida. Solo en el supuesto excepcional en que se demuestre su necesidad, el juez deberá encargar esta actividad a un profesional⁸⁵. Esta es la solución que parece adecuada

⁸¹ Cfr. CALICE, E., «Commento agli articolo 404 ss. Codice Civile», en BONILINI, G., CONFORTINI, M., GRANELLI, C., *Codice civile ipertestuale*, Torino, 2005, epígrafe 1; BERTI, F., «L'amministrazione di sostegno. Aspetti giuridici e sociologici», consultable en <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/marginal/berti/> (fecha de la consulta junio 2013), p. 15. Véase también la Sentencia de 19 de febrero de 2005 (Tribunal de Roma), citada en *Famiglia, persone e successioni*, 2005, p. 271.

⁸² Se afirma que ante situaciones caracterizadas por un alto grado de complejidad, o bien frente a panoramas delicados en el plano personal, o de salud la elección ha de recaer en personas (si es preciso más de una) expertas en los sectores de los que han de ocuparse. Cfr. CENDON, P., y ROSSI, R., *Amministrazione di sostegno. Motivi ispiratori e applicazioni pratiche*, tomo II, Turín, 2009, p. 942.

⁸³ La ley francesa de 5 de marzo de 2007 de protección de mayores regula una nueva profesión para el ejercicio de los mandatos no familiares de la protección judicial de un mayor (art. 471-1-8, y 472.1-4 del Código de Acción Social y de Familias). Estos preceptos prevén que, las personas físicas y jurídicas que ejerciten habitualmente medidas de protección jurídica serán llamadas *mandatarios judiciales de protección de mayores (MJPM)*. Cfr. FOSSIER, T., *La réforme de la protection des majeurs (guide de lecture de la loi du 5 mars 2007)*, *La Semaine Juridique* 11, 14 de marzo de 2007, pp. 15-17.

⁸⁴ La Ley francesa de 2007 prevé de que la financiación de la actividad de estos profesionales se unifique y siga criterios precisos y claros. En concreto, la persona protegida participará en los gastos derivados de su protección en función de sus ingresos; si bien, a falta de recursos suficientes, un sistema de financiación pública subsidiaria garantizará la retribución de los mandatarios en cuestión.

⁸⁵ En el supuesto fáctico comentado en el texto, el juez tutelar de Módena establece una duración muy corta para el ejercicio del cargo por parte del letrado. Además, se abstie-

también para Cataluña, porque encaja absolutamente con el fundamento o razón de ser de la figura de la asistencia, y dado que en el nombramiento del asistente o del administrador de apoyo no sólo debe considerarse el factor de la necesaria especialización del nombrado para el cargo, sino también la importante cuestión de la confianza que aquél genera en la persona vulnerable.

5. EL EJERCICIO DE LA ASISTENCIA

5.1 ESTATUTO DEL ASISTENTE

El nombramiento de un asistente, en tanto que cargo de protección de la persona establecido judicialmente, hace necesario que el designado tome posesión del mismo. Entre las normas de tutela aplicables a la asistencia por remisión del artículo 226-6 CCCat, no se cuenta ni la norma sobre prestación de caución del artículo 222-20, ni la norma que obliga a realizar un inventario de los bienes del incapaz —en este caso del asistido—, del artículo 222-21. No obstante lo cual, y dado que es la resolución judicial la que en cada caso determina cuáles son las tareas y los deberes que afectan al asistente, en la medida en que se le atribuyan funciones de administración del patrimonio del asistido, el requerimiento de confección de un inventario parece ineludible, básicamente a los efectos de que en su momento pueda procederse cabalmente a la rendición de cuentas de la tarea realizada. En cuanto a la excusa para ejercer el cargo, no parece que exista dificultad alguna para aplicar el artículo 222-18.1 CCCat, de manera que puede afirmarse que son excusas la edad, la enfermedad, la falta de relación con la persona que debe ser protegida, las derivadas de las características del empleo o profesión del designado, o cualquier otra que haga el ejercicio especialmente gravoso o que pueda afectarlo. Aunque las funciones del asistente son menos exigentes que las del tutor, pues no abarcan la completa esfera jurídica de la persona necesitada, el llamado al cargo de asistente debe poder excusarse por las razones mencionadas.

Una vez aceptado el cargo, el asistente queda sujeto a un régimen jurídico similar al del resto de instituciones de protección

ne de fijar una remuneración por sus servicios. Parece que la intención es más bien que el abogado estudie el asunto, encauce los temas más urgentes e informe cumplidamente al juez. Después de un año y de poner en orden los asuntos patrimoniales de Claudia, podría no ser necesaria la figura del administrador de apoyo, o que este cargo sea desempeñado por un profesional. En cualquier caso, parece evidente que el abogado designado devengará unos honorarios por la tarea a realizar en favor de Claudia y de su patrimonio, patrimonio con el que habrá que atender al pago de dicha remuneración.

establecidas judicialmente, en primer lugar, por la aplicación de los artículos 221-1 a 221-5 CCCat, comunes a todas las instituciones de protección. Así, hay que referirse a la obligación de ejercer su función en interés de la persona vulnerable recogida en el artículo 221-1 CCCat, según el cual las funciones de protección de las personas que requieren asistencia deben ejercerse siempre en interés de la persona asistida y de acuerdo con su personalidad. Van dirigidas al cuidado de su persona, a la administración o defensa de sus bienes e intereses patrimoniales y al ejercicio de sus derechos. También esta norma queda recogida en la legislación italiana, si bien de forma más específica en el artículo 410 CCIt, sobre los deberes que afectan al administrador de apoyo. En el derecho alemán también resulta irrefutable que la asistencia tiene que permitir la libre determinación de la persona asistida tanto como sea posible, y por eso el asistente tiene que atender por mandato legal sus deseos⁸⁶. En segundo lugar y vinculado directamente está el deber de informar y escuchar a la persona asistida, que el legislador italiano concreta de la siguiente manera: «el administrador de apoyo debe informar oportunamente al beneficiario acerca de los actos que ha de cumplir, ello además de informar al juez tutelar en caso de disenso con el beneficiario»⁸⁷. En un acto expreso de respeto a la condición de persona capaz del sujeto vulnerable, se obliga al administrador de apoyo a notificarle todos sus pasos en el ejercicio de sus funciones, y se prevé la posibilidad de que la beneficiaria de la medida no se muestre conforme con su actuación, en cuyo caso la última palabra la tiene el juez, y por ello debe ser informado siempre que se dé una situación de desacuerdo.

En Cataluña, las funciones del asistente son personalísimas y no cabe su delegación. En cuanto a su posible remuneración, el artículo 221-3 CCCat, en sede de disposiciones comunes, exige que de forma expresa se altere la regla general de la gratuidad, de la misma manera que ocurre en Italia⁸⁸, es decir, que queda en manos del juez la decisión de establecer expresamente una remuneración en la resolución que ordene el nombramiento del asistente. En cualquier caso, sí es claro que la ley concede al asistente el derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización de los

⁸⁶ Cfr. § 1896 B.G.B. En concreto, el § 1901 señala literalmente: «El asistente legal debe cuidar de los asuntos del asistido de tal manera que procure su bienestar. El bienestar del asistido implica también la posibilidad de que su vida transcurra, según sus capacidades, de acuerdo con sus propios deseos y aspiraciones», cfr. LAMARCA MARQUÉS, A. (dir.), *Código civil alemán*, cit., p. 436.

⁸⁷ Artículo 410.2 CCIt Cfr. PELOSO, P. F., y FERRANNINI, L., «Sofferenza psichica e amministrazione di sostegno», en Ferrando, G., *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 77.

⁸⁸ Artículo 379 CCIt. Cfr. BONILINI, G., «L'amministratore di sostegno», en BONILINI, G., Y TOMMASEO, F., *Commentario Codice civile*, cit., p. 318.

daños que el ejercicio del cargo le haya provocado, e incluso cabe que el asistido, al solicitar el nombramiento, prevea ya una retribución para su asistente con cargo a su patrimonio⁸⁹.

5.2 ACTUACIÓN DEL ASISTENTE EN EL ÁMBITO PERSONAL Y PATRIMONIAL DE LA PERSONA VULNERABLE

Para analizar las concretas funciones que competen al administrador de apoyo o al asistente es preciso interrelacionar las funciones reguladas expresamente en la norma con la capacidad del juez de delimitar en cada caso. Esto es, ponderar cómo opera, en uno y otro sistema jurídico, la necesaria personalización de la institución de protección, el famoso traje a medida que la autoridad judicial confecciona en beneficio de cada persona vulnerable. En Italia, por el tiempo de vigencia de la norma desde 2004 y la abundante aplicación que de la misma se ha realizado, existe una importante práctica de los tribunales tutelares en cuanto a la determinación de las concretas funciones de cada administrador de apoyo que se nombra. Porque lo cierto es que tanto en el *Codice civile* italiano como en el *Codi civil* catalán, la fórmula legal es muy amplia, de modo que las tareas encomendadas al administrador de apoyo y al asistente pueden ser variadísimas. Aunque no se busca en principio la sustitución de la persona vulnerable en la toma de decisiones, sino solo proporcionarle el soporte y apoyo que pueda necesitar, es claro que pueden plantearse situaciones complejas, porque la institución de protección invade en mayor o menor medida la esfera de actuación de la persona vulnerable, y ello tiene consecuencias no menores para la propia persona necesitada de protección y para los terceros.

Así pues, y únicamente con respecto a esta cuestión de enorme trascendencia, realizaré mi análisis examinando en primer lugar el sistema legislativo y la práctica judicial italiana para después referirme a la escueta y amplia fórmula legal del derecho civil catalán, realizando en la medida de lo posible una previsión de cómo y por dónde deberán circular las resoluciones judiciales que apliquen esta normativa en Cataluña.

⁸⁹ MARTÍN PÉREZ, J. A., «La asistencia como alternativa a los instrumentos tradicionales de protección de las personas con discapacidad. Notas sobre el nuevo Derecho de la persona en Cataluña», en BARRADA, R., GARRIDO, M., y NASARRE, S., *El nuevo Derecho de la persona...*, cit., p. 151.

5.2.1 Las funciones del administrador de apoyo, en la norma italiana y en su aplicación judicial

En Italia la norma, siendo amplia en su formulación es clara e inteligible en cuanto a los conceptos jurídicos empleados, deja claro que el administrador de apoyo en ocasiones o respecto a determinados actos puede representar al beneficiario de la medida, para otros actos le presta asistencia, es decir, complementa su capacidad, y, finalmente, hay otros ámbitos –todos aquellos que no le hayan sido atribuidos expresamente por el juez tutelar– en los que, simplemente, no puede intervenir en modo alguno porque corresponden de forma exclusiva a la persona asistida, que sigue siendo capaz⁹⁰. En los supuestos en que se encomienda al administrador de apoyo la representación del sujeto vulnerable, la doctrina entiende que el administrador reemplaza totalmente al beneficiario, obviamente solo con respecto a los ámbitos expresamente señalados en el decreto de nombramiento, porque la representación es exclusiva, de modo que el beneficiario no podrá actuar en ningún caso en la operación que resulta completamente delegada al administrador⁹¹. Por último, se prevé la necesidad de autorización del Tribunal o juez tutelar para la realización de ciertos actos de naturaleza extraordinaria, ex artículo 374 y 375 CCIt aplicables al tutor y que también afectan al administrador de apoyo por remisión⁹². Es precisa la autorización judicial para la realización de determinados actos extraordinarios tales como la adquisición de bienes de

⁹⁰ Señala el artículo 405 CCIt que el decreto de nombramiento del administrador de apoyo, necesariamente deberá especificar el objeto del encargo y los actos que el administrador tiene potestad para realizar en nombre y representación del beneficiario; así como aquellos actos que el beneficiario puede realizar únicamente si cuenta con la asistencia de su administrador de apoyo. Por su parte, el artículo 409 CCIt también es claro en cuanto a los efectos del nombramiento de un administrador de apoyo.

⁹¹ Cfr. CENDON, P., y ROSSI, R., *Amministrazione di sostegno*, tomo II, Milán, 2009, pp. 699 y ss. No se esconde a nadie que esta decisión legislativa afecta frontalmente a la capacidad de la persona beneficiaria de esta medida de protección, en principio, no incapacitante. Señala Bonilini: «Dalle norme affidate alla L. n. 6/2004, emerge, anzitutto, la preoccupazione di non fare, del beneficiario di amministrazione di sostegno, un nuovo incapace (...) Non può negarsi, del resto, che, per quanti sforzi si facciano, per quanti equilibri si escogitino, per quante perifrasi s'impieghino, la sostanza rimane immutata: può sì riconoscersi che il beneficiario di amministrazione di sostegno non è un incapace, ma è anche certo che lo stesso non è neppure pienamente capace, che, per gli atti che debbono essere compiuti dall'amministratore di sostegno, il quale ne abbia la rappresentanza esclusiva, o per quali occorra la sua assistenza, la sua capacità è compromessa», BONILINI, G., «Commentario artt 409 e 410», en TOMMASEO, F., y BONILINI, G., *Commentario Codice Civile*, cit., p. 336. En la misma línea, otros autores como DOSSETI, M., «Effetti dell'amministrazione di sostegno», en DOSSETI, M., MORETTI, M., y MORETTI, C., *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inhabilitazione*, Milán, 2004, pp. 75 y ss.; MORETTI, M., «La capacità del beneficiario dell'amministrazione di sostegno» en *Rivista del Notariato* 2005, pp. 423 y ss.; BORTOLUZZI, A., *L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Turín, 2005, p. 20.

⁹² Cfr. artículo 411.1 CCIt.

cierto valor, cobrar capitales, constituir hipotecas o prendas, asumir obligaciones (salvo que sean las ordinarias para el mantenimiento de la persona protegida o a la ordinaria administración de su patrimonio), aceptar o renunciar una herencia, etc.

A partir de esta normativa, los tribunales tutelares han procurado atender las concretas exigencias de cada caso que habían de proveer. Resulta ilustrativa, a estos efectos, la parte dispositiva del Decreto de nombramiento de un administrador de apoyo dictado por el Tribunal de Varese el 7 de diciembre de 2011⁹³. El supuesto de hecho era el de una señora mayor que, por motivo de una grave enfermedad, ha de trasladarse a vivir a una residencia geriátrica y solicita que se le nombre un administrador de apoyo para que se encargue de la administración de sus bienes. Tiene un animal de compañía, un perro que había dejado al cuidado de su mejor amiga al ingresar en la residencia, solicitando durante el procedimiento que sea esta misma persona la que siga ocupándose del animal y que se lo lleve de vez en cuando para que pueda verlo. El juez tutelar razona en su resolución que, aunque la regulación sobre la administración de apoyo no prevé expresamente el nombramiento de un coadministrador, ninguna norma excluye que para el desarrollo de alguna concreta tarea de gestión el administrador pueda valerse de asistentes, antes al contrario, el artículo 411 CCIt, que remite expresamente a los artículos que regulan la tutela permite la aplicación del artículo 379, cuyo inciso segundo prevé la posibilidad del tutor de valerse de una o más personas para que le auxilien y para cuyo nombramiento ha de contar con la autorización del juez tutelar. Después, en una larguísima parte dispositiva de su resolución, el juez tutelar dispone, resumidamente, lo siguiente:

Primero. Nombra como administrador de apoyo a XXX y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 379 CCIt, nombra como auxiliar de éste a doña YYY con las siguientes concretas tareas: cuidar de las necesidades materiales de la beneficiaria de la medida y de su perro, al que debe llevar a la residencia geriátrica con regularidad y de acuerdo con los deseos del propio beneficiario. Preparar, en forma mensual, una relación de los gastos derivados del cuidado del animal siendo el administrador el encargado de reembolsarle dichos gastos.

Segundo. Asigna al administrador la tarea de velar por los intereses personales y patrimoniales de la beneficiaria, con la obligación de realizar, sin necesidad de autorización previa, todos los actos de conservación y protección del patrimonio, incluido el

⁹³ Consultable en <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato1961986.pdf> (fecha de la consulta: junio 2013).

pago de todos los gastos necesarios para el cuidado de la persona beneficiaria. El administrador de apoyo dispone del plazo de treinta días desde que acepte el cargo, para presentar inventario completo del patrimonio de esta persona ante el juez tutelar.

Tercero. Dispone que, para realizar su tarea, el administrador tiene las siguientes facultades y obligaciones:

A) En representación exclusiva (art. 409, I, CCIIt).

El administrador tiene el deber de hacer una declaración precisa y detallada de la situación actual del patrimonio de la beneficiaria, para lo que tendrá acceso a toda la información necesaria, incluida las de entidades financieras, presentando el poder que ahora se le confiere. El administrador tendrá la posibilidad de intervenir y llevar a cabo cualquier actividad que sea necesaria para la gestión ordinaria del patrimonio. Con respecto a los bienes inmuebles, el administrador, con la ayuda de los Servicios Sociales, verificará las necesidades económicas de la persona protegida en atención al coste de la residencia geriátrica y formalizará un programa de disposición de bienes necesario para obtener la liquidez necesaria con la que hacer frente a estos gastos. En este sentido, el administrador tiene la potestad para administrar la pensión que recibe la persona protegida y utilizarla en su propio interés. Tiene poder para intervenir, representándola, en la tramitación instada ante los organismos pertinentes. Sin embargo, para cada cobro que se obtenga, deberá ser autorizado por la persona destinataria de estas ayudas. El administrador podrá celebrar contratos en nombre de la persona protegida, si fuera necesario para sus intereses y con el límite de la administración ordinaria del patrimonio.

B) En calidad de asistencia o complemento de capacidad (art. 409, I, CCIIt).

El administrador tiene el poder y el deber de asistir a la persona beneficiaria en relación con el consentimiento informado que ha de prestar para el tratamiento de sus datos personales, y para el tratamiento médico que se le proponga. El beneficiario no puede suscribir préstamos hipotecarios ni otra clase de préstamos, excepto con la firma del administrador, tampoco puede otorgar préstamos gratuitos excepto con la firma del administrador.

Cuarto. Establece que se priva a la beneficiaria de su capacidad jurídica para la realización de actos de administración extraordinaria de su patrimonio, recordando que el administrador tiene la obligación de pedir autorización al juez tutelar para poder realizar este tipo de actos (*ex arts. 374, 375 y 376 CCIIt*), y de informar a la

beneficiaria sobre las acciones que lleve a cabo, y de informar al juez tutelar siempre que haya desacuerdo de la beneficiaria con su actuación.

Quinto. El administrador deberá presentar informe por escrito al juez tutelar a finales de junio de cada año, refiriendo las actividades realizadas y las condiciones de vida de la beneficiaria, con la rendición de cuentas correspondiente.

Sexto. La beneficiaria podrá realizar por sí misma sin intervención alguna del administrador apoyo, todos los actos necesarios para cumplir con las exigencias de la vida cotidiana y de todos aquellos para los que su capacidad de obrar no ha sido expresamente limitada en esta resolución.

Séptimo. Dispone que se dé cuenta al Registro civil para la anotación de este Decreto como nota marginal en la partida de nacimiento de la beneficiaria⁹⁴.

Este largo ejemplo sirve para ilustrar una gran realidad del actual sistema civil italiano de protección de las personas en situaciones de vulnerabilidad: se configura a partir del principio de necesidad y de proporcionalidad y se articula su eficacia a partir del poder reservado al juez tutelar para que pueda atender, con la máxima individualización, las concretas exigencias de cada caso del que tenga que conocer⁹⁵.

5.2.2 La actuación del asistente en la esfera personal y patrimonial de la persona protegida

Sería deseable encontrar este nivel de concreción y detalle en las resoluciones que puedan dictarse por los tribunales de primera instancia en Cataluña, con base en la aplicación del artículo 226 CCCat⁹⁶. La jurisprudencia italiana sí ha potenciado mayoritaria-

⁹⁴ Otras resoluciones analizadas sobre las funciones atribuidas al administrador de apoyo son las siguientes: Decreto de 11 de octubre de 2007 (Tribunal de Módena), 21 de enero de 2006 (Tribunal de Milán), 3 de julio de 2006 (Tribunal de Milán), 24 de febrero de 2005 (Tribunal de Módena), 4 de octubre de 2007 (Tribunal de Módena), 30 de julio de 2008 (Tribunal de Lodi), 14 de diciembre de 2007 (Tribunal de Roma), consultables en la web www.personaedanno.it.

⁹⁵ *Cfr.* VISINTINI, G., «Le ragioni della riforma», en FERRANDO, G., *L'amministrazione di sostegno*, *cit.*, p. 17.

⁹⁶ La única resolución encontrada a fecha de terminación del trabajo, el Auto de 26 de octubre de 2012 de la Audiencia Provincial de Lleida, determina en cuanto a las funciones del asistente, como señalábamos en la nota 9, que son estrictamente patrimoniales y dentro de éstas solo las actuaciones que lleven consigo la modificación, aumento o disminución significativa del patrimonio del asistido, y que el asistente deberá rendir cuentas anualmente al Juzgado de su tarea. De lo que se deduce un interés por limitar en lo posible la tarea a realizar por el asistente, así como por asegurar el control externo de la misma. No se entra a delimitar el alcance jurídico de dichas funciones, ni si éstas quedan vedadas a la

mente el recurso a la figura del administrador de apoyo, precisamente a través de este recurso a la clasificación detallada de los actos, del objeto de la protección a la persona vulnerable. Se expresa lo que ésta no puede hacer y lo que sí puede hacer, se concreta lo que ha de hacer con asistencia del administrador de apoyo. Se asignan directamente una serie de cometidos al administrador para que actúe en representación exclusiva de la persona vulnerable y, por último, se detallan las actuaciones que precisan de autorización judicial. Y esto es posible, entre otras cosas, porque la normativa es clara en cuanto a los términos jurídicos empleados. No puede decirse lo mismo de la normativa catalana, en la que debemos preguntarnos en primer lugar, qué ha querido decir exactamente el legislador con la propia palabra *asistencia*, puesto que dentro del propio Libro II, se utiliza para referirse a figuras distintas. Además de las funciones atribuidas al asistente en el artículo 226-2 CCCat, la asistencia tiene otro significado en los artículos 222-42 y 223-1.a) (así como en los arts. 223-4.2, 223-4.3 o 223-8), en los que se invoca la función de «asistencia» que corresponde a tutor y curador sobre la persona tutelada o en curatela⁹⁷. En estos artículos, «asistencia» significa complemento de capacidad para que el acto sea plenamente eficaz cuando lo realiza una persona sometida a tutela o curatela, es decir, la intervención del tutor o del curador en el ejercicio de sus funciones, y no el cargo de protección específico del artículo 226-1 y ss. Por consiguiente, hay que ir con cuidado para no mezclar ni confundir estas dos acepciones del término «asistencia», aunque, como se verá, no dejan de tener muchos puntos de coincidencia.

En segundo lugar, está el verbo *intervenir*, que se emplea como definitorio de las actividades que realiza el asistente en el ámbito patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226-2.3 CCCat. Se ha dicho que el recurso a tal vocablo ha causado cierta perplejidad en la doctrina⁹⁸, ¿cómo habría de ser de otra

persona asistida, aunque es razonable pensar que Tribunal está estableciendo que el asistente las realizará «en representación» del asistido.

⁹⁷ Artículo 222-42 CCCat: «el menor tutelado que adquiere bienes con su actividad tiene, a partir de los dieciséis años, facultad para administrarlos, con la *asistencia* del tutor en los supuestos a que se refiere el artículo 222-43». Artículo 223-1.a) CCCat: «los menores de edad emancipados, si los progenitores han muerto o han quedado impedidos para ejercer la *asistencia* prescrita por la ley, salvo el menor emancipado por matrimonio con una persona plenamente capaz».

⁹⁸ Me refiero a las alusiones expresas de Ribot al artículo publicado en 2011 por quien suscribe (DE BARRÓN ARNICHES, P., «La acumulación de instituciones de protección de la persona en el nuevo Libro II del Codi civil de Catalunya», en FLORENSA I TOMÀS, C., y FONTANELLAS MORELL, J. M. (coords.), *La Codificación del Derecho civil de Cataluña: Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Madrid, 2011, p. 231), en su ponencia presentada en Tossa de Mar el 20 de septiembre de 2012, en prensa (RIBOT IGUALADA, J., *L'assistència: abast i limitacions*, cit., p. 39).

manera? El legislador catalán crea una nueva figura de protección, sin precedentes en nuestro derecho, y para definir su contenido decide acudir a una terminología «jurídicamente neutra (...) que no corresponde a ninguna categoría jurídica tipificada legalmente»⁹⁹. A la espera de que se vaya extendiendo la aplicación práctica de la figura y, con ello, de que tenga lugar una interpretación judicial del término, la doctrina comienza a razonar sobre cuál deba ser el significado de la palabra *intervenir*, como función que se atribuye al asistente en el ámbito patrimonial del asistido. De la lectura detenida del apartado tercero del artículo 226-2 CCCat, cabe sostener que la *intervención* del asistente siempre y solo se refiere al ámbito patrimonial, y puede consistir en actuar conjuntamente con el asistido o actuar sólo en la realización de ciertos actos de administración del patrimonio. Con respecto al primer supuesto, se sostiene que lo más coherente es aproximar esta *intervención* a la *asistencia* que presta el curador, es decir, a modo de complemento de capacidad¹⁰⁰. En coherencia con este planteamiento, el artículo 226-3 CCCat predicaría que la falta de intervención del asistente desemboca en la anulabilidad del acto. Ciertamente, esta interpretación tiene la dificultad de explicar cómo se puede complementar la capacidad de alguien que no está incapacitado ni siquiera parcialmente, sin embargo considero que es la que mejor se compadece con el resto de la regulación, lo que probablemente pretendió el legislador al redactar este precepto¹⁰¹. Es coherente también con el artículo 226-6 CCCat que obliga al asistente –verdadera obligación y no facultad del juez de solicitarlo, a diferencia de la guarda de hecho– a rendir cuentas si ha administrado los bienes de la persona asistida. No se trata de un complemento por falta de suficiente capacidad de obrar, sino fundamentada en la propia voluntad de la persona que solicita del juez un complemento o una asistencia¹⁰². Cabe pensar en el complemento de capacidad de los menores emancipados que regula el artículo 211-12 CCCat, porque según el artículo 211-7 CCCat, el emancipado actúa jurídicamente

⁹⁹ Palabras textuales del profesor Rivero, *cf.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Persona y Familia...*, *cit.*, p. 423.

¹⁰⁰ *Cfr.*, DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., y BOSCH CAPDEVILA, E., «Les institucions de protecció de la persona en el Dret Civil de Catalunya, novembre 2010, consultable en http://www.recercat.net/bitstream/handle/2072/179315/institucions_proteccio_dretcivil.pdf?sequence=1. Véase también, COROMINAS MALET, A., «L'assistència», en LUCAS ESTEVE, A., *Dret civil català, vol II, Persona y Familia*, Barcelona, 2012, p. 175.

¹⁰¹ Y con ello, doy un paso adelante respecto a la opinión vertida en mi artículo del año 2011, véase DE BARRÓN ARNICHES, P., *La acumulación de instituciones...*, *cit.*, p. 232.

¹⁰² De nuevo, se percibe poca distancia entre la figura de la asistencia y la del apoderamiento voluntario para determinados supuestos de enfermedad o disminución, salvo la muy relevante del control de la medida por parte de la autoridad judicial. *Cfr.* entre la doctrina italiana que ha tratado la cuestión, BONILINI, G., *Commentario artt. 409 e 410*, *cit.*, p. 356, y SAVORANI, G., *La designación del administrador...*, *cit.*, p. 338.

como si fuese mayor de edad, o sea, con plena capacidad de obrar pero necesita la intervención para complementar su capacidad, del cónyuge mayor de edad si está casado, de los progenitores o, en su defecto, del curador. Insisto, no siendo una solución absolutamente válida en su aplicación al asistido, porque éste es plenamente capaz y el menor emancipado sólo se asimila al mayor de edad, es decir aún no lo es, sí parece ser la solución que el legislador catalán ha querido establecer en el artículo 226-3, en nada comparable con el artículo 405 y concordantes del *Codice civile*¹⁰³.

Habría una segunda *intervención* de asistente, que se refiere a su actuación en solitario –sin la persona asistida– para realizar ciertos y determinados actos de administración ordinaria del patrimonio de ésta. El juez, a petición del propio asistido, le da potestad para llevar a cabo estos actos, aunque sin privar por ello de capacidad para realizarlos también al propio beneficiario de la medida. Por último, habría que plantearse la calificación que cabe otorgar a la actuación del asistente en el ámbito personal del asistido, especialmente cuando se refiere a cuestiones relacionadas con la salud.

Sobre estas dos actuaciones del asistente, y a los efectos de cooperar en cuanto sea posible a la compleja tarea que se le presenta al órgano judicial de interpretación del artículo 226-2 CCCat, podemos preguntarnos si en Cataluña cabe que el asistente, además de los supuestos en que *intervenga* complementando la capacidad del asistido (aunque es una persona capaz y actúa por sí), pueda tener también en algún caso la facultad de representarle ante terceros, de actuar por su cuenta con plena eficacia jurídica.

En primer lugar respecto al ámbito personal de la persona asistida, como la definición legal habla de «velar por su bienestar» las funciones que puede atribuir el juez pueden ser muy amplias y variadas, y referirse tanto a aspectos materiales como jurídicos, en función del tipo de apoyo que precise la persona vulnerable. Pero en relación al aspecto muy sensible de la salud el legislador ha concretado bastante: «corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento a que se refieren, respectivamente, los artículos 212-1 y 212-2, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas». El asistente suple, es decir, representa, actúa en nombre de o por cuenta del

¹⁰³ Ya hemos comentado que el apartado quinto de este artículo detalla, en cuanto al contenido del decreto de nombramiento del administrador de apoyo, que el juez deberá especificar el objeto del encargo, y contempla, por un parte ciertos actos que el administrador tiene potestad para realizar en nombre y representación del beneficiario, y por otra ciertos actos en los que es el beneficiario quien actúa pero ha de contar necesariamente con la asistencia de su administrador de apoyo. *Cfr.* BONILINI, G., *Commentario artículo 405*, *cit.*, p. 159.

asistido para recibir información médica y para prestar consentimiento a los tratamientos médicos, pero solo si la persona asistida no ha manifestado una voluntad opuesta por escrito, según lo dispuesto en el artículo 212-3.1 CCCat, y tampoco está en condiciones de decidir por sí misma en el momento en que ha de prestarse el consentimiento informado a los tratamientos médicos¹⁰⁴. La fuente de este poder de representación atribuido al asistente tendría que buscarse en la propia voluntad del asistido, una persona completamente capaz que en su momento decidió solicitar el nombramiento de un asistente con plena constancia de las consecuencias legales del otorgamiento de esta medida de protección. El asistente le puede representar en las decisiones relativas a su salud, pero siempre subsidiariamente, es decir, si la persona ya manifestó en un documento de voluntades anticipadas quién debía ser, en sustitución suya, el que recibiera la información y decidiera sobre los tratamientos médicos, no procede nombrar a un asistente o, al menos, no procede asignarle esta tarea. A diferencia de esta solución legal prevista en Cataluña, en Italia no se reguló nada sobre el papel del administrador de apoyo en relación con temas de salud del asistido y este vacío legal ha generado, como mínimo, soluciones diversas de los diversos tribunales tutelares¹⁰⁵.

En el ámbito patrimonial cabe plantearse también la representación del asistente en relación a la administración de los bienes a que hace referencia el artículo 226-2.3 CCCat. Literalmente dice este artículo: «A petición de la persona asistida, la autoridad judicial también puede conferir al asistente funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta de realizar actos de esta naturaleza por ella misma». Y el fundamento es el mismo que en el caso del complemento de capacidad: la voluntad de la persona asistida –nunca puede ordenarlo el juez de oficio–, que en el momento de la interposición de la demanda, solicita que el asistente asuma funciones

¹⁰⁴ Señala Rivero Hernández que la cuestión más delicada que puede plantearse en la práctica es la que atañe a la delimitación de los casos en que la persona protegida está en condiciones de decidir por sí misma y cuándo no, situación esta que transfiere la competencia al asistente. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Persona y Familia...*, cit., p. 422, con referencia expresa a los artículos 6 y 7.2.a) de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre el Derecho de información concerniente a la salud y la Autonomía del paciente. Véase también, BARDAJÍ GALVEZ, M.ª D., «Instituciones tutelares como formas de protección del incapacitado en derecho civil catalán (especial referencia a la asistencia)», en LLEBARÍA SAMPER, S. (coord.), *Un codi per al Dret civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme?*, Barcelona, 2011, p. 194.

¹⁰⁵ Lo más habitual es que los jueces determinen que el administrador de apoyo realice una función de asistencia al beneficiario, que es quien presta el consentimiento informado en los temas concernientes a su salud, pero con complemento de capacidad. Cfr. Decretos de 21 de enero de 2006 (Tribunal de Milán) y 11 de octubre de 2007 (Tribunal de Módena), arriba citados.

de administración de su patrimonio. El paralelismo con los poderes preventivos vuelve a plantearse con claridad, el legislador catalán ha pretendido poner en manos de las personas vulnerables pero no incapaces, un instrumento con el que –contando con el auxilio de la autoridad judicial–, puedan diseñar una solución a medida para su disminución, solución que lleva consigo la voluntaria dejación, siempre parcial, de su capacidad de actuar en el tráfico jurídico. La administración que cabe atribuir al asistente se limita a la ordinaria, sin que se pueda ampliar a la administración extraordinaria, como resulta no solo de este precepto sino también del artículo 226-6 CCCat¹⁰⁶. Sin embargo, si la administración atribuida al asistente implica su capacidad de representación del asistido, parece una contradicción que estos mismos actos para los que existe la asistencia pueda llevarlos a cabo por sí solo el asistido. Esto es, que la legitimación para administrar que se confiere al asistente no sea incompatible, sino todo lo contrario, con la facultad de la persona asistida de seguir administrando sus bienes en consonancia con su inmodificada capacidad de obrar. Nada de esto ocurre en Italia, donde la legislación ordena al juez delimitar cuales son los actos que no podrá ya realizar el beneficiario de la medida de protección, porque han sido atribuidos al administrador de apoyo que ostenta la representación exclusiva de éste con respecto a tales actos relacionados en el decreto de nombramiento. Es evidente que la aplicación de la norma catalana puede causar importantes disfunciones, por una parte por la posibilidad de actos incompatibles realizados por asistente y asistido¹⁰⁷ y, por otra, porque el artículo 226-3 CCCat contempla la anulabilidad de los actos de la persona asistida realizados sin la intervención del asistente, con lo que parece que se está presuponiendo una falta de capacidad en el asistido.

La primera solución que podría apuntarse hace referencia a la relación interna entre ambos sujetos de derecho. La persona asistida debe contar con que si solicita que su asistente ejerza funciones de administración, éste va a poder actuar en su nombre y, en consecuencia, es indispensable la mutua información y toma de decisiones conjuntas respecto de los actos que el asistido pretenda realizar

¹⁰⁶ En este sentido, cabe entender que la administración ordinaria que ha de realizar el asistente es muy similar a la que ejerce el guardador de hecho, sobre la que ya se han pronunciado los tribunales españoles, *cf.*, por ejemplo, SAP de Huelva, 4 de marzo de 2009 (JUR 275451), en la que se declara que el guardador puede cobrar las pensiones de la beneficiaria de la protección y aplicar su importe a cubrir las necesidades personales de la misma. Según la SAP Valladolid, 1 de febrero de 2005 (AC 550), el guardador tiene legitimación para rescatar un plan de pensiones y dedicarlo al sostenimiento de la persona en guarda.

¹⁰⁷ Ocurre lo mismo en el derecho alemán, *cf.* GARCÍA-RIPOLL MONTIJAÑO, M., «La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», *Actualidad Civil*, 1999, p. 579.

por sí mismo. De la misma manera, se muestra decisivo conocer con exactitud cuáles son los actos en los que es necesaria la intervención del asistente, solo o complementando la actuación legítima del asistido, para evitar posibles impugnaciones de los actos realizados. Por ello, parece conveniente la interpretación de esta norma en el sentido de exigir del juez que concrete cuáles son los actos de administración ordinaria que va a realizar el asistente y, entonces sí, la administración corresponde en exclusiva al asistente respecto a dichos actos, mientras que la persona asistida, en uso de su capacidad de obrar, puede realizar por sí sola el resto de los actos de administración y todos los de disposición, a la manera en que se prevé para el incapacitado parcialmente y su curador en el artículo 223-6 CCCat: unos actos de administración ordinaria del patrimonio los realiza el curador –en nuestro caso el asistente– por disposición judicial, y otros actos –diferentes, el resto de los no atribuidos expresamente– los realiza el asistido¹⁰⁸.

En el ejercicio de las funciones de administración, por analogía con el artículo 222-40 CCCat, debe exigirse la diligencia de un buen administrador al asistente, con la correspondiente responsabilidad si no alcanza ese estándar. El artículo 226-6 CCCat al remitirse al régimen jurídico de la tutela, lo hace expresamente a la normativa sobre rendición de cuentas ante el juez. Hay otras normas de tutela que es factible aplicar al asistente que administra el patrimonio del asistido, por ejemplo, el artículo 222-23 CCCat que dispone que se debe «depositar o tener en lugar seguro los valores, joyas, obras de arte y demás objetos preciosos (...), y debe comunicarlo al juzgado».

En todo caso, la asistencia debe tener un ámbito no solo parcial sino también reducido, es decir, no tiene que referirse a todos los actos jurídicos de la persona asistida. Es una consecuencia directa del principio de necesidad, y de la coexistencia que se pretende con otros cargos de protección más definidos en cuanto a su contenido, como el del tutor y el curador. Las funciones del asistente deben ser las necesarias para el cuidado de la persona o los bienes de quien solicita la medida. El principio de necesidad demanda que la esfera de libertad y autonomía de la persona asistida no quede más afectada de lo estrictamente necesario. Ahora bien, tratándose de

¹⁰⁸ Artículo 223-6 CCCat: «la sentencia de incapacitación puede otorgar al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de ésta para hacer los demás actos de esta naturaleza por ella misma». Cabe que un curador solo asuma algunas funciones de representación de la persona protegida, que seguiría gozando de capacidad para los otros actos jurídicos. *Cf.* ZURITA MARTÍN, I. y su análisis sobre los negocios inter vivos realizados por ancianos no incapacitados, en su obra, *Protección civil de la ancianidad*, Madrid, 2004, pp. 222 y ss.

enfermedades degenerativas, a la vez es oportuno prever, en la medida de lo posible, la evolución psíquica o física futura de la persona necesitada, al tiempo de constituir la asistencia para otorgarle la máxima flexibilidad, sin perjuicio, por supuesto de ulteriores modificaciones futuras, si fueran necesarias. Así, aunque es la persona que necesita asistencia para el cuidado de su persona o bienes quien solicita el nombramiento de asistente, el artículo 226-2.1 CCCat establece que es el juez quien, en la resolución de nombramiento, «determina el ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses de los que debe cuidar el asistente». Queda claro, pues, que compete solo al juez fijar el contenido de la asistencia, aunque esta conclusión hay que interpretarla con la suficiente laxitud, puesto que como ya hemos comentado, la fuente de la capacidad de actuación que se otorga mediante este procedimiento al asistente, es la propia voluntad de la persona que solicita la asistencia, la cual expresa cuáles son los actos para los que precisa al asistente, y el juez debe atender esta manifestación. Bajo estas premisas, el arbitrio judicial se extiende tanto a la decisión de si la asistencia comprende el ámbito personal, el patrimonial, o ambos, y dentro de cada uno de los ámbitos, los concretos intereses que debe cuidar el asistente, al modo en que los jueces italianos vienen delimitando, de acuerdo con las peculiaridades de su propia normativa, las funciones del administrador de apoyo.

6. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA FIGURA DE PROTECCIÓN

6.1 MODIFICACIÓN DE LA ASISTENCIA

La modificación y la extinción de la asistencia quedan expresamente previstas en el CCCat y se explican conjuntamente por la propia flexibilidad de la figura, así como por el principio de proporcionalidad que preside todas las medidas de protección. De manera que si las circunstancias que motivaron el nombramiento de un asistente cesan o son objeto de una modificación relevante es claro que la medida de protección también deberá sufrir la misma suerte, siempre bajo el criterio del interés de la persona sujeta a una discapacidad o disminución.

La asistencia puede ser modificada en el alcance de sus funciones. Esta modificación puede consistir tanto en la reducción como en la ampliación de las funciones del asistente, siempre que ello sea necesario en atención a las circunstancias o, lo que es lo mismo,

al interés de protección de la persona asistida¹⁰⁹. La asistencia, pues, no se presenta como una institución rígida ni en su constitución ni en su desarrollo, pudiendo acomodarse a la evolución de la persona asistida, ya sea reduciendo o ampliando los actos en que la intervención del asistente deviene necesaria o confiriéndole más ámbitos de administración ordinaria exclusiva. Solo la autoridad judicial puede acordar la modificación.

La modificación de la asistencia puede producirse a instancia de parte, incluida la persona asistida, según dispone el artículo 226-4.1 CCCat, pero no sólo de la persona asistida, con lo que se produce una diferencia radical con el proceso de constitución de la asistencia en el que solo goza de legitimación activa la persona necesitada. Literalmente, cualquiera podría interesar la modificación de la asistencia de otra persona, pero eso no sería razonable. Puede apuntarse que el legislador debe estar pensando en los familiares de la persona asistida o cualquiera de las personas que, conforme al artículo 222-14 CCCat, está obligada a promover la constitución de la tutela, incluido el Ministerio Fiscal. El asistente, por su parte, sólo está obligado a comunicar las circunstancias que aconsejen una modificación de la asistencia a la autoridad judicial. En cualquiera de los dos casos, a petición de parte legitimada o sobre la base de la comunicación presentada por el asistente, la modificación es ordenada mediante resolución judicial. Y parece que, en el segundo caso, nos encontraríamos ante una actuación de oficio, por cuanto el asistente no insta la modificación sino que cumple su obligación de notificar, y es el juez quien actúa. Esta situación, por otra parte, será previsiblemente la más frecuente, pues lo lógico es que sea el asistente el que sepa cómo está la persona asistida, si ha empeorado su salud, o se ha mermado su facultad volitiva. A través de esta información proporcionada al juez se articula una vía para la adaptación de la asistencia a las nuevas situaciones de la persona, que vayan produciéndose.

En Italia el planteamiento parece ser justo el contrario, a mi parecer excesivamente alejado de nuestra normativa que configura esta medida de protección desde el más escrupuloso respeto a la voluntad del beneficiario de la misma. En efecto, en el contexto de la máxima flexibilidad en que se desarrolla la administración de apoyo, la modificación es una parte connatural de la misma y se configura como una potestad que corresponde al órgano judicial.

¹⁰⁹ Rivero Hernández apunta que, además de la ampliación o reducción de funciones, cabría por esta vía, la modificación consistente en la mejora de la forma de ejercer el cargo o de obtener una mayor eficacia de las funciones ejercidas por el asistente, todo ello a la vista de la relación que se haya dado hasta ese momento entre asistente y asistido. *Cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Persona y Familia...*, cit., p. 430.

La legislación prevé que el juez pueda adoptar medidas urgentes incluso antes de nombrar al administrador de apoyo si las circunstancias lo aconsejan, que pueda prorrogar un nombramiento caducado y, por supuesto, según reza literalmente el artículo 407 CCIt que, en cualquier momento, pueda modificar o completar, también de oficio, las resoluciones del Decreto de nombramiento. Dentro de esta capacidad de actuación del órgano judicial, de su tarea de gestionar la propia figura de protección durante su vigencia¹¹⁰, quedaría incluida también la modificación consistente en el nombramiento de un nuevo administrador de apoyo cuando se ha procedido a la remoción de quien había sido nombrado en un principio¹¹¹. Aunque todo ello no excluye que se puedan acordar modificaciones a instancia de parte no parece ser éste el supuesto que se plantea el legislador.

6.2 EXTINCIÓN DE LA ASISTENCIA. LA CONVENIENCIA DE FAVORECER LA TEMPORALIDAD DE LA MEDIDA

Respecto a la duración de la asistencia, podemos destacar en primer lugar la aportación del Derecho italiano que prevé expresamente la temporalidad de esta medida de protección, de hecho el juez ha de indicar por cuánto tiempo nombra al administrador, aunque después esté prevista la prórroga o incluso que el nombramiento se fije por tiempo indeterminado¹¹². Este planteamiento de la figura como temporal parece adecuado porque resulta acorde con el principio de proporcionalidad y con los criterios marcados desde la Unión Europea¹¹³, así como con lo dispuesto en otras legislacio-

¹¹⁰ Téngase en cuenta que la legislación italiana obliga a fijar en el decreto de nombramiento, la periodicidad con que el administrador de apoyo ha de ir informando y dando cuentas al juez del desempeño de su tarea, además debe ser informado siempre que haya desacuerdos entre el beneficiario y el administrador. *Cfr.* artículos 405 y 410 CCIt. Resulta ejemplificativa, en este sentido, la modificación parcial del Decreto de nombramiento de un administrador de apoyo que ordenó el Tribunal de Módena mediante resolución de 10 de octubre de 2005, en la que se establecía la suspensión temporal del encargo a la persona designada como administrador de apoyo, durante el plazo de 60 días. En concreto se suspendía su encargo de administrar la pensión del beneficiario, de 500 € mensuales, y ello a partir del informe presentado por el propio administrador en el que refería la oposición constante del anciano al que tenía el encargo de proteger, y advertía del grave peligro para su salud, que la situación de tensión generada entre ambos podía llegar a provocar. *Cfr.* CASSANO, G., *L'Amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, cit., p. 336.

¹¹¹ *Cfr.* el procedimiento de remoción que prevé el artículo 413 CCIt, al que me refiero más en concreto en el apartado octavo de este trabajo.

¹¹² Artículo 405 CCIt.

¹¹³ *Cfr.* Principio 14 de la Recomendación núm. R 99 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

nes del entorno, como la alemana o la francesa¹¹⁴. Sin embargo, lamentablemente en Cataluña no cabe el transcurso de un plazo como causa de terminación de esta institución, sino que es necesario poner de manifiesto el cambio de la situación objetiva o subjetiva que haga innecesaria la permanencia de la figura de protección.

Así, el artículo 226-5 CCCat determina en su apartado primero tres causas de extinción: a) el fallecimiento y la declaración de fallecimiento o de ausencia de la persona asistida; b) la desaparición de las circunstancias que determinaron su constitución; c) la incapacitación de la persona asistida. La primera de las causas es estrictamente objetiva: si muere la persona asistida o se declara su ausencia, la asistencia pierde su sentido, pues no hay funciones que cumplir. La tercera es una consecuencia del carácter no incapacitante de la asistencia: si la persona queda sin facultades intelectivas y resulta incapacitada, la asistencia no es el cargo protector idóneo, sino que procede la tutela o la curatela. Pero la ley no habla de incapacidad natural sobrevenida como causa de extinción. Expresamente exige que se incapacite a la persona que antes estaba sujeta al régimen de la asistencia. Lo cual permite entender que esa falta de capacidad no declarada en un procedimiento de incapacitación, encaja mejor en la segunda de las causas previstas, esto es, la desaparición de las circunstancias por las que se constituyó la asistencia. Así, la pérdida de facultades intelectivas lo mismo que la remisión de la disminución física o psíquica de la persona conducen a la innecesariedad de la asistencia, o bien porque es preciso una medida de otro orden, o bien porque ya no es procedente ninguna medida de protección: la persona puede actuar por sí sola en todos sus ámbitos y el asistente, que recordemos tiene carácter subsidiario, deviene prescindible. El artículo 226-5.2 CCCat indica que la autoridad judicial debe declarar el hecho que da lugar a la extinción de la asistencia y debe dejar sin efecto el nombramiento del asistente.

En cuanto a la legitimación activa para solicitar la extinción de la asistencia, de nuevo se establece que la autoridad judicial pueda decidir «a instancia de parte», es decir, de persona que no sea ni la asistida ni el asistente, pues la legitimación de este ya la especifica el artículo 226-4.2 CCCat, limitándola a la obligación de comunicar al juez cualquier modificación de las circunstancias que afectan

¹¹⁴ Según el artículo 69 de la Ley de Jurisdicción voluntaria de Alemania, la duración de las medidas de protección ha de ser limitada, y han de ser sometidas a revisiones periódicas. En sentido parecido, la Ley francesa de Protección de Mayores de 2007 pone de manifiesto que el criterio rector de la proporcionalidad implica, no sólo que las medidas hayan de adaptarse a cada caso en particular y revisarse regularmente, sino que tengan un tiempo de caducidad; en concreto la salvaguarda de justicia caduca al año (pudiéndose renovar por otro nuevo año).

a la persona asistida. Por consiguiente, en consonancia con cuanto he dicho antes, entiendo que están también legitimados los familiares más próximos de la persona asistida, quizá pensando en los casos en que la persona protegida ya no se encuentra en condiciones de solicitar la extinción. Si la causa de la extinción es la mejoría física o psíquica de la persona asistida, lo lógico es que fuera ella misma quien lo solicitara, pero si no lo hiciera, de la misma forma que cuando me refería a la modificación de la figura de protección, cabe entender que, a partir de la obligación de informar que afecta al asistente, pueda articularse una extinción de oficio por parte del juez, para adaptarla a la nueva situación de la persona capaz, entre otras cosas porque tal solución está en consonancia con el principio de mínima intervención y, además, establece un cauce para que el asistente pueda liberarse de una responsabilidad que ya no procede por causas objetivas. Si la causa fuera, en sentido inverso, la incapacidad natural sobrevenida de la persona asistida, el informe del asistente previsto en el artículo 226-4.2 CCCat puede conducir al juez al convencimiento de que ya no concurren las circunstancias para la asistencia y, en consecuencia, a decidir, por un lado la extinción de la figura por desaparición de las circunstancias que motivaron su constitución y, por otro, el traslado del preceptivo informe al Ministerio Fiscal para que inste la incapacidad de la persona vulnerable¹¹⁵.

En cualquier caso, no debe olvidarse que la asistencia es una institución de protección de constitución judicial, luego sólo por este cauce podrá extinguirse. En este punto, la asistencia se aleja del mandato o de los poderes preventivos con los que la equiparábamos en el momento de su constitución. La asistencia se constituye por la sola voluntad de la persona que precisa de protección pero no puede extinguirse sólo por esta causa, sino que ha de concurrir alguno de los motivos tasados en la norma y que el juez lo determine mediante la correspondiente resolución.

7. LOS ACTOS DEL ASISTENTE Y DEL ASISTIDO EN EL TRÁFICO JURÍDICO. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Cabe plantearse en este apartado las consecuencias de la actuación del asistente y del asistido en el tráfico jurídico, esto es, desde la perspectiva de la defensa de los intereses de los terceros que

¹¹⁵ En el derecho italiano esta posibilidad queda expresamente recogida en el artículo 413 CCI.

interactúan con uno y con otro, la posibilidad de impugnación de los actos jurídicos contrarios a Derecho. Así, son varios los problemas que pueden plantearse, especialmente si el juez no ha delimitado con total precisión el contenido de su resolución, qué actos de administración ordinaria de los bienes corresponden a uno o a otro, qué requisitos ha de observar el asistido para realizar válidamente ciertos actos por ejemplo de disposición de los bienes etc. En primer lugar, podría darse el solapamiento de actos del asistente con los del propio asistido y, en segundo lugar, podría ocurrir que fuera necesario anular ciertos actos realizados sin la intervención del asistente impuesta por el juez.

Con respecto al primer problema apuntado, la doctrina ha defendido que si se dan solapamientos entre los actos del asistente y del asistido deberán aplicarse las reglas generales sobre doble disposición válida¹¹⁶ y, además, es evidente que el tercero perjudicado por la incompatibilidad de los actos simultáneos del asistente y del asistido, podrá instar la acción de responsabilidad y solicitar una indemnización por daños y perjuicios al asistido, que es plenamente capaz y que, en su caso, podrá repetir contra el asistente, si no le ha informado adecuadamente de los actos realizados en su representación, o por haber actuado en contra de sus deseos o intereses.

Por su parte, la anulabilidad de los actos del asistido realizados sin la intervención –cuando es necesaria– del asistente, queda expresamente prevista en el artículo 226-3 CCCat, de un modo muy similar al que se prevé para la anulación de los actos de quien está incapacitado parcialmente y sometido a curatela (art. 223-8 CCCat). Tiene legitimación para solicitar la anulabilidad de estos actos la propia persona asistida o el asistente, el tutor –si se llega a incapacitar a la persona vulnerable–, y los herederos de la persona asistida –si esta fallece–. En todo caso, el plazo para entablar la acción de anulación es el habitual de cuatro años, que se cuenta desde la celebración del acto jurídico –para la anulación instada por el asistente o por el asistido–, desde el fallecimiento de la persona asistida –para los herederos– o desde la constitución de la tutela –para el tutor–. Así pues, la norma, tal y como está redactada, podría permitir al asistido ir contra sus propios actos, de una manera que incluso cabría calificar de contraria a la buena fe, por lo que se hace necesaria una interpretación correctora de la norma de manera que la legitimación del asistido sólo nazca en el momento en que se extinga la asistencia, si esto llega a suceder, a la mane-

¹¹⁶ Habría que recurrir al criterio de la prioridad en el tiempo y al de la buena fe, entre otros. Cf: RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Persona y Familia...*, cit., p. 425.

ra en que se prevé para el menor emancipado o para el sujeto a curatela.

Es claro que esta norma exige una interpretación restrictiva, básicamente porque la anulabilidad presupone la falta de capacidad de obrar y la persona asistida conserva su capacidad de obrar plena. Tal contradicción no puede salvarse fácilmente, y el juez no tiene la facultad de obviar esta consecuencia impuesta por el legislador, cuando se dan los presupuestos de la misma. Se muestra imprescindible, por tanto, la concreción máxima de la resolución judicial para saber cuáles son los actos que requieren la intervención del asistente, pues solo estos podrán ser anulados. Solo pueden serlo aquellos que estén relacionados con las funciones de la asistencia, y siempre que se trate de actos jurídicos, por lo que se puede sostener que siempre serán actos relacionados con la administración del patrimonio de la persona asistida, y que ésta haya realizado por sí sola sin la intervención del asistente¹¹⁷. Con respecto a los terceros, el régimen de anulabilidad implica que el negocio jurídico viciado que ha concertado con una persona sujeta a este régimen de protección resulta válido y eficaz, produce todos sus efectos jurídicos mientras no se inste la acción, o si transcurre el plazo de prescripción sin que se interponga.

En este punto conviene analizar la solución que propone el derecho italiano en el artículo 412 CCIt, que regula conjuntamente los actos del administrador de apoyo y del beneficiario de la medida y establece el remedio de la anulabilidad en los siguientes términos: «Los actos realizados por el administrador de apoyo con violación de disposiciones legales o extralimitándose con respecto del objeto del encargo recibido o a los poderes otorgados por el juez, puede ser anulados a instancia del administrador de apoyo, del Fiscal, del beneficiario o de sus herederos o causahabientes. Pueden ser igualmente anulados a instancia del administrador de apoyo, del beneficiario, o de sus herederos los actos realizados personalmente por el beneficiario con violación de las disposiciones legales o de las contenidas en el decreto que instituye la administración de apoyo. Las acciones descritas prescriben en el plazo de cinco años. El plazo se inicia en el momento en que cesa la sujeción al régimen de protección de la administración de apoyo»¹¹⁸. El sistema italiano prevé un régimen de anulabilidad más completo que el catalán, que afecta a los actos contrarios a la ley o a las instrucciones del juez tutelar tanto del asistente como del asistido, inspirado en el

¹¹⁷ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Persona y Familia...*, cit., p. 423. El remedio de la anulabilidad nunca puede afectar al ámbito personal del sujeto asistido.

¹¹⁸ Artículo 412 CCIt, la traducción es mía. Cfr. CASSANO, G., *L'Amministrazione di sostegno nella giurisprudenza*, cit., pp. 89-102.

régimen de anulabilidad de la curatela y del menor¹¹⁹ con legitimación del ministerio público en orden a una eficaz sanción de cualquier incumplimiento, en cualquier sentido, que pueda producirse durante el desarrollo de la figura de protección¹²⁰. Con ello se produce, obviamente, un incremento sustancial de la protección, del control de los actos, pero también un mayor acercamiento de esta figura a las que llevan consigo la limitación de la capacidad de actuar de la persona vulnerable.

En Cataluña ninguna norma prevé la impugnación de los actos realizados por el asistente. Ello no es un problema en el caso de los actos que se han de realizar conjuntamente por el asistente y el asistido, porque sin la participación de ambos el acto no será completamente eficaz. La dificultad aparece con respecto a los actos que realiza en exclusiva el asistente, en los que, he sostenido, puede darse la representación o actuación por cuenta del asistido, siempre referida a la administración de los bienes. Tampoco hay disposición alguna sobre los actos que, en este ámbito, han de quedar sujetos a la obtención de autorización judicial por parte del representante. Por ello, es difícil defender directamente la aplicación analógica del artículo 222-46 CCCat, sobre la anulabilidad de los actos realizados por el tutor sin contar con la preceptiva autorización judicial. De modo que solo cabe pensar en la acción de responsabilidad para solicitar indemnización por los daños que pueda llegar a ocasionar el asistente en su actuación como administrador. La legitimación para su ejercicio será, obviamente, de la persona asistida, sus herederos y el tutor que, en su caso, pudiera ser nombrado si el asistido resultara finalmente incapacitado. Pero frente al tercero con el que se ha contratado, el acto realizado por el asistente debe considerarse plenamente válido y eficaz.

8. LA RESPONSABILIDAD DE QUIEN EJERCE EL CARGO DE PROTECCIÓN

En la línea de lo que se viene exponiendo sobre los problemas a que el ejercicio de la asistencia tal y como está regulada en Cataluña puede dar lugar, parece conveniente reflexionar sobre la responsabilidad de quién ejerce el cargo de protección. Como punto de

¹¹⁹ Cfr. BONILINI, G., «L'amministratore di sostegno», en BONILINI, G., y TOMMASEO, F., *Commentario Codice civile*, cit., p. 465.

¹²⁰ Señala Lenti que en estos casos se puede dictar la anulación incluso cuando no hay mala fe por parte del otro contratante, cfr. LENTI, L., *Los instrumentos de protección patrimonial del discapacitado...*, cit., p. 503.

partida, hay que considerar la aplicación por remisión de las normas de la tutela, que contemplan tanto la posibilidad de remoción del incumplidor como la rendición de cuentas, la cual en el caso de la asistencia solo podrá exigirse, señala el artículo 226-6 CCCat, en el supuesto de que el asistente haya administrado los bienes de la persona asistida.

La rendición de cuentas, según la dicción del artículo 222-49 CCCat, ha de efectuarse por el asistente en el plazo de seis meses desde la extinción de la medida de protección, prorrogables tres meses más por resolución judicial si hay causa justa. El asistente rendirá cuentas de sus actuaciones y, en este contexto, deberá hacerlo de todos aquellos actos de administración que no hayan redundado en beneficio de la situación patrimonial del asistido, aunque tales actos se consideren plenamente válidos frente a los terceros intervinientes en el negocio jurídico, también de todos aquellos actos que, aún siendo beneficiosos, se hayan realizado sin observar el deber de informar al asistido, o sin respetar en la medida de lo posible, sus deseos o intereses. Si el asistente muere sin haber procedido a la rendición de cuentas, se transmitirá esta obligación sus herederos. Asimismo, según el apartado siguiente del precepto, si no se observa esta obligación en el plazo previsto, el representante legal de la persona asistida o sus herederos dispondrán de tres años desde el vencimiento del plazo para reclamar la rendición de cuentas. Los gastos que se generen por la rendición de cuentas son a cuenta del patrimonio del asistido. Igualmente la rendición de cuentas será aplicable en los supuestos de cese por remoción del asistente, según se dispone en el artículo 222-50 CCCat. La propia remoción se regirá por las normas de la tutela (art. 222-33 CCCat), por cuanto el artículo 226-6 CCCat no la regula en sede de asistencia. Ahora bien, hay que resolver cómo se alega la concurrencia de la causa de remoción, pues no hay tutor ni administrador patrimonial, y es difícil que el juez de oficio pueda conocer la situación tratándose de una persona que está afectada por una disminución que no es incapacitante. Por ello, deben jugar un papel activo las personas obligadas a solicitar la constitución de la tutela, además por supuesto de la posibilidad que asiste a la misma persona asistida de poner en marcha este proceso para la remoción del asistente. Probablemente el legislador catalán debiera haber previsto un sistema más ágil de sustitución de la persona del asistente, en atención tanto a las concretas funciones que realiza el asistente en comparación con las del tutor, como a la propia situación de capacidad de discernimiento de la persona asistida evitando, así, un proceso largo como el de remoción que posee carácter judicial.

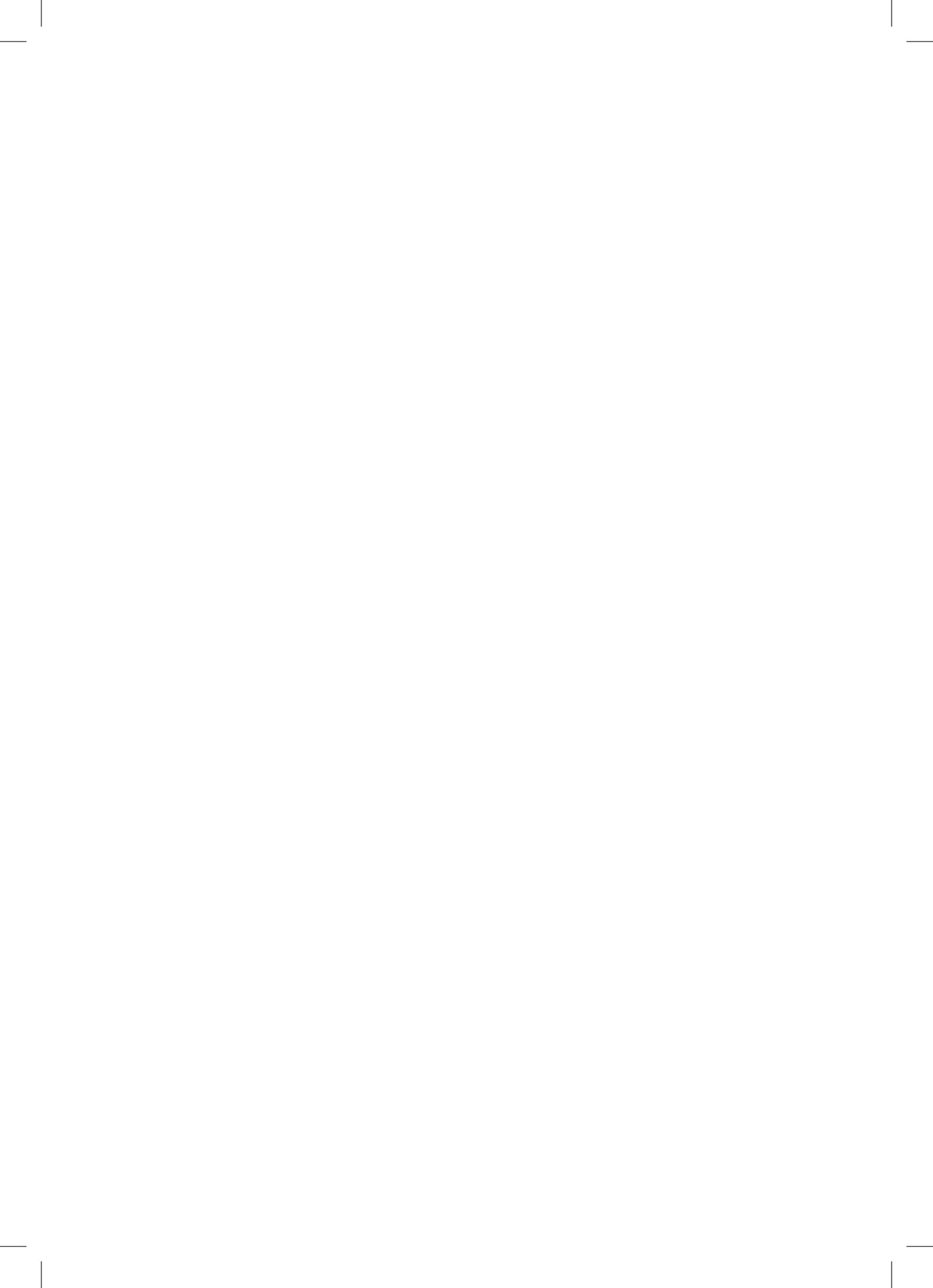
El derecho italiano sí que ha regulado más concretamente, tanto las responsabilidades que afectan al administrador de apoyo¹²¹, así como la posibilidad de adopción de diferentes medidas, incluida la revocación del cargo, en caso de que incurra en actos o decisiones perjudiciales, prescinda de su obligación de informar, o actúe con negligencia en la defensa del interés o las necesidades o deseos del beneficiario¹²². Éste, el Ministerio Fiscal o los otros sujetos designados en el artículo 406¹²³ pueden recurrir ante el juez tutelar, para que adopte mediante decreto motivado las oportunas medidas. Ello, al margen del recurso a la anulabilidad de los actos realizados por el administrador de apoyo con violación de lo dispuesto en el decreto de nombramiento o en la norma legal que ya prevé el artículo 412 CCIt, lo cual sitúa ya a la persona vulnerable en una situación de mayor protección que la prevista en Cataluña, frente a cualquier actuación en el tráfico jurídico que pudiera perjudicarlo.

El procedimiento es breve y está previsto tanto para la extinción de la propia figura de la administración de apoyo si ya no es necesaria, como para el cese o sustitución de la persona que ejerce el cargo, también por causa de haber incurrido en algún incumplimiento: se dirigirá solicitud motivada al juez tutelar la cual se notificará también al beneficiario y al administrador de apoyo, y el juez resolverá sobre esta petición mediante decreto motivado, ordenando si lo estima necesario que se le proporcione la información necesaria o que se practiquen determinadas pruebas. Por remisión al 384 CCIt sobre la remoción del tutor, se entiende que el administrador no puede ser cesado sin haber sido oído por el juez, y que éste puede pedirle toda la información que precise sobre el modo en que ha desempeñado su tarea, todo ello a los efectos de la posterior acción de responsabilidad contra el administrador doloso o negligente.

¹²¹ *Cf.*: artículo 410 CCIt.

¹²² *Cf.*: artículo 413 CCIt.

¹²³ El artículo que designa a las personas que tienen legitimación para solicitar el nombramiento de un administrador de apoyo.



Una aproximación a los contratos de instalación industrial «llave en mano» en el marco de la contratación contemporánea

LUIS HERNANDO CEBRIÁ

Profesor asociado

Departamento Derecho Mercantil «Manuel Broseta Pont»
Universitat de València

RESUMEN

El artículo analiza los contratos de instalación industrial «llave en mano» que, no obstante su creciente relevancia en el mercado, no han recibido un tratamiento dogmático específico, fuera de la aproximación desde las aportaciones del Derecho internacional. De otra parte, la concurrencia de diferentes prestaciones típicas de otras modalidades contractuales y las aportaciones desde la contratación administrativa han de ser cuidadosamente integradas en este contrato complejo de procedimiento y colaboración que, además, puede ser objeto de distintas formulaciones contractuales. Todo ello exige delimitar la posición que ocupan estos específicos contratos dentro de la contratación contemporánea, en atención a función que pueden desempeñar en la creación de crecimiento económico dentro de una economía globalizada.

PALABRAS CLAVE

Instalación industrial, «llave en mano», contratos de empresa, procedimiento, colaboración.

ABSTRACT

This paper considers the industrial facility contracts «turnkey» which, despite its growing importance in the market, have not received a specific dogmatic treatment outside of the approach from the contributions of international law. Moreover, the occurrence of different features typical of other contractual arrangements and the contributions from administrative con-

tracts shall be carefully integrated into this complex collaborative process contract that also may take various contractual formulations. This requires defining the positioning of these specific procurement contracts in the contemporary contracting, according to their potential role in creating economic growth within a globalized economy.

KEYWORDS

Industrial facility, «turnkey», business contracts, process, collaboration.

SUMARIO: I. *Introducción.* 1. Aproximación a la figura. 2. Aprehensión en el comercio internacional. Los modelos contractuales resultado de la *lex mercatoria*.-II. *Concepto, función económica, notas características y clases.* 1. Concepto. 2. Función económica. 3. Notas características. A) Contrato complejo; B) Contrato de colaboración; C) Contrato de adhesión o contrato negociado. Acuerdo marco. 4. Clases de contrato: para establecimiento mercantil o para empresa.-III. *Contratos conexos y distinción de figuras afines.* 1. Contratos conexos: las «compañías vehiculares para un específico cometido» («special purpose vehicle company») y la «financiación de proyectos» («project finance»). 2. Distinción de figuras afines. A) Del contrato de ingeniería. Referencia a la ingeniería operativa o comercial («process» o «commercial engineering»); B) Del contrato de compraventa «en globo» de cosa futura y del contrato de suministro. Referencia al contrato de construcción y compraventa de buque; C) Del contrato de licencia de patente y del contrato de transferencia de tecnología y de «saber hacer». Referencia al contrato de franquicia; D) Del contrato de arrendamiento de obra civil. Referencia al contrato combinado de «obra industrial».-IV. *Naturaleza jurídica.* 1. Acerca de la mercantilidad de los contratos de instalación industrial «llave en mano». 2. Consideraciones finales: cuestiones en torno la naturaleza jurídica de los contratos de instalación industrial «llave en mano».

I. INTRODUCCIÓN

1. APROXIMACIÓN A LA FIGURA

El desarrollo industrial y tecnológico, así como el fenómeno de la globalización, de la que participan los llamados «países emergentes», imponen la adopción de nuevos modelos contractuales. Con motivo de esta evolución económica la contratación se somete a constantes revisiones que afectan a sus estructuras tradicionales. Junto a los contratos típicos, no ya solo los contemplados por los Códigos Civil y de Comercio, sino también los que son objeto de

regulación a través de leyes especiales que van captando la cada vez más compleja realidad empresarial (v. gr. el contrato de franquicia en la LOCM), aparecen otras fórmulas contractuales todavía hoy carentes de reglamentación jurídica específica. Sin embargo, tal atipicidad no debe empañar la creciente relevancia que tienen en la contratación contemporánea.

En el ámbito del desarrollo industrial el contrato de «instalación industrial» «llave en mano» se conforma hoy en día como un mecanismo que potencia la inversión en equipos de producción y que dota de seguridad jurídica a los operadores económicos. En cualquier caso, no se trata de una realidad tan novedosa. Los «contratos llave en mano» tuvieron su origen en los Estados Unidos de América en los albores del siglo veinte precisamente en la producción de bienes de equipo, si bien su práctica se extendió posteriormente al sector de la construcción y, en particular, a la industria del gas y del petróleo. Luego, el éxito de esta forma contractual, como en otros casos, traspasó fronteras para ser objeto de tratamiento en el ámbito internacional, particularmente en el sector petrolífero, pero también como medio para la inversión en los países en vías de desarrollo. Y todo ello por cuanto estos contratos confieren al adquirente, en principio, una autonomía de la gestión de las instalaciones, así como la adquisición de la tecnología necesaria para el desarrollo de una actividad industrial¹.

De este modo, el empresario, actual o potencial, accede a proyectos integrales mediante los cuales introducir procedimientos industriales para la transformación de materias primas. Pero también, fuera de este ámbito, el recurso a los contratos «llave en mano» permite incluir en el objeto contractual aquellos proyectos respecto de los cuales el cliente o empresario carece de la experiencia, generalmente tecnológica, necesaria para su desarrollo y ejecución. Además, aun cuando el cliente o empresario cuente, dentro de su organización, con suficientes recursos humanos, a menudo éstos carecen de los conocimientos necesarios para la adecuada utilización de los equipos.

No obstante y pese a su creciente importancia en el ámbito industrial, los contratos «llave en mano» no han recibido la atención, fuera de los estudios en el ámbito internacional, que merece su presencia en el mercado. La significación económica de estos contratos no ha encontrado reflejo en el ámbito privado, que ha fijado su atención en

¹ SALEM, M. y SANSON-HERMITTE, M. A., *Les contrats clé en main et les contrats produit en main: technologie et vente de développement*, ed. Librairies Techniques, París, 1979, p. 46; BOON, J. A. y GOFFIN, R., *Les contrats «clé en main»*, ed. Masson, París, 1987, p. 15; y SCHNEIDER, M. E., «Turnkey Contracts: Concept, Liabilities, Claims», *The International Construction Law Review*, núm. 3, 1986, p. 338-358, p. 338.

los derechos de la propiedad industrial, olvidando otros aspectos del Derecho industrial *stricto sensu*. Esta situación contrasta, no obstante, con el esfuerzo realizado por la jurisprudencia en la captación de este complejo fenómeno resultado de la evolución económica de nuestro tiempo. De todo ello nace la necesidad de una aproximación a esta operativa de gran trascendencia económica, industrial y tecnológica, que requiere de un análisis jurídico que sustente los distintos aspectos de su entramado contractual.

Así las cosas, los contratos «llave en mano» aparecen al ámbito jurídico como una nueva técnica negocial que nace, en particular, del ámbito industrial². En sentido amplio se ubican en sede de los llamados contratos de empresa, es decir, entre los contratos que resultan de las organizaciones económicas y de su actividad, sin perjuicio de su aplicación a otros ámbitos. En cualquier caso, la tipificación social del contrato «llave en mano» de instalación industrial, que alcanza a diferentes sectores de la economía industrial, no encuentra, sin embargo, acomodo alguno en la regulación positiva³. Tal atipicidad exige indagar en los rasgos distintivos de la figura y en la función económico-social que desarrolla en la contratación mercantil contemporánea.

2. APREHENSIÓN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL. LOS MODELOS CONTRACTUALES RESULTADO DE LA *LEX MERCATORIA*

La falta de regulación específica de estos contratos ha supuesto, en el ámbito internacional, el recurso a los llamados «contratos tipo», reflejo jurídico, a su vez, de la *lex mercatoria*, fruto de los usos y costumbres aplicados por los propios operadores económicos en el comercio internacional⁴. Incluso desde algunos sectores

² Esta referencia funcional se encuentra en la definición de los distintos países de nuestro entorno: «turnkey» en el *Common law*, «schlüsselfertig» en Alemania, o «clé en main» en Francia. La referencia objetiva resulta también pacífica: «industrial plant», «Industrieanlage», «ensemble industriel». Sin embargo, la calificación del contrato dista de ser uniforme en los modelos contractuales: en unos casos, como contratos de suministro en sentido amplio «supply»; en otros, bajo las siglas EPC (ingeniería, obtención, construcción); en otros, como Diseño y Construcción (Design and Build); y, en otros, como trabajos industriales «Industrial Works».

³ Acerca de esta necesidad de regulación expresa, también compartida, NICKLISCH, F., «Empfiehl sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge», *Juristen Zeitung (JZ)*, 1984, p. 757 y ss., respecto de los contratos complejos de larga duración (*komplexe Langzeitverträge*).

⁴ CAVALLO BORGIA, R., *Il contratto di Engineering*, Padua, 1992, p. 105-7, advierte de la amplia variedad de modelos uniformes en materia de ingeniería, que son utilizados tanto en el ámbito interno como en el internacional.

doctrinales, si bien con una fórmula un tanto imprecisa, se habla de un *ius ingenierum* para comprender todas aquellas relaciones económicas en las que se desarrollan labores de ingeniería⁵. Este *ius ingenierum* nace de la elaboración de modelos contractuales desarrollados por las asociaciones profesionales de ingeniería de distinto ámbito, que tratan de dotar de la oportuna seguridad jurídica a las relaciones en las que intervienen ingenieros o empresas que desarrollan tales actividades («Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft» o «selfmade law of industry»)⁶. De esta autorregulación resulta un conjunto de reglas anacionales que pueden ser asumidas por los participantes del mercado, dentro de los parámetros, en muchos casos no muy bien definidos, que dispensa el principio general de la autonomía de la voluntad. En cualquier caso, los principios UNIDROIT de los contratos comerciales internacionales inspiran, asimismo, los criterios rectores del comportamiento exigible a los contratantes.

Al hilo de lo anterior, las comunes necesidades de los operadores económicos en el sector de la industria han dado lugar a la proliferación de contratos tipo o modelos contractuales, condiciones generales, guías y otros instrumentos de reglas uniformes de contratos «llave en mano» elaborados por las asociaciones de distintos ámbitos territoriales. Entre ellas, en el espacio europeo aparecen como precursoras, y con mayor incidencia entre los prácticos, las condiciones del llamado contrato de EPC (ingeniería, obtención, construcción –*Engineering, Procurement, Construction*–) en proyectos de «llave en mano» (*Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects*). Estas condiciones, más conocidas como el «libro de plata» (*Silver Book*) de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC –*International Federation of Consulting Engineers*–) de 1999, que fue publicado en marzo de 2000 y revisado en 2003, protegen, sobre todo, al cliente o propietario, y desplazan al contratista la responsabilidad por la instalación.

Algunas de las soluciones convencionales de estas condiciones son desarrollo o evolución de otras anteriores, como las condiciones del contrato para la construcción (conocido como el «libro

⁵ Al respecto, LEFEBVRE, G. y D'HOLLANDER, J., «La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie», *Revue Juridique Thémis*, núm. 31, 1997, pp. 209-262, p. 254-5; LE GOFF, P., «Theory and practice of contracts for the construction of industrial facilities in Germany: towards a lex mercatoria/ theorie et pratique du contrat de réalisation d'ensembles industriels en RFA: vers une lex mercatoria germanica», *International Business Lawyer*, 2004, núm. 5, p. 5-32; y REIG FABADO, I., *Régimen jurídico del contrato internacional de ingeniería*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p.138-9, en particular respecto de las condiciones contractuales de la FIDIC.

⁶ Aceptaciones acogidas por HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *Los contratos internacionales de construcción «llave en mano»*, ed. Comares, Granada, 1999, p. 121.

rojo»)⁷, o las condiciones para el contrato para una unidad productiva y diseño-construcción («libro amarillo»)⁸. El «libro plata» avanza en esta línea de trabajo y establece mecanismos para asegurar la posición jurídica del cliente en relación con el objeto contractual, el precio final y del plazo de ejecución de las obligaciones del contratista, hasta, el menos, la puesta de funcionamiento de la instalación industrial. Los contratos integrados de ingeniería, obtención y construcción «llave en mano» (*Engineering, Procurement, Construction «EPC» Turn-key Contracts*) aparecen, de esta forma, generalmente ligados a precios alzados por la totalidad de los trabajos a realizar y de los bienes objeto de suministro (*Lump-Sum-Turnkey –«LSTK»–*)⁹.

En esta línea, en marzo de 2003, la Asociación europea de industrias de ingeniería «Orgalime», como Federación europea de asociaciones industriales nacionales en los sectores de la mecánica, de la electrónica o de los materiales del metal (*The European Engineering Industries Association*), publicó también un modelo de contrato «llave en mano» para trabajos industriales (*Turnkey Contract for Industrial Works –the«Orgalime Contract»–*), que trata de reequilibrar la posición que asume el con-

⁷ El llamado «Libro rojo» publicado por la Institución Británica de Ingenieros Civiles (ICE) contiene el modelo de condiciones de los contratos de construcción (*Conditions of Contract for Construction*), entre los que se incluye la construcción o trabajos de ingeniería diseñados por el principal o por su representante, como ingeniero; de este modo, principalmente la función de diseño se mantiene en el principal o en el ingeniero, mientras que la ejecución de las obras se traslada al constructor-contratista. Este esquema resulta alterado en las Condiciones de Contratos para el Diseño y Construcción de Plantas, en el conocido como el «nuevo Libro amarillo» (*Conditions of Contract for Plant and Design-Build –New Yellow Book–*), donde, en un punto intermedio entre la obra civil y la instalación industrial, respecto del diseño y la ejecución de «plantas industriales» y otras construcciones u otras obras de ingeniería, el contratista ya asume el diseño y la ejecución de la planta o de las obras. Y en esta evolución contractual aparecen las Condiciones de contratos para proyectos «EPC/Turnkey», respecto de la realización por el contratista de las labores de ingeniería, obtención y construcción para proyectos de «llave en mano» (*Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects –Silver Book–*), en las que el contratista asume la responsabilidad del proyecto y su ejecución hasta el momento de la puesta en funcionamiento o uso. Otros modelos de la FIDIC incluyen, por otra parte, modelos reducidos de contrato para obras de construcción o ingeniería de bajo presupuesto y que carecen de la complejidad de las anteriores obras, lo cual se traslada al ámbito contractual; y, para las entidades que financian los proyectos, un modelo contractual para la banca sobre la base de las Condiciones de Contratos de Construcción (2005).

⁸ *Conditions of Contract for Construction («Red Book»)*, y las *Conditions of Contract for Plant and Design-Build* (New «Yellow Book»).

⁹ También en el apartado de la obra civil se ha de reseñar la modalidad de los llamados contratos «BOT» (*Build-Operate-Transfer*) en los que el contratista ejecuta la obra desde la proyección hasta su posterior explotación como medio para obtener un retorno de la inversión y para atender a los gastos de financiación, y tras lo cual, finalmente, transfiere la propiedad de todo el conjunto industrial. Todas estas fórmulas contractuales tienden a fomentar la competitividad y el desarrollo económico y a dotar de seguridad jurídica a los participantes en el mercado de la construcción y la ingeniería. Para una aproximación, LEFEBVRE, G. y D'HOLLANDER, J., *La normalisation, cit.*, p. 221, y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *Los contratos internacionales, cit.*, p. 86 y ss.

tratista en el «libro plata» de la FIDIC respecto de todos los riesgos y obligaciones que afectan a la instalación hasta la efectiva entrega de los equipos en funcionamiento¹⁰. A los anteriores todavía se han de añadir las condiciones de la Asociación europea de contratistas internacionales, EIC (*European International Contractors*), para los contratos para el diseño y construcción de proyectos (*Conditions of Contract for Design and Construct Projects*), organización que, a su vez, redactó una guía para los contratistas en relación con las condiciones del contrato de la FIDIC en los proyectos de ECP llave en mano (*EIC Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects*). Fuera del entorno europeo, se ha de tener presente, además, en estos contratos que llevan aparejada, al menos de forma implícita, la transferencia de tecnología, la influencia en el comercio internacional de la Asociación de Ingeniería Avanzada de Japón (*Engineering Advancement Association of Japan –ENAA–*). Entre otros modelos contractuales, esta asociación publicó en 1992 la revisión al modelo de contrato internacional para el proceso de construcción de una instalación «llave en mano» sobre la base de un precio alzado de 1986 [*Model Form-International Contract for Process Plant Construction (Turn key Lump-sum Basis)*].

Todos estos modelos, asumidos por los contratantes en aquellos países que gozan de un mayor desarrollo industrial, tratan de adaptar al contexto legal todas aquellas prácticas nacidas del comercio en el ámbito de las relaciones económicas relacionadas con los trabajos de construcción e ingeniería. Finalmente, estas prácticas se han extendido a las instituciones internacionales. Aparece así en el año 2003 la publicación del modelo de contrato para el suministro de una instalación o planta industrial de la Cámara de Comercio Internacional (*The ICC Model Contract for the Turnkey Supply of an Industrial Plant –ICC Publication 653–*)¹¹. Este modelo contractual se añade al elenco de publicaciones elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional referidas, entre otros, a los contratos internacionales de compraventa, de franquicia, de intermediación ocasional, de agencia, de distribución, de fusiones y adquisiciones, o de contratación electrónica¹².

¹⁰ Al respecto, HENCHIE, N., «The Orgalime Turnkey Contract for Industrial Works-An alternative to FIDIC's Silver Book?», *Mayer y Brown Article*, Londres, 2005, p. 1-16.

¹¹ Véase en www.iccbooks.com.

¹² Al respecto, la Comisión de Derecho y práctica comercial ha publicado distintos modelos contractuales: ICC Model International Sale Contract (ICC Publication núm. 556, 1997), ICC Model Occasional Intermediary Contract (ICC Publication núm. 619, 1999), ICC Short Form Model Contracts (ICC Publication núm. 634, 2001), ICC Model Commercial Agency Contract –2nd edition– (ICC Publication núm. 644, 2002),

También en el ámbito de la contratación internacional asume relevancia la elaboración por las Naciones Unidas de una guía jurídica para la redacción de un contrato de suministro de una instalación industrial o de una línea de producción para ser puesta en funcionamiento en las instalaciones del comprador¹³. Esta guía jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales, elaborada el 14 de agosto de 1987 por la CNUDMI (*Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*) dentro de la UNCITRAL, concede, en particular a los países en vías de desarrollo, una base jurídica sobre la cual asentar las relaciones con las empresas suministradoras en el comercio internacional. En este sentido, ya con anterioridad, en 1983 las Naciones Unidas, a través de su Centro sobre empresas transnacionales (*United Nations Center on Transnational Corporations*), elaboró un documento técnico de estudio sobre las características y otras cuestiones de los contratos llave en mano en los países en desarrollo (*Features and Issues in Turnkey Contracts in Developing Countries: a Technical Paper*)¹⁴.

ICC Model Distributorship Contract –sole importer-distributor– 2nd edition (ICC Publication núm. 646, 2002), ICC Force Majeure Clause – ICC Hardship Clause (ICC Publication núm. 650,2003), ICC Model Contract for the Turnkey Supply of an Industrial Plant (ICC Publication núm. 653, 2003), ICC Model Clauses on Electronic Contracting (2004), ICC Model Mergers and Acquisitions Contract I –Shares Purchase Agreement (ICC Publication núm. 656, 2004), ICC Model Selective Distributorship Contract (ICC Publication núm. 657, 2004), ICC Model Confidentiality Contract (ICC Publication núm. 657, 2006), ICC Model Major Project Turnkey Contract (ICC Publication núm. 659, 2007), ICC Model Technology Transfer Contract (ICC Publication núm. 674, 2009), ICC Model Subcontract (C Publication núm. 706, 2011), y ICC International Franchising Contract, 2.^a ed. (ICC Publication núm. 712E, 2011, y núm. 557, 2000). Así como otros modelos en fase de desarrollo, como el ICC Model Mergers and Acquisitions Contract, Business and Assets Agreement, y el ICC Business Guidance on Electronic Contracting.

¹³ Vid. las Condiciones generales y el comentario sobre el suministro de planta y maquinaria para la exportación (*General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export* –Ref. 188, 1953 y Ref. 574, 1955–, *Commentary on the General Conditions for the Supply of Plant and Machinery for Export* –1953–); las condiciones generales para el suministro y puesta en funcionamiento de planta y maquinaria para la importación y la exportación (*General Conditions for the Supply and Erection of Plant and Machinery for Import and Export* (Refs. 188A y 574A, 1957), las Condiciones generales de venta y el Comentario para la importación y exportación de bienes duraderos de consumo y otros bienes de ingeniería (*General Conditions of Sale for the Import and Export of Durable Consumer Goods and of other Engineering Stock Articles* –Ref. 730, 1961– y *Commentary on the General Conditions of Sale for the Import and Export of Durable Consumer Goods and of other Engineering Stock Articles* –Ref. 62, 1962–); las Condiciones generales para la puesta en funcionamiento de una planta y de maquinaria en el extranjero (*General Conditions for the Erection of Plant and Machinery Abroad* –Ref. 188D, 1963 y 574D, 1963–); y las Cláusulas adicionales para la supervisión de la puesta en funcionamiento de planta y de maquinaria en el extranjero (*Additional Clauses for Supervision of Erection of Plant and Machinery Abroad* –Ref. 188B, 1964 y Ref. 574B, 1964–).

¹⁴ Asimismo, la Guía para los contratos de grandes trabajos industriales de la UNECE (Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas) –ECE/TRADE/117 EFR 1973–.

II. CONCEPTO, FUNCIÓN ECONÓMICA, NOTAS CARACTERÍSTICAS Y CLASES

1. CONCEPTO

Dentro de los distintos esquemas seguidos por los organismos internacionales y las organizaciones de ingeniería, la referencia general a los contratos «llave en mano», desde la práctica negocial del *Common law*, comprende todos aquellos contratos en los que el contratista se obliga frente al cliente a poner a su disposición los elementos necesarios para la completa ejecución de la instalación o planta industrial, en la que se ha de entender implícita la incorporación de tecnología, hasta, al menos, su puesta en funcionamiento. De modo que este instrumento jurídico no sirve solamente para la entrega de una obra, sino que incorpora un plus intelectual, que puede ser utilizado con una finalidad industrial, así como los medios adecuados para que el propietario o cliente pueda proceder a su adecuada explotación.

Frente a la acepción general tradicional tomada de la FIDIC, en referencia a los contratos de EPC (de ingeniería, obtención y construcción), los contratos «llave en mano» de instalación industrial se ubican *stricto sensu* dentro de los llamados contratos «EPI» de «ingeniería, obtención e instalación» (*Engineering, Procurement, Installation –EPI–*), en los que el conjunto industrial ha de ser trasferido listo para funcionar, tras la verificación de su funcionamiento y la recepción de la instalación. A ello se une el establecimiento de un precio cierto, generalmente determinado, pero que también puede ser determinable, por todo el conjunto de las prestaciones incorporadas al contrato. De otra parte, la expresión «llave en mano» plasma la idea de transmisión instrumental de la instalación para que el cliente pueda operarla por él mismo. De este modo, la expresión «llave en mano» se conforma como la causa negocial, para cuya consecución el contratista habrá de aportar todo lo necesario. Con carácter general, dentro de tales conductas para la completa preparación de la instalación para su funcionamiento, se comprende desde el diseño de la instalación y el suministro de los equipos, hasta la completa ejecución de la instalación, de conformidad con los términos contractuales y los acuerdos alcanzados entre las partes¹⁵.

¹⁵ FLOCKE, H. J., *Risiken beim Internationalen Anlagenvertrag und Hinweise zu ihrer Bewertung. Sowie Möglichkeiten der Risikobeschränkung durch Vertragsgestaltung*, Heidelberg, 1986, p. 24, se refiere así al contrato entre un contratista principal y el cliente en la realización y la transferencia de una instalación industrial.

Desde una perspectiva objetiva, la instalación industrial aparece como un conjunto complejo e inextricable de *software* y equipos que operan de forma independiente erigida en un lugar de producción para la cobertura de determinadas necesidades económicas¹⁶. De otro modo, este conjunto industrial comprende «una combinación de máquinas, aparatos, accesorios, equipos, herramientas y materiales que contribuya a la actividad de un gran establecimiento para la producción de bienes o la prestación de servicios»¹⁷. En tal sentido, el contratista «llave en mano» asume toda la actividad intelectual de ingeniería y, directa o indirectamente, también toda la material de ejecución y suministro de los equipos y elementos necesarios para la puesta en funcionamiento de la instalación industrial¹⁸.

Para una más ajustada referencia normativa al objeto del contrato resulta necesario acudir a la definición legal contenida en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, según la cual se ha de

¹⁶ Recogen esta definición, FLOCKE, H. J., *Risiken*, cit., p. 24; LAPPE, M., *Risikoverteilung bei Turn-Key-Projekten des Internationalen Industrieanlagenbaus*, Bochum, 1987, p. 10; y GRAF VON BERNSTOFF, F., *Vertragsgestaltung im Auslandsgeschäft*, Francfort, 1991, p. 172, de los resultados del grupo de trabajo sobre «mercadotécnica en la industria de bienes de capital» –Marketing in der Investitionsgüterindustrie–.

¹⁷ Véase al respecto la Resolución de 27 de enero de 2009, de la Presidencia de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, para la elaboración de las estadísticas de intercambios de bienes entre Estados miembros (sistema Intrastat) que, en su medida decimoquinta y en relación con el artículo 15 del Reglamento (CE) núm. 1982/2004 de la Comisión, de 18 de noviembre de 2004, sobre las estadísticas comunitarias de intercambios de bienes entre Estados miembros, define el «Conjunto industrial» como «conjunto de máquinas, aparatos, accesorios, equipos, instrumentos y materiales que componen unidades fijas para la producción a gran escala de mercancías o de prestación de servicios» a lo cual añade que «el valor estadístico global de un conjunto industrial determinado supere los 3 millones de euros, a menos que se trate de conjuntos industriales completos destinados a la reutilización»; y el «componente» como «una entrega destinada a un conjunto industrial compuesto por mercancías que pertenecen en su totalidad al mismo capítulo de la Nomenclatura Combinada». Véase también la referencia contenida en el Reglamento (CE) núm. 638/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, en su artículo 2.b), y en la Resolución de 16 de diciembre de 2002, del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, relativa a instrucciones para la elaboración de las estadísticas de intercambios de bienes entre Estados miembros (Sistema Intrastat), en su Anexo XXVIII sobre las Solicitudes de codificación de conjuntos industriales.

Asimismo, como precedente en el ámbito comunitario, véase el Reglamento (CE) núm. 1917/2000 de la Comisión, de 7 de septiembre de 2000, que establece determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 1172/95 del Consejo en cuanto a las estadísticas del comercio exterior, que, en el apartado primero de artículo 16, hace referencia al «conjunto industrial» como «una combinación de máquinas, aparatos, dispositivos, equipos, instrumentos y materiales, que en lo sucesivo se denominarán «los componentes», pertenecientes a diferentes partidas de la nomenclatura del sistema armonizado y que deben contribuir a la actividad de un establecimiento de grandes dimensiones para la producción de bienes o la prestación de servicios» y que admite que puedan «considerarse componentes de un conjunto industrial, todas las demás mercancías que se utilicen en su construcción, siempre que no queden excluidas de la compilación estadística en aplicación del Reglamento de base».

¹⁸ Advertía ya esta asunción de la responsabilidad, GRAF VON WESTPHALEN, F., «Rechtsprobleme des Anlagenvertrages», *Der Betriebs-Berater (BB)*, 1971, p. 1126.

considerar como «Instalación industrial» al «conjunto de aparatos, equipos, elementos y componentes asociados a las actividades dirigidas a la obtención, reparación, mantenimiento, transformación o reutilización de productos industriales, el envasado y embalaje, así como el aprovechamiento, recuperación y eliminación de residuos o subproductos, cualquiera que sea la naturaleza de los recursos y procesos técnicos utilizados»; y de cuyo proceso resulte un «Producto industrial», entendido como «cualquier manufactura o producto transformado o semitransformado de carácter mueble aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble, y toda la parte que lo constituya, como materias primas, sustancias, componentes y productos semiacabados» (*cf.* arts. 8 LI en relación con el art. 3.1 LI). En esta línea, incluye la Ley de Industria, dentro de su ámbito de aplicación, a «los servicios de ingeniería, diseño, consultoría tecnológica y asistencia técnica directamente relacionados con las actividades industriales». A partir de lo anterior, las actividades e instalaciones industriales habrán de constar en el Registro Integrado Industrial, con referencia a las empresas y establecimientos industriales (*cf.* art. 21 y 22 LI).

En cualquier caso, en estos contratos «llave en mano» el contratista asume toda la responsabilidad, salvo en los casos excepcionados legal y convencionalmente, por la realización y ejecución del proyecto de ingeniería hasta completar la instalación y entregarla preparada para su funcionamiento. Para ello, el contratista «llave en mano» se obliga a crear la instalación objeto del contrato y adecuarla al lugar donde se haya de ubicar, y su responsabilidad se extiende, en caso de subcontratación, a todos los empresarios industriales que puedan participar en su ejecución. Además, la instalación industrial ha de ser susceptible de operar según las condiciones y especificaciones contractuales establecidas. Para ello, el contrato «llave en mano» ha de comprender, asimismo, la entrega al cliente del diseño del proyecto de ejecución de la instalación, la documentación técnica y las instrucciones sobre el funcionamiento del conjunto. De forma accesoria, el contratista y el cliente también pueden añadir obligaciones de asistencia técnica, en una fase inicial de funcionamiento de la instalación, o incluso durante un plazo más o menos prologando de tiempo, la formación del personal del cliente, entre otras formas de cooperación industrial¹⁹.

¹⁹ SALEM, M., y SANSON-HERMITTE, M. A., *Les contrats, cit.*, p. 149 y 154 y ss., distinguen, como prestaciones autónomas, la de asistencia técnica en los contratos «llave en mano», y la de formación profesional en el contrato «producto en mano». Sin embargo, parece más ajustado invertir tales términos, de modo que al contrato «llave en mano» se incorpore un deber de formación al personal del cliente, y en el contrato, más amplio, de «producto en mano» se añada la asistencia técnica requerida en la efectiva explotación de la instalación.

En conjunto, en este contrato, es el contratista (*conductor o artifex* en la terminología clásica) y no el cliente, como propietario (*locator o dominus*), quien asume el diseño de la instalación, por sí mismo o mediante el encargo a un tercero o a una persona de su organización empresarial; y, en este ámbito, las obligaciones de diseño, adecuación, y ejecución del trabajo y la correspondiente responsabilidad en los términos pactados en el contrato²⁰. Incluso, entre nuestros Tribunales, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 30 de abril de 2002 ha anticipado una definición del contrato como «aquella modalidad del contrato de ingeniería en virtud del cual la empresa de ingeniería se compromete a instalar y entregar una fábrica o planta industrial» y en la que «lo fundamental es lo que las partes convinieron, siendo esa voluntad la de ejecutar unas obras a cambio de un precio que “se cerró” en el momento de la firma del contrato»²¹.

2. FUNCIÓN ECONÓMICA

Si en el plano interno la instalación ha integrar diferentes equipos y componentes mecánicos, eléctricos o electrónicos para la producción de determinados productos, en el ámbito externo de su proyección en el mercado permite el desarrollo de determinadas infraestructuras industriales. De esta forma, el contrato de instalación industrial «llave en mano» supone la transferencia no solo de equipos y componentes, sino que, considerado en su conjunto, aporta tecnología, recursos técnicos y la experiencia empresarial del contratista especializado en el correspondiente sector industrial. Se traslada por esta vía al adquirente de la instalación, aun de modo implícito, un saber hacer tecnológico y técnico (*specilized technological and managerial know-how*). De otro lado, no se transfiere al cliente, si no en una etapa final de la ejecución contractual, la propiedad del conjunto. Mientras tanto, los riesgos inherentes a la preparación y puesta en funcionamiento de la instalación recaerán en el contratista, así como la asunción de los defectos que posteriormente resulten en los materiales o en la ejecución de los trabajos. Y ello en tanto que corresponde al contratista entre-

²⁰ En este sentido, WALLACE, Q. C., y DUNCAN, I. N., «Contracts for Industrial Plant Projects», *The International Construction Law Review*, 1984, núm. 1, p. 322-355, p. 322; DÜNNWEBER, I., *Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr*, Berlin/Nueva York, 1984, p. 9; y SCHNEIDER, M. E., *Turnkey Contracts*, *cit.*, p. 338.

²¹ F.D. Segundo de la SAP de Navarra de 30 de abril de 2002 (núm. 115/2002, JUR/2002/173967).

gar la instalación según las funciones técnicas establecidas convencionalmente entre las partes.

A su vez, la conjunción de obligaciones que asume el contratista tiene una incidencia en el plano de la responsabilidad respecto de la completa ejecución del proyecto. Será de su cargo la labor de la coordinación de los trabajos para la materialización del proyecto hasta su ejecución final y la puesta en funcionamiento de la instalación; y además, en su caso, competará al contratista una función de supervisión de los trabajos respecto de los contratos que celebre con terceros para aquel fin. Por el contrario, el propietario, exonerado de la carga de las funciones de coordinación respecto de diferentes contratistas, estará dispuesto a asumir una prima del precio por la relevación de tal responsabilidad²². A todo ello se suma la incorporación de la experiencia y del conocimiento tecnológico que aportará el contratista para el correcto funcionamiento de la instalación industrial. De otro lado, la realización de instalaciones industriales exige atender a las condiciones técnicas, licencias y autorizaciones exigidas por la legislación vigente. Por ello se habrá de estar al específico sector de actividad regulado (v. gr. generación de energía, tratamiento de aguas residuales, gas, petróleo, productos químicos, farmacéuticos, minería, tratamiento de metales) en consideración a los procedimientos de transformación y características técnicas de los productos. En principio, como ya ha sido advertido, tales exigencias deben ser cumplidas por el contratista a fin de entregar una instalación en disposición de funcionar correctamente²³.

Además, frente a eventuales inversiones en países emergentes para el desarrollo de la actividad industrial por la misma empresa tenedora de la tecnología, y ante los riesgos implícitos de «nacionalización» de determinados sectores industriales –es todavía reciente el caso de IPF y Repsol–, el contrato «llave en mano» se presenta como un remedio plausible para la minoración de tales riesgos económicos. El recurso a estos contratos, no obstante, no debe entenderse como la panacea para la solución del acceso a una determinada tecnología. La incorporación de tecnología de última generación a estas instalaciones industriales puede ser motivo, asimismo, de posteriores controversias acerca de la utilización de los equipos por el personal del cliente carente de la capacitación técni-

²² HOSIE, J., «Turnkey contracting under the FIDIC Silver Book: What do owners want? What do they get?», *Mayer Brown article*, 2007, pp. 1-12, p. 2, considera que este criterio conlleva la aceptación por el propietario o cliente de una prima en el precio del contrato «llave en mano».

²³ Reconoce BERCOVITZ, A., «El contrato de ingeniería: características y concepto», *Hacienda Pública Española*, núm. 94, 1985, 133-144, p. 137, con carácter general en los contratos de ingeniería, que la utilidad del proyecto radica en su puesta en práctica.

ca necesaria. Por otra parte, la ligazón con la empresa suministradora o contratista puede crear una posterior situación de dependencia respecto de los repuestos de piezas industriales, las actualizaciones de tecnología, o el mantenimiento de la instalación²⁴. En todo caso, estas cuestiones han de ser convenientemente tratadas, dentro de este contrato complejo de colaboración, a fin de mantener un procedimiento actualizado y evitar obsolescencias no previstas o defectos en los productos que puedan afectar a las expectativas de producción del cliente. Por otra parte, la utilización de tecnología «experimental», sin implantación previa, puede suponer un riesgo añadido a la ulterior utilización de la instalación industrial para fines productivos²⁵.

Como ya ha sido apuntado, con carácter general los riesgos se mantienen en la parte del contratista hasta la entrega del conjunto y del proyecto completamente instalado. Además, en principio, la determinación de un precio alzado permite a la empresa cliente adquirir certeza acerca de la inversión que ha de realizar para la obtención de la instalación industrial. Ello afecta, asimismo, a la seguridad de la contratación en caso de la concurrencia de terceros que financien el proyecto (véase el «*project finance*»). A través de la determinación del precio, en particular en los casos en que se pacte un precio alzado por la totalidad de las prestaciones del contrato «llave en mano», que será lo más usual, la entidad que financie del proyecto puede conocer los términos de la inversión requerida. Junto a ello, mediante la experiencia en el sector de la empresa dedicada a proyectos «llave en mano» conoce, asimismo, la capacidad técnica de la contratista para la efectiva realización de la instalación. A su vez, a modo de apalancamiento, la actividad económica desarrollada por la instalación con posterioridad a su puesta en funcionamiento podrá procurar, en principio, un retorno de la inversión realizada. Otro tanto acontece con las cláusulas que establecen el plazo para la ejecución de la instalación y su puesta en funcionamiento, la responsabilidad del

²⁴ Cfr. artículo 16.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, sobre Competencia Desleal, en los casos de explotación desleal de una situación de dependencia económica; artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, por abuso de posición dominante; y artículo 127 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

²⁵ Vid. el apartado 17 del Papel técnico del Centro de entidades transnacionales de las Naciones Unidas (*United Nations Centre on Transnacional Corporations*) sobre las características y cuestiones de los contratos «llave en mano» en los países en desarrollo «Features and Issue in Turnkey Contracts in Developing Countries: A Technical Paper», Nueva York, 1983 (ST/CTC/28).

contratista, y el ya apuntado régimen de traspaso de los riesgos derivados de la instalación²⁶.

3. NOTAS CARACTERÍSTICAS

A) Contrato complejo

Los contratos de «turnkey» o «llave en mano» requieren que, en principio, se incluya todo lo necesario para el propósito perseguido de obtener el objeto contractual a plena disposición del comprador y dispuesto para su correcta explotación. En este caso, una planta o instalación industrial o una línea o una unidad de producción. Por lo tanto, ha de comprender los elementos necesarios para que se proceda a la fabricación de determinados productos. Pero, salvo pacto en contrario, no alcanzará a otros elementos que no constituyan parte del proceso productivo, tales como las edificaciones o los suministros que se precisen para la operatividad de la instalación.

En este orden de cosas, en los contratos de instalación industrial «llave en mano» confluyen una serie de prestaciones que los distinguen de otras modalidades contractuales. Junto a las labores típicas de los contratos de ingeniería de diseño y supervisión de la instalación, se añaden otros tales como los de su ejecución, el suministro de equipos y componentes y la transferencia de la tecnología a ellos incorporados. Se reconoce, asimismo, en estos contratos, en los que existe una transferencia de tecnología, que en su caso el cliente puede requerir la actualización de los datos técnicos y la formación continuada de los trabajadores para evitar supuestos de obsolescencia²⁷. Ello puede ser incluido en el contenido contractual entre las obligaciones de colaboración de las partes y dentro del término contractual fijado por ambas, o ser objeto de tratamiento separado. Incluso un servicio integral del contratista puede añadir sistemas de financiación del pago, servicios de seguro, de asistencia técnica, de suministro o de mantenimiento, entre otros²⁸.

²⁶ También con referencia en los Libros rojo y amarillo de FIDIC, HOSIE, J., *Turnkey contracting*, cit., pp. 2-3, con remisión a la cláusula 8.2 del libro plata de de FIDIC respecto del plazo para la terminación («time for completion») y de la superación de los test de terminación («achieving the passing of the Test of completion»).

²⁷ Los sitúa entre la «ingeniería compleja», BERCOVITZ, A., *El contrato de ingeniería*, cit., p. 134.

²⁸ En la necesidad de delimitar el atípico «contrato de mantenimiento», la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 9 de diciembre de 2011, acudió a la Real academia de la Lengua para definir su objeto como «el conjunto de operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones, edificios, industrias, etc., puedan seguir funcionando ade-

B) Contrato de colaboración

El contrato «llave en mano» de instalación industrial comprende prestaciones para ambas partes, en particular para el contratista, de tracto sucesivo. Este contrato de duración también alcanza a las obligaciones del propietario, en primer lugar, de mediar pagos parciales sobre la ejecución, aun por fases, de la instalación, o derivadas de deberes de colaboración con el contratista para que éste pueda efectuar los trabajos comprometidos, así como en la fase de puesta en funcionamiento de la instalación²⁹. Y todo ello sin considerar la existencia de acuerdos previos o la duración de las garantías contractuales fijadas por las partes, lo cual merece un tratamiento separado³⁰.

En este punto, las labores generales de redacción, programación y ejecución corresponden al contratista, quien asume la carga de los trabajos a efectuar. Sin embargo, el propietario, por su parte, se sujeta a unas obligaciones generales de colaboración: en primer lugar, mediante una particular obligación de no hacer, tanto en la fase inicial, es decir, autorizando al contratista para que pueda inspeccionar el lugar en el que se ha de situar la instalación y los accesos de los suministros de agua, luz, etc., para la redacción del proyecto de ingeniería; y aun después, durante la ejecución del acuerdo, el propietario o cliente ha de autorizar el acceso de los técnicos del contratista a los locales donde se haya de implantar la instalación. A tales conductas pasivas se une un deber activo de colaboración de los trabajadores y técnicos del propietario, a fin de tomar conocimiento de los procedimientos para la utilización de la instalación; deberes de colaboración en sentido amplio que permiten al contratista llevar a cabo la ejecución de la instalación y su puesta a disposición preparada para funcionar dentro de los plazos pactados. En todo caso, la complejidad del contrato da lugar a que pueda ser susceptible de generar controversias entre las partes en

cuadramente», sin comprender, por lo tanto, su instalación (núm. 527/2011, F.D.2.º, CENDOJ 15030370042011100523).

²⁹ BERCOVITZ, A., *El contrato de ingeniería*, cit., p. 144 y en «La transmisión de tecnología y su problemática jurídica actual», *Seminario sobre adquisición de tecnología extranjera*, ed. Instituto de Estudios Bancarios y Bursátiles, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Bilbao, 1975, pp. 69-104, p. 96, en relación con un «espíritu de colaboración y confianza». Habla así de un «cooperation factor» en relación con la predisposición de las partes para la colaboración a lo largo de la vida del contrato, REIG FABADO, I., *Régimen jurídico*, cit., p.85.

³⁰ Así lo recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2.ª) de 2 de febrero de 2007 (núm. 36/2009, JUR/2009/315451), en su fundamento de Derecho Primero: «el objeto del contrato en una doble proyección: el proyecto, diseño, construcción y puesta en funcionamiento, llave en mano, de una Planta y el funcionamiento y mantenimiento de la Planta, incluido el rendimiento garantizado durante 20 años».

cualquiera de las prestaciones debidas. Por este motivo, además de cláusulas de resolución de controversias, el deber común de mutua colaboración de las partes debe inspirar soluciones que permitan superar eventuales disputas que afecten a elementos no esenciales del contrato³¹.

C) Contrato de adhesión o contrato negociado. Acuerdo marco

Estos contratos, en particular cuando el contratista se dedique a la realización de unas instalaciones industriales de determinadas características, adoptan, generalmente, la forma de contratos de adhesión para los compradores; ello no obstante, también la instalación suele ser modelada según las condiciones «particulares» de la ubicación o de las necesidades futuras de la empresa. En la otra cara de la moneda, en el ámbito de la contratación pública, el inicio de la relación se produce no ya desde una oferta del contratista, sino desde una licitación de un proyecto público en el que el contratista ha de cumplir con las condiciones y precios impuestos por los pliegos técnicos y administrativos establecidos por la entidad pública, y ofertar el precio por el que pueda realizar el proyecto³².

Desde una visión neutra de la relación contractual, alternativamente, la existencia de diferentes prestaciones puede llevar a que el negocio jurídico se articule a través de una concatenación de contratos. En tal sentido, de un «acuerdo marco» o «contrato base» se pueden desgajar posteriores «contratos satélites» entre las partes que concreten las reglas generales de conducta y prestaciones debidas por cada una de ellas³³. Según este esquema contractual, en el contrato marco las partes establecerán las bases de la relación, dejando para fases ulteriores aquellos pactos que afecten a aspectos técnicos del objeto contractual. En esta línea de «reglamentación» de la relación jurídica, el contrato puede prever aquellas medidas a

³¹ A partir de un deber general de fidelidad (*Treuepflicht*), se refiere a un «consenso continuado en los contratos de duración» (*Vertragsbegleitendes Konsensverfahren*), NICKLISCH, F., «Empfiehl sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrechts? Unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge», *Juristen Zeitung (JZ)*, 1984, p. 758 y ss., p. 763.

³² Acerca de la utilización de «condiciones generales» y de la posible licitación de los trabajos o de las ofertas al cliente por sociedades dedicadas a esta actividad, REIG FABADO, I., *Régimen jurídico*, cit., p. 97.

³³ Acerca de este método de contratación, GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración en el comercio internacional: intermediación, agencia, distribución, transferencia de tecnología, franquicia, joint-venture, agrupaciones*, ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 328. Asimismo, MARTINEK, M., *Moderne Vertragstypen Band II: Franchising, Know-how-Verträge, Management-und Consultingverträge*, Munich, 1992, p. 253, y LAPPE, M., *Risikoverteilung*, cit., p. 66.

adoptar por las partes ante eventuales modificaciones en el proyecto inicial o que provengan de su ejecución, y los métodos de resolución de controversias, así como el ejercicio de reclamaciones, entre otros, por retrasos en la ejecución, que habrán de ser reflejados en documentos posteriores. De igual modo es frecuente la remisión a anexos del contrato donde se reflejen, entre otras cuestiones relativas a la ejecución contractual, las actas de entrega y los pagos efectuados. También la existencia de diferentes sujetos implicados en la operativa puede determinar la remisión a contratos referidos a aspectos tales como la transferencia de tecnología, la financiación del proyecto (*Project Finance*), el mantenimiento de la instalación, o los concretos deberes de asistencia técnica, en especial cuando el contratista se ubique en un grupo de entidades dedicadas a labores de ingeniería.

4. CLASES DE CONTRATO: PARA ESTABLECIMIENTO MERCANTIL O PARA EMPRESA

En los contratos de instalación industrial «llave en mano», a su vez, se pueden diferenciar los contratos para establecimiento mercantil de los contratos para empresa. Como ha sido indicado, desde una primera perspectiva, el contrato contendrá, entre otras prestaciones, las relativas a los procedimientos de proyección y diseño y al montaje de los equipos y de la maquinaria; y, junto a las anteriores, la transferencia de tecnología que lleven incorporados y la asistencia técnica para la formación del personal del propietario (en la también llamada ingeniería de procedimiento –*Process Engineering*–), hasta la realización de todas las actividades precisas para la puesta en funcionamiento de la instalación³⁴. De acuerdo con lo anterior, la instalación industrial «llave en mano» ha de estar dotada de la funcionalidad suficiente para operar según las condiciones y especificaciones contractuales, por lo que, junto a los deberes de formación, el contratista habrá de facilitar la documentación técnica y dar las instrucciones necesarias para que el personal del propietario pueda operar por sí mismo el conjunto industrial³⁵.

³⁴ Con referencia en los proyectos de ingeniería de procedimiento (*process engineering projects*), HOSIE, J., *Turnkey contracting*, cit., p. 2.

³⁵ Dentro de la distinta clasificación de estos contratos frente a los contratos llave en mano clásicos, KARIM, V., *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et le transfert de technologie*, Montreal, 1987, p. 105-6, y SALEM, M., y SANSON-HERMITTE, M. A., *Les contrats*, cit., p. 47, aluden a contratos restringidos o «léger» cuando los trabajos de instalación son efectuados por personal del propietario, con la

En orden a lo anterior, la instalación puede incorporarse al establecimiento mercantil y formar una parte esencial del mismo. La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión realiza una delimitación objetiva del establecimiento mercantil como objeto susceptible de hipoteca mobiliaria y contempla, como contenido esencial, la inclusión del derecho de arrendamiento unido a la facultad de traspaso y de las instalaciones fijas o permanentes. Además, dentro de su contenido natural, comprende los signos distintivos y los derechos de la propiedad industrial e intelectual, así como las máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo que sean propiedad del titular del establecimiento, siempre que su precio resulte pagado y que se hallen destinados de modo permanente a satisfacer las necesidades de la explotación mercantil o industrial³⁶. En todo caso, no se recoge, en nuestro Derecho de cosas, ni la hipoteca de la empresa ni la de la instalación industrial en sí considerada. Sí se regula, sin embargo, como realidad autónoma, la hipoteca de maquinaria industrial, en referencia a «las máquinas, instrumentos o utensilios instalados y destinados por su propietario a la explotación de una industria y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma», con inclusión de «las calderas de vapor, los hornos que no forman parte del inmueble, las instalaciones químicas y los demás elementos materiales fijos afectos a la explotación de la industria» (art. 42 LHMPSP).

Según lo antedicho, la instalación industrial «llave en mano» puede ser considerada como un objeto destinado a integrarse dentro del conjunto más amplio que conforma el establecimiento mercantil, como realidad compleja que no se vincula al ejercicio efec-

asistencia técnica del personal del contratista, frente a los contratos amplios o «lourd» en los que el contratista asume, además, la formación del personal del propietario y la asistencia técnica para la utilización de la instalación. En esta línea, a los contratos restringidos se refiere BLAKENEY, M., *Legal Aspects of Technology Transfer to Developing Countries*, Oxford, 1989, p. 44, como «semi-turnkey contracts», y también cuando determinadas prestaciones sean subcontratadas.

³⁶ Cfr. artículos 19 a 21. Acerca de este particular, la Exposición de Motivos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, en la delimitación del contenido del establecimiento mercantil, excluye a «la organización y la clientela, elementos de muy difícil o imposible sujeción a las normas de la hipoteca», mientras que el establecimiento es «el elemento más permanente de la misma (empresa)». Para una aproximación al régimen de la hipoteca mobiliaria del establecimiento mercantil, vid. LORCA NAVARRETE, A. M., *Embargo, hipoteca y ejecución procesal del establecimiento mercantil*, Publicaciones del Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1996; SERRANO GARCÍA, I., *La hipoteca de establecimiento mercantil*, Monografías Revista de Derecho Privado, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975; FUENTES LOJO, J. V., *La hipoteca de establecimientos mercantiles y la ley de arrendamientos urbanos*, ed. Bosch, Barcelona, 1955; y GÓMEZ ACEBO, F., «La hipoteca de establecimiento mercantil. Estudio exegético del título II, capítulo II, de la Ley de 16 de diciembre de 1954», *RDM*, núm. 55, 1955, pp. 123 y ss.

tivo de una actividad económica en producción. Desde este punto de vista, el establecimiento mercantil aparece como una realidad estática resultante de la coordinación de los distintos de los bienes que potencialmente pueden ser objeto de ulterior actividad y que dan lugar a un «aviamiento de organización»³⁷. La vocación a la actividad industrial también se manifiesta, en estos contratos, en la exigencia de que la entrega se anude a la puesta en funcionamiento de la instalación.

Alternativamente, en los contratos de instalación industrial llave en mano para empresa, se añaden ulteriores formas de cooperación industrial, que van más allá de la formación y de la asistencia técnica o de los contratos coligados de suministro o mantenimiento. La práctica empresarial ha dado lugar a los llamados contratos «producto en mano» e, incluso, «mercado en mano», que se escinden de la fórmula de los contratos «llave en mano». Según ellos, el compromiso del contratista y la vinculación con el propietario, más allá de los deberes de formación o de la coligación con contratos de mantenimiento de la instalación, se proyectan sobre el producto elaborado u obtenido mediante la instalación industrial³⁸. De este modo, el contratista, en el contrato «producto en mano», garantiza el resultado de la instalación, es decir, la obtención por el propietario de unos rendimientos económicos o de un nivel de producción según los criterios establecidos en el contrato³⁹. Por ende, su responsabilidad y garantía se plasma en la actividad económica resultante de la instalación durante un determinado periodo, es decir, en el «producto», aun cuando sea frecuente una limitación de responsabilidad al precio obtenido por la instalación. En el segundo de los supuestos, en el contrato «mercado en mano», el contratista además asume por sí mismo la explotación en una ulterior fase comercialización del producto elaborado mediante la instalación industrial, de modo que pueda así resarcirse del precio

³⁷ POLO DIEZ, A., «Empresa y Sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues», en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Garrigues*, t. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1971, pp. 309-372, p. 330, en línea con FERRARI, A. M., «Avviamento di azienda ed avviamento di stabilimento», *Riv. dir. comm.*, 1950, pp. 177 y ss., p. 182-3, quien destaca que *azienda* y establecimiento mercantil son una parte de la empresa, instrumento para el ejercicio de la actividad.

³⁸ LEFEBVRE, G. y D'HOLLANDER, J., *La normalisation*, cit., p. 221, y SALEM, M., y SANSON-HERMITTE, M. A., *Les contrats*, cit., p. 155, que, por la inclusión de una prestación de formación, asimilan estos contratos a los contratos de empresa.

³⁹ SCHNEIDER, M. E., «Turnkey Contracts: Concept, Liabilities, Claims», *The International Construction Law Review*, núm. 3, 1986, p. 338-358, p. 340, contempla, alternativamente, la posibilidad de pago parcial mediante una venta de acciones o participaciones del capital social del propietario, a fin de comprometer la actividad del contratista al éxito de la explotación.

pendiente de pago⁴⁰. En este marco, también puede establecerse que el contratista se comprometa a la consecución de determinadas «cuotas de comercialización» que aseguren la viabilidad económica de la instalación industrial. Una vez comprobada la funcionalidad y la autonomía de la instalación, se procederá a la emisión de un certificado final para la entrega y a la continuación de la actividad económica por el propietario, y en su caso, por el personal por él autorizado⁴¹.

Estos contratos no pueden venir referidos a un establecimiento mercantil, como realidad estática, aun cuando en el mismo pueda comprenderse un aviamiento de organización, sino que se traducen en concretos actos de la organización empresarial⁴². Así, el contratista se involucra en el efectivo ejercicio de la actividad económica. No se trata, por lo tanto, de una instalación «llave en mano» que se integra en el conjunto más amplio del establecimiento mercantil, sino de un contrato para la empresa, dirigido a procurar una actividad económica con relevancia en el mercado⁴³. Para ello, el contratista se sujeta a concretas garantías de rendimiento o se obliga a la ejecución de una determinada actividad en una fase ulterior de «postimplementación» de la instalación industrial. En consecuencia, el cierre de esta fase contractual se produce con la certificación definitiva de la obra y la verificación de su correcto funcionamiento, en términos de producción o de productividad⁴⁴.

⁴⁰ Sobre la modalidad del «mercado en mano», KARIM, V., *Les contrats*, cit., p. 113, y DELACOLLETTE, J., *Les contrats de commerce internationaux*, Bruselas, 1996, pp. 82-84.

⁴¹ BLAKENEY, M., *Legal Aspects*, cit., p. 44, define los contratos «producto en mano» como aquellos contratos en los que el contratista, además, de cualquier forma, compromete determinados resultados de producción, llevados a cabo con personal del propietario. Se trata por lo tanto, de un resultado ulterior al de puesta disposición de la instalación llave en mano a favor del propietario. También, SALEM, M., y SANSON-HERMITTE, M. A., *Les contrats*, cit., p. 48 y 60 y ss., y CAVALLO BORGIA, R., *Il contratto*, cit., p. 29. Véase, asimismo, los apartados 5 y 11 del Papel técnico del Centro de entidades transnacionales de las Naciones Unidas (*United Nations Centre on Transnacional Corporations*) sobre las características y cuestiones de los contratos «llave en mano» en los países en desarrollo [«Features and Issue in Turnkey Contracts in Developing Countries: A Technical Paper», Nueva York, 1983 (ST/CTC/28)].

⁴² Este concepto toma como referente el «estatuto de la empresa» italiano de 1983, donde se distinguen los «actos de organización» de «los actos de la organización», que son fruto del normal funcionamiento de la empresa.

⁴³ Este criterio resulta sustentado por la distinción que efectúa el artículo 22 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria cuando, dentro de las menciones obligatorias del Registro Integrado Industrial, distingue entre los datos relativos a las empresas dedicadas a actividades e instalaciones industriales, con inclusión de número de identificación, razón social o denominación, domicilio y actividad principal; y los relativos al establecimiento industrial, con su número de identificación, denominación o rótulo, datos de localización, y actividad económica principal.

⁴⁴ Acerca del riesgo para el contratista del recurso a estos contratos en aquellos sectores de tecnologías avanzadas o experimentales, y su admisibilidad en aquellas tecnologías de base, donde la obsolescencia sea más limitada, KARIM, V., *Les contrats*, cit., p. 109, SALEM, M., y SANSON-HERMITTE, M. A., *Les contrats*, cit., p. 45, y JEHL, J., *Le commerce international de la technologie. Approche juridique*, París, 1985, p. 442 y ss.

III. CONTRATOS CONEXOS Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

1. CONTRATOS CONEXOS: LAS «COMPAÑÍAS VEHICULARES PARA UN ESPECÍFICO COMETIDO» («SPECIAL PURPOSE VEHICLE COMPANY») Y LA «FINANCIACIÓN DE PROYECTOS» («PROJECT FINANCE»)

Traídas de las prácticas de la promoción inmobiliaria, cada vez con mayor frecuencia aparecen en el mercado las llamadas «compañías vehiculares para un propósito específico» («*Special Purpose Vehicle Company*»). También definidas, en sentido amplio, como «Special Purpose Vehicle» o «Special Purpose Entity» (SPV o SPE) la creación de estas entidades, dentro de este específico ámbito, tienen por fin la ejecución, e incluso la financiación, de una determinada obra industrial. De este modo, la sociedad que tenga por objeto su explotación o puesta en funcionamiento resulta formalmente separada, por su patrimonio y personalidad jurídica, de la sociedad matriz⁴⁵. Una vez ejecutada la instalación o planta industrial «llave en mano» y preparada para su funcionamiento, podrá ser transferida al adquirente por vía indirecta o mediata, a través de la transmisión de las acciones o participaciones sociales de la «sociedad vehicular»⁴⁶. La interposición de esta «sociedad vehicular» permite, al mismo tiempo, gestionar a través de ella las licencias requeridas para la actividad, con lo cual es el contratista, en este caso, el fundador (*Promoter o Sponsor*), el que a través de esta sociedad obtenga las licencias para la explotación de la actividad. Licencias que luego se transfieren de forma mediata con las acciones o participaciones sociales, frente a los problemas que pudiera entrañar la transmisión de la industria en sí, como activo,

⁴⁵ Por otra parte, la subordinación de los créditos de la sociedad dentro de un grupo de sociedades (*cf.* art. 93.2.3.º LC), provoca en la práctica una tendencia hacia una separación entre la sociedad promotora y la sociedad vehicular mediante la aparición de «sociedades huérfanas» (*Orphan companies*) dependientes, no ya de la sociedad matriz, sino de otras entidades (véase el caso de sociedades de fundación), de modo que las relaciones entre ellas se conformen como operaciones corrientes, y no como operaciones «intragrupo» o con empresas asociadas. Esta estructura «offshore» tiende a evitar, además de los efectos de la insolvencia, la aplicación de las reglas sobre la competencia entre la sociedad promotora del proyecto y la entidad vehicular.

⁴⁶ Cuestión distinta es la práctica del «Round-tripping», o las transacciones de ida y vuelta o de bandejas giratorias (conocidas como «Lazy Susans»), en las que una sociedad, como mecanismo para obtener beneficios ficticios, venda un activo «inactivo» o carente de explotación a otra sociedad, con un pacto de recompra de dicho bien o de otros similares por el mismo precio, con el fin de incrementar el valor de mercado en determinadas operaciones, tal y como aconteció en el caso «Enron» en el sector de la energía.

ante una eventual limitación a la cesión de las licencias en consideración a su carácter personal⁴⁷.

También desde la perspectiva del sector público-financiero las llamadas «entidades vehiculares financieras para propósito especiales» tienen por finalidad la financiación de proyectos de gran magnitud, entre las que se encuentran las plantas industriales o las obras civiles que requieran una ingente inversión⁴⁸. Esta financiación tiende a ser complementaria de la obtenida del sector financiero. Todo ello se ha enmarcar dentro de la llamada «financiación de proyectos» (*Project Finance*) mediante la cual diferentes instituciones contribuyen a aportar los recursos económicos para acometer la obra proyectada⁴⁹. Pero fuera de todo este entramado de relaciones entre los contratistas y los contratantes, particularmente en relación con administraciones e instituciones públicas, en el sector de privado estas modalidades contractuales «llave en mano» respecto de instalaciones o plantas industriales dotan a los proyectos de financiación que les sirven de sustento económico de la necesaria seguridad jurídica. Generalmente el contratista acepta en estos contratos, por todas las prestaciones y hasta la completa ejecución del proyecto, un precio global o alzado (*Lump Sum Turnkey* –*LSTK*–), y asume, igualmente, las responsabilidades de la entera ejecución e, incluso, un régimen de garantías específicas que pueden cubrir la producción o la productividad de la instalación. También, la completitud de tales contratos, con inclusión de cláusulas por retrasos contractuales, resolución de conflictos y demás condiciones, sirve de soporte jurídico a la financiación de las entidades que precisan de mecanismos tuitivos del retorno de sus operaciones activas.

⁴⁷ Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de febrero de 2000 (AC 2000, 3061) en cuyo *factum* se recoge la cesión de los derechos de instalación y explotación de la producción de energía de una planta eólica dentro de un grupo de sociedades.

⁴⁸ Véase el contrato para grandes proyectos (*Model Turnkey Contract for Major Projects* –publicación núm. 659E, 2007–) de la CCI.

⁴⁹ Como el Banco Mundial, a través del «Documento de oferta estándar para la obtención de suministro e instalación de instalación productiva y equipos» («Standard Bidding Document Procurement of Supply and Installation of Plant and Equipment») de 1997 revisado en 2003. Junto al anterior, El Banco Mundial a través de los Documentos estandarizados de oferta (*Standard Bidding Documents* –«*SBD*»–) facilitados a las entidades financieras, establece modelos para la financiación de proyectos específicos. Entre ellos, el modelo para la contratación de trabajos de construcción e ingeniería (*Procurement of Works* –«*SBDW*»–) de 1995; o para los trabajos más reducidos (*Procurement of Works-Smaller Contracts*) revisado en 2003. Y en el ámbito de la Unión Europea, el Fondo Europeo de Desarrollo (FED). Al respecto, véase la Decisión núm. 3/90 del Consejo de Ministros (ACP-CEE), de 29 de marzo de 1990, por la que se aprueban las disposiciones generales, las condiciones generales y las normas de procedimiento para la conciliación y el arbitraje, relativos a los contratos de obras, de suministros y de servicios financiados por el Fondo Europeo de Desarrollo (FED), y sobre su aplicación.

2. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES

A) **Del contrato de ingeniería. Referencia a la ingeniería operativa o comercial (*process/commercial engineering*)**

El carácter complejo y atípico de estos contratos de instalación industrial «llave en mano» requiere su distinción de otros contratos típicos con los cuales puedan compartir alguna de sus notas características. No obstante, tampoco se puede obviar que la aplicación analógica de alguna de sus normas puede servir de referente en la resolución de controversias entre las partes, sin perjuicio de las cláusulas contractuales que ellas pacten en aplicación del principio de autonomía de la voluntad (*cf.* art. 1255 CC). En cualquier caso, la distinción de otras figuras afines exige también atender a las asimetrías entre los distintos contratos que pueden dimanar de las relaciones jurídicas entre las partes⁵⁰.

El contrato de ingeniería, se desarrolla *stricto sensu* en el ámbito de las actividades intelectuales de estudios de viabilidad, diseño y realización de planos, y, en una instancia ulterior, puede incluso alcanzar a la dirección técnica de la ejecución y a la asistencia técnica para la ejecución de la instalación industrial⁵¹. Aun reconocida esta doble perspectiva, en el modelo clásico o convencional del contrato de ingeniería, la labor del ingeniero se circunscribe a la fase de preliminar o de preparación del proyecto, con inclusión de la realización de estudios previos de inversión (*preinvestment studies*) y de diseño del proyecto (*design*). Todo ello en la práctica anglosajona se traduce en las labores esenciales de ingeniería y de diseño (*FEED front end engineering and design*), que pueden venir acompañadas de otras posteriores de control de la ejecución del diseño (*in house*)⁵². En este sentido, los estudios preliminares (*front end*) que sirven de base para la realización del proyecto, con

⁵⁰ Esta atipicidad determina que las partes establezcan esquemas contractuales extremadamente detallados en consideración a eventuales controversias entre ellas sobre diferentes cuestiones derivadas de la ejecución contractual, tal y como señalan, MARTINEK, M., *Moderne Vertragstypen*, *cit.*, p. 253, y LAPPE, M., *Risikoverteilung*, *cit.*, p. 66. Acerca de la consideración, como contratos atípicos, de los contratos de ingeniería «clásicos», con la doctrina allí citada, REIG FABADO, I., *Régimen jurídico*, *cit.*, p. 68.

⁵¹ Para una aproximación, MÍNGUEZ PRIETO, R., «El contrato de ingeniería», *CDC monográfico* 1998, 1998, pp. 157-189, pp. 157-189, y SERNA MEROÑO, E., «Reflexiones sobre el contrato de ingeniería», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, coord. A. Cabanillas Sánchez, vol. 2 (Derecho civil, derecho de obligaciones), 2002, pp. 3057-3074. Asimismo, ALPA, G., «I contratti di engineering», *Trattato di Diritto Privato* (dir. Rescigno), Turín, 1985, t. III, p. 72, y en *Il contratto*, *cit.*, p. 188; CAVALLO BORGIA, R., *Il contratto*, *cit.*, p. 35; y LAPERTOSA, F., *L'engineering*, *cit.*, p. 40, que señala que la jurisprudencia italiana acepta, asimismo, el control de la ejecución.

⁵² LAPERTOSA, F., *L'engineering*, *cit.*, p. 40. Es más, como indican HENCHIE, N., y LOOTS, P., *Worlds Apart*, *cit.*, p. 252, el contrato de ingeniería y diseño (*FEED contract*)

mayor o menor amplitud, alcanzan a sus aspectos económicos, a las opciones técnicas y de producción de la obra o de la instalación, a la implicación de tecnología, a cuestiones de impacto ambiental, y a otras condiciones operativas de la instalación. Todos ellos han de ser diferenciados de la memoria técnica del proyecto⁵³.

Estos servicios, por lo tanto, de eminente carácter intelectual e inmaterial, se han de plasmar, primero, en la realización de unos informes técnicos. De otra parte, dicha información sirve de base o completa la contenida en el proyecto, en su caso básico y de ejecución, que contendrá unas memorias donde se recojan las especificaciones técnicas de los equipos y de los materiales. Así las cosas, en estos contratos de ingeniería, la labor intelectual se ha de plasmar en un proyecto, que puede ser inicialmente básico, en referencia a la instalación en general, y posteriormente de ejecución, en consideración a las necesidades específicas del cliente y a la ubicación de la instalación⁵⁴.

La plasmación de una actividad intelectual en un proyecto considerado en abstracto exige atender, por lo tanto, vía *analogia iuris*, a las disposiciones contenidas en el contrato de arrendamiento de obras y servicios. No obstante, descartada cualquier referencia a una actividad mercantil por su carácter profesional, el limitado régimen jurídico del arrendamiento de servicios, orientado al servicio de «criados y trabajadores asalariados» concuerda mal con la labor encomendada a los ingenieros, cualquiera que sea su clase. La remisión al régimen del arrendamiento de servicios, pensado para «criados domésticos», «menstrales», «artesanos» y «demás trabajadores asalariados» no permite arrojar luz sobre esta materia, incluso aun cuando se trate de un mero contrato de consultoría o asesoramiento⁵⁵.

puede actuar como un mecanismo previo para la consecución de un posterior contrato «llave en mano».

⁵³ La FIDIC ha elaborado un contrato tipo de estudios previos de inversión en el documento (*International General Rules between Client & Consultant Engineering for Preinvestment Studies*), revisado en 1990, que se une a otras modalidades contractuales de la «ingeniería consultora» (*engineering consulting*) en el conocido como «Libro blanco» sobre los acuerdos de servicios de consultoría entre el ingeniero y el cliente (*White book: Client & Consulting Model Services Agreement*).

⁵⁴ Como señala BERCOVITZ, A., *El contrato de ingeniería*, cit., p. 143, que el proyecto se haya de adecuar al lugar impedirá que pueda volver a ser ejecutado, salvo que se hagan las correspondientes adaptaciones.

⁵⁵ Tal y como indica VAQUERO PINTO, M. J., «Contratos de servicios», en *Contratos Mercantiles* (dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano y M. A. Calzada Conde), T. I, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 957-993, p. 960, el Derecho codificado privado carece de una regulación general de los contratos de servicios. Téngase en cuenta, en todo caso, el malogrado Proyecto de Ley 123/43, de 12 de abril de 1994, relativo a la modificación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra. Por otra parte, la Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Comisión general de codificación de enero de 2009 no incide en el ámbito de los contratos

A diferencia de los contratos de «consultoría de ingeniería», en los contratos de «ingeniería» *stricto sensu* el ingeniero compromete la realización del proyecto de la instalación, por lo que resulta la necesidad de incorporar un resultado. El servicio que presta se ha de plasmar entonces en una obra de corte inmaterial, que encuentra su manifestación material en el proyecto. Por ello, la aproximación a los contratos de obra parece más apropiada a fin de integrar el contenido del contrato. No obstante, esta aplicación analógica ha de procurarse con las debidas cautelas a partir de la presencia de una obra intelectual⁵⁶. No puede obviarse que en la *mens legislatoris* el contrato de arrendamiento de obra se orienta a la realización de obras materiales, en particular de obras de construcción. Por ello la necesidad de adaptar las soluciones de los contratos de arrendamiento en aquello que sea preciso para integrar el contrato de ingeniería allí donde no alcance la común voluntad de las partes.

A su vez, la equiparación de tal referencia objetiva a los contratos de arrendamiento de obra presenta evidentes inconvenientes⁵⁷. Ni en la *mens legislatoris* está presente como referencia objetiva la inclusión del proyecto, como obra intelectual, dentro del régimen jurídico del arrendamiento de obra, ni la labor del ingeniero se concreta tanto en la obra material, los planos, como en el resultado de su actividad intelectual, que puede quedar plasmada en diferentes soportes o copias⁵⁸. Sin embargo, no se puede negar con ello la necesidad del resultado comprometido con el cliente, al cual se ha de entregar una copia del proyecto [*cfr.* art. 10.1.f) del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual]⁵⁹. La realización de unas prestaciones de carácter intelectual aproximan, de un lado, el contrato de ingeniería al contrato de arrendamiento de servicios,

de servicios. Acerca de la necesidad de reforma del Derecho contractual español, ya anteriormente, MORALES MORENO, A. M., *La modernización del derecho de obligaciones*, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, esp. p. 28.

⁵⁶ Con referencia a un contrato de obra intelectual, CAVALLO BORGIA, R., *Il contratto*, cit., p. 109 y ss.

⁵⁷ BERCOVITZ, A., *El contrato de ingeniería*, cit., p. 140.

⁵⁸ Como reconoce, VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Contratos de arrendamiento de obra mercantiles. Contratos de ingeniería», en *Contratos Mercantiles* (dir. J. M de la Cuesta Rute, coord. E. Valpuesta Gastaminza), 2.ª ed., ed. Bosch, Madrid, 2009, pp. 1119-1133, p. 1125, en referencia a las actividades de ingeniería, el régimen del arrendamiento de obra atiende a la construcción de un bien concreto, y no a la elaboración de un informe técnico.

⁵⁹ El artículo 10.1.f) del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, de un lado, exige que las creaciones originales científicas sean expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible; de otro, incluye, en este concepto, los proyectos, planos, maquetas y diseños de ingeniería. De otra parte, la entrega del soporte no supone la cesión de un derecho de explotación de la creación intelectual al cliente (*cfr.* art. 56 TRLPI). Así, en relación con la protección de la propiedad intelectual e industrial, BERCOVITZ, A., *El contrato de ingeniería*, cit., p. 141-2.

con las limitaciones apuntadas⁶⁰; pero, de otro, la plasmación de tales servicios en un proyecto, que ha de ser objeto de entrega al cliente, induce a la inclusión del contrato en la órbita de los contratos de obra⁶¹. En este plano intermedio se ha de situar el contrato de ingeniería, que precisa ser cuidadosamente integrado mediante las normas generales de los contratos de arrendamientos de obras y servicios⁶².

Camina en esta línea el borrador del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference –DCFR–*) en materia de Derecho europeo de contratos⁶³. Su libro IV, una vez aparcada la elaboración de un Código civil europeo (*European Civil Code*), y frente a la dicotomía entre el contrato de servicios y de obra, en su parte C, relativa a los contratos de servicios, distingue entre unas disposiciones generales y otras especiales. En estas últimas se contiene la regulación de los contratos de construcción, de mantenimiento, de depósito, de diseño, de información y asesoramiento, y de servicios médicos⁶⁴. Todo ello según la clasificación auspiciada por los Principios de Derecho europeo en punto a los contratos de servicios (*Principles of European Law. Services contracts –PEL SC–*), a su vez, provenientes de los llamados «Principios Lando»⁶⁵. Pues bien, frente al anacrónico régimen del contra-

⁶⁰ ASÍ, VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Contratos de arrendamiento*, cit., p. 1124, y GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Contratación mercantil*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 242. En todo caso, la función de asistencia técnica y supervisión, aisladamente considerada, debiera llevarse al ámbito de los contratos de servicios, tal y como apunta MÍNGUEZ PRIETO, R., *El contrato de ingeniería*, cit., p. 180.

⁶¹ Frente a la mera actividad consultora para la realización de estudios, según BERCOVITZ, A., *El contrato de ingeniería*, cit., p. 138 y 144; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A., «Contratos publicitarios, de difusión de obras de ingenio, y contratos de ingeniería», *Curso de Derecho Mercantil*, vol. 2 (La contratación mercantil. Derecho de los valores. Derecho concursal. Derecho de la navegación), Madrid, 2006, pp. 267-291, p. 286; y MÍNGUEZ PRIETO, R., *El contrato de ingeniería*, cit., p. 178.

⁶² VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Contratos de arrendamiento*, cit., p. 1122-3, de una parte, reconoce que los Códigos no configuran una teoría general de los arrendamientos de obra o de servicios que sirva para colmar las lagunas contractuales; de otra, aboga por la inclusión del «arrendamiento de obra», cuando del mismo resulte la obtención de un resultado físico o material, como una especie dentro de la categoría general del «contrato de servicios». Desde perspectiva diversa, VAQUERO PINTO, M. J., *Contratos de servicios*, cit., p. 975, reconoce la aplicabilidad de determinados preceptos del arrendamiento de obra al contrato de servicios.

⁶³ Así, en la edición anotada de los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCRF)*, ed. Sellier, 2009.

⁶⁴ Sobre la necesidad de readaptar los contratos de arrendamientos de servicios y de obras bajo una única categoría de contratos de servicios, DE BARRÓN ARNICHES, P., «Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en el CFR», *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, dir. E. Bosch Capdevila, 2009, pp. 475-490.

⁶⁵ *Principles of European Law, Services Contracts*, ed. Sellier, 2007, en relación con los Principios de Derecho europeo de los contratos (Partes I y II), preparados por la Comisión de Derecho europeo de los contratos, bajo la presidencia del Profesor Ole Lando (*Principles of European Contract Law*, ed. Kluwer Law International, La Haya, 2000, pp. 1-93). Acerca de este proceso, REDONDO TRIGO, F., «De los Principios Lando al marco

to de arrendamiento de servicios y de obras, y pese a los intentos fallidos de actualizar el régimen interno, el Marco de referencia europeo ofrece una «guía», una «herramienta» académica para el desarrollo legislativo interno a pos de una unificación del Derecho civil en materia de contratos. No obstante, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, no actúa, a día de hoy, siquiera como un «instrumento opcional» para los estados miembros, si bien puede ser tenido en cuenta *obiter dictum*, en la aplicación del Derecho al caso concreto⁶⁶.

El Marco de Referencia adquiere una particular relevancia, sin embargo, en relación con la escasa y anquilosada regulación de los contratos de servicios y de obra⁶⁷. Desde la perspectiva europea del Marco Común de Referencia, el contrato de ingeniería resultaría integrado en el contrato de servicios en general y, dentro del mismo, sujeto a las disposiciones aplicables a los contratos de diseño y elaboración de proyectos (*design*). En este orden de cosas, la disposición IV.C.-6:101, comprende el contrato de diseño de un bien mueble o intangible o servicio que será producido o prestado por el cliente o en su nombre; y que puede tener por objeto, por lo tanto, una instalación industrial⁶⁸. Junto a lo anterior, la disposición IV.C.-7:101 contempla el contrato de información y asesoramiento (*information and advice*), que, en relación con lo anterior, puede recaer sobre la ejecución del diseño, sin que el ingeniero haya de asumir la ejecución material de la instalación. Esto es lo que anteriormente se ha dado en llamar, de una parte, la actividad *stricto sensu* de ingeniería, que incluye la realización de estudios previos de inversión y de diseño del proyecto (*FEED front end engineering and design*), y de otra, el control de la ejecución del diseño (*in house*)⁶⁹.

común de referencia del Derecho Privado Europeo. Hacia un nuevo *Ius Commune*», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 63, núm. 4, 2010, pp. 1643-1682.

⁶⁶ Sobre la formación y la utilidad del DCFR, VAQUER ALOY, A., «El Marco Común de Referencia», *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, dir. E. Bosch Capdevila, 2009, pp. 239-266.

⁶⁷ DE BARRÓN ARNICHES, P., «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2008, pp. 1-28.

⁶⁸ En los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCRF)*, ed. Sellier, 2009, p. 1848, se admite que el diseño pueda ser parte no solo de un proyecto de construcción, sino también, entre otros, de un proyecto industrial.

⁶⁹ DE BARRÓN ARNICHES, P., «Información y asesoramiento», *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, coord. A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila, M. P. Sánchez González, vol. 2, 2012, pp. 1299-1319, p. 1299, comprende, en sentido amplio, todos aquellos casos en los cuales de forma continuada el asesor, como profesional con conocimientos especializados en determinadas materias, realiza un servicio que tenga o pueda tener como consecuencia la adopción por parte del cliente de una serie de decisiones de orden jurídico, económico, patrimonial o personal.

Desde otro perfil, una aproximación más acorde con los tiempos actuales frente a la regulación de Código civil todavía vigente, por cuanto afecta a la prestación de servicios, se encuentra en la regulación administrativa⁷⁰. En esta disciplina del derecho, el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (–en adelante TRLCSP–), alude a aquellos contratos «cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro»⁷¹. Y ello se ha de poner en relación con el artículo 1.583 C.c. que autoriza la contratación de cualquier clase de servicio sin tiempo fijo, que no podrá ser hecho por toda la vida, por cierto tiempo o para una obra determinada. De otra parte, han de ser excluidos del ámbito administrativo los contratos realizados con entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que tengan carácter industrial o mercantil (*cf.* art. 3. párrs. 1 y 3 TRLCSP). Junto a lo anterior, se ha traer al marco de los contratos de servicios el régimen específico para los concursos de proyectos, que incluye los relativos a la materia de ingeniería mediante la correspondiente licitación pública, a través, bien de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, bien contra primas de participación o pagos a los participantes (*cf.* art. 184 TRLCSP). De todo este conjunto normativo parece que en mayor medida el contrato privado de ingeniería, tanto al modo convencional o clásico de consultoría, como integrado con el proyecto de obra, encuentra mejor acomodo en el régimen de los contratos de servicios en general⁷².

De lo reseñado anteriormente se deduce, por lo tanto, que el contrato de instalación industrial «llave en mano» no puede ser equiparado al contrato de ingeniería, ni su contenido se circunscribe a los márgenes sociales típicos de este contrato normativamente atípico⁷³. Aun cuando tradicionalmente se ha propugnado una clasificación que diferencia entre una ingeniería consultora (*consul-*

⁷⁰ VAQUERO PINTO, M. J., «Contrato de obra por empresa», en *Contratos Mercantiles* (dir. A. Bercovitz Rodríguez-Cano y M. A. Calzada Conde), T. I, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 995-1027, p. 1011-3, a la luz de la regulación del contrato de obra, concluye que sus soluciones encuentran difícil encaje en el contrato de obra inmaterial, el cual, sin embargo, tampoco puede ser considerado como un tipo contractual autónomo del contrato de servicios.

⁷¹ La Categoría 123 del Anexo II del texto refundido incluye tanto los servicios de ingeniería como los servicios integrados de ingeniería; así como los servicios conexos de consultores en ciencia y tecnología, y los servicios de ensayos y análisis técnicos.

⁷² Postura mantenida por REIG FABADO, I., *Régimen jurídico*, cit., p. 103.

⁷³ Si bien limitado al ámbito de los contratos de ingeniería, los califican de contratos atípicos, complejos y autónomos, ALPA, G., «Il contratto d'engineering», *Giustizia civile*, 1983, pp. 187 y ss., p. 188, CAVALLIO BORGIA, R., *Il contratto*, cit., p. 42, y REIG FABADO, I., *Régimen jurídico*, cit., p. 69.

ting engineering) y una ingeniería operativa o comercial (*process o commercial engineering*)⁷⁴, no parece que ésta atienda a unos rasgos comunes fuera de la actividad de ingeniería en sentido amplio⁷⁵. Por el contrario, el contrato de instalación «llave en mano» se objetiva en la organización empresarial de la entidad dedicada a estas actividades, que habrá de disponer o contratar los medios materiales y personales para la ejecución de la instalación, hasta su puesta a disposición a favor del cliente o propietario y preparada para su funcionamiento⁷⁶. En todo caso, la complejidad del contrato de instalación industrial «llave en mano» exige que este contrato se haya de desmarcar de los contratos de ingeniería. También desde la referencia a la empresa contratista que ha de ejecutar la obra. Así, otras prestaciones de servicios características de estos contratos serán la formación del personal del cliente o la asistencia técnica para la puesta en funcionamiento de la instalación, que puede venir *ex post* acompañada de otros contratos de mantenimiento de la instalación industrial o de otros pactos accesorios, como en los casos de los ya mencionados contratos producto o mercado «en mano»⁷⁷.

B) **Del contrato de compraventa «en globo» de cosa futura y del contrato de suministro. Referencia al contrato de construcción y compraventa de buque**

Desde otra vertiente de este contrato complejo, la instalación industrial requiere de la transmisión de los equipos y, en su caso, de los bienes industriales necesarios para el conjunto y su puesta en funcionamiento «llave en mano»⁷⁸. Desde esta perspectiva material se produce una compraventa de cada uno de tales activos, que se integra en un conjunto más amplio, generalmente por un precio alzado, pero que también puede exigir pagos parciales por la entrega de determinados elementos o subconjuntos de elementos⁷⁹. En

⁷⁴ DELACOLLETTE, J., *Les contrats*, cit., p. 71; CAVALLO BORGIA, R., *Il contratto*, cit., p. 29; y MEDINA DE LEMUS, M., *Los contratos de comercio exterior (Doctrina y Formularios)*, ed. Dykinson, Madrid, 1998, p. 416.

⁷⁵ Como acertadamente advierte BERCOVITZ, A., *El contrato de ingeniería*, cit., p. 135-6, la participación de una empresa de ingeniería no permite determinar una naturaleza común a todos estos contratos, sino que se habrá de atender a su particular objeto y características.

⁷⁶ Fenómeno ya advertido por MARTINEK, M., *Moderne Vertragstypen*, cit., p. 243.

⁷⁷ Incluso, en sus modalidades más amplias, alcanza a la realización integral con la fabricación del producto o su comercialización, según CAVALLO BORGIA, R., *Il contratto*, cit., pp. 28-29.

⁷⁸ Aproximan, a partir de esta consideración, el contrato «llave en mano» al contrato de compraventa o suministro, SALEM, M., y SANSON-HERMITTE, M. A., *Les contrats*, cit., p. 157, y JEHL, J., *Le commerce*, cit., p. 435 y ss.

⁷⁹ Para JOUSSEN, P., *Der Industrieanlagen-Vertrag*, Heidelberg, 1996, p. 25, la relación de compraventa de los bienes es un elemento esencial del contrato.

este orden de cosas, la ejecución de la instalación precisará de la entrega de diferentes equipos, instrumentos y otros materiales industriales en el local del propietario o cliente, sin perjuicio de otras entregas que se incorporen al contrato. Tal es el caso de los proyectos básicos y de ejecución de la instalación, o, si fuera asumido por el contratista, de los permisos y autorizaciones para su utilización. Por ende, cualquier remisión del contrato de instalación industrial «llave en mano» al contrato de compraventa resulta restrictiva de la realidad de estos contratos complejos⁸⁰.

Entre las prestaciones típicas de estos contratos, como la realización de una obra intelectual de planta industrial y de ejecución de la instalación, y de modo instrumental al fin del contrato, el contratista, por sí o a través de un tercero, habrá de suministrar los equipos y materiales que permitan llevar a cabo la instalación proyectada⁸¹. Esta compraventa «en globo» de equipos y materiales, en cuanto se han de incorporar a un conjunto inextricable pendiente de ejecución deviene, en tal sentido, una compraventa de cosa futura. La posibilidad de la instalación industrial admite esta concepción del contrato, y ello en tanto la instalación industrial no existe al tiempo de su perfección (*cf.* art. 1271 CC). El propietario, cuando presta su consentimiento para contratar, actúa con la esperanza de su posterior existencia, para la cual el contratista, por su parte, se obliga a aportar los elementos necesarios hasta su puesta en funcionamiento⁸². Entre las clases de venta de cosa futura, en defecto de acuerdo expreso de las partes, el objeto ha de entenderse transmitido bajo la figura de la *emptio rei speratae*, referida a su variabilidad cuantitativa y cualitativa, pero no de su existencia. Esta adopción de la *emptio rei speratae*, frente a la *emptio spei*, en la cual permanece en el comprador la obligación de pagar el precio pese a la posible inexistencia de la cosa futura, se ha de comprender a partir de la conducta activa del contratista en la realización del objeto⁸³. De esta forma, entendida como *emptio rei speratae*, la realidad de la instalación industrial en los términos contractuales

⁸⁰ LE GOFF, P., *Theory and practice*, cit., p. 5-32. Acerca de la distinción entre los contratos simples de entrega de equipos industriales y los contratos «llave en mano», HUSE, J., *Understanding and negotiating turnkey and EPC contracts*, 2.ª ed, Londres, 2002, p. 17 y ss.

⁸¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *Los contratos internacionales*, cit., p. 102.

⁸² Pero, al mismo tiempo, la «llave en mano» no permite equiparar la figura a la compraventa *ad gustum*, por la que el cumplimiento de la entrega del contratista se sujeta a una condición futura e incierta de superar una prueba por un tercero que permita averiguar si la cosa posee la calidad expresa o tácitamente convenida (*cf.* art. 1453 CC y 327 CCom.). En estos casos, es la calidad prefijada en el contrato la que determina la consumación de la compraventa. Todo ello unido a la intervención de la partes en las llamadas «pruebas de montaje» y «rendimiento».

⁸³ La figura de la compraventa de cosa futura, en relación con la *emptio spei* romana, es analizada en las codificaciones y la doctrina modernas, con carácter general, por

permite al contratista la exigencia al comprador del pago del precio. En la otra cara de la moneda, el contrato de compraventa futura de instalación industrial exige al contratista una especial diligencia en que ésta exista; ello demanda, a su vez, una obligación negativa del propietario a fin de no impedir su consecución, cuando no de colaboración⁸⁴.

De otra parte, el aprovisionamiento de estos materiales industriales y su entrega, junto con los equipos, a tenor de las distintas fases de ejecución del proyecto, aproximan el contrato de instalación industrial al contrato de suministro de bienes, como es definido por algunos contratos en el ámbito internacional. Nuestro Derecho privado, sin embargo, carece de una regulación mercantil que dote de tipicidad al contrato de suministro. De nuevo, para cubrir este vacío legal, se ha atender a las normas de Derecho público en el ámbito de la contratación. Con carácter general los contratos de suministro de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, resultan excluidos de la contratación administrativa (*cfr.* art. 4 TRLCSP)⁸⁵. Pero fuera de lo anterior se incluyen, en su ámbito de aplicación, aquellos contratos en los que «el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente» [*cfr.* art. 9.3, letra a) TRLCSP]⁸⁶.

La concurrencia de un precio alzado por la transmisión en los contratos de instalación industrial o la utilización de otros sistemas de determinación del precio, como en el caso de un precio máximo garantizado, excluye a estos contratos de la esfera del contrato de suministro, que exige prestaciones sucesivas por un precio unitario y en atención a la necesidades del suministrado. Por lo tanto, el suministro de los equipos y materiales que se integran en el con-

CALONGE MATELLANES, A., *La compraventa de cosa futura (desde Roma a la doctrina europea actual)*, Salamanca, 1963, obra que constituye un clásico en la materia.

⁸⁴ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 8.ª ed., ed. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 284-286; y BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, t. I, ed. Tecnos, Madrid, 1969, p. 131 y ss., esp. 143.

⁸⁵ Desde un perfil objetivo, se reconoce tal calificación de contratos de suministro a los que tengan «*por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles*», con exclusión, por lo tanto, de bienes inmateriales y valores negociables (*cfr.* art. 9, apartados uno y dos, TRLCSP).

⁸⁶ Quedan fuera del objeto contractual los de «*fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos*», puesto que la instalación industrial es el instrumento y no el resultado de la fabricación [*cfr.* art. 9.3, letra c), TRLCSP].

junto empresarial debe incluirse dentro del ámbito de la «venta en globo» del conjunto industrial material, y ello sin perjuicio de que el contrato de compraventa refleje únicamente uno de los perfiles de este complejo contrato. A su vez, tal consideración incide en las obligaciones del contratista, a falta de otro pacto en concreto⁸⁷. A todo ello se ha de unir, en su caso, otras obligaciones de entrega en los contratos coaligados de asistencia técnica o mantenimiento de la instalación, o la inclusión de determinados accesorios o repuestos en el mismo contrato «llave en mano».

De lege lata se puede encontrar en la regulación del contrato de construcción y venta de buques un referente normativo típicamente mercantil⁸⁸. En estos contratos corresponde al constructor la elección de los materiales y de los sistemas de construcción y aparejos, si bien se mantiene la referencia a las normas de navegación, aduanas, sanidad y seguridad de las naves (*cfr.* art. 574 CCom.)⁸⁹. Por otra parte, dentro de la venta del buque se incluyen «aparejo, respetos, pertrechos y máquinas, si fuere de vapor, pertenecientes a él, que se hallen a la sazón en el dominio del vendedor»; y se excluyen «las armas, las municiones de guerra, los víveres ni el combustible» (*cfr.* art. 576 CCom.). En consideración a este referente normativo, *de lege ferenda*, en principio y en defecto de especificación contractual de orden técnico, el contratista podrá utilizar también los sistemas de construcción y los materiales que tenga por conveniente siempre que con ello se cumplan los requerimientos establecidos por la regulación industrial en general, y por la regulación sectorial correspondiente en particular. De otra parte, en esta línea, a falta de pacto contractual, se han de considerar igualmente incluidos todos los equipos, productos y materiales industriales que hayan de constituir la instalación para que la entrega se produzca, al menos, lista para funcionar. Sin embargo, el combustible y los

⁸⁷ Según su régimen legal, la venta alzada o en globo de este conjunto de equipos y productos industriales obliga al vendedor a responder del conjunto, pero no de cada una de las partes, salvo que la evicción afecte a la mayor parte (*cfr.* art. 1532 CC). Con todo, la entrega de instalación industrial «llave en mano» advierte la necesidad de la operatividad de la instalación, de modo que cabría de *lege ferenda* aplicar el régimen de saneamiento de la aportación de empresa a sociedad. Según su particular régimen de saneamiento, el vicio o la evicción alcanzará al conjunto cuando afecten a la «totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación», sin perjuicio del saneamiento individualizado de aquellos elementos «de importancia por su valor patrimonial» (*cfr.* art. 66 TRLSC). Cuestión ya tratada en *El contrato de compraventa de empresa: (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 560.

⁸⁸ *Cfr.* STS de 10 de enero de 1984 (RJ 1984, 588).

⁸⁹ Téngase en cuenta que el Proyecto de Ley General de Navegación Marítima, de 9 de diciembre de 2008, pendiente de aprobación, trata de forma específica el contrato de construcción naval. Asimismo, LÓPEZ-QUIROGA TEJEIRO, C. y LÓPEZ QUIROGA, J., «La venta voluntaria del buque en el Proyecto de Ley General de Navegación Marítima», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. Extra 1, 2001, pp. 39-47.

suministros, a falta de pacto en contrario, han de entenderse excluidos del ámbito objetivo del contrato. Por último, en la instalación industrial «llave en mano», para establecimiento o para empresa, puede el contratista asumir, igualmente, la inscripción del establecimiento o de la empresa en el Registro Integrado Industrial, en paralelo a la obligación del vendedor de entregar al comprador «*la certificación de la hoja de inscripción del buque en el Registro hasta la fecha de la venta*» (*cf.* art. 576 *in fine* CCom.). No obstante, respecto de equipos y bienes de producción no se contempla otra forma de inscripción registral, fuera del ámbito de la venta a plazos de bienes muebles (*cf.* art. 1 Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles).

Como colofón a este apartado se ha de traer al *status quaestionis* la reciente Propuesta del año 2011 de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea⁹⁰. La operatividad del Reglamento como «instrumento opcional», en contraposición al Marco Común de Referencia antes citado, supone un paso más en la pretensión de alcanzar un cuerpo normativo para el Derecho europeo de contratos, tanto por las normas generales que en él se contienen, como por la relevancia de la compraventa dentro de los contratos especiales (*cf.* art. 13 en conexión con los arts. 4 a 7). Aun sin saber si la propuesta de Reglamento llegará a ver la luz como un «segundo régimen nacional», en ella se contienen ciertos avances en la delimitación del objeto contractual que han de ser aquí apuntados. El artículo 5 de la Propuesta, en relación con la definición de la letra k del artículo 2, incluye, bajo el manto del «contrato de compraventa», los contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir. Asimismo, los contratos de suministro de contenidos digitales, con inclusión, en su caso, de programas informáticos y otros servicios relacionados, como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento (art. 2 en su letra m). La ampliación de espectro material del contrato de compraventa permitirá, de este modo, abarcar fenómenos jurídicos más complejos, de acuerdo con la realidad económica actual y las necesidades de seguridad jurídica que requiere el tráfico. Con todo, el artículo 6 de la Propuesta excluye a los llamados «contratos mixtos», en los que se incluya cualquier elemento que no sea la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios relacionados, lo cual aleja al contrato de instalación

⁹⁰ Bruselas, 11 de octubre de 2011 COM (2011) 635 final.

industrial «llave en mano» de la órbita del contrato de compraventa europea⁹¹.

C) **Del contrato de licencia de patente y del contrato de transferencia de tecnología y de «saber hacer». Referencia al contrato de franquicia**

Al hilo de lo anterior, en estos contratos de instalación industrial «llave en mano» no se puede obviar el contenido inmaterial que se añade a la entrega de los equipos y productos industriales⁹². El carácter industrial destaca la relevancia de la transferencia de tecnología, que, a su vez, puede manifestarse al derecho a través de diversas formas⁹³. En particular, la transferencia de la tecnología integrada en los equipos puede reclamar la inclusión de contratos de licencia de patentes, o de transmisión del llamado *know-how*⁹⁴.

En primer lugar, la transferencia de tecnología mediante una licencia de patente se ha de sujetar al régimen legal aplicable y al contenido contractual de la licencia, en relación con su exclusividad, su cesión o sublicencia, y su duración (*cf.* art. 75 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo de patentes). Igualmente, respecto de la obligación del licenciante de poner a disposición del licenciataro los «*conocimientos técnicos que posea y que resulten necesarios para poder proceder a una adecuada explotación de la invención*» (*cf.* art. 76 LP)⁹⁵. En tal sentido, el «saber hacer técnico»,

⁹¹ Con mayor detenimiento, GÓMEZ POMAR, F., y GILI SALDAÑA, M., «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2012, pp. 1-27.

⁹² Incluso DELACOLLETTE, J., *Les contrats*, *cit.*, p. 47, se refiere en estos casos a un «contrato complejo de transferencia de tecnología», y SALEM, M., y SANSON-HERMITTE, M. A., *Les contrats*, *cit.*, p. 89, a la tecnología como elemento de la causa del contrato «llave en mano». En esta línea, JEHL, J., *Le commerce*, *cit.*, p. 442, y GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración*, *cit.*, p. 182. Acerca de estos contratos, en el ámbito internacional, GUARDANS CAMBÓ, I., «Contratos de transferencia de tecnología», en *Contratos internacionales* (coord. P. Blanco-Morales Limones), ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1569-1643; y CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Contratos internacionales de transferencia de tecnología», *Curso de contratación internacional*, ed. Colex, Madrid, 2003, pp. 641-654.

⁹³ SALEM, M., y SANSON-HERMITTE, M. A., *Les contrats*, *cit.*, p. 89 y ss., y DÜNNWEBER, I., *Vertrag*, *cit.*, p. 11. Con referencia en la ingeniería de procedimiento (*process engineering*), HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *Los contratos internacionales*, *cit.*, p. 99, MEDINA DE LEMUS, M., *Los contratos*, *cit.*, p. 416, y REIG FABADO, I., *Régimen jurídico*, *cit.*, pp. 63-64.

⁹⁴ BERCOVITZ, A., *La transmisión de tecnología*, *cit.*, pp. 79-80 y p. 95.

⁹⁵ En cualquier caso, MARTÍN ARESTI, P., *La licencia contractual de patente*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 197, aboga por una interpretación restrictiva del artículo 76, limitada a la transmisión de los conocimientos del cedente en el momento de la transmisión y a la asistencia que resulte objetivamente razonable desde un punto de vista empresarial y de las condiciones del mercado.

incorporado a un contrato sobre una patente, o incluso separado de ella, se ha de poner en conexión con el deber de asistencia o formación que se impone al contratista en el contrato de instalación industrial «llave en mano»⁹⁶. Al mismo tiempo, la comunicación de este *know-how* exige que el propietario mantenga un deber de secreto, que entraña que haya de adoptar las medidas necesarias para evitar la divulgación de cualquier información reservada relacionada con la instalación industrial (*cf.* art. 76.2 LP)⁹⁷.

En segundo lugar, si bien el llamado *know-how* en la doctrina anglosajona, o *savoir-faire* en la francesa, puede ser objeto de contratos de licencia o de cesión independiente, en la práctica se incorpora a contratos que tienen por objeto elementos de carácter empresarial⁹⁸. Este concepto, en sentido amplio, comprende, entre otros, los procesos de fabricación o de distribución, así como la formación y conocimientos de los trabajadores⁹⁹. Se ha de circunscribir al ámbito industrial, sin embargo, el concepto del «saber hacer técnico», con remisión a las experiencias o prácticas manuales de las cuales resulte un procedimiento o regla técnica, tales como los procedimientos y técnicas de fabricación; en contraposición a un «saber hacer comercial», relativo a los procedimientos y técnicas

⁹⁶ ZAMBONELLI, A., «La consegna dell'azienda alienata», *Contr. e Impr.*, núm. 1, 1993, p. 50 y ss., p. 57, en consideración a la categoría de venta de *azienda* o de establecimiento «llave en mano», destaca la obligación asumida por el vendedor a fin de poner al nuevo personal al corriente para el uso de una compleja e inédita técnica productiva (*know-how*).

⁹⁷ Acerca de un *know how* industrial en sentido estricto, opuesto a la tecnología registrada como patente y del deber de confidencialidad del licenciatario, CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Contratos*, *cit.*, pp. 642 y 648.

⁹⁸ BERCOVITZ, A., *La transmisión de tecnología*, *cit.*, p. 94, entre los contratos mediante los cuales se puede suministrar conocimientos técnicos incluye, además de la cesión y la licencia de patentes, los contratos de ingeniería y construcción, los de dirección, los de servicios de ventas, los de distribución, o los de asesoramiento financiero o asistencia. Por otra parte, MASSAGUER FUENTES, J., *El contrato de licencia de know-how*, ed. Bosch, Barcelona, 1989, p. 35; y «Los secretos industriales y comerciales y su transmisión: régimen jurídico», *Derecho de la propiedad industrial*, CDC, ed. Consejo General de los Colegios Oficiales de los Corredores de Comercio, Monográfico, 1994, pp. 167-192, p. 185, los posiciona «en el marco de contratos mixtos, en los que se acuerda la licencia o cesión de otros derechos sobre bienes inmateriales (patentes, marcas, modelos y dibujos, derechos de autor) o creaciones de naturaleza próxima (franquicia), la prestación de servicios o realización de obras (consultoría, ingeniería) o la venta de determinados equipos».

⁹⁹ GÓMEZ SEGADE, J. A., *El secreto industrial (know-how)*, *Concepto y protección*, ed. Tecnos, Madrid, 1974, p. 66 y «En torno al concepto de know-how», en AA.VV., *Estudios en homenaje al profesor Garrigues*, t. II, ed. Tecnos, Madrid, 1971, p. 409 y ss., p. 422. Al respecto, también el Reglamento (CE) núm. 772/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, que, en su artículo 1, define los «conocimientos técnicos» como «un conjunto de información práctica no patentada derivada de pruebas y experiencias, que es: i) secreta, es decir: no de dominio público o fácilmente accesible, ii) sustancial, es decir: importante y útil para la producción de los productos contractuales, y iii) determinada, es decir: descrita de manera suficientemente exhaustiva para permitir verificar si se ajusta a los criterios de secreto y sustancialidad».

comerciales o de distribución¹⁰⁰. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de incorporación de un «saber hacer comercial» en los contratos llamados de producto y mercado «en mano». Ahora bien, en el contrato de instalación industrial «llave en mano» el *know how* se ha de limitar a la utilización de determinados elementos técnicos y se plasma en una obligación de asistencia para la formación respecto de la utilización de tecnología¹⁰¹. Se ha de distinguir, en este punto, entre los contratos «llave en mano» de carácter operativo de aquellos otros tecnológicos. Si bien este «saber hacer técnico» se halla implícito en los contratos de instalación industrial, la inclusión de cláusulas que expresamente hagan referencia a la divulgación de conocimientos tecnológicos o la redacción de contratos coligados concede al cliente un mayor espectro informativo en cuanto al conocimiento técnico de la instalación¹⁰².

Por otra parte, en la delimitación de estos contratos respecto de otras figuras afines, se ha de hacer una particular referencia al artículo 2 del Real Decreto 201/2010, en sus apartados tercero y cuarto, a partir de la distinción entre los contratos de franquicia y los contratos de concesión mercantil o de distribución en exclusiva. Aclara el apartado tercero del citado artículo que estos contratos se han de distinguir, entre otros, de los contratos de concesión de una licencia de fabricación o de la transferencia de tecnología¹⁰³. En este ámbito ha de ser también distinguido el llamado «saber hacer comercial», adscrito a los contratos de franquicia, de los contratos de mera transferencia de tecnología. Aquél, en todo caso, se relaciona con el negocio o actividad mercantil para la comercialización de determinados productos, si bien a su contenido típico se pueden añadir, de forma accesoria, unos conocimientos y una asistencia técnica (*cf.* art. 2.1 RD 201/2010)¹⁰⁴.

¹⁰⁰ JEHL, J., *Le commerce, cit.*, p. 442, se refiere así a un «savoir technique».

¹⁰¹ MINTZ, J. B., «Due Diligence Investigative Technology and Know-how», *Due Diligence for Global Deal Making (The definitive Guide to Cross-Border Mergers and Acquisitions, Joint-Ventures, Financings and Strategic alliances)*, ed. Blomberg Press, Nueva York, 2002, p. 303 y ss. En cualquier caso, la utilización de tecnología, particularmente cuando se trate de tecnología extranjera, y pese a la liberalización normativa en esta materia desde la regulación europea, exige la observancia de las reglas relativas a las relaciones económicas con el exterior y del régimen de exención desde el Derecho de Defensa de la Competencia (*vid.* Reglamento (CE) núm. 772/2004 de la Comisión, de 27 de abril de 2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología).

¹⁰² Como recoge la Cláusula 24.4 del modelo de contrato para el suministro de una «unidad productiva industrial» de la CCI, cualquier transferencia de tecnología, de licencia de derechos de bienes industriales, de *know-how*, o de asistencia técnica tras la implementación de la instalación, se ha efectuar en contrato separado.

¹⁰³ GUARDIOLA SACARRERA, E., *Contratos de colaboración, cit.*, 1998, p. 146 y ss.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «La inclusión de los derechos de propiedad industrial dentro de la transferencia de tecnología», *Seminario sobre adquisición de tecnología extranjera*, ed. Instituto de Estudios Bancarios y Bursátiles, Facultad de Ciencias Económi-

De acuerdo con lo anterior, la franquicia se ha de circunscribir *at least but not at last* al «derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios» (*cf.* art. 62 Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista). *Sensu contrario*, en el contrato de instalación industrial llave «en mano», entendido como contrato para establecimiento mercantil o para empresa, se halla implícita la transmisión de tecnología o, al menos, de unos conocimientos técnicos u operativos. De este modo, junto con los equipos y materiales, se incorpora, como elemento típico objetivo del contrato, un «saber hacer» que, en su caso, puede ser objeto de una tutela registral derivada de un derecho de la propiedad industrial. De otro lado, en los contratos de instalación industrial «llave en mano» no aparece, como elemento esencial, a diferencia de los contratos de franquicia, una asistencia comercial o la transferencia de un «saber hacer comercial», sin perjuicio de su traslación a eventuales acuerdos en tal sentido en los llamados contratos de producto o de mercado «llave en mano»¹⁰⁵.

D) **Del contrato de arrendamiento de obra civil. Referencia al contrato combinado de «obra industrial»**

Como ya ha sido indicado, en el contrato de instalación industrial «llave en mano» el contratista asume la obligación de entregar los equipos necesarios hasta la implementación de la instalación. Además, en los contratos «full turnkey» o «precio en mano» se incorporan las obligaciones del contratista de asistir al comprador durante el inicio de la actividad, junto con la prestación de garantías de rendimiento de la planta industrial en su conjunto dentro de ciertos parámetros. Incluso, como también se ha advertido, en los contratos «mercado en mano» el contratista puede asumir la ejecución de la actividad económica durante un cierto tiempo.

Distinto enfoque, sin embargo, se ha de dar a aquellos contratos de instalación industrial que se incorporen a un continente más

cas y Empresariales de la Universidad de Bilbao, 1975, pp. 137-151, pp. 149-150, distingue así entre una tecnología en sentido estricto, referida a la técnica industrial como conjunto de métodos que sirven para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos naturales, de una tecnología en sentido amplio, que incluye, además, los conocimientos comerciales y las experiencias en materia de dirección de empresas y *marketing*.

¹⁰⁵ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Contratos*, cit., p. 623, se refieren también a unos «contratos de franquicia industrial» en los que, junto a la transferencia de tecnología, el licenciante o franquiciador presta una asistencia propia de la marca, unos métodos de comercialización o, incluso, algunos materiales a integrar en la producción. Sobre la distinción entre las franquicias industriales o de producción, de distribución y de servicios, LÁZARO SÁNCHEZ, E. J., «El contrato de franquicia (aspectos básicos)», *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia), núm. 18, 2000, pp. 91-116, p. 92.

amplio, en los que se desarrolle la ejecución de un gran proyecto, y en los que se incluya la realización de una obra civil, que puedan dar lugar al contrato de «obra industrial» en su conjunto¹⁰⁶. El contrato de instalación «llave en mano» se integra, entonces, en un contrato complejo en el que se incluye la realización de una obra civil en sentido amplio. En estos «contratos combinados» asume el contratista la ejecución no ya solo de la instalación, sino también de una obra civil o de un gran proyecto en su conjunto¹⁰⁷. Los contratos de obra industrial, por lo tanto, incluyen la ejecución de la obra de ingeniería civil, en relación con la ubicación de la instalación industrial (v. gr. adaptaciones de los locales) o el acceso de los suministros a la instalación (v. gr. eléctricos, agua, gas). Dentro de la variedad de actividades y ejecuciones que se pueden encontrar en los contratos «llave en mano en sentido amplio», también se puede añadir la construcción de edificaciones (v. gr. una nave industrial)¹⁰⁸. No obstante, se ha de distinguir este contrato «integrado o combinado» del que únicamente recae sobre plantas o instalaciones industriales; al igual que, *sensu contrario*, el contrato de obra de ingeniería civil puede tener lugar sin necesidad de dar, como resultado, una instalación industrial (v. gr. en la construcción de carreteras, puertos o puentes)¹⁰⁹.

En cualquier caso, en el concepto «llave en mano» *stricto sensu*, en el sentido aludido de la entrega de la obra preparada para su

¹⁰⁶ En este sentido, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *Los contratos internacionales*, cit., p. 49, diferencia entre contratos mixtos, parciales y semi-llave en mano.

¹⁰⁷ Así, la Cámara de Comercio Internacional, mediante su Comisión sobre derecho y práctica comercial (*Commission on Commercial Law and Practice –CLP–*) además del Modelo de contrato para el suministro de una planta o instalación industrial (*Model Contract for the Turnkey supply of an Industrial Plant*) (publicación núm. 653, 2003) contempla, en un modelo separado, el contrato para grandes proyectos (*Model Turnkey Contract for Major Projects*) (publicación núm. 659E, 2007). Y en el ámbito privado, también la FIDIC en su «libro rojo» (*Red book*) recoge las condiciones para la contratación de trabajos de ingeniería de obra civil (*Conditions of contract for works of civil engineering construction*) de 1987, reeditado en 1996, y en su «Libro naranja» de 1995 (*Orange book*) los contratos de diseño y construcción «llave en mano» (*Conditions of contracts for design-build turnkey*), en relación con los Documentos estandarizados de oferta para grandes proyectos de 1995 (*Standard Biddings Documents for major Projects*) del Banco Mundial.

¹⁰⁸ Véanse al respecto, los artículos 1 y 2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y el régimen jurídico aplicable a los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, con referencia al promotor, al constructor, al proyectista, al director de obra, al director de ejecución de la obra, a las entidades y laboratorios de control y calidad, y a los suministradores de los productos; así como las obligaciones de los propietarios y usuarios.

¹⁰⁹ REIG FABADO, I., *Régimen jurídico*, cit., p. 95, distingue en este ámbito entre las obras de ingeniería civil (carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, y otras de ingeniería civil), de los trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo (dragados, sondeos, prospecciones, inspecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas, u otros análogos).

funcionamiento, se han de entender únicamente comprendidos aquellos trabajos cuya ejecución, tras la asistencia técnica para su utilización, permitan una posterior explotación por el propietario. No ocurre así en los contratos de obra simple¹¹⁰. En éstos concurren también los presupuestos de diseño y ejecución de la obra y los acuerdos entre las partes relativos al precio y al plazo de ejecución de los trabajos. No obstante, la finalidad industrial de la obra y las prestaciones de formación o asistencia técnica que tal finalidad impone, tintan la relación con prestaciones de servicios que son igualmente esenciales para el correcto cumplimiento del contrato que tiene por objeto una instalación. Además, el contrato puede prever otras garantías relativas al rendimiento o eficiencia de la instalación, en particular en el contrato «en mano completo» o «producto en mano».

Con todo, en ambos contratos se reconocen prestaciones de servicios comunes derivadas de la supervisión y el control de la ejecución de la obra. Este mismo esquema se traslada a la dicción del artículo 1.588 CC cuando el arrendatario haya de poner su trabajo o industria, generalmente mediante la ejecución con personal propio o con subcontratado a este fin (*cf.* art. 6 TRLCSP)¹¹¹. A este objeto también «suministrará» el material necesario para la obtención de la completa instalación industrial en los términos contractualmente pactados. En cualquier caso, frente al contrato de obra simple, en los contratos relativos a la instalación industrial el contratista habrá de aportar los equipos y la tecnología comprometidos e, incluso, en su caso, el material necesario para la puesta en funcionamiento de la instalación.

Si bien en el contrato de obra simple o clásico se reconocen prestaciones de obra y de servicios, la realización de la obra se antepone, en todo caso, a otras prestaciones típicas. Desde una perspectiva contrapuesta, los contratos de ingeniería simple se caracterizan, principalmente, tal y como ha sido expuesto, como contratos de servicios, aun cuando su actividad se ha de representar en una obra de carácter intelectual (el informe o el proyecto técnico), y donde el servicio puede alcanzar a la supervisión de la obra ejecutada. Allana el cami-

¹¹⁰ Así lo reconoce HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *Los contratos internacionales*, cit., p. 46, en cuanto que en los contratos de construcción ya se persigue el resultado final de la entrega de una obra que pueda ser destinada al fin para el cual ha sido concebida.

¹¹¹ El apartado segundo del artículo 6 TRLCSP se refiere así a la obra como «*resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble*»; según lo anterior, los contratos de obra tendrán este objeto o incluirán la realización de determinados trabajos entre los que el Anexo I incluye, en su epígrafe 45.21, la construcción general de edificios y de obras singulares de ingeniería civil (puentes, túneles, etc.), y que, entre otras prestaciones adicionales, pueden incluir la redacción del correspondiente proyecto.

no, en este punto, la disposición IV.C.-6:101 del borrador del Marco Común de Referencia europeo cuando, a partir del contrato de servicios de diseño, en su apartado segundo, incluye el servicio de ejecución del diseño como contrato de prestación posterior del servicio de diseño y, con ello, realiza una remisión a la órbita de los contratos de obra. En este sentido, la disposición IV.C.-3:101, en la letra b, en su apartado segundo, incluye dentro del ámbito de aplicación del contrato de construcción, el compromiso de construir o elaborar un bien mueble o intangible, siguiendo un diseño propio¹¹². Por ello la necesidad de combinar adecuadamente las reglas del contrato de diseño y las específicas del contrato de construcción, según las prestaciones debidas por el diseñador-constructor¹¹³.

Sin embargo, como contrato complejo, en el contrato de instalación industrial «llave en mano», además de la obra, otras prestaciones son igualmente esenciales, de modo que lo sitúan fuera de la órbita de ambas modalidades contractuales de servicios de ingeniería y construcción¹¹⁴. La pluralidad de prestaciones, así como las diversas modalidades que pueden adoptar estos contratos dificultan, no obstante, su aprehensión por el Derecho y su incardinación en alguna de las modalidades típicas de la contratación¹¹⁵. Según este esquema se plantea si las prestaciones debidas por el contratista encuentran encaje entre las obligaciones de resultado o si, por el contrario, se ubican en sede de obligaciones de medios. Ciertamente la ejecución de una instalación industrial, a mayor abundamiento cuando sea «llave en mano», entraña una obliga-

¹¹² Distingue, a su vez, entre el contrato de compraventa y el contrato de construcción, a tenor de la necesaria interacción de las partes para la obtención del resultado, aun cuando los materiales sean aportados por quien ejecuta la obra, DE BARRÓN ARNICHES, P., «Construcción», *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, coord. A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila, M. P., Sánchez González, vol. 2, 2012, pp. 1207-1229. En todo caso, la referencia al cliente-propietario traslada al ámbito material la realización de la obra en el lugar indicado por éste, frente a la producción de bienes, siquiera futuros, que han de ser luego suministrados, y que recaerán en el ámbito de aplicación del contrato de compraventa [cfr. art. 2.k) de la Propuesta de Reglamento de compraventa europea y la disposición IV.A.-1:201 DCFR].

¹¹³ *Los Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCRF)*, ed. Sellier, 2009, p. 1849, reconocen que, aunque las reglas aplicables al posterior servicio de ejecución, en referencia al contrato de construcción, prevalecen en este ámbito, todavía se han de aplicar las normas del contrato de diseño de forma subsidiaria, ante la necesidad de regular las partes del contrato relativas a tal servicio. En todo caso, mantiene DE BARRÓN ARNICHES, P., «Diseño», *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, coord. A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevila, M. P., Sánchez González, vol. 2, 2012, pp. 1281-1298, p. 1282, la conveniencia de acudir a la teoría de la combinación.

¹¹⁴ ALPA, G., «Il contratto d'engineering», *Giustizia civile*, 1983, pp. 187 y ss., p. 192.

¹¹⁵ Acerca de las dudas que suscita que el contrato de instalación industrial pueda incorporarse al elenco de los contratos de obra (*Werklieferungsvertrag*), JOUSSEN, P., *Der Industrieanlagen-Vertrag*, cit., p. 29. A favor, no obstante, por las restantes prestaciones a las que se sujeta el contratista, VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Contratos de arrendamiento*, cit., p. 1126.

ción de resultado, de forma que la puesta en funcionamiento da lugar al derecho al pago precio cuando concurren las condiciones pactadas para el uso que se pretende (generalmente según los anexos técnicos unidos al contrato)¹¹⁶. Sin embargo, fuera de lo anterior, el contratista, si bien asegura el funcionamiento de la instalación, en principio no compromete la rentabilidad que su uso pueda tener, fuera de los acuerdos alcanzados entre las partes. En este sentido, únicamente la ejecución tendrá un carácter instrumental de la finalidad ulterior de explotación de la instalación por el principal, y la obligación, desde esta perspectiva, será de medios. En esta misma orientación, como obligación de medios, se colocan las obligaciones de asistencia técnica y de formación del personal del cliente o propietario, cuya actuación en el manejo de la instalación no serán de cargo del contratista¹¹⁷. Desde esta dualidad, de la ejecución de la instalación como una obligación de resultado, y la «llave en mano», en referencia a la puesta a disposición de los mecanismos para que el cliente o sus técnicos o trabajadores puedan explotar la instalación, como obligación de medios, se ha de reconocer el cumplimiento de las prestaciones del contratista y su derecho a recibir el precio pactado¹¹⁸. Todo ello sin perjuicio de otras garantías contractuales y de la asunción de responsabilidades en los contratos «producto en mano», así como de la actuación directa del contratista en los «mercado en mano», donde las obligaciones del contratista se aproximan a los esquemas de las obligaciones de resultado¹¹⁹.

¹¹⁶ LEFEBVRE, G., y D'HOLLANDER, J., *La normalisation*, cit., p. 238, y SALEM, M., y SANSON-HERMITTE, M. A., *Les contrats*, cit., pp. 166-7. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2001 (núm. 1066/2001, RJ/2001/9461) en relación con el desarrollo de un contrato de obra consistente en la fabricación de «una planta recristalizadora de ácido oxálico», y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 2 de febrero de 2007 (núm. 36/2009, JUR/2009/315451) respecto de «una instalación de cogeneración compuesta de una turbina de gas y una instalación de biomasa compuesta de una turbina de vapor, y una caldera de biomasa».

¹¹⁷ Reconoce que en estos casos las prestaciones anteriores no comportan una garantía de resultado, JOUSSEN, P., *Der Industrieanlagen-Vertrag*, cit., p. 30. Asimismo, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., *Los contratos internacionales*, cit., p. 75.

¹¹⁸ También sitúan a la actividad de ingeniería entre las obligaciones de medios, SALEM, M., y SANSON-HERMITTE, M. A., *Les contrats*, cit., p. 92, y DELACOLLETTE, J., *Les contrats*, cit., p. 72. Más allá, ALPA, G., *I contratti*, cit., p. 72, hace referencia a una ingeniería «llave en mano», en relación a las obligaciones de asistencia que asume el ingeniero. También CAVALLO BORGIA, R., *Il contratto*, cit., p. 109 y ss., admite, en el contrato de ingeniería, que si bien el proyecto se identifica como una obligación de resultado, pueden concurrir también, en el análisis de cada prestación, obligaciones de medios.

¹¹⁹ Acerca de las dificultades de delimitar, en los contratos complejos, cuándo terminan las obligaciones de medios y empiezan las obligaciones de resultado, JORDANO FRAGA, F., «Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *ADC*, 1991, p. 5 y ss.

IV. NATURALEZA JURÍDICA

1. ACERCA LA MERCANTILIDAD DE LOS CONTRATOS DE INSTALACIÓN INDUSTRIAL «LLAVE EN MANO»

Alcanzada esta instancia y a la luz del somero repaso realizado de las figuras afines, se ha de plantear la adscripción de los contratos de instalación industrial «llave en mano» a los contratos de empresa y, a su vez, a los contratos mercantiles, siquiera dentro de la categoría abstracta de los «contratos de obra por empresa»¹²⁰. Derivado del proceso de «mercantilización» de las profesiones liberales, los anteriores contratos de ingeniería, mediante los cuales se encargaba al ingeniero las funciones de diseño del proyecto y el control de su ejecución, resultan progresivamente sustituidos por contratos «llave en mano». El ingeniero resulta entonces sustituido por sociedades y otras entidades de ingeniería, que contratan a estos profesionales como trabajadores y que tienen por objeto la ejecución de instalaciones industriales para terceros¹²¹.

De otra parte, el propietario o cliente, que puede tener la condición de particular, adquiere la instalación industrial con ánimo de realizar una actividad económica de trascendencia para el mercado, generalmente con ánimo lucrativo. Desde tal perspectiva, el

¹²⁰ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A. «El contrato de obra por empresa en general», *Curso de Derecho Mercantil*, vol. 2 (La contratación mercantil. Derecho de los valores. Derecho concursal. Derecho de la navegación), Madrid, 2006, pp. 247-266; VAQUERO PINTO, M. J., *Contrato de obra*, cit., pp. 995-1027; y VALENZUELA GARACH, F., «Arrendamientos de obra», *Lecciones de Derecho Mercantil* (dir. G. J. Jiménez Sánchez), ed. Tecnos, Madrid, 2007, pp. 449 y ss.

¹²¹ Fenómeno advertido por LEFEBVRE, G. y D'HOLLANDER, J., *La normalisation*, cit., p. 235, y CAVALLO BORGIA, R., *Il contratto*, cit., p. 14 y ss. Asimismo, GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Contratación mercantil*, cit., p. 245, en consideración a la condición de empresario del contratista. Sobre este particular véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 20 de enero de 2012 (núm. 22/2012, JUR/2012/55933) respecto de «una empresa de ingeniería industrial que construye plantas de llave en mano» dedicada a la «búsqueda de emplazamientos para instalar parques eólicos y en la promoción y construcción de éstos» y a una eventual situación concurrencial entre la apelante, ACS, e Iberdrola en el ámbito de la actividad de proyecto de construcción «llave en mano» en los sectores de las energías renovables y de la ingeniería industrial, especialmente, en el desarrollo, promoción y construcción de parques y centrales de energía eólica y termosolar, construcción y mantenimiento de redes, instalaciones especializadas y sistemas de control, con inclusión de las adjudicaciones privadas y públicas en «proyectos llave en mano». También, acerca de este particular, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de octubre de 2010 (Sección 13.ª, núm. 495/2010, JUR/2011/36355), respecto de la actividad de suministro de plantas industriales «llave en mano» para la producción de materiales de construcción cerámicos, con las correspondientes instalaciones y maquinaria. Véase también el artículo 4 del Real Decreto 559/2010, de 7 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Integrado Industrial, en su apartado segundo, y la División separada en el Registro Integrado Industrial (vid. art. 6), que a su vez se divide en secciones por actividades de consultoría, ingeniería, proyección y diseños, instalación y reparación, y conservación y mantenimiento (vid. art. 7.2).

contrato de instalación industrial «llave en mano» puede adoptar forma de contrato para establecimiento mercantil o para empresa, desligado del efectivo ejercicio de la actividad industrial en sentido estricto. Sin embargo, sí que puede incluirse dentro de aquellos actos preparatorios para la realización de una actividad empresarial (*cf.* art. 3 CCom.); pero aun así tendrían la condición de «actos organizativos internos», sin trascendencia para el mercado, aunque con vocación de la realización de una actividad en el mercado. Nada impide, sin embargo, que el cliente o propietario pueda incorporar la instalación industrial a un proceso productivo ya existente o que ya tenga la condición de empresario. Como tampoco que en los contratos «producto en mano» se aprecien ciertas responsabilidades y garantías por el desarrollo de la actividad económica en la producción resultante de la instalación; o que, en los contratos «mercado en mano», asuma el contratista la condición de empresario a fin de obtener un retorno de su inversión. Todo ello ha de llevar a situar estos contratos, en cualquiera de las modalidades en las que se puede presentar, dentro del ámbito de los contratos de empresa¹²².

Además, desde de la perspectiva del Derecho mercantil no se puede obviar que las instalaciones industriales comprenden una actividad propia de esta disciplina (*cf.* art. 1 CCom.). Asimismo, la transmisión tanto de tecnología como de bienes de equipo toma como referente objetivo bienes inmateriales y bienes muebles que alejan a tales contratos de la órbita del Derecho común¹²³. De una parte, como ya ha sido indicado, el contrato de instalación industrial encuentra difícil acomodo en la regulación civil de los contratos¹²⁴. Sin embargo, si bien su inserción dentro de los contratos de empresa mercantil resulta incuestionable, no parece que pueda resultar subsumido dentro del particular régimen aplicable a cada una de las categorías de contratos mercantiles regulados¹²⁵. Verbi-gracia, la remisión a la disciplina de la compraventa mercantil, en

¹²² ALPA, G., *Il contratto*, *cit.*, p. 187, si bien referido al contrato de ingeniería «clásico», que advierte la existencia de una «nueva técnica negocial de empresa».

¹²³ GARRIGUES, J., «Estudios sobre el contrato de compraventa mercantil», *RDM*, núm. 79 y 80, 1960, p. 7 y ss. y p. 257 y ss., p. 275, reconocía ya que la mercantilidad de la compraventa admitía, desde un punto de vista objetivo, una universalidad de cosas, como un almacén o un hotel o empresas mercantiles.

¹²⁴ No así para BERCOVITZ, A., *El contrato de ingeniería*, *cit.*, p. 145, respecto del contrato de ingeniería «simple», al cual se ha de aplicar la *vis atractiva* de la regulación del Código civil.

¹²⁵ Se ha de traer aquí la distinción operada por GIRÓN TENA, J., «Concepto del derecho mercantil en el Derecho español», *ADC*, 1954, p. 999 y ss., p. 1.001, entre actos de comercio mencionados y delimitados en las leyes, actos de comercio mencionados y no delimitados, y actos de comercio ni delimitados ni mencionados, en los que se han de incluir, dada la evolución de los negocios, el aquí denominado como contrato de instalación industrial «llave en mano».

referencia a la instalación industrial, encuentra un obstáculo insoslayable en la compraventa para uso o consumo empresarial. Si bien se ha venido admitiendo por sectores doctrinales la mercantilidad de la compraventa de producción, en relación con las materias destinadas al consumo, al uso o a su transformación para la consecución del producto, parece conveniente que las instalaciones industriales todavía hayan de quedar fuera del objeto contractual de este específico régimen. Aun cuando el *animus lucrandi* de la reventa pueda, *lato sensu*, transformarse en un ánimo de inversión, puesto que las instalaciones son adquiridas para su utilización de forma instrumental para la explotación industrial, no se puede obviar que devienen elementos fijos del patrimonio empresarial, carentes de trascendencia en el mercado (*cf.* art. 334.5.^a CC respecto de las máquinas, vasos y utensilios que destine el propietario de la finca a la industria o explotación y que se dediquen a satisfacer las necesidad de la explotación, los cuales asumen la condición, por destino, de bienes inmuebles)¹²⁶. Por lo tanto, al amparo de los argumentos anteriores, el contrato de instalación industrial «llave en mano», si bien con carácter genérico encuentra acomodo entre los contratos de empresa y adquiere rango mercantil, no puede ser incardinado en la órbita de los contratos mercantiles típicos.

2. CONSIDERACIONES FINALES: CUESTIONES EN TORNO LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DE INSTALACIÓN INDUSTRIAL «LLAVE EN MANO»

La libertad de pactos entre los contratantes puede llevar a que determinados asuntos sean tratados de forma diversa en la modelación *ad hoc* de este contrato innominado, aquí referenciado como de instalación industrial¹²⁷. No obstante, aun en estos casos se advierte la coexistencia de unos elementos comunes a todos estos contratos atípicos que permiten su categorización unitaria. La carencia de soporte normativo lleva a que la jurisprudencia, en la captación de

¹²⁶ A favor de la mercantilidad de la compraventa-inversión, también de una compleja instalación industrial, por su destino a la explotación, BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, vol. II, 2011, p. 66. En contra, sin embargo, VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al Derecho mercantil*, 21.^a ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 935, respecto de la compra de bienes de equipo para la instalación y explotación en la empresa. Refrendan esta idea de calificación de compraventa civil y la aplicación del plazo trienal de prescripción en los supuestos de venta de cosas muebles por parte de vendedor comerciante a otro que se dedique a tráfico distinto, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2008 (núm. 672/2008, EDJ 2008/166681), de 12 de mayo de 2006 (EDJ 2006/65250), de 10 abril 2003 (EDJ 2003/6567), de 25 de junio de 1999 (EDJ 1999/19931), de 10 de noviembre de 1989 (EDJ 1989/10045), y de 20 noviembre 1984 (EDJ 1984/7494).

¹²⁷ Asimismo, BERCOVITZ, A., *El contrato de ingeniería*, *cit.*, p. 144.

este fenómeno, se manifieste titubeante en la calificación jurídica de estos contratos. Una posición, quizás mayoritaria, plantea la cuestión desde el arrendamiento de obra¹²⁸, si bien no faltan resoluciones que acuden a la calificación de tales contratos como contratos de ingeniería o contratos de compraventa o suministro¹²⁹. En la aplicación de la técnica jurídica al caso concreto, según las cuestiones *de facto* planteadas, es frecuente que se acote el tratamiento a dispensar a un perfil de la realidad de estos complejos contratos que sea suficiente para sustentar una *ratio decidendi* ajustada a Derecho¹³⁰. Todas estas posturas no hacen sino mostrar una parte de esta realidad compleja¹³¹. Que el *nomen iuris* utilizado varíe en la práctica, según cada modelo contractual, no favorece esta claridad; como tampoco la distinta terminología utilizada por las instituciones y las asociaciones privadas en el orden internacional¹³².

De vuelta a la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de la compraventa europea, en ella se trata igualmente esta cuestión mediante la referencia a los «contratos mixtos». Se excluye la aplicación de la compraventa cuando el contrato incluya algún elemento que no sea la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios relacionados (art. 6.1 de la Propuesta). En tal sentido, excede del ámbito de los «servicios relacionados» el servicio de formación, como elemento típico del contrato de instalación industrial «llave en mano»; mientras que se incluyen otros elementos típicos, como la instalación, o conexos, como la reparación o el mantenimiento de la instalación. En este punto se ha de retornar, *de lege ferenda*, al borrador del Marco común de Referencia europeo, en sede de contratos de servicios, para advertir, según la clasificación en él contenida, que, además de los elementos propios de la compraventa, en este complejo contrato concurren

¹²⁸ Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1982 (RJ. 1982, 4220) y de 20 de noviembre de 2001 (núm. 1066/2001, RJ/2001/9461) y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 13 de septiembre de 2001 (JUR/2001/314596) y de la Audiencia Provincial de Navarra de 30 de abril de 2002 (núm. 115/2002, JUR/2002/173967).

¹²⁹ Desde la perspectiva de los contratos de ingeniería, la Sentencia de Audiencia Provincial de Vizcaya de 20 de enero de 2012 (núm. 22/2012, JUR/2012/55933). En referencia los contratos de compraventa o suministro, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1998 (RJ. 1998, 4903) y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 octubre de 2010 (Sección 13.ª, núm. 495/2010, JUR/2011/36355) en la calificación jurídica de un «Contrato para el suministro de una planta para teja curva y tedur» que comprendía «el suministro del equipo para la producción de tejas, los estudios y planos del equipo, la dirección y supervisión del montaje y la puesta en marcha de aquél, junto con unos parámetros de funcionamiento».

¹³⁰ VAQUERO PINTO, M. J., *Contrato de obra por empresa*, cit., p. 999, señala la necesidad, en muchas ocasiones, de recurrir a las regulaciones de los diversos tipos contractuales implicados.

¹³¹ Cfr. SAP de Madrid, de 7 de junio de 2004 (JUR 2004/245260).

¹³² También favorable a una aproximación al contrato de obra (*Werkvertrag*), GRAF VON WESTPHALEN, F., *Rechtsprobleme des Anlagenvertrages*, cit., p. 1126.

otras prestaciones que recaen en el marco de los contratos de servicios. Tal es el caso de la construcción del conjunto, más allá de la entrega de los equipos por separado, del diseño de la instalación, y de la información y el asesoramiento precisos para su adecuada explotación, a los cuales se pueden añadir los «servicios relacionados», como los servicios postventa de mantenimiento o reparación.

En todo caso, a falta de regulación mercantil o civil específica para estos contratos complejos de duración, podemos encontrar en el ámbito de la contratación administrativa un espacio normativo sobre el cual asentar esta realidad social. Incluso, como ya ha sido advertido, la mayoría de referentes normativos, como consecuencia de la necesidad de regular el procedimiento de contratación, se halla en los contratos reglados del Derecho administrativo. Así, en los llamados contratos de «colaboración entre el sector público y el sector privado», prescindiendo de la condición de los contratantes, desde una perspectiva objetiva, se incluye «la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos» comprenda «la fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado» u otras prestaciones de servicios [art. 11.1.c) y d) TRLCSP]. Se autoriza, asimismo, que el contratista pueda asumir tanto la dirección de las obras como la realización de los proyectos para su ejecución, como también la contratación de los servicios que sean precisos a tal fin (*cf.* art. 11.3 TRLCSP).

Adicionalmente, en la línea apuntada de los contratos de instalación industrial en la modalidad de «producto en mano», si bien generalmente se traslada al ámbito de la responsabilidad, la determinación del precio también podrá resultar vinculada al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento (*cf.* art. 11.4 TRLCSP). Y a lo anterior cabría añadir el contrato «mercado en mano» cuando se incluya «la construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión» [*cf.* art. 11.1.a) TRLCSP].

Fuera de la anterior aproximación a los contratos de colaboración, modalidad que no deja de actuar como cajón de sastre en materia de contratación pública (*cf.* art. 11.2 TRLCSP), el contrato de instalación industrial habrá de ser tratado como un contrato *sui generis*; complejo, en consideración a las prestaciones concurrentes en la línea de los «contratos mixtos» en el sector público, donde ha de

atenderse al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico (art. 12 TRLCSP). Pero, alcanzada esta cota, la disposición II.-1: 107 del Marco de referencia europeo, en relación con los «contratos mixtos», cuando sus partes se enmarquen en dos o más categorías contractuales, considera de aplicación las normas de la categoría a la que pertenezca, con las modificaciones oportunas, según la naturaleza y objeto del contrato. De esta forma, junto a la teoría de la absorción admite, igualmente, la teoría de la combinación, solución que resulta más ajustada al contrato planteado, en atención a los distintos elementos concurrentes¹³³.

En paralelo, los esfuerzos de distinción entre las funciones de ingeniería consultora, ingeniería de procedimiento e ingeniería comercial (*consulting, process y commercial engineering*) se han mostrado estériles para unificar estos contratos en torno a la labor de ingeniería. No obstante, en provecho de tal clasificación por la materia, quizá fuera más conveniente referirse al contrato «llave en mano» como un «contrato de procedimiento de instalación industrial para el establecimiento», del que, en su caso, se escindiría la figura del «producto en mano» como «contrato de procedimiento de instalación industrial para empresa». Junto a ellos, el contrato «mercado en mano» se ubicaría como un «contrato comercial de instalación industrial», por la participación directa del contratista en la actividad económica.

En cualquier caso, una visión atomista o disgregadora del fenómeno distorsionaría la realidad del contrato. Por ello, la conveniencia de reconocer su autonomía frente a otras figuras afines y, al modo de los contratos de franquicia, de acotar su concepto como un contrato de instalación industrial «llave en mano», en consideración a un objeto productivo que pueda ser dispuesto preparado para su funcionamiento. De esta forma, se integrarían las diversas prestaciones de las partes y los deberes implícitos de colaboración entre el contratista y el propietario o cliente, superando las limitaciones propias de los contratos de ingeniería, de transferencia de tecnología, de compraventa «en globo» o de cosa futura, de suministro, o de arrendamiento de obra. Al mismo tiempo, mediante este contrato complejo se combaten los inconvenientes de la separación de prestaciones en distintos contratos y la distribución de responsabilidades por los distintos partícipes, en tanto que será el contratista quien asuma las responsabilidades de ejecución al fin contractual de la entrega «llave en mano» de la instalación industrial.

¹³³ VALPUESTA GASTAMINZA, E. M., «Libro II. Contratos y actos jurídicos», *Unificación del derecho patrimonial europeo: marco común de referencia y derecho español*, coord. E. M. Valpuesta Gastaminza, 2011, pp. 99-162, p. 102, reconoce, además, que el DCFR toma como norma general la teoría de la combinación.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

MARTA OTERO CRESPO

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: *I. Legislación:* A) Normativa Vigente.–Banca. Consumidores y Usuarios. Derecho de la Competencia. Derecho de la Persona. Espacio Judicial Europeo. Internet y Tecnología. Mercado de Valores y Sociedades. Propiedad Intelectual. Responsabilidad Civil. Transportes. Unión Europea. B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos.–Adr. Consumidores y Usuarios. Contratos. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho a la Información. Derecho de la Competencia. Derecho de la Persona. Derecho de Sucesiones. Internet y Tecnología. Marcas, Dibujos y Modelos. Mercado de Valores y Sociedades. Propiedad Intelectual. Responsabilidad Civil. Seguros. Transportes.–*II. Procedimientos Jurisdiccionales:* Consumidores y Usuarios. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de la Competencia. Derecho de Contratos. Espacio Judicial Europeo. Marcas, Dibujos y Modelos. Propiedad Intelectual. Protección de datos personales. Publicidad. Responsabilidad Civil. Seguros.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

BANCA

1. **Decisión del Banco Central Europeo, de 11 de enero de 2013, por la que se establece el marco de una infraestructura de clave pública para el Sistema Europeo de Bancos Centrales (BCE/2013/1).** *DOUE*, L, núm. 74, de 16 de marzo de 2013.
2. **Decisión del Banco Central Europeo, de 20 de marzo de 2013, sobre las normas relativas a la utilización como activos de garantía en las operaciones de política monetaria del Eurosistema de bonos bancarios simples con la garantía del Estado para uso propio (BCE/2013/6).** *DOUE*, L, núm. 95, de 5 de abril de 2013.
3. **Decisión del Banco Central Europeo, de 21 de junio de 2013, por la que se adoptan las medidas necesarias para la contribución al valor acumulado de los recursos propios del Banco Central Europeo y para el ajuste de los activos de los bancos centrales nacionales equivalentes a las reservas exteriores transferidas (BCE/2013/15).** *DOUE*, L, núm. 187, de 6 de julio de 2013.

4. **Decisión del Banco Central Europeo, de 21 de junio de 2013, por la que se modifica la Decisión BCE/2010/29 sobre la emisión de billetes de banco denominados en euros (BCE/2013/16).** *DOUE*, L, núm. 187, de 6 de julio de 2013.
5. **Decisión del Banco Central Europeo, de 21 de junio de 2013, sobre la participación de los bancos centrales nacionales en la clave para la suscripción del capital del Banco Central Europeo (BCE/2013/17).** *DOUE*, L, núm. 187, de 6 de julio de 2013.
6. **Decisión del Banco Central Europeo, de 21 de junio de 2013, por la que se establecen las condiciones de las transferencias de las participaciones del capital del Banco Central Europeo entre los bancos centrales nacionales y del ajuste del desembolso del capital (BCE/2013/18).** *DOUE*, L, núm. 187, de 6 de julio de 2013.
7. **Decisión del Banco Central Europeo, de 21 de junio de 2013, sobre el desembolso del capital del Banco Central Europeo por los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro (BCE/2013/19).** *DOUE*, L, núm. 187, de 6 de julio de 2013.
8. **Decisión del Banco Central Europeo, de 21 de junio de 2013, sobre el desembolso del capital del Banco Central Europeo por los bancos centrales nacionales no pertenecientes a la zona del euro (BCE/2013/20).** *DOUE*, L, núm. 187, de 6 de julio de 2013.

CONSUMIDORES Y USUARIOS

9. **Reglamento (UE) núm. 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.** *DOUE*, L, núm. 165, de 18 de junio de 2013.
10. **Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo).** *DOUE*, L, núm. 165, de 18 de junio de 2013.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

11. **Decisión del Consejo, de 22 de abril de 2013, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo entre la Unión Europea y la Confederación Suiza relativo a la cooperación en la aplicación de sus normativas de competencia.** *DOUE*, L, núm. 117, de 27 de abril de 2013.

DERECHO DE LA PERSONA

12. **Decisión no 252/2013/UE del Consejo, de 11 de marzo de 2013, por la que se establece un marco plurianual para el período 2013-2017 para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.** *DOUE*, L, núm. 79, de 21 de marzo de 2013.
13. **Reglamento (UE) núm. 557/2013 de la Comisión, de 17 de junio de 2013, por el que se aplica el Reglamento (CE) núm. 223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la estadística europea, en lo que respecta al acceso a datos confidenciales con fines científicos, y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 831/2002 de la Comisión.** *DOUE*, L, núm. 164, de 18 de junio de 2013.
14. **Reglamento (UE) núm. 611/2013 de la Comisión, de 24 de junio de 2013, relativo a las medidas aplicables a la notificación de casos de violación de datos personales en el marco de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.** *DOUE*, L, núm. 173, de 26 de junio de 2013.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

15. **Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.** *DOUE*, L, núm. 79, de 21 de marzo de 2013.
16. **Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000.** *DOUE*, L, núm. 82, de 22 de marzo de 2013.
17. **Reglamento (UE) núm. 566/2013 de la Comisión, de 18 de junio de 2013, por el que se modifica el anexo I del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.** *DOUE*, L, núm. 164, de 18 de junio de 2013.
18. **Reglamento (UE) núm. 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.** *DOUE*, L, núm. 181, de 29 de junio de 2013.
19. **Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.** *DOUE*, L, núm. 195, de 18 de julio de 2013.

INTERNET Y TECNOLOGÍA

20. **Reglamento (UE) núm. 526/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo a la Agencia de Seguridad de las Redes de la Información de la Unión Europea (ENISA) y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 460/2004. DOUE, L, núm. 165, de 18 de junio de 2013.**
21. **Corrección de errores de la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 337 de 18 de diciembre de 2009). DOUE, L, núm. 241, de 10 de septiembre de 2013.**
22. **Corrección de errores de la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores (DO L 337 de 18 de diciembre de 2009). DOUE, L, núm. 241, de 10 de septiembre de 2013.**

MERCADO DE VALORES Y SOCIEDADES

23. **Reglamento Delegado (UE) núm. 231/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, por el que se complementa la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a las exenciones, las condiciones generales de ejercicio de la actividad, los depositarios, el apalancamiento, la transparencia y la supervisión. DOUE, L, núm. 83, de 22 de marzo de 2013.**
24. **Reglamento (UE) núm. 301/2013 de la Comisión, de 27 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 que se refiere a las Mejoras Anuales de las Normas Internacionales de Información Financiera, Ciclo 2009-2011. DOUE, L, núm. 90, de 28 de marzo de 2013.**
25. **Reglamento (UE) núm. 313/2013 de la Comisión, de 4 de abril 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 los estados financieros consolidados, los acuerdos conjuntos y la revelación de**

participaciones en otras entidades: guía de transición (Modificaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera 10, 11 y 12). *DOUE*, L, núm. 95, de 5 de abril de 2013.

26. Reglamento (UE) núm. 407/2013 de la Comisión, de 23 de abril de 2013, por el que se corrigen las versiones española y sueca del Reglamento (UE) núm. 475/2012, 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 Contabilidad (NIC) 1 y a la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 19. *DOUE*, L, núm. 121, de 3 de mayo de 2013.
27. Orientación del Banco Central Europeo, de 22 de marzo de 2013, relativa a las estadísticas sobre carteras de valores (*BCE/2013/7*). *DOUE*, L, núm. 125, de 7 de mayo de 2013.
28. Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia. *DOUE*, L, núm. 127, de 9 de mayo de 2013.
29. Directiva 2013/14/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, que modifica la Directiva 2003/41/CE relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo, la Directiva 2009/65/CE, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), y la Directiva 2011/61/UE, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos, en lo que atañe a la dependencia excesiva de las calificaciones crediticias. *DOUE*, L, núm. 145, de 31 de mayo de 2013.
30. Reglamento (UE) núm. 462/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1060/2009 sobre las agencias de calificación crediticia. *DOUE*, L, núm. 146, de 31 de mayo de 2013.
31. Decisión de Ejecución de la Comisión, de 13 de junio de 2013, por la que se modifica la Decisión 2011/30/UE sobre la equivalencia de los sistemas de supervisión pública, control de calidad, investigación y sanciones que aplican algunos terceros países a los auditores y sociedades de auditoría y sobre un período transitorio autorizado para las actividades de auditoría en la Unión Europea de los auditores y sociedades de auditoría de ciertos terceros países [*notificada con el número C(2013) 3491*]. *DOUE*, L, núm. 163, de 15 de junio de 2013.
32. Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012. *DOUE*, L, núm. 176, de 27 de junio de 2013.

33. **Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE. DOUE, L, núm. 176, de 27 de junio de 2013.**
34. **Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo. DOUE, L, núm. 182, de 29 de junio de 2013.**
35. **Corrección de errores del Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 (DO L 176 de 27.6.2013). DOUE, L, núm. 208, de 2 de agosto de 2013.**
36. **Corrección de errores de la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE (DO L 176 de 27.6.2013). DOUE, L, núm. 208, de 2 de agosto de 2013.**
37. **Reglamento Delegado (UE) núm. 759/2013 de la Comisión, de 30 de abril de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 809/2004 en lo que respecta a los requisitos de información aplicables a los valores de deuda canjeables y convertibles. DOUE, L, núm. 213, de 8 de agosto de 2013.**

PROPIEDAD INTELECTUAL

38. **Reglamento (UE) núm. 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1383/2003 del Consejo. DOUE, L, núm. 181, de 29 de junio de 2013.**

RESPONSABILIDAD CIVIL

39. **Decisión del Consejo, de 15 de julio de 2013, por la que se autoriza a determinados Estados miembros a ratificar el Protocolo por el que se modifica la Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, de 21 de mayo de 1963, o a adherirse a**

él, en interés de la Unión Europea, y a realizar una declaración relativa a la aplicación de las correspondientes normas internas del Derecho de la Unión. *DOUE*, L, núm. 220, de 17 de agosto de 2013.

TRANSPORTES

40. **Decisión de Ejecución de la Comisión, de 6 de mayo de 2013, por la que se autoriza a los Estados miembros a aprobar determinadas excepciones conforme a lo dispuesto en la Directiva 2008/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el transporte terrestre de mercancías peligrosas [notificada con el número C(2013) 2505].** *DOUE*, L, núm. 130, de 15 de mayo de 2013.
41. **Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 661/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativo a los requisitos de homologación de tipo referentes a la seguridad general de los vehículos de motor, sus remolques y sistemas, componentes y unidades técnicas independientes a ellos destinados (DO L 200 de 31.7.2009).** *DOUE*, L, núm. 135, de 22 de mayo de 2013.

UNIÓN EUROPEA

42. **Reglamento (UE) núm. 389/2013 de la Comisión, de 2 de mayo de 2013, por el que se establece el Registro de la Unión de conformidad con la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y las Decisiones núm. 280/2004/CE y núm. 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se derogan los Reglamentos (UE) núm. 920/2010 y núm. 1193/2011 de la Comisión.** *DOUE*, L, núm. 122, de 3 de mayo de 2013.
43. **Modificación del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.** *DOUE*, L, núm. 173, de 26 de junio de 2013.
44. **Modificación del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General.** *DOUE*, L, núm. 173, de 26 de junio de 2013.
45. **Decisión del Consejo, de 1 de julio de 2013, por la que se modifica su Reglamento interno.** *DOUE*, L, núm. 183, de 2 de julio de 2013.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

ADR

46. **Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil, mercantil y de familia [2011/2117(INI)].** *DOUE*, C, núm. 131, de 8 de mayo de 2013.

CONSUMIDORES Y USUARIOS

47. **Comunicación de la Comisión conforme al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que codifica la Directiva 98/27/CE, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva. DOUE, C, núm. 84, de 22 de marzo de 2013.**
48. **Corrección de errores de la comunicación de la Comisión conforme al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que codifica la Directiva 98/27/CE, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva (DO C 84 de 22.3.2013). DOUE, C, núm. 115, de 23 de abril de 2013.**
49. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los productos sanitarios y por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE, el Reglamento (CE) núm. 178/2002 y el Reglamento (CE) núm. 1223/2009 [COM(2012) 542 final – 2012/0266 (COD)] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los productos sanitarios para diagnóstico *in vitro* [COM(2012) 541 final – 2012/0267 (COD)] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones – Productos sanitarios y productos sanitarios para diagnóstico *in vitro* seguros, eficaces e innovadores en beneficio de los pacientes, los consumidores y los profesionales de la salud [COM(2012) 540 final]. DOUE, C, núm. 133, de 9 de mayo de 2013.**
50. **Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, sobre una nueva estrategia para la política de los consumidores [2011/2149(INI)]. DOUE, C, núm. 153 E, de 31 de mayo de 2013.**
51. **Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, sobre el juego en línea en el mercado interior [2011/2084(INI)]. DOUE, C, núm. 153 E, de 31 de mayo de 2013.**
52. **Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables [2011/2272(INI)]. DOUE, C, núm. 264 E, de 13 de septiembre de 2013.**

CONTRATOS

53. **Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública [2011/2048(INI)]. DOUE, C, núm. 131, de 8 de mayo de 2013.**

54. **Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre el proceso de evaluación recíproca de la Directiva de servicios [2011/2085(INI)].** *DOUE*, C, núm. 131, de 8 de mayo de 2013.

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

55. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines [COM(2012) 614 final – 2012/0299 (COD)].** *DOUE*, C, núm. 133, de 9 de mayo de 2013.
56. **Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de noviembre de 2011, sobre la integración de la perspectiva de género en los trabajos del Parlamento Europeo [2011/2151(INI)].** *DOUE*, C, núm. 153 E, de 31 de mayo de 2013.
57. **Dictamen del Comité de las Regiones –Directiva destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines.** *DOUE*, C, núm. 218, de 30 de julio de 2013.
58. **Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2012, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea –2011 [2011/2244(INI)].** *DOUE*, C, núm. 251 E, de 31 de agosto de 2013.
59. **Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2012, sobre la representación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones políticas: calidad e igualdad [2011/2295(INI)].** *DOUE*, C, núm. 251 E, de 31 de agosto de 2013.
60. **Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, sobre la lucha contra la homofobia en Europa [2012/2657(RSP)].** *DOUE*, C, núm. 264 E, de 13 de septiembre de 2013.
61. **Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de mayo de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor [2011/2285(INI)].** *DOUE*, C, núm. 264 E, de 13 de septiembre de 2013.

DERECHO A LA INFORMACIÓN

62. **Acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2011, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y**

de la Comisión (versión refundida) [COM(2008)0229 –C6-0184/2008– 2008/0090(COD)] P7_TC1-COD(2008)0090. DOUE, C, núm. 168 E, de 14 de junio de 2013.

63. **Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 15 de diciembre de 2011 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) núm. .../2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión por el que se definen los principios generales y los límites que regulan el derecho de acceso a los documentos de las instituciones, los órganos y los organismos de la Unión [Enm. 1]. DOUE, C, núm. 168 E, de 14 de junio de 2013.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

64. **Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, sobre el informe anual sobre la política de competencia de la UE [2011/2094(INI)]. DOUE, C, núm. 239 E, de 20 de agosto de 2013.**
65. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2012, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1225/2009 del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Comunidad Europea [COM(2012)0041 –C7-0030/2012– 2012/0019(COD)] P7_TC1-COD(2012)0019. DOUE, C, núm. 261 E, de 10 de septiembre de 2013.**
66. **Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 10 de mayo de 2012 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) núm. .../2012 del Parlamento Europeo y del Consejo 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, C, núm. 261 E, de 10 de septiembre de 2013.**

DERECHO DE LA PERSONA

67. **Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la movilidad y la inclusión de las personas con discapacidad y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 [2010/2272(INI)]. DOUE, C, núm. 131, de 8 de mayo de 2013.**
68. **Declaración del Parlamento Europeo, de 18 de abril de 2012, sobre los niños afectados por el síndrome de Down. DOUE, C, núm. 258 E, de 7 de septiembre de 2013.**

DERECHO DE SUCESIONES

69. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2012, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo [COM(2009)0154 –C7-0236/2009– 2009/0157(COD)] P7_TC1-COD(2009)0157. DOUE, C, núm. 251 E, de 31 de agosto de 2013.**
70. **Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 13 de marzo de 2012 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) núm. .../2012 del Parlamento Europeo y del Consejo 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, C, núm. 251 E, de 31 de agosto de 2013.**

INTERNET Y TECNOLOGÍA

71. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Situación al ciudadano en el centro del mercado interior digital inclusivo: plan de acción para un éxito garantizado» (Dictamen de iniciativa). DOUE, C, 161, de 6 de junio de 2013.**
72. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde «Un mercado integrado de los servicios de entrega para impulsar el comercio electrónico en la UE» [COM(2012) 698 final]. DOUE, C, núm. 161, de 6 de junio de 2013.**
73. **Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Comunicación de la Comisión «Liberar el potencial de la computación en nube en Europa». DOUE, C, núm. 253, de 3 de septiembre de 2013.**

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

74. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de febrero de 2012, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se encomiendan a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) ciertas funciones conexas a la protección de los derechos de propiedad intelectual, entre otras la de congregar a representantes de los sectores público y privado en un Observatorio Europeo de la Falsificación y la Piratería [COM(2011)0288 –C7-0136/2011– 2011/0135(COD)] P7_TC1-COD(2011)0135. DOUE, C, núm. 249 E, de 30 de agosto de 2013.**

75. **Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 14 de febrero de 2012 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) núm. .../2012 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se encomiendan a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) funciones relacionadas con el respeto de los derechos de propiedad intelectual, entre otras la de congregar a representantes de los sectores público y privado en un Observatorio Europeo de las Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual. *DOUE*, C, núm. 249 E, de 30 de agosto de 2013.**

MERCADO DE VALORES Y SOCIEDADES

76. **Resumen del Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre las propuestas de Directiva sobre la mediación en los seguros, de Directiva por la que se modifican determinadas disposiciones de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios y de Reglamento sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión. *DOUE*, C, núm. 100, de 6 de abril de 2013.**
77. **Recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico, de 20 de diciembre de 2012, sobre la financiación de las entidades de crédito (JERS/2012/2). *DOUE*, C, núm. 119, de 25 de abril de 2013.**
78. **Recomendación de la Junta Europea de Riesgo Sistémico, de 20 de diciembre de 2012, sobre fondos del mercado monetario (JERS/2012/1). *DOUE*, C, núm. 146, de 25 de mayo de 2013.**
79. **Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho de sociedades de la UE [2011/2006(INI)] ANEXO. *DOUE*, C, núm. 153 E, de 31 de mayo de 2013.**
80. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 54 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 (versión refundida) [COM(2011)0029 –C7-0037/2011–2011/0011(COD)]P7_TC1-COD(2011)0011. *DOUE*, C, núm. 153 E, de 31 de mayo de 2013.**
81. **Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 15 de noviembre de 2011 con vistas a la adopción de la Directiva 2012/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo tendente a**

- coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 54 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 (Texto refundido). *DOUE*, C, núm. 153 E, de 31 de mayo de 2013.
82. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre 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)] P7_TC1-COD(2010)0251. *DOUE*, C, núm. 153 E, de 31 de mayo de 2013.
83. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 15 de noviembre de 2011 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) núm. .../2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago. *DOUE*, C, núm. 153 E, de 31 de mayo de 2013.
84. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se instituye un programa de la Unión destinado a respaldar determinadas actividades en el ámbito de la información financiera y la auditoría durante el período 2014-2020 [COM(2012) 782 final –2012/0364 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 161, de 6 de junio de 2013.
85. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre 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 modifica la Directiva 78/660/CEE del Consejo relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, en lo que respecta a las microentidades [10765/1/2011 –C7-0323/2011– 2009/0035(COD)] P7_TC2-COD(2009)0035. *DOUE*, C, núm. 168 E, de 14 de junio de 2013.
86. Posición del Parlamento Europeo aprobada en segunda lectura el 13 de diciembre de 2011 con vistas a la adopción de la Directiva 2012/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 78/660/CEE del Consejo relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, en lo que respecta a las microentidades. *DOUE*, C, núm. 168 E, de 14 de junio de 2013.
87. Interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de febrero de 2012, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 89/666/CEE, 2005/56/CE y 2009/101/CE en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades [COM(2011)0079 –C7-0059/2011– 2011/0038(COD)] P7_TC1-COD(2011)0038. *DOUE*, C, núm. 249 E, de 30 de agosto de 2013.

88. **Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 14 de febrero de 2012 con vistas a la adopción de la Directiva 2012/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 89/666/CEE del Consejo y las Directivas 2005/56/CE y 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades.** *DOUE*, C, núm. 249 E, de 30 de agosto de 2013.
89. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2012, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los sistemas de garantía de depósitos (refundición) [COM(2010)0368 –C7-0177/2010– 2010/0207(COD)] P7_TC1-COD(2010)0207.** *DOUE*, C, núm. 249 E, de 30 de agosto de 2013.
90. **Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 16 de febrero de 2012 con vistas a la adopción de la Directiva 2012/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los sistemas de garantía de depósitos (refundición).** *DOUE*, C, núm. 249 E, de 30 de agosto de 2013.

PROPIEDAD INTELECTUAL

91. **Posición (UE) núm. 4/2013 del Consejo en primera lectura con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1383/2003 del Consejo Adoptada por el Consejo el 16 de mayo de 2013.** *DOUE*, C, 170 E, de 15 de junio de 2013.

RESPONSABILIDAD CIVIL

92. **Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.** *DOUE*, C, núm. 167, de 13 de junio de 2013. *DOUE*, C, núm. 167, de 13 de junio de 2013.
93. **Hacia un enfoque europeo coherente del recurso colectivo Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, sobre «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo» [2011/2089(INI)].** *DOUE*, C, núm. 239 E, de 20 de agosto de 2013.
94. **Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2012, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la modificación del Reglamento (CE) núm. 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) [2009/2170(INI)] ANEXO A LA RESOLUCIÓN.** *DOUE*, C, núm. 261 E, de 10 de septiembre de 2013.

SEGUROS

95. **Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de octubre de 2011, sobre sistemas de garantía de seguros [2011/2010(INI)].** *DOUE*, C, núm. 94 E, de 3 de abril de 2013.

TRANSPORTES

96. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, sobre el proyecto de Decisión del Consejo sobre la adhesión de la Unión Europea al Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 1974, a excepción de sus artículos 10 y 11 [08663/2011 –C7-0142/2011– 2003/0132A(NLE)].** *DOUE*, C, núm. 153 E, de 31 de mayo de 2013.
97. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, sobre el proyecto de Decisión del Consejo sobre la adhesión de la Unión Europea al Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 1974, en relación con lo dispuesto en sus artículos 10 y 11 [08663/2011 –C7-0143/2011– 2003/0132B(NLE)].** *DOUE*, C, núm. 153 E, de 31 de mayo de 2013.
98. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 16 de noviembre de 2011, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un espacio ferroviario europeo único (versión refundida) [COM(2010)0475 –C7-0268/2010– 2010/0253(COD)] P7_TC1-COD(2010)0253.** *DOUE*, C, núm. 153 E, de 31 de mayo de 2013.
99. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 16 de noviembre de 2011 con vistas a la adopción de la Directiva 2011/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un espacio ferroviario europeo único (Texto refundido).** *DOUE*, C, núm. 153 E, de 31 de mayo de 2013.
100. **Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de marzo de 2012, sobre el funcionamiento y la aplicación de los derechos adquiridos de los usuarios de los transportes aéreos [2011/2150(INI)].** *DOUE*, C, núm. 257 E, de 6 de septiembre de 2013.

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

CONSUMIDORES Y USUARIOS

101. **Asunto C-12/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 31 de enero de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Dublin Metropolitan District Court – Irlanda) – Denise McDonagh/Ryanair Ltd [Transporte aéreo – Reglamento (CE)**

- núm. 261/2004 –Concepto de «circunstancias extraordinarias»– Obligación de asistencia a los pasajeros en caso de cancelación de un vuelo por «circunstancias extraordinarias» –Erupción volcánica que provoca el cierre del espacio aéreo– Erupción del volcán islandés Eyjafjallajökull]. *DOUE*, C, núm. 86, de 23 de marzo de 2013.
102. Asunto C-11/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof –Alemania)– Air France/Heinz-Gerke Folkerts, Luz-Tereza Folkerts [Procedimiento prejudicial –Transporte aéreo –Reglamento (CE) núm. 261/2004– Artículos 6 y 7 –Vuelo con una o más conexiones– Constatación de un retraso en la llegada al destino final –Duración del retraso igual o superior a tres horas– Derecho de los pasajeros a compensación]. *DOUE*, C, núm. 114, de 20 de abril de 2013.
103. Asunto C-472/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de febrero de 2013 [petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék (anteriormente Fővárosi Bíróság) –Hungria]– Banif Plus Bank Zrt./Csaba Csipai, Viktória Csipai (Directiva 93/13/CEE –Cláusulas abusivas que figuran en los contratos celebrados con consumidores– Examen de oficio por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula –Obligación del juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula de instar a las partes a que presenten sus observaciones antes de extraer las consecuencias de dicha comprobación– Cláusulas contractuales que deben tenerse en cuenta en el examen del carácter abusivo). *DOUE*, C, núm. 114, de 20 de abril de 2013.
104. Asunto C-415/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona) –Mohamed Aziz/Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa) (Directiva 93/13/CEE– Contratos celebrados con consumidores –Contrato de préstamo hipotecario– Procedimiento de ejecución hipotecaria –Facultades del juez nacional que conozca del proceso declarativo– Cláusulas abusivas –Criterios de apreciación). *DOUE*, C, núm. 141, de 18 de mayo de 2013.
105. Asunto C-92/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de marzo de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof –Alemania) – RWE Vertrieb AG/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV (Directiva 2003/55/CE – Mercado interior del gas natural – Directiva 93/13/CEE – Artículo 1, apartado 2, y artículos 3 a 5 – Contratos celebrados entre los profesionales y los consumidores – Condiciones generales – Cláusulas abusivas – Modificación unilateral del precio del servicio por el profesional – Remisión a una normativa imperativa concebida para otra categoría de consumidores – Aplicabilidad de la Directiva 93/13/CEE – Obligación de redacción clara y

- comprensible y de transparencia). *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
106. **Asunto C-397/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 30 de mayo de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Bíróság – Hungría) – Erika Jörös/Aegon Magyarország Hitel Zrt. (Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas que figuran en los contratos celebrados con los consumidores – Examen de oficio por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula contractual – Consecuencias que debe deducir el juez nacional de la constatación del carácter abusivo de una cláusula).** *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
107. **Asunto C-488/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 30 de mayo de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof te Amsterdam – Países Bajos) – Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito/Jahani BV (Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas que figuran en los contratos celebrados con los consumidores – Contrato de arrendamiento de vivienda concluido entre un arrendador profesional y un arrendatario que actúa con fines privados – Examen de oficio por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula contractual – Cláusula penal – Anulación de la cláusula).** *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
108. **Asunto C-413/11: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 18 de abril de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Köln – Alemania) – Germanwings GmbH/Thomas Amend [Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento – Transporte aéreo – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Derecho de los pasajeros a una indemnización en caso de gran retraso de un vuelo – Principio de separación de poderes en la Unión].** *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
109. **Asunto C-299/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 18 de julio de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Nejvyšší správní soud – República Checa) – Green Swan Pharmaceuticals CR, a.s./Státní zemědělská a potravinářská inspekce, ústřední inspektorát [Protección de los consumidores – Reglamento (CE) núm. 1924/2006 – Declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos – Artículo 2, apartado 2, número 6 – Concepto de «declaración de reducción del riesgo de enfermedad» – Artículo 28, apartado 2 – Productos que lleven marcas registradas o nombres comerciales – Medidas transitorias].** *DOUE*, C, núm. 260, de 7 de septiembre de 2013.

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

110. **Asunto C-81/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de abril de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel București – Rumanía) – Asociația ACCEPT/Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării [Política**

- social – Igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Directiva 2000/78/CE – Artículos 2, apartado 2, letra a), 10, apartado 1, y 17 – Prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual – Concepto de «hechos que permit(e)n presumir la existencia de discriminación» – Modificación de la carga de la prueba – Sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias – Persona que se presenta y es percibida por la opinión pública como el directivo de un club de fútbol profesional – Declaraciones públicas que excluyen la contratación de un futbolista presentado como homosexual]. *DOUE*, C, núm. 171, de 15 de junio de 2013.
111. Asunto C-7/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 20 de junio de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Augstākās tiesas Senāts – Letonia) – Nadežda Riežniece/Latvijas Republikas Zemkopības ministrija, Lauku atbalsta dienests (Política social – Directiva 76/207/CEE – Igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras – Directiva 96/34/CE – Acuerdo marco sobre el permiso parental – Amortización de puestos de funcionario a causa de dificultades económicas nacionales – Evaluación de una trabajadora en situación de permiso parental frente a otros trabajadores que permanecen en activo – Despido al término del permiso parental – Discriminación indirecta). *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
112. Asunto C-20/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 20 de junio de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal administratif – Luxemburgo) – Elodie Giersch, Benjamin Marco Stemper, Julien Taminiaux, Xavier Renaud Hodin, Joëlle Hodin/Estado del Gran Ducado de Luxemburgo [Libre circulación de personas – Igualdad de trato – Ventajas sociales – Reglamento (CEE) núm. 1612/68 – Artículo 7, apartado 2 – Ayuda económica para estudios superiores – Requisito de residencia en el Estado miembro que concede la ayuda – Denegación de la ayuda a los estudiantes, ciudadanos de la Unión que no residen en el Estado miembro de que se trate, cuyo padre o madre, trabajador fronterizo, trabaja en ese Estado miembro – Discriminación indirecta – Justificación – Objetivo de incrementar la proporción de personas residentes que poseen un título de enseñanza superior – Carácter apropiado – Proporcionalidad]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
113. Asunto C-324/12: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de marzo de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien – Austria) – Novontech-Zala kft/LOGICDATA Electronic & Software Entwicklungs GmbH [Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 1896/2006 – Proceso monitorio europeo – Oposición extemporánea – Artículo 20 – Revisión en casos excepcionales – Inexistencia de circunstancias «extraordinarias» o «de carácter excepcional»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.

114. **Asunto C-312/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 4 de julio de 2013 – Comisión Europea/República Italiana (Incumplimiento de Estado – Directiva 2000/78/CE – Artículo 5 – Establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Personas con discapacidad – Medidas de transposición insuficientes).** *DOUE*, C, núm. 245, de 24 de agosto de 2013.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

115. **Asunto T-551/11: Auto del Tribunal General de 5 de febrero de 2013 – BSI/Consejo («Recurso de anulación – Dumping – Ampliación del derecho antidumping establecido a las importaciones de determinados elementos de fijación de hierro o acero originarios de China a las importaciones de estos productos procedentes de Malasia – Importador independiente – Artículo 263 TFUE, párrafo cuarto – Inexistencia de afectación individual – Acto reglamentario que incluye medidas de ejecución – Inadmisibilidad»).** *DOUE*, C, núm. 86, de 23 de marzo de 2013.
116. **Asunto C-495/11 P: Auto del Tribunal de Justicia de 13 de septiembre de 2012 – Total SA, Elf Aquitaine SA/Comisión Europea [Recurso de casación – Reglamento (CE) no 1/2003 – Competencia – Prácticas colusorias – Violación de los principios de atribución de competencias y de proporcionalidad – Interpretación manifiestamente incorrecta – Vulneración del derecho de defensa, violación de los principios de equidad y de igualdad de armas – Obligación de motivación].** *DOUE*, C, núm. 101, de 6 de abril de 2013.
117. **Asunto T-84/07: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2013 – EuroChem MCC/Consejo [«Dumping – Importaciones de soluciones de urea y nitrato de amonio originarias de Rusia – Solicitud de reconsideración por expiración de las medidas – Solicitud de reconsideración provisional – Admisibilidad – Valor normal – Precio de exportación – Artículos 1, 2 y 11, apartados 1 a 3, del Reglamento (CE) núm. 384/96 [actualmente artículos 1, 2 y 11, apartados 1 a 3, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009]»].** *DOUE*, C, núm. 101, de 6 de abril de 2013.
118. **Asunto T-459/08: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2013 – EuroChem MCC/Consejo [«Dumping – Importaciones de nitrato de amonio originario de Rusia – Solicitud de reconsideración provisional parcial – Reconsideración por expiración de las medidas – Valor normal – Precio de exportación – Artículos 1, 2 y 11, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 384/96 [actualmente artículos 1, 2 y 11, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009]»].** *DOUE*, C, núm. 101, de 6 de abril de 2013.
119. **Asunto T-118/10: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2013 – Acron/Consejo [«Dumping – Importaciones de solucio-**

- nes de urea y nitrato de amonio originarias de Rusia – Solicitud de reconsideración en concepto de nuevo exportador – Valor normal – Precio de exportación – Artículos 1, 2 y 11, apartados 4 y 9, del Reglamento (CE) núm. 384/96 [actualmente artículos 1, 2 y 11, apartados 4 y 9, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009]». *DOUE*, C, núm. 101, de 6 de abril de 2013.
120. Asunto C-593/11 P: Auto del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012 – Alliance One International Inc./Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Práctica colusoria – Mercado italiano de compra y primera transformación de tabaco crudo – Fijación de precios y reparto del mercado – Imputabilidad de la conducta infractora de las filiales a sus sociedades matrices – Presunción de inocencia – Derecho de defensa – Obligación de motivación). *DOUE*, C, núm. 108, de 13 de abril de 2013.
121. Asunto C-603/11: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 21 de noviembre de 2012 (petición de decisión prejudicial planteada por la Juridiction de Proximité de Chartres – Francia) – Hervé Fontaine/Mutuelle Générale de l'Éducation Nationale (Competencia – Artículos 101 TFUE y 102 TFUE – Seguro complementario de salud – Acuerdos de concertación entre las mutuas y los facultativos de su elección – Diferencia de trato – Inadmisibilidad manifiesta). *DOUE*, C, núm. 108, de 13 de abril de 2013.
122. Asunto C-117/12: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 7 de febrero de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Burgos – España) – La Retoucherie de Manuela, S.L./La Retoucherie de Burgos, S.C. [Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento – Competencia – Acuerdos entre empresas – Artículo 81 CE – Exención por categorías de acuerdos verticales – Reglamento (CE) no 2790/1999 – Artículo 5, letra b) – Cláusula de no competencia impuesta al comprador al término de un contrato de franquicia – Local y terrenos desde los que el comprador haya operado durante el período contractual]. *DOUE*, C, núm. 108, de 13 de abril de 2013.
123. Asunto C-68/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 7 de febrero de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Najvyšší súd Slovenskej republiky – Eslovaquia) – Protimono-*polný úrad Slovenskej republiky/Slovenská sporiteľňa a.s.* (Concepto de acuerdo colusorio – Acuerdo concluido entre varios bancos – Empresa competidora que opera en el mercado de referencia de forma presuntamente ilegal – Relevancia – Inexistencia). *DOUE*, C, núm. 114, de 20 de abril de 2013.
124. Asunto T-587/08: Sentencia del Tribunal General de 14 de marzo de 2013 – Fresh Del Monte Produce/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del plátano – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Sistema de intercambio de información – Concepto de práctica con-

- certada con un objeto contrario a la competencia – Relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de las empresas en el mercado – Infracción única – Imputación de la infracción – Derecho de defensa – Multas – Gravedad de la infracción – Cooperación – Circunstancias atenuantes»). *DOUE*, C, núm. 123, de 27 de abril de 2013.
125. Asunto T-588/08: Sentencia del Tribunal General de 14 de marzo de 2013 – Dole Food y Dole Germany/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del plátano – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Concepto de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia – Sistema de intercambio de información – Obligación de motivación – Derecho de defensa – Directrices para el cálculo del importe de las multas – Gravedad de la infracción»). *DOUE*, C, núm. 123, de 27 de abril de 2013.
126. Asunto T-607/11: Auto del Tribunal General de 7 de marzo de 2013 – Henkel y Henkel France/Comisión («Recurso de anulación – Solicitud de la autoridad nacional de defensa de la competencia de obtener la transmisión de determinados documentos que forman parte del expediente de la Comisión relativo a un procedimiento en materia de competencia relativo al mercado europeo de los productores de detergentes de uso doméstico – Utilización en el marco de un procedimiento nacional relativo al sector de los detergentes en Francia – Desaparición del interés en ejercitar la acción – Sobreseimiento – Inadmisibilidad»). *DOUE*, C, núm. 129, de 4 de mayo de 2013.
127. Asunto C-32/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Magyar Köztársaság Legfelsőbb Bírósága – Hungría) – Allianz Hungaria Biztosító Zrt., Generali-Providencia Biztosító Zrt., Gépjármű Márkakereskedők Országos Szövetsége, Magyar Peugeot Márkakereskedők Biztosítási Alkusz Kft, Paragon-Alkusz Zrt., sucesora de Magyar Opelkereskedők Bróker Kft./Gazdasági Versenyhivatal (Competencia – Artículo 101 TFUE, apartado 1 – Aplicación de una normativa nacional análoga – Competencia del Tribunal de Justicia – Acuerdos bilaterales entre una entidad aseguradora y talleres de reparación de vehículos acerca del precio por hora de reparación – Tarifas incrementadas en función del número de contratos de seguro celebrados en favor de la entidad aseguradora a través de los citados talleres de reparación en su condición de mediadores – Concepto de «acuerdo que tiene por objeto restringir la competencia»). *DOUE*, C, núm. 141, de 18 de mayo de 2013.
128. Asunto C-276/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 14 de marzo de 2013 – Viega GmbH & Co. KG/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los empalmes de cobre y de aleaciones de cobre – Ajustes a presión y soldados – Práctica y apreciación de las pruebas – Derecho a ser oído – Obligación de motivación – Principio

- de proporcionalidad). *DOUE*, C, núm. 141, de 18 de mayo de 2013.
129. Asunto T-462/12 R: Auto del Presidente del Tribunal General de 11 de marzo de 2013 – Pilkington Group/Comisión («Procedimiento sobre medidas provisionales – Competencia – Publicación de una decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Denegación de la solicitud de que los datos supuestamente amparados por el secreto comercial reciban un tratamiento confidencial – Demanda de medidas provisionales – Urgencia – *Fumus boni iuris* – Ponderación de los intereses»). *DOUE*, C, núm. 141, de 18 de mayo de 2013.
130. Asunto C-652/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 11 de abril de 2013 – Mindo Srl/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Práctica colusoria – Mercado italiano de compra y primera transformación de tabaco crudo – Pago de la multa por el codeudor solidario – Interés en ejercitar la acción – Carga de la prueba). *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
131. Asunto T-392/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – AEPI/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»). *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
132. Asunto T-398/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – Stowarzyszenie Autorów ZAiKS/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»). *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
133. Asunto T-401/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – Säveltäjain Tekijänoikeustoimisto Teosto/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio –

- Prueba – Presunción de inocencia»). *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
134. Asunto T-410/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – GEMA/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»). *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
135. Asunto T-411/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – Artisjus/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»). *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
136. Asunto T-413/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – SOZA/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»). *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
137. Asunto T-414/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – Autortiesību un komunikāciju konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»). *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
138. Asunto T-415/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – Irish Music Rights Organisation/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se

- declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»).** *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
139. **Asunto T-416/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – Eesti Autorite Ühing/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»).** *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
140. **Asunto T-417/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – Sociedade Portuguesa de Autores/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»).** *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
141. **Asunto T-418/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – OSA/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»).** *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
142. **Asunto T-419/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – LATGA-A/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»).** *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.

143. **Asunto T-420/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – SAZAS/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»).** *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
144. **Asunto T-421/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – Performing Right Society/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»).** *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
145. **Asunto T-422/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – SACEM/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»).** *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
146. **Asunto T-425/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – KODA/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»).** *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
147. **Asunto T-428/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – STEF/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licen-**

- cias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»). *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
148. Asunto T-432/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – AKM/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»). *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
149. Asunto T-433/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – SIAE/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»). *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
150. Asunto T-434/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – Tono/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»). *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
151. Asunto T-442/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – CISAC/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Prueba – Presunción de inocencia»). *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
152. Asunto T-451/08: Sentencia del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – Stim/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Derechos de autor para la ejecución pública de las obras musicales en Internet, vía satélite y a través de la retransmisión por cable – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Reparto del mercado geográfico – Acuerdos

- bilaterales entre las sociedades de gestión colectiva nacionales – Práctica concertada que excluye la posibilidad de conceder licencias multiterritoriales y multirrepertorio – Artículo 151 CE, apartado 4 – Diversidad cultural»). *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
153. Asunto T-28/12: Auto del Tribunal General de 9 de abril de 2013 – PT Ecogreen Oleochemicals y otros/Consejo («Dumping – Importaciones de determinados alcoholes grasos y sus mezclas originarios de la India, Indonesia y Malasia – Derecho antidumping definitivo – Adopción de un nuevo reglamento – Desaparición del interés en ejercitar la acción – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 164, de 8 de junio de 2013.
154. Asunto T-304/11: Sentencia del Tribunal General de 30 de abril de 2013 – Alumina/Consejo («Dumping – Importaciones de zeolita A en forma de polvo originaria de Bosnia y Herzegovina – Valor normal – Carácter representativo de las ventas nacionales – Margen de beneficio – Operaciones comerciales normales»). *DOUE*, C, núm. 171, de 15 de junio de 2013.
155. Asunto T-146/09: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2013 – Parker ITR y Parker-Hannifin/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de las mangueras marinas – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Fijación de los precios, reparto del mercado e intercambios de informaciones comercialmente sensibles – Imputabilidad del comportamiento infractor – Multas – Directrices de 2006 para el cálculo de las multas – Confianza legítima – Límite máximo del 10 % – Circunstancias atenuantes – Cooperación»). *DOUE*, C, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
156. Asuntos acumulados T-147/09 y T-148/09: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2013 – Trelleborg Industrie y Trelleborg/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de las mangueras marinas – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Fijación de los precios, reparto del mercado e intercambios de informaciones comercialmente sensibles – Concepto de infracción continua o continuada – Prescripción – Seguridad jurídica – Igualdad de trato – Multas – Gravedad y duración de la infracción»). *DOUE*, C, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
157. Asunto T-154/09: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2013 – MRI/Comisión («Competencia – Carteles – Mercado europeo de las mangueras marinas – Decisión declarativa de una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Fijación de los precios, reparto del mercado e intercambios de informaciones comercialmente sensibles – Concepto de infracción continua o continuada – Prescripción – Obligación de motivación – Igualdad de trato – Confianza legítima – Multas – Gra-

- vedad y duración de la infracción – Circunstancias atenuantes – Cooperación»). *DOUE, C*, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
158. Asunto C-508/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 8 de mayo de 2013 – ENI SpA/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de butadieno y del caucho de estireno-butadieno fabricado mediante polimerización en emulsión – Imputabilidad del comportamiento infractor de las filiales a sus sociedades matrices – Presunción de ejercicio efectivo de una influencia determinante – Obligación de motivación – Gravedad de la infracción – Factor multiplicador de carácter disuasorio – Repercusiones concretas en el mercado – Circunstancias agravantes – Reincidencia). *DOUE, C*, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
159. Asunto C-511/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 13 de junio de 2013 – Versalis SpA, anteriormente Polimeri Europa SpA/Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de butadieno y del caucho de estireno-butadieno fabricado mediante polimerización en emulsión – Fijación de objetivos de precios, reparto de clientes mediante acuerdos de no agresión e intercambio de información comercial – Prueba – Imputabilidad del comportamiento infractor – Importe de la multa – Gravedad y duración de la infracción – Circunstancia agravante – Reincidencia). *DOUE, C*, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
160. Asunto C-681/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de junio de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Bundeswettbewerbsbehörde, Bundeskartellanwalt/Schenker & Co AG y otros [Prácticas colusorias – Artículo 101 TFUE – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículos 5 y 23, apartado 2 – Requisitos subjetivos para la imposición de una multa – Efectos de un dictamen jurídico o de la resolución de una autoridad nacional de defensa de la competencia – Facultad de una autoridad nacional de defensa de la competencia para declarar que se ha infringido el Derecho de la competencia de la Unión Europea sin imponer una multa]. *DOUE, C*, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
161. Asunto C-287/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de julio de 2013 – Comisión Europea/Aalberts Industries NV, Comap SA, anteriormente Aquatis France SAS, Simplex Armaturen + Fittings GmbH & Co. KG (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado europeo – Sector de los empalmes de cobre y de aleaciones de cobre – Decisión de la Comisión – Declaración de una infracción del artículo 101 TFUE – Multas – Infracción única compleja y continuada – Cese de la infracción – Continuación de la infracción por algunos participantes – Reincidencia). *DOUE, C*, núm. 245, de 24 de agosto de 2013.

162. **Asunto C-429/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de julio de 2013 – Gosselin Group NV/Comisión Europea, Stichting Administratiekantoor Portielje [Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Artículos 81 CE y 53 del Acuerdo EEE – Mercado de servicios de mudanzas internacionales en Bélgica – Fijación directa e indirecta de los precios, reparto del mercado y manipulación del procedimiento de contratación – Calificación – Restricción de la competencia por el objeto – Obligación de motivación – Directrices relativas al efecto sobre el comercio entre los Estados miembros – Eficacia jurídica – Obligación de definir el mercado pertinente – Alcance – Directrices para el cálculo de las multas (2006) – Proporción del valor de las ventas – Gravedad de la infracción – Circunstancias atenuantes – Obligación de motivación – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 25 – Prescripción – Infracción reiterada].** *DOUE*, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.
163. **Asunto C-439/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de julio de 2013 – Ziegler SA/Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Carteles – Artículos 81 CE y 53 del Acuerdo EEE – Mercado de los servicios internacionales de mudanzas en Bélgica – Directrices relativas al efecto sobre el comercio entre los Estados miembros – Eficacia jurídica – Obligación de definir el mercado pertinente – Alcance – Derecho a un proceso equitativo – Principio de buena administración – Imparcialidad objetiva de la Comisión – Directrices para el cálculo de las multas (2006) – Proporción del valor de las ventas – Obligación de motivación – Reducción de la multa por falta de capacidad de pago o por particularidades del caso concreto – Igualdad de trato].** *DOUE*, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.
164. **Asunto C-440/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de julio de 2013 – Comisión Europea/Stichting Administratiekantoor Portielje, Gosselin Group NV [Recurso de casación – Competencia – Carteles – Artículos 81 CE y 53 del Acuerdo EEE – Mercado de los servicios internacionales de mudanzas en Bélgica – Fijación directa e indirecta de los precios, reparto del mercado y manipulación del procedimiento de contratación – Imputabilidad de la conducta infractora a la entidad que controla las participaciones sociales – Concepto de «empresa» – Presunción de ejercicio efectivo de una influencia decisiva – Restricción de la competencia por el objeto – Directrices relativas al efecto sobre el comercio entre los Estados miembros – Directrices para el cálculo de las multas (2006) – Circunstancias atenuantes].** *DOUE*, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.
165. **Asunto C-444/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de julio de 2013 – Team Relocations NV, Amertranseuro International Holdings Ltd, Trans Euro Ltd, Team Relocations Ltd/Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Artículos 81 CE y 53 del Acuerdo EEE – Mercado de servicios de mudanzas internacionales en Bélgica – Fijación directa e indirecta de los precios, reparto del mercado y**

- manipulación del procedimiento de contratación – Infracción única y continuada – Imputabilidad – Directrices para el cálculo de las multas (2006) – Valor de las ventas – Concepto – Proporción – Importe adicional – Circunstancias atenuantes – Obligación de motivación – Imputabilidad de la conducta infractora a la sociedad matriz – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 23, apartado 2 – Límite del 10 % del volumen de negocios – Proporcionalidad]. *DOUE*, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.
166. Asuntos acumulados T-108/07 y T-354/08: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2013 – Spira/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias y abuso de posición dominante – Mercado de diamantes en bruto – Sistema de distribución SOC – Decisión desestimatoria de la denuncia – Inexistencia de interés comunitario – Derechos procesales del denunciante – Acceso a los documentos – Obligaciones en materia de instrucción de una denuncia – Efectos de exclusión del mercado – Error manifiesto de apreciación»). *DOUE*, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.
167. Asunto T-459/07: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2013 – Hangzhou Duralamp Electronics/Consejo [«Dumping – Importaciones de lámparas fluorescentes compactas electrónicas integradas (“CFL-i”) originarias de China, Vietnam, Pakistán y Filipinas – Expiración de medidas antidumping – Reconsideración – Producto similar – Datos utilizados para la determinación del perjuicio – País análogo – Interés de la Comunidad – Artículo 4, apartado 1, y artículo 5, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 384/96 [actualmente artículo 4, apartado 1, y artículo 5, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009] – Obligación de motivación – Derecho de defensa»]. *DOUE*, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.
168. Asunto T-469/07: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2013 – Philips Lighting Poland y Philips Lighting/Consejo [«Dumping – Importaciones de lámparas fluorescentes compactas electrónicas integradas (CFL-i) originarias de China, Vietnam, Pakistán y Filipinas – Expiración de medidas antidumping – Reconsideración – Artículo 4, apartado 1, artículo 5, apartado 4, y artículo 9, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 384/96 [actualmente artículo 4, apartado 1, artículo 5, apartado 4, y artículo 9, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009] – Concepto de industria de la Comunidad – Determinación del perjuicio – Obligación de motivación»]. *DOUE*, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.
169. Asunto C-499/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de julio de 2013 – The Dow Chemical Company, Dow Deutschland Inc., Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH, Dow Europe GmbH/Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de butadieno y del caucho de estireno-butadieno fabricado mediante polimerización en emulsión – Fijación de objetivos de precios, reparto de clientes mediante acuerdos de no agresión e intercambio de información

comercial – Imputabilidad del comportamiento infractor – Facultades de apreciación de la Comisión – Coeficiente multiplicador con finalidad disuasoria – Igualdad de trato). *DOUE*, C, núm. 260, de 7 de septiembre de 2013.

170. Asunto C-501/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de julio de 2013 – Schindler Holding Ltd, Schindler Management AG, Schindler SA, Schindler Sàrl, Schindler Liften BV, Schindler Deutschland Holding GmbH/Comisión Europea, Consejo de la Unión Europea [Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado de la instalación y el mantenimiento de ascensores y escaleras mecánicas – Responsabilidad de la sociedad matriz por las infracciones de las normas en materia de prácticas colusorias cometidas por su filial – Sociedad holding – Programa interno de la empresa de adecuación a las normas sobre competencia («Compliance Programme») – Derechos fundamentales – Principios del Estado de Derecho en el marco de la determinación de las multas impuestas – División de poderes, principios de legalidad, de irretroactividad, de protección de la confianza legítima y de culpabilidad – Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Artículo 23, apartado 2 – Validez – Legalidad de las Directrices de la Comisión de 1998]. *DOUE*, C, núm. 260, de 7 de septiembre de 2013.
171. Asunto C-265/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de julio de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Beroep te Brussel – Bélgica) – Citroën Belux NV/Federatie voor Verzekerings- en Financiële Tussenpersonen (FvF) (Artículo 56 TFUE – Libre prestación de servicios – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales – Protección de los consumidores – Ofertas conjuntas compuestas por lo menos por un servicio financiero – Prohibición – Excepciones). *DOUE*, C, núm. 260, de 7 de septiembre de 2013.

DERECHO DE CONTRATOS

172. Asunto C-343/12: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 7 de marzo de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank van Koophandel te Gent – Bélgica) – Euronics Belgium CVBA/Kamera Express BV, Kamera Express Belgium BVBA (Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento – Directiva 2005/29/CE – Normativa nacional que prohíbe con carácter general poner a la venta o vender bienes a pérdida). *DOUE*, C, núm. 129, de 4 de mayo de 2013.
173. Asunto C-89/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 25 de abril de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie van België – Bélgica) – Rose Marie Bark/Galileo Joint Undertaking, en liquidación [Empresas comunes – Contratos celebrados con los miembros del personal – Régimen aplicable – Reglamento (CE) núm. 876/2002]. *DOUE*, C, núm. 171, de 15 de junio de 2013.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

174. **Asunto C-394/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 31 de enero de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por la Komisia za zashtita ot diskriminatsia – Bulgaria) – Valeri Hariiev Belov/CHEZ Elektro Balcaria AD y otros (Petición de decisión prejudicial – Artículo 267 TFUE – Concepto de «órgano jurisdiccional nacional» – Incompetencia del Tribunal de Justicia).** *DOUE, C*, núm. 86, de 23 de marzo de 2013.
175. **Asunto C-543/10: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 7 de febrero de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – Refcomp SpA/Axa Corporate Solutions Assurance SA, Axa France IARD, Emerson Network, Climaveneta SpA [Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Interpretación del artículo 23 – Cláusula atributiva de competencia que figura en un contrato celebrado entre el fabricante y el adquirente inicial de un bien – Contrato que forma parte de una cadena de contratos de transmisión de la propiedad – Oponibilidad de esta cláusula frente al subadquirente del bien].** *DOUE, C*, núm. 108, de 13 de abril de 2013.
176. **Asunto C-332/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de febrero de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie van België – Bélgica) – ProRail NV/Xpedys NV, DB Schenker Rail Nederland NV, Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen NV, FAG Kugelfischer GmbH [Reglamento (CE) núm. 1206/2001 – Cooperación en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil – Ejecución directa de la diligencia de prueba – Designación de un perito – Actividad pericial desarrollada en parte en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional remitente y en parte en el territorio de otro Estado miembro].** *DOUE, C*, núm. 114, de 20 de abril de 2013.
177. **Asunto C-419/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Městský soud v Praze – República Checa) – Česká spořitelna, a.s./Gerald Feichter [Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Artículos 5, punto 1, letra a), y 15, apartado 1 – Conceptos de «materia contractual» y de «contrato celebrado por el consumidor» – Pagaré – Aval – Garantía de un contrato de crédito].** *DOUE, C*, núm. 141, de 18 de mayo de 2013.
178. **Asunto T-44/13 R: Auto del Presidente del Tribunal General de 25 de abril de 2013 – AbbVie/EMA [Procedimiento sobre medidas provisionales – Acceso a los documentos – Reglamento (CE) núm. 1049/2001 – Documentos en poder de la EMA que contienen información facilitada por una empresa en el marco de su solicitud de autorización de comercialización de un medica-**

- mento – Decisión de permitir a un tercero el acceso a los documentos – Demanda de suspensión de la ejecución – Urgencia – Fumus boni iuris – Ponderación de los intereses]. *DOUE*, C, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
179. Asunto T-73/13 R: Auto del Presidente del Tribunal General de 25 de abril de 2013 – InterMune UK y otros/EMA [Procedimiento sobre medidas provisionales – Acceso a los documentos – Reglamento (CE) núm. 1049/2001 – Documentos en poder de la EMA que contienen información facilitada por una empresa en el marco de su solicitud de autorización de comercialización de un medicamento – Decisión de permitir a un tercero el acceso a los documentos – Demanda de suspensión de la ejecución – Urgencia – Fumus boni iuris – Ponderación de los intereses]. *DOUE*, C, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
180. Asunto C-492/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 27 de junio de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Giudice di Pace di Mercato San Severino – Italia) – *Ciro Di Donna/Società imballaggi metallici Salerno srl (SIMSA)* (Cooperación judicial en materia civil – Mediación en asuntos civiles y mercantiles – Directiva 2008/52/CE – Normativa nacional que impone un procedimiento de mediación obligatorio – Sobreseimiento). *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
181. Asunto C-228/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de mayo de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf – Alemania) – *Melzer/MF Global UK Ltd* [Cooperación judicial en materia civil – Competencias especiales en materia delictual o cuasidelictual – Participación transfronteriza de varias personas en un mismo acto ilícito – Posibilidad de determinar la competencia territorial en función del lugar del acto realizado por otro autor del daño distinto del demandado («wechselseitige Handlungsortzurechnung»)]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
182. Asunto C-144/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de junio de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – *Goldbet Sportwetten GmbH/Massimo Sperindeo* [Reglamento (CE) núm. 1896/2006 – Proceso monitorio europeo – Artículos 6 y 17 – Oposición al requerimiento europeo de pago sin impugnar la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Artículo 24 – Comparecencia del demandado ante el órgano jurisdiccional que conoce del asunto – Pertinencia en el marco del proceso monitorio europeo]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
183. Asunto C-147/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de julio de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hovrätten för Nedre Norrland – Suecia) – *ÖFAB*,

Östergötlands Fastigheter AB/Frank Koot, Evergreen Investments AB [Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Órgano jurisdiccional competente – Competencias especiales en «materia contractual» y en «materia delictual o cuasidelictual»]. *DOUE*, C, núm. 260, de 7 de septiembre de 2013.

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

184. Asunto C-261/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de enero de 2013 – Annunziata Del Prete/Giorgio Armani SpA, 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 – Renombre – Signo gráfico «AJ AMICI JUNIOR» – Oposición del titular de la marca nacional gráfica anterior AJ ARMANI JEANS y de la marca nacional denominativa anterior ARMANI JUNIOR]. *DOUE*, C, núm. 79, de 16 de marzo de 2013.
185. Asunto T-66/11: Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 – Present-Service Ullrich/OAMI – Punt Nou (babilu) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa babilu – Marca comunitaria denominativa anterior BABIDU – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los servicios – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 79, de 16 de marzo de 2013.
186. Asunto T-104/11: Sentencia del Tribunal General de 1 de febrero de 2013 – Ferrari/OAMI (PERLE') [«Marca comunitaria – Registro internacional que designa a la Comunidad Europea – Marca figurativa PERLE' – 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. 79, de 16 de marzo de 2013.
187. Asunto T-159/11: Sentencia del Tribunal General de 4 de febrero de 2013 – Marszałkowski/OAMI – Mar-Ko Fleischwaren (WALICHNOWY MARKO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa WALICHNOWY MARKO – Marca comunitaria denominativa anterior MAR-KO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 79, de 16 de marzo de 2013.
188. Asunto T-263/11: Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2013 – Bopp/OAMI (Representación de un marco octogonal verde) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria gráfica que representa un marco octogonal verde – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Carácter descriptivo

- Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Proposición de prueba formulada por primera vez en la réplica – Artículo 48, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General – Envío de un documento a la OAMI por fax – Normas aplicables». *DOUE*, C, núm. 79, de 16 de marzo de 2013.
189. Asunto T-272/11: Sentencia del Tribunal General de 1 de febrero de 2013 – Coin/OAMI – Dynamiki Zoi (Fitcoin) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Fitcoin – Marcas nacionales, comunitarias e internacionales figurativas anteriores coin – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009». *DOUE*, C, núm. 79, de 16 de marzo de 2013.
190. Asunto T-412/11: Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2013 – Maharishi Foundation/OAMI (TRANSCENDENTAL MEDITATION) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa TRANSCENDENTAL MEDITATION – Motivo de denegación absoluto – Resolución de la Sala de Recurso que devuelve el asunto a la División de examen – Artículo 65, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Admisibilidad – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 – Público pertinente». *DOUE*, C, núm. 79, de 16 de marzo de 2013.
191. Asunto T-426/11: Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2013 – Maharishi Foundation/OAMI (MÉDITATION TRANSCENDANTALE) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa MÉDITATION TRANSCENDANTALE – Motivo de denegación absoluto – Resolución de la Sala de Recurso que devuelve el asunto a la División de examen – Artículo 65, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Admisibilidad – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009 – Público pertinente». *DOUE*, C, núm. 79, de 16 de marzo de 2013.
192. Asunto T-504/11: Sentencia del Tribunal General de 4 de febrero de 2013 – Hartmann/OAMI – ProtecSom (DIGNITUDE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa DIGNITUDE – Marcas nacional y comunitaria denominativas anteriores Dignity – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud de los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009». *DOUE*, C, núm. 79, de 16 de marzo de 2013.
193. Asunto T-54/12: Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 – K2 Sports Europe/OAMI – Karhu Sport Ibérica (SPORT) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa SPORT – Marcas nacional e internacional denominativas anteriores K2 SPORTS –

- Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009». *DOUE*, C, núm. 79, de 16 de marzo de 2013.
194. Asunto C-611/11 P: Auto del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 2012 – ara AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Allrounder SARL [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) no 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Registro internacional que designa la Comunidad Europea – Marca figurativa A con dos motivos triangulares – Marca nacional denominativa anterior A – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión]. *DOUE*, C, núm. 101, de 6 de abril de 2013.
195. Asunto C-624/11 P: Auto del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 2012 – Brighton Collectibles, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Felmar [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamentos (CE) nos 40/94 y 207/2009 – Artículo 8, apartado 4 – Marca comunitaria denominativa BRIGHTON – Procedimiento de oposición – Interpretación de las disposiciones de Derecho nacional en caso de motivo de denegación relativo de registro]. *DOUE*, C, núm. 101, de 6 de abril de 2013.
196. Asunto C-649/11 P: Auto del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2012 – Cooperativa Vitivinícola Arousana S. Coop. Galega/Oficina de Armonización el Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), María Constantina Sotelo Ares [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Riesgo de confusión – Marca denominativa ROSALIA DE CASTRO – Oposición del titular de la marca denominativa nacional ROSALIA]. *DOUE*, C, núm. 101, de 6 de abril de 2013.
197. Asunto C-70/13 P: Recurso de casación interpuesto el 8 de febrero de 2013 por Getty Images (US), Inc., contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 21 de noviembre de 2012 en el asunto T-338/11, Getty Images (US), Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). *DOUE*, C, núm. 101, de 6 de abril de 2013.
198. Asunto C-447/10 P: Auto del Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 2012 – Grain Millers, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Grain Millers GmbH & Co. KG. *DOUE*, C, núm. 101, de 6 de abril de 2013.
199. Asunto T-33/12: Sentencia del Tribunal General de 8 de febrero de 2013 – Piotrowski/OAMI (MEDIGYM) [«Marca comunitaria – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca denominativa MEDIGYM – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Derecho a ser oído

- Artículo 75, segunda frase, del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 101, de 6 de abril de 2013.
200. Asunto T-50/12: Sentencia del Tribunal General de 7 de febrero de 2013 – AMC-Representações Têxteis/OAMI – MIP Metro (METRO KIDS COMPANY) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria gráfica METRO KIDS COMPANY – Marca internacional gráfica anterior METRO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 101, de 6 de abril de 2013.
201. Asunto T-407/12: Auto del Tribunal General de 7 de febrero de 2013 – Ubee Interactive/OAMI – Augere Holdings (Netherlands) (Ubee Interactive) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 101, de 6 de abril de 2013.
202. Asunto T-408/12: Auto del Tribunal General de 7 de febrero de 2013 – Ubee Interactive/OAMI – Augere Holdings (Netherlands) (Ubee) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 101, de 6 de abril de 2013.
203. Asunto C-21/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 17 de enero de 2013 – Abbott Laboratories/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Signo denominativo «RESTORE» – Denegación de registro – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Derecho a ser oído – Reglamento (CE) no 207/2009 – Artículos 7, apartado 1, letras b) y c), y 75, segunda frase – Igualdad de trato]. *DOUE*, C, núm. 108, de 13 de abril de 2013.
204. Asunto C-42/12 P: Auto del Tribunal de Justicia de 29 de noviembre de 2012 – Václav Hrbek/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Blacks Outdoor Retail Ltd, anteriormente The Outdoor Group Ltd [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) no 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Oposición del titular de una marca anterior – Recurso de casación manifiestamente inadmisibile y manifiestamente infundado]. *DOUE*, C, núm. 108, de 13 de abril de 2013.
205. Asunto T-444/10: Sentencia del Tribunal General de 21 de febrero de 2013 – Esge/OAMI – De’Longhi Benelux (KMIX) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa KMIX – Marca comunitaria denominativa anterior BAMIX – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) no 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 108, de 13 de abril de 2013.

206. **Asunto T-224/11: Sentencia del Tribunal General de 20 de febrero de 2013 – Caventa/OAMI – Anson’s Herrenhaus (BERG) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa BERG – Marca comunitaria denominativa anterior Christian Berg – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. DOUE, C, núm. 108, de 13 de abril de 2013.**
207. **Asunto T-225/11: Sentencia del Tribunal General de 20 de febrero de 2013 – Caventa/OAMI – Anson’s Herrenhaus (BERG) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria gráfica BERG – Marca comunitaria denominativa anterior Christian Berg – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. DOUE, C, núm. 108, de 13 de abril de 2013.**
208. **Asunto T-378/11: Sentencia del Tribunal General de 20 de febrero de 2013 – Langguth Erben/OAMI (MEDINET) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa MEDINET – Marcas nacional e internacional figurativas anteriores MEDINET – Reivindicación de la antigüedad de las marcas nacional e internacional anteriores – Marcas anteriores en color y marca comunitaria solicitada que no designa ningún color en particular – Falta de identidad entre los signos – Artículo 34 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009 – Utilidad de recurrir al procedimiento oral – Artículo 77 del Reglamento núm. 207/2009»]. DOUE, C, núm. 108, de 13 de abril de 2013.**
209. **Asunto T-427/11: Sentencia del Tribunal General de 21 de febrero de 2013 – Laboratoire Bioderma/OAMI – Cabinet Continental (BIODERMA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa BIODERMA – Inexistencia de violación del derecho de defensa – Artículo 75 del Reglamento (CE) no 207/2009 – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento no 207/2009»]. DOUE, C, núm. 108, de 13 de abril de 2013.**
210. **Asunto T-631/11: Sentencia del Tribunal General de 20 de febrero de 2013 – Caventa/OAMI – Anson’s Herrenhaus (B BERG) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa B BERG – Marca comunitaria denominativa anterior Christian Berg – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) no 207/2009»]. DOUE, C, núm. 108, de 13 de abril de 2013.**
211. **Asunto C-561/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de febrero de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante y**

- núm. 1 de Marca Comunitaria – España) – Fédération Cynologique Internationale/Federación Canina Internacional de Perros de Pura Raza [Marcas comunitarias – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 9, apartado 1 – Concepto de «tercero» – Titular de una marca comunitaria posterior]. *DOUE*, C, núm. 114, de 20 de abril de 2013.
212. Asunto C-655/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de febrero de 2013 – Seven for all mankind LLC/Seven SpA – Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (Recurso de casación – Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Marca denominativa anterior – Elemento «SEVEN» – Similitud de los signos – Riesgo de confusión – Motivo de denegación relativo). *DOUE*, C, núm. 114, de 20 de abril de 2013.
213. Asunto T-498/10: Sentencia del Tribunal General de 8 de marzo de 2013 – Mayer Naman/OAMI – Daniel e Mayer (David Mayer) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa David Mayer – Marca nacional denominativa anterior DANIEL & MAYER MADE IN ITALY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b) y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Solicitud de prueba del uso efectivo de la marca anterior presentada por primera vez ante la Sala de Recurso – Extemporaneidad – Artículo 57, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 114, de 20 de abril de 2013.
214. Asunto T-247/11: Sentencia del Tribunal General de 7 de marzo de 2013 – FairWild Foundation/OAMI – Wild (FAIRWILD) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca denominativa FAIRWILD – Marca comunitaria denominativa anterior WILD – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 114, de 20 de abril de 2013.
215. Asunto T-553/10: Sentencia del Tribunal General de 13 de marzo de 2013 – Biodes/OAMI – Manasul Internacional (FARMASUL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa FARMASUL – Marca española figurativa anterior MANASUL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Carácter distintivo de la marca anterior – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 123, de 27 de abril de 2013.
216. Asunto T-410/10: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2013 – Bottega Veneta International/OAMI (Forma de un bolso de mano) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma de un bolso de mano – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartados 1,

- letra b), y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de toma en consideración de un elemento constitutivo de la marca solicitada – Regla núm. 9 del Reglamento (CE) núm. 2868/95». *DOUE*, C, núm. 129, de 4 de mayo de 2013.
217. Asunto T-571/10: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2013 – Fabryka Łożysk Tocznych-Kraśnik/OAMI – Impexmetal (FLT-1) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa FLT-1 – Marca comunitaria figurativa anterior FLT – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 129, de 4 de mayo de 2013.
218. Asunto T-353/11: Sentencia del Tribunal General de 21 de marzo de 2013 – Event/OAMI – CBT Comunicación Multimedia (eventer EVENT MANAGEMENT SYSTEMS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa eventer EVENT MANAGEMENT SYSTEMS – Marca nacional denominativa anterior Event – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 129, de 4 de mayo de 2013.
219. Asunto T-571/11: Sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2013 – El Corte Inglés/OAMI – Chez Gerard (CLUB GOURMET) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa CLUB GOURMET – Marca nacional figurativa anterior CLUB DEL GOURMET, EN... El Corte Inglés – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Alegaciones y pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal General»]. *DOUE*, C, núm. 129, de 4 de mayo de 2013.
220. Asunto T-624/11: Sentencia del Tribunal General de 19 de marzo de 2013 – Yueqing Onesto Electric/OAMI – Ensto (ONESTO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca figurativa ONESTO – Marca comunitaria figurativa anterior ENSTO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 129, de 4 de mayo de 2013.
221. Asunto T-277/12: Sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2013 – Bimbo/OAMI – Café do Brasil (Caffè KIMBO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Caffè KIMBO – Marca nacional denominativa anterior BIMBO – Motivos de denegación relativos – Marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 129, de 4 de mayo de 2013.

222. **Asunto C-171/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 28 de febrero de 2013 – Carrols Corp./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Giulio Gambettola [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/90 – Artículo 51, apartado 1, letra b) – Marca comunitaria figurativa Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL – Solicitud de nulidad presentada por el titular de la marca nacional figurativa Pollo Tropical CHICKEN ON THE GRILL y de la marca nacional denominativa POLLO TROPICAL – Causas de nulidad absoluta – Mala fe – Inadmisibilidad].** *DOUE*, C, núm. 129, de 4 de mayo de 2013.
223. **Asunto C-266/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 7 de febrero de 2013 – Jarosław Majtczak/Feng Shen Technology Co. Ltd, Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 51, apartado 1, letra b) – Mala fe del solicitante en el momento de presentación de la solicitud de marca comunitaria – Marca figurativa FS – Solicitud de nulidad].** *DOUE*, C, núm. 129, de 4 de mayo de 2013.
224. **Asunto T-409/10: Sentencia del Tribunal General de 22 de marzo de 2013 – Bottega Veneta International/OAMI (Forma de un bolso de mano) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma de un bolso de mano – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartados 1, letra b), y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de toma en consideración de un elemento constitutivo de la marca solicitada – Regla núm. 9 del Reglamento (CE) núm. 2868/95»].** *DOUE*, C, núm. 129, de 4 de mayo de 2013.
225. **Asunto T-294/10: Sentencia del Tribunal General de 11 de abril de 2013 – CBp Carbon Industries/OAMI (CARBON GREEN) [«Marca comunitaria – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca comunitaria denominativa CARBON GREEN – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 147, de 25 de mayo de 2013.
226. **Asunto T-505/10: Sentencia del Tribunal General de 10 de abril de 2013 – Höganäs/OAMI – Haynes (ASTALOY) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ASTALOY – Marca comunitaria denominativa anterior HASTELLOY – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Coexistencia de las marcas»].** *DOUE*, C, núm. 147, de 25 de mayo de 2013.
227. **Asunto T-336/11: Sentencia del Tribunal General de 9 de abril de 2013 – Italiana Calzature/OAMI – Vicini (Giuseppe GIUSEP-**

- PE ZANOTTI DESIGN) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Giuseppe GIUSEPPE ZANOTTI DESIGN – Marcas nacional figurativa y comunitaria denominativa anteriores ZANOTTI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 147, de 25 de mayo de 2013.
228. Asunto T-337/11: Sentencia del Tribunal General de 9 de abril de 2013 – Italiana Calzature/OAMI – Vicini (Giuseppe BY GIUSEPPE ZANOTTI) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Giuseppe BY GIUSEPPE ZANOTTI – Marca comunitaria denominativa anterior ZANOTTI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 147, de 25 de mayo de 2013.
229. Asunto T-360/11: Sentencia del Tribunal General de 10 de abril de 2013 – Fercal – Consultadoria e Serviços/OAMI – Parfums Rochas (PATRIZIA ROCHA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa PATRIZIA ROCHA – Marca nacional denominativa anterior ROCHAS – Denegación de registro por la División de Oposición – Inadmisibilidad del recurso interpuesto ante la Sala de Recurso – Artículo 60 del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 147, de 25 de mayo de 2013.
230. Asunto T-347/10: Sentencia del Tribunal General de 19 de abril de 2013 – Adelholzener Alpenquellen/OAMI (Forma de una botella con motivo en relieve) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma de una botella con un motivo en relieve – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de declaración sobre el alcance de la protección – Artículo 37, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 – Violación del derecho de defensa – Artículo 75, segunda frase, del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
231. Asunto T-383/10: Sentencia del Tribunal General de 17 de abril de 2013 – Continental Bulldog Club Deutschland/OAMI (CONTINENTAL) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa CONTINENTAL – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
232. Asunto T-109/11: Sentencia del Tribunal General de 23 de abril de 2013 – Apollo Tyres/OAMI – Endurance Technologies (ENDURANCE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ENDURANCE – Marca comunitaria figurativa anterior ENDURANCE – Motivos de denegación relativos – Similitud de los productos y de los ser-

- vicios – Similitud de los signos – Denegación parcial de registro – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Riesgo de confusión». *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
233. Asunto T-454/11: Sentencia del Tribunal General de 19 de abril de 2013 – Luna/OAMI – Asteris (Al bustan) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa Al bustan – Marca nacional figurativa anterior ALBUSTAN – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 57, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
234. Asunto T-506/11: Sentencia del Tribunal General de 18 de abril de 2013 – Peek & Cloppenburg/OAMI – Peek & Cloppenburg (Peek & Cloppenburg) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Peek & Cloppenburg – Denominación comercial nacional anterior Peek & Cloppenburg – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
235. Asunto T-507/11: Sentencia del Tribunal General de 18 de abril de 2013 – Peek & Cloppenburg/OAMI – Peek & Cloppenburg (Peek & Cloppenburg) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Peek & Cloppenburg – Denominación comercial nacional anterior Peek & Cloppenburg – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
236. Asunto T-537/11: Sentencia del Tribunal General de 19 de abril de 2013 – Hultafors Group/OAMI – Società Italiana Calzature (Snickers) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Snickers – Marca nacional denominativa anterior KICKERS – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 156, de 1 de junio de 2013.
237. Asunto C-12/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de abril de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Colloseum Holding AG/Levi Strauss & Co. [Marcas – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 15, apartado 1 – Concepto de «uso efectivo» – Marca que sólo se utiliza como parte de una marca compuesta o en combinación con otra marca]. *DOUE*, C, núm. 164, de 8 de junio de 2013.
238. Asunto T-284/11: Sentencia del Tribunal General de 25 de abril de 2013 – Metropolis Inmobiliarias y Restauraciones/OAMI – MIP Metro (METROINVEST) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa METROINVEST – Marca nacional figurativa anterior

- METRO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Principio de no discriminación – Derecho a un proceso equitativo»]. *DOUE*, C, núm. 164, de 8 de junio de 2013.**
239. **Asunto T-55/12: Sentencia del Tribunal General de 25 de abril de 2013 – Chen/OAMI – AM Denmark (Dispositivo de limpieza) («Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un dispositivo de limpieza – Marca comunitaria tridimensional que representa un dispositivo de limpieza con un vaporizador y una esponja – Declaración de nulidad»)]. *DOUE*, C, núm. 164, de 8 de junio de 2013.**
240. **Asunto T-145/12: Sentencia del Tribunal General de 25 de abril de 2013 – Bayerische Motoren Werke/OAMI (ECO PRO) [«Marca comunitaria – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca denominativa ECO PRO – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 164, de 8 de junio de 2013.**
241. **Asunto T-474/11: Auto del Tribunal General de 12 de abril de 2013 – Oster Weinkellerei/OAMI – Viñedos Emiliana (Igama) («Marca comunitaria – Anulación de la marca opuesta – Sobreseimiento»)]. *DOUE*, C, núm. 164, de 8 de junio de 2013.**
242. **Asunto T-80/10: Sentencia del Tribunal General de 25 de abril de 2013 – Bell & Ross/OAMI – KIN (Estuche de reloj de pulsera) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un estuche de reloj de pulsera – Dibujo o modelo anterior – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Falta de impresión general distinta – Usuario informado – Grado de libertad del creador – Artículos 4, 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Conexidad con una demanda reconventional para obtener la declaración de nulidad – Tribunal de dibujos y modelos comunitarios – Artículo 91 del Reglamento núm. 6/2002»]. *DOUE*, C, núm. 171, de 15 de junio de 2013.**
243. **Asunto T-640/11: Sentencia del Tribunal General de 30 de abril de 2013 – Boehringer Ingelheim International/OAMI (RELY-ABLE) [«Marca comunitaria – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca denominativa RELY-ABLE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Fundamento de Derecho a mayor abundamiento»]. *DOUE*, C, núm. 171, de 15 de junio de 2013.**
244. **Asunto T-61/12: Sentencia del Tribunal General de 30 de abril de 2013 – ABC-One/OAMI (SLIM BELLY) [«Marca comunitaria – Solicitud de la marca comunitaria denominativa SLIM BELLY – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo**

- Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009». *DOUE*, C, núm. 171, de 15 de junio de 2013.
245. **Asunto T-579/10: Sentencia del Tribunal General de 7 de mayo de 2013 – macros consult/OAMI – MIP Metro (makro) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa makro – Denominación social macros consult GmbH – Derecho adquirido con anterioridad a la solicitud de registro de una marca comunitaria y que confiere a su titular el derecho de prohibir la utilización de la marca comunitaria solicitada – Signos no registrados que gozan de protección en Derecho alemán – Artículo 5 de la Markengesetz – Artículo 8, apartado 4, artículo 53, apartado 1, letra c), y artículo 65 del Reglamento (CE) núm. 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 178, de 22 de junio de 2013.
246. **Asunto T-249/11: Sentencia del Tribunal General de 14 de mayo de 2013 – Sanco, SA/OAMI (Representación de un pollo) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa un pollo – Marca nacional figurativa anterior que representa un pollo – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los productos y servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 178, de 22 de junio de 2013.
247. **Asuntos T-321/11 y T-322/11: Sentencia del Tribunal General de 14 de mayo de 2013 – Morelli/OAMI – Associazione nazionale circolo del popolo della libertà y Brambilla (PARTITO DELLA LIBERTA) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitudes de marca denominativa comunitaria PARTITO DELLA LIBERTA y de marca figurativa comunitaria Partito della Libertà – Nombre de dominio nacional anterior «partitodelaliberta.it» – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Inexistencia de demostración de la utilización en el tráfico económico del nombre de dominio anterior «partitodelaliberta.it»].** *DOUE*, C, núm. 178, de 22 de junio de 2013.
248. **Asunto T-393/11: Sentencia del Tribunal General de 14 de mayo de 2013 – Masottina/OAMI – Bodegas Cooperativas de Alicante (CA' MARINA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa CA' MARINA – Marca comunitaria denominativa anterior MARINA ALTA – Motivo de denegación relativo – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 178, de 22 de junio de 2013.
249. **Asunto T-19/12: Sentencia del Tribunal General de 14 de mayo de 2013 – Fabryka Łożysk Tocznych-Kraśnik/OAMI – Impexmetal (IKFŁT KRAŚNIK) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria gráfica IKFŁT KRAŚNIK – Marca comunitaria gráfica anterior FŁT – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, aparta-**

- do 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 178, de 22 de junio de 2013.
250. Asunto T-244/12: Sentencia del Tribunal General de 14 de mayo de 2013 – Unister/OAMI (fluege.de) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa fluege.de – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartados 1, letras b) y c), 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 178, de 22 de junio de 2013.
251. Asunto T-508/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2013 – Seba Dış Ticaret ve Nakliyat/OAMI – von Eicken (SEBA TRADITION) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa SEBA TRADITION – Marca nacional figurativa anterior JOHANN WILHELM VON EICKEN TRADITION – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
252. Asunto T-530/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2013 – Reber/OAMI – Klusmeier (Wolfgang Amadeus Mozart PREMIUM) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Wolfgang Amadeus Mozart PREMIUM – Marcas nacionales denominativas anteriores W. Amadeus Mozart – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 15, apartado 1, párrafo primero y párrafo segundo, letra a), y artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
253. Asunto T-80/11: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2013 – Nath Kalsi/OAMI – American Clothing Associates (RIDGE WOOD) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria gráfica RIDGE WOOD – Marca comunitaria gráfica anterior River Woods North-Eastern Suppliers – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
254. Asunto T-356/11: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2013 – Restoin/OAMI (EQUIPMENT) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa EQUIPMENT – 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 del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
255. Asunto T-502/11: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2013 – Sanofi Pasteur MSD/OAMI – Mundipharma (Representación de dos hoces entrelazadas) («Marca comunitaria – Pro-

- cedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa dos hoces entrelazadas – Marcas nacional e internacionales figurativas anteriores que representan dos cintas entrelazadas – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009»). *DOUE*, C, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
256. Asunto T-104/12: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2013 – Verus/OAMI – Performance Industries Manufacturing (VORTEX) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa VORTEX – Marca comunitaria denominativa anterior VORTEX – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Derecho de prioridad – Artículo 29 del Reglamento núm. 207/2009 – Renuncia parcial – Artículo 50 del Reglamento núm. 207/2009 – Vulneración del derecho a ser oído – Artículo 75, segunda frase, del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
257. Asunto T-231/12: Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2013 – Rocket Dog Brands/OAMI – Julius-K9 (JULIUS K9) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa JULIUS K9 – Marcas comunitarias figurativas anteriores K9 – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
258. Asunto T-353/12: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2013 – Aleris/OAMI – Carefusion 303 (ALARIS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria denominativa ALARIS – Uso efectivo de la marca – Artículo 51, apartado 1, letra a), y apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
259. Asunto T-246/12: Auto del Tribunal General de 7 de mayo de 2013 – Cat Media Pty/OAMI – Avon Products (RETANEW) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
260. Asunto C-320/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 27 de junio de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Højesteret – Dinamarca) – Malaysia Dairy Industries Pte. Ltd/Ankenævnet for Patenter og Varemærker (Aproximación de las legislaciones – Directiva 2008/95/CE – Artículo 4, apartado 4, letra g) – Marcas – Requisitos para la obtención y mantenimiento de una marca – Denegación de registro o nulidad – Concepto de «mala fe» del solicitante – Conocimiento por parte del solicitante de la existencia de una marca extranjera). *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.

261. **Asunto C-14/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 30 de mayo de 2013** – Sheilesh Shah, Akhil Shah/Three-N-Products Private Ltd, 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) – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Solicitud de marca comunitaria denominativa AYUURI NATURAL – Oposición del titular de las marcas comunitarias denominativa y figurativa anteriores AYUR – Recurso de casación manifiestamente inadmisibile y manifiestamente infundado]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
262. **Asunto C-260/12: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 16 de mayo de 2013** – Volkswagen AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Suzuki Motor Corp. (Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca denominativa Swift GTi – Oposición del titular de las marcas denominativas nacional e internacional GTI – Retirada de la oposición – Recurso de casación carente de objeto – Sobreseimiento). *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
263. **Asunto C-268/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 8 de mayo de 2013** – Cadila Healthcare Ltd/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Novartis AG [Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Riesgo de confusión – Marca denominativa ZYDUS – Oposición del titular de la marca comunitaria ZIMBUS – Denegación parcial del registro por la Sala de Recurso de la OAMI]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
264. **Asunto C-294/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 14 de mayo de 2013** – You-Q BV/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Apple Corps Ltd [Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca figurativa que contiene el elemento denominativo «BEATLE» – Oposición del titular de las marcas denominativas y figurativas comunitarias y nacionales que contienen los elementos denominativos «BEATLES» y «THE BEATLES» – Denegación de registro por la Sala de Recurso – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
265. **Asunto C-341/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 21 de marzo de 2013** – Mizuno KK/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Marca comunitaria – Marca figurativa que contiene la letra «G» y los símbolos de los sexos femenino y masculino – Oposición del titular de la marca figurativa que contiene la letra «G» y el símbolo «+» – Denegación de registro por la Sala de Recurso). *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.

266. **Asunto C-346/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 13 de junio de 2013 – DMK Deutsches Milchkontor GmbH/ Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), Lactimilk SA [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marca comunitaria denominativa MILRAM – Oposición del titular de las marcas nacionales denominativa y figurativa anteriores RAM]. DOUE, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.**
267. **Asunto C-354/12: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 11 de abril de 2013 – Asa sp. Z o.o./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento – Marca comunitaria – Artículo 8, apartado 1, letra b, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Motivo de denegación relativo – Marca denominativa FEMIFERAL – Oposición del titular de la marca denominativa y figurativa anterior feminatal]. DOUE, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.**
268. **Asunto C-357/12 P: Auto del Tribunal de Justicia de (Sala Séptima) de 30 de mayo de 2013 – Harald Wohlfahrt/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Ferrero SpA [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículos 8, apartado 1, letra b), y 43, apartado 2 – Signo denominativo «Kindertraum» – Oposición del titular de la marca nacional denominativa anterior Kinder]. DOUE, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.**
269. **Asunto C-379/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 16 de mayo de 2013 – Arav Holding Srl/H.Eich Srl, Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca denominativa H.EICH – Oposición del titular de la marca gráfica anterior H- SILVIAN HEACH – Denegación de registro). DOUE, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.**
270. **Asunto C-381/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 6 de junio de 2013 – I Marchi Italiani Srl/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Osra SA [Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca comunitaria B. Antonio Basile 1952 – Marca nacional anterior BASILE – Solicitud de nulidad – Caducidad por tolerancia – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 53, apartado 2 – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, del mismo Reglamento – Riesgo de confusión]. DOUE, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.**
271. **Asunto C-393/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 21 de marzo de 2013 – Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca denominativa HELLIM – Oposición del titular de la marca comunitaria**

- denominativa HALLOUMI – Desestimación de la oposición). *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
272. Asunto T-214/10: Sentencia del Tribunal General de 30 de mayo de 2013 – Moselland/OAMI – Renta Siete (DIVINUS) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa DIVINUS – Marca nacional figurativa anterior MOSELLAND Divinum – Existencia, validez y alcance de la protección del derecho anterior – Prueba»). *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
273. Asunto T-218/10: Sentencia del Tribunal General de 30 de mayo de 2013 – DHL International/OAMI – Service Point Solutions (SERVICEPOINT) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria gráfica SERVICEPOINT – Marcas comunitarias gráficas anteriores ServicePoint y marcas nacionales anteriores – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Semejanza entre signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 76, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
274. Asunto T-68/11: Sentencia del Tribunal General de 6 de junio de 2013 – Kastenholtz/OAMI – Qwatchme (Esferas de reloj de pulsera) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario que representa esferas de reloj de pulsera – Dibujos o modelos anteriores no registrados – Causa de nulidad – Novedad – Artículos 4, 5 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Carácter singular – Impresión general distinta – Artículos 4, 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 6/2002 – Derecho de autor anterior – Artículo 25, apartado 1, letra f), del Reglamento núm. 6/2002»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
275. Asunto T-178/11: Sentencia del Tribunal General de 28 de mayo de 2013 – Voss of Norway/OAMI – Nordic Spirit (Forma de una botella cilíndrica) («Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria tridimensional que representa la forma de una botella cilíndrica – Motivo de denegación absoluto»). *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
276. Asunto T-219/11: Sentencia del Tribunal General de 18 de junio de 2013 – Otero González/OAMI – Apli-Agipa (AGIPA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa AGIPA – Marca nacional denominativa anterior AGIPA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Comparación de los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
277. Asunto T-248/11: Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2013 – International Engine Intellectual Property Company/OAMI (PURE POWER) [«Marca comunitaria – Solicitud de

- marca comunitaria denominativa **PURE POWER** – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
278. Asunto T-396/11: Sentencia del Tribunal General de 30 de mayo de 2013 – ultra air/OAMI – Donaldson Filtration Deutschland (ultrafilter international) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa ultrafilter international – Motivo de denegación absoluto – Artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Abuso de derecho»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
279. Asunto T-505/11: Sentencia del Tribunal General de 25 de junio de 2013 – Aldi/OAMI – Dialcos (dialdi) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria gráfica dialdi – Marca comunitaria denominativa anterior ALDI – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
280. Asunto T-514/11: Sentencia del Tribunal General de 4 de junio de 2013 – i-content/OAMI – Decathlon (BETWIN) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa BETWIN – Marca comunitaria gráfica anterior b'Twin – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
281. Asunto T-515/11: Sentencia del Tribunal General de 6 de junio de 2013 – Delphi Technologies/OAMI (INNOVATION FOR THE REAL WORLD) [«Marca comunitaria – Solicitud de la marca comunitaria denominativa INNOVATION FOR THE REAL WORLD – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
282. Asunto T-522/11: Sentencia del Tribunal General de 18 de junio de 2013 – Otero González/OAMI – Apli-Agipa (APLI-AGIPA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa APLI-AGIPA – Marca nacional denominativa anterior AGIPA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Comparación de los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
283. Asunto T-580/11: Sentencia del Tribunal General de 6 de junio de 2013 – McNeil/OAMI – Alkalon (NICORONO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa NICORONO – Marca comunitaria denominativa anterior NICORETTE – 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. 225, de 3 de agosto de 2013.**
284. **Asunto T-598/11: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2013 – MPDV Mikrolab/OAMI (Lean Performance Index) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Lean Performance Index – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.**
285. **Asunto T-608/11: Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2013 – Beifa Group/OAMI – Schwan-Stabilo Schwanhäüßer (Instrumentos para escribir) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un instrumento para escribir – Marcas nacionales figurativa y tridimensional anteriores – Motivo de nulidad – Uso en el dibujo o modelo comunitario de un signo anterior cuyo titular tiene derecho a prohibir su uso – Artículo 25, apartado 1, letra e), del Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Resolución adoptada tras la anulación por el Tribunal General de una resolución anterior»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.**
286. **Asunto T-636/11: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2013 – Hostel drap/OAMI – Aznar textil (MY drap) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa MY drap – Marca comunitaria figurativa anterior BON DRAP – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.**
287. **Asunto T-89/12: Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2013 – Repsol YPF/OAMI – Ajuntament de Roses (R) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa R – Marca nacional figurativa anterior R – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.**
288. **Asunto T-115/12: Sentencia del Tribunal General de 30 de mayo de 2013 – Buzil-Werk Wagner/OAMI – Roca Sanitario (Roca) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Roca – Marca nacional figurativa anterior ROCA y marca internacional figurativa anterior Roca – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los productos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.**
289. **Asunto T-126/12: Sentencia del Tribunal General de 6 de junio de 2013 – Interroll/OAMI (Inspired by efficiency) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Inspired**

- by efficiency – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
290. Asunto T-172/12: Sentencia del Tribunal General de 30 de mayo de 2013 – Brauerei Beck/OAMI – Aldi (Be Light) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Be Light – Marca comunitaria anterior BECK's – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
291. Asunto T-367/12: Sentencia del Tribunal General de 27 de junio de 2013 – MOL/OAMI – Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (MOL Blue Card) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca denominativa MOL Blue Card – Marcas comunitarias denominativas anteriores BLUE, BLUE BBVA y TARJETA BLUE BBVA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
292. Asunto T-411/12: Sentencia del Tribunal General de 6 de junio de 2013 – Celtipharm/OAMI – Alliance Healthcare France (PHARMASTREET) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa PHARMASTREET – Marca nacional denominativa anterior PHARMASEE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
293. Asunto T-398/12: Auto del Tribunal General de 4 de junio de 2013 – Cosma Moden/OAMI – s.Oliver Bernd Freier (COSMA) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
294. Asunto T-399/12: Auto del Tribunal General de 4 de junio de 2013 – Cosma Moden/OAMI – s.Oliver Bernd Freier (COSMA) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
295. Asunto C-308/13 P: Recurso de casación interpuesto el 5 de junio de 2013 por Società Italiana Calzature SpA contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 9 de abril de 2013 en el asunto T-336/11, Società Italiana Calzature SpA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI). *DOUE*, C, núm. 233, de 10 de agosto de 2013.
296. Asunto C-309/13 P: Recurso de casación interpuesto el 5 de junio de 2013 por Società Italiana Calzature SpA contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 9 de abril de 2013 en el asunto T-337/11, Società Italiana Calzature SpA/Oficina de

- Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI). DOUE, C, núm. 233, de 10 de agosto de 2013.**
297. **Asunto T-78/12: Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2013 – GRE/OAMI – Villiger Söhne (LIBERTE brunes) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa LIBERTE brunes – Marcas comunitarias denominativa y figurativa anteriores La LIBERTAD – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. DOUE, C, núm. 233, de 10 de agosto de 2013.**
298. **Asunto T-106/12: Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2013 – Cytochroma Development/OAMI – Teva Pharmaceutical Industries (ALPHAREN) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ALPHAREN – Marcas nacionales denominativas anteriores ALPHA D3 – Motivo de denegación relativo – Cumplimiento por la OAMI de una sentencia de anulación de una resolución de sus Salas de Recurso – Artículo 65, apartado 6, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Composición de las Salas de Recurso – Artículo 1 quinquies del Reglamento (CE) núm. 216/96»]. DOUE, C, núm. 233, de 10 de agosto de 2013.**
299. **Asunto T-205/12: Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2013 – GRE/OAMI – Villiger Söhne (LIBERTE american blend sobre fondo azul) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa LIBERTE american blend – Marca comunitaria figurativa anterior La LIBERTAD – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. DOUE, C, núm. 233, de 10 de agosto de 2013.**
300. **Asunto T-206/12: Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2013 – GRE/OAMI – Villiger Söhne (LIBERTE american blend sobre fondo rojo) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa LIBERTE american blend – Marca comunitaria denominativa anterior La LIBERTAD – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. DOUE, C, núm. 233, de 10 de agosto de 2013.**
301. **Asunto T-236/12: Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2013 – Airbus/OAMI (NEO) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa NEO – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Amplitud del examen que debe efectuar la Sala de Recurso – Examen sobre el fondo supeditado a la admisibilidad del recurso – Artículos 59 y 64, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Examen de oficio de los**

- hechos – Artículo 76 del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 233, de 10 de agosto de 2013.
302. Asunto T-243/12: Sentencia del Tribunal General de 3 de julio de 2013 – Warsteiner Brauerei Haus Cramer/OAMI – Stuffer (ALOHA 100 % NATURAL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa ALOHA 100 % NATURAL – Marca nacional denominativa anterior ALOA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 233, de 10 de agosto de 2013.
303. Asunto T-258/12: Auto del Tribunal General de 2 de julio de 2013 – Mederer/OAMI – Katjes Fassin (SOCCER GUMS) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 233, de 10 de agosto de 2013.
304. Asunto C-325/13 P: Recurso de casación interpuesto el 17 de junio de 2013 por Peek & Cloppenburg KG contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 18 de abril de 2013 en el asunto T-506/11, Peek & Cloppenburg KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). *DOUE*, C, núm. 245, de 24 de agosto de 2013.
305. Asunto C-326/13 P: Recurso de casación interpuesto el 17 de junio de 2013 por Peek & Cloppenburg KG contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 18 de abril de 2013 en el asunto T-507/11, Peek & Cloppenburg/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). *DOUE*, C, núm. 245, de 24 de agosto de 2013.
306. Asunto T-3/12: Sentencia del Tribunal General de 10 de julio de 2013 – Kreyenberg/OAMI – Comisión (MEMBER OF € euro experts) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa MEMBER OF € euro experts – Motivo de denegación absoluto – Emblemas de la Unión y de sus ámbitos de actuación – Símbolo del euro – Artículo 7, apartado 1, letra i), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 245, de 24 de agosto de 2013.
307. Asunto C-285/13 P: Recurso de casación interpuesto el 24 de mayo de 2013 por Bimbo, S.A., contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 20 de marzo de 2013 en el asunto T-277/12, Bimbo, S.A./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI). *DOUE*, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.
308. Asunto T-469/07: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2013 – Philips Lighting Poland y Philips Lighting/Consejo [«Dumping – Importaciones de lámparas fluorescentes compactas electrónicas integradas (CFL-i) originarias de China, Vietnam, Pakistán y Filipinas – Expiración de medidas antidumping – Reconsideración – Artículo 4, apartado 1, artículo 5, apartado 4, y artículo 9, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 384/96

- [actualmente artículo 4, apartado 1, artículo 5, apartado 4, y artículo 9, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 1225/2009] – Concepto de industria de la Comunidad – Determinación del perjuicio – Obligación de motivación». *DOUE*, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.
309. Asunto T-358/08: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2013 – España/Comisión [«Fondo de Cohesión – Reglamento (CE) núm. 1164/94 – Proyecto de saneamiento de Zaragoza – Supresión parcial de la ayuda financiera – Contratos públicos – Concepto de obra – Artículo 14, apartados 10 y 13, de la Directiva 93/38/CEE – División de los contratos – Confianza legítima – Obligación de motivación – Plazo de adopción de una decisión – Determinación de las correcciones financieras – Artículo H, apartado 2, del anexo II del Reglamento núm. 1164/94 – Proporcionalidad – Prescripción». *DOUE*, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.
310. Asunto T-321/10: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2013 – SA.PAR/OAMI – Salini Costruttori (GRUPPO SALINI) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa GRUPPO SALINI – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009». *DOUE*, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.
311. Asunto T-142/12: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2013 – Aventis Pharmaceuticals/OAMI – Fasel (CULTRA) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa CULTRA – Marcas nacionales denominativas anteriores SCULPTRA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.
312. Asunto T-197/12: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2013 – Metropolis Inmobiliarias y Restauraciones/OAMI – MIP Metro (METRO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa METRO – Marca comunitaria figurativa anterior GRUPOMETROPOLIS – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Derecho a un proceso equitativo – Artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales – Artículos 75 y 76 del Reglamento núm. 207/2009». *DOUE*, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.
313. Asunto T-208/12: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2013 – Think Schuhwerk/OAMI (Zapatos con cordones de punta roja) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria – Zapatos con cordones de punta roja – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Procedimiento en rebeldía». *DOUE*, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.

314. **Asunto C-621/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 18 de julio de 2013 – New Yorker SHK Jeans GmbH & Co. KG, anteriormente New Yorker SHK Jeans GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Vallis K.-Vallis A. & Co. OE [Recurso de casación – Solicitud de registro de la marca denominativa comunitaria FISHBONE – Procedimiento de oposición – Marca nacional figurativa anterior FISHBONE BEACHWEAR – Uso efectivo de la marca anterior – Toma en consideración de pruebas complementarias no presentadas en el plazo fijado – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículos 42, apartados 2 y 3, y 76, apartado 2 – Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Regla 22, apartado 2].** *DOUE*, C, núm. 260, de 7 de septiembre de 2013.
315. **Asunto T-589/10: Auto del Tribunal General de 4 de julio de 2013 – Just Music Fernsehbetriebs/OAMI – France Télécom (Jukebox) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Caducidad de la marca comunitaria anterior – Sobreseimiento»).** *DOUE*, C, núm. 260, de 7 de septiembre de 2013.
316. **Asunto T-414/11: Auto del Tribunal General de 8 de julio de 2013 – Nutrichem Diät + Pharma/OAMI – Gervais Danone (Active) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»).** *DOUE*, C, núm. 260, de 7 de septiembre de 2013.

PROPIEDAD INTELECTUAL

317. **Asuntos acumulados C-457/11 a C-460/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 27 de junio de 2013 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort)/Kyocera, anteriormente Kyocera Mita Deutschland GmbH, Epson Deutschland GmbH, Xerox GmbH (C-457/11), Canon Deutschland GmbH (C-458/11) y Fujitsu Technology Solutions GmbH (C-459/11), Hewlett-Packard GmbH (C-460/11)/Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort) (Propiedad intelectual e industrial – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información – Directiva 2001/29/CE – Derecho de reproducción – Compensación equitativa – Concepto de «reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares» – Consecuencias de no aplicar las medidas tecnológicas disponibles dirigidas a impedir o limitar los actos no autorizados – Consecuencias de una autorización expresa o tácita de reproducción).** *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
318. **Asunto C-521/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de julio de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Amazon.com International Sales Inc., Amazon EU Sàrl, Amazon.de GmbH, Amazon.com GmbH, en liquidación, Amazon Logistik GmbH/**

Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH (Aproximación de las legislaciones – Propiedad intelectual – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Derecho de reproducción exclusivo – Directiva 2001/29/CE – Artículo 5, apartado 2, letra b) – Compensación equitativa – Aplicación sin distinciones, pero con un eventual derecho a devolución, del canon por copia privada destinado a financiar la compensación – Afectación de los ingresos percibidos en parte a los titulares del derecho y en parte a instituciones de carácter social o cultural – Doble pago del canon por copia privada en el marco de una operación transfronterizas). DOUE, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

319. **Asunto C-342/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 30 de mayo de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal do Trabalho de Viseu – Portugal) – Worten – Equipamentos para o Lar, S.A./Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT) (Tratamiento de datos personales – Directiva 95/46/CE – Artículo 2 – Concepto de «datos personales» – Artículos 6 y 7 – Principios relativos a la calidad de los datos y a la legitimidad del tratamiento de los datos – Artículo 17 – Seguridad de los tratamientos – Tiempo de trabajo de los trabajadores – Registro del tiempo de trabajo – Acceso de la autoridad nacional competente para la supervisión de las condiciones de trabajo – Obligación del empleador de tener disponible el registro del tiempo de trabajo para permitir su consulta inmediata). DOUE, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.**
320. **Asunto C-252/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 18 de julio de 2013 [petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) – Reino Unido] – Specsavers International Helthcare Ltd, Specsavers BV, Specsavers Optical Group Ltd, Specsavers Optical Superstores Ltd/Asda Stores Ltd [Marcas – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículos 9, apartado 1, letras b) y c), 15, apartado 1, y 51, apartado 1, letra a) – Motivos de caducidad – Concepto de uso efectivo – Marca utilizada en combinación con otra marca o como parte de una marca compuesta – Color o combinación de colores en que se utiliza una marca – Renombre]. DOUE, C, núm. 260, de 7 de septiembre de 2013.**

PUBLICIDAD

321. **Asunto C-657/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de julio de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie van België – Bélgica) – Belgian Electronics Sorting Technology NV/Bert Peelaers, Visys NV (Directivas 84/450/CEE y 2006/114/CE – Publicidad engañosa y**

publicidad comparativa – Concepto de «publicidad» – Registro y utilización de un nombre de dominio – Utilización de indicadores de hipertexto en los metadatos de un sitio de Internet). *DOUE, C*, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.

RESPONSABILIDAD CIVIL

322. **Asunto C-541/11: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de enero de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Vrhovno sodišče – Eslovenia) – Jožef Grilc/Slovensko zavarovalno združenje GIZ (Artículo 104, apartado 3, párrafo segundo, del Reglamento de Procedimiento – Seguro de responsabilidad civil de vehículos automóviles – Directiva 2000/26/CE – Organismos de indemnización – Solicitud de indemnización planteada ante un órgano jurisdiccional nacional).** *DOUE, C*, núm. 79, de 16 de marzo de 2013.
323. **Asunto C-460/09 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 28 de febrero de 2013 – Inalca SpA – Industria Alimentari Carni, Cremonini SpA/Comisión Europea (Recurso de casación – Responsabilidad extracontractual de la Unión Europea – Comprobación de irregularidades en las restituciones por exportación de carne de vacuno destinada a Jordania – Investigación de la OLAF – Comunicación de las conclusiones de la OLAF a las autoridades nacionales – Constitución de garantías – Solicitud de reembolso de los gastos derivados de ello – Relación de causalidad – Adhesión a la casación – Plazo de prescripción – Inicio del cómputo).** *DOUE, C*, núm. 114, de 20 de abril de 2013.
324. **Asunto C-433/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 7 de marzo de 2013 – Luigi Marcuccio/Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Recurso de casación – Recurso por responsabilidad extracontractual – Negativa del Secretario del Tribunal de Justicia a dar curso a los escritos dirigidos por el recurrente al Primer Abogado General del Tribunal de Justicia – Artículo 256 TFUE, apartado 2 – Solicitud de apertura de un procedimiento de reexamen contra determinadas resoluciones que pusieron fin a la instancia, dictadas por el Tribunal General en los asuntos objeto de casación).** *DOUE, C*, núm. 129, de 4 de mayo de 2013.
325. **Asunto C-103/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de abril de 2013 – Comisión Europea/Systran SA, Systran Luxembourg SA (Recurso de casación – Artículos 225 CE, apartado 1, 235 CE y 288 CE, párrafo segundo – Acción de responsabilidad extracontractual contra la Comunidad Europea – Apreciación del carácter extracontractual del litigio – Competencia de los órganos jurisdiccionales comunitarios).** *DOUE, C*, núm. 164, de 8 de junio de 2013.
326. **Asunto T-32/08: Sentencia del Tribunal General de 24 de abril de 2013 – Evropaiki Dynamiki/Comisión («Contratos públicos de servicios – Procedimiento de licitación – Análisis de mercado con**

- vistas al desarrollo de un nuevo enfoque de un sitio Internet – Desestimación de la oferta de un licitador – Obligación de motivación – Error manifiesto de apreciación – Criterios de selección y criterios de adjudicación – Responsabilidad extracontractual»). *DOUE*, C, núm. 164, de 8 de junio de 2013.
327. Asunto T-437/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2013 – Gap granen & producten/Comisión [«Responsabilidad extracontractual – Importación de trigo duro de calidad alta – Derechos de importación – Reglamento (CE) núm. 919/2009 – Reglamento (CE) núm. 1249/96 – Infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares – Perjuicio material – Relación de causalidad»]. *DOUE*, C, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
328. Asunto T-405/12: Auto del Tribunal General de 17 de mayo de 2013 – FH/Comisión («Recurso de anulación e indemnización – Decisión de la Comisión de retirar al demandante las tarjetas de acceso a sus edificios – Recurso de anulación – Inexistencia de interés en ejercitar la acción – Inadmisibilidad – Recurso de indemnización – Relación de causalidad – Perjuicio – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»). *DOUE*, C, núm. 189, de 29 de junio de 2013.
329. Asunto C-229/10: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 21 de marzo de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Cível da Comarca do Porto – Portugal) – Maria Alice Pendão Lapa Costa Ferreira, Alexandra Pendão Lapa Ferreira/Companhia de Seguros Tranquilidade, S.A. (Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento – Seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles – Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE y 90/232/CEE – 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 – Exclusión o limitación del derecho a indemnización). *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.
330. Asunto C-362/11: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 21 de marzo de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Judicial de Santa Maria da Feira – Portugal) – Serafim Gomes Oliveira/Lusitânia – Companhia de Seguros, S.A. (Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento – Seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles – Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 90/232/CEE y 2005/14/CE – 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. 225, de 3 de agosto de 2013.
331. Asunto C-486/11: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 21 de marzo de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada

por el Tribunal da Relação de Guimarães – Portugal) – Jonathan Rodrigues Esteves/Companhia de Seguros Allianz Portugal, S.A. (Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento – Seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles – Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 90/232/CEE y 2005/14/CE – 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 – Exclusión o limitación del derecho a indemnización). *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.

332. Asunto C-96/12: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 21 de marzo de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal da Relação de Guimarães – Portugal) – Domingos Freitas, Maria Adília Monteiro Pinto/Companhia de Seguros Allianz Portugal, S.A. (Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento – Seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles – Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE y 90/232/CEE – 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 – Exclusión o limitación del derecho a indemnización). *DOUE*, C, núm. 225, de 3 de agosto de 2013.

SEGUROS

333. Asunto C-409/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de julio de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Fővárosi Törvényszék – Hungría) – Gábor Csonka, Tibor Isztli, Dávid Juhász, János Kiss, Csaba Szontágh/Magyar Állam (Circulación de vehículos automóviles – Seguro de la responsabilidad civil – Directiva 72/166/CEE – Artículo 3, apartado 1 – Directiva 84/5/CEE – Artículo 1, apartado 4, párrafo primero – Insolvencia del asegurador – No intervención del organismo de indemnización). *DOUE*, C, núm. 252, de 31 de agosto de 2013.



BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**

Libros*

BERENGUER ALBALADEJO, Cristina: *El contrato de alimentos*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, 886 pp.

Cristina Berenguer Albaladejo presenta por medio de esta obra un más que exhaustivo estudio del contrato de alimentos, al que analiza sistemática y detalladamente a lo largo de casi novecientas páginas. Se trata de un trabajo completo y riguroso, fruto de las investigaciones llevadas a cabo por la autora en la elaboración de su tesis doctoral, que entendemos ha de convertirse en referente doctrinal en la materia, tanto por su exhaustividad como por su rigurosidad.

La lectura de un libro que realice un tratamiento integral de un contrato conduce obviamente al lector a ir repasando principios básicos del Derecho de obligaciones, circunstancia esta que resulta especialmente significativa –en alguna ocasión incluso excesiva– en esta obra, pues la autora, al hilo del estudio del contrato de alimentos, se adentra en el análisis general de cuestiones tan fundamentales como la causa o la forma de los contratos, los contratos a favor de tercero, la simulación o la imposibilidad sobrevenida de la prestación, entre otras muchas, al objeto de aplicar la doctrina más acertada al contrato en estudio.

Usando un lenguaje directo y claro, que huye del exceso en florituras verbales y aforismos latinos, la autora va exponiendo concertadamente todas las notas características, elementos, contenido y vicisitudes por las que puede atravesar el contrato de alimentos, desgranado las soluciones aportadas por doctrina y jurisprudencia a cada uno de los problemas jurídicos que se han presentado o se pueden presentar en el mismo. En todos ellos expresa la Dra. Berenguer su opinión, bien adhiriéndose a alguna corriente doctrinal ya consolidada, o bien aportando perspectivas y soluciones novedosas, realizando propuestas de mejora de la legislación vigente, y esgrimiendo en todo caso con destreza los argumentos jurídicos correspondientes.

De la oportunidad del tema objeto de este libro no cabe duda alguna, muy especialmente desde el refrendo legal del contrato de alimentos por medio de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, que lo introdujo, como es sabido, en el Código Civil, dotándolo de regulación entre los artículos 1.791 y 1.797 del mismo. No puede perderse de vista que esta modalidad de negocio nació para dar respuesta a las carencias de un sector de la población que pretendía cubrir sus necesidades vitales procurándose la ayuda económica imprescindible para

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

afrontar la senectud en las mejores condiciones, en un momento en el que el envejecimiento progresivo de la población en nuestro país revelan la escasez de medios con las que cuentan las administraciones públicas para hacerle frente. Resulta, pues, en extremo útil un libro como el que se presenta, que realiza un estudio completo del contrato de alimentos no solo a la luz de su nueva normativa, sino recogiendo el tratamiento que doctrina y jurisprudencia le han otorgado a lo largo de los años resolviendo las controversias jurídicas y litigios que ha ido suscitando desde su aparición en el tráfico jurídico en las últimas décadas del pasado siglo. Efectivamente, el que ha sido denominado por el legislador como «contrato de alimentos» se corresponde con el llamado con anterioridad en el tráfico «contrato de vitalicio», cuya construcción jurisprudencial a lo largo de este tiempo se encuentra en la base de su reconocimiento legal. La obra de la Dra. Berenguer contemporiza acertadamente el análisis de la regulación vigente y el de las soluciones anteriormente aplicadas a los problemas dogmáticos y prácticos de este negocio, constituyendo una valiosa herramienta para los aplicadores del Derecho.

El libro se divide en cinco grandes capítulos, comenzando por un estudio de Derecho comparado, que expone el tratamiento de la figura en los ordenamientos jurídicos europeos que más significativamente lo han abordado –francés, italiano y suizo–, y continuando con el análisis sistemático de la delimitación conceptual de la figura –capítulo II–, los elementos configuradores del contrato –capítulo III–, su contenido –capítulo IV– y las garantías, extinción y régimen fiscal, extremos estos tratados finalmente en el capítulo V.

Por lo que respecta a la delimitación conceptual, a juicio de la autora estamos ante un contrato de alimentos siempre que una de las partes asuma, a título principal y a cambio de una contraprestación, la obligación de proporcionar los medios de asistencia apropiados a las necesidades de la otra, soportando un riesgo de ganancia o pérdida inherente al propio acuerdo. Al hilo de esta cuestión, la Dra. Berenguer aborda la controvertida cuestión de la causa del contrato, decantándose por la opinión de que el estado de necesidad del alimentista no queda integrado en la misma, entendiéndose que el legislador no ha incluido el estado de necesidad como presupuesto de la existencia del negocio.

Así conceptualizado el contrato de alimentos, la autora se ocupa a continuación de deslindar el mismo de otras figuras afines, como la renta vitalicia, la obligación legal de alimentos o la donación modal y la remuneratoria, finalizando con el análisis de sus principales características –contrato típico, nominado, consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, *intuitu personae*, de ejecución progresiva y vitalicio–, sobre las que argumenta y determina con claridad su carácter esencial o simplemente natural respecto del contrato que tipifica el Código Civil.

En cuanto al análisis de los elementos del contrato, la autora realiza una exposición extremadamente minuciosa tanto de los elementos personales como de los reales y formales, debiéndose destacar el tratamiento en profundidad del contrato de alimentos a favor de terceros y de los innumerables interrogantes que suscita la concurrencia de diversos alimentantes o de varios alimentistas en el desarrollo y cumplimiento del contrato.

En el capítulo dedicado al contenido del contrato, particular importancia debe dársele al estudio del incumplimiento contractual, tanto por alimentante como por alimentista, a pesar de que la nueva normativa nada dice respecto de este último. En esta sede, la autora lamenta certeramente que el legislador no haya aprovechado la ocasión para consagrar legalmente soluciones concretas a cuestiones polémicas y discutidas en la práctica. Entre estas cuestio-

nes, se aborda el problema de la dificultad para determinar y probar el incumplimiento contractual, así como los inconvenientes a la hora de solicitar la ejecución forzosa de la obligación de alimentos y las numerosas cuestiones controvertidas que generan la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la resolución y consiguiente restitución en este tipo de negocio.

Finalmente, en cuanto al tratamiento en el último capítulo de la obra de las garantías, extinción y régimen fiscal del contrato, la autora se detiene más detalladamente en las garantías recogidas por el artículo 1.797 del Código Civil: la condición resolutoria explícita y la hipoteca en garantía de prestaciones periódicas. Sobre esta última, la Dra. Berenguer sostiene con acierto que el citado precepto poco o nada aporta, en cuanto se limita a declarar que las partes pueden pactar una hipoteca sobre los bienes cedidos, posibilidad que obviamente no es necesario consagrar legalmente, y menos limitándola a un tipo de hipoteca como la de renta o prestaciones periódicas, cuyos innumerables problemas dogmáticos y prácticos la han destinado a su irrelevante utilización. Por el contrario, en opinión de la autora el uso frecuente de cláusulas resolutorias expresas no hace del todo inútil la previsión del legislador, si tenemos en cuenta que su finalidad puede no ser otra que la de desterrar las posibles dudas existentes acerca de la posibilidad de inscribir en el Registro las cláusulas resolutorias expresas pactadas en los contratos de alimentos.

El análisis de estas cuestiones, y de todas las restantes no señaladas aquí, lo lleva a cabo la autora con amplísimo tratamiento de fuentes jurisprudenciales y doctrinales, tanto españolas como extranjeras. Dada la reciente regulación del contrato de alimentos por nuestro Código Civil, la mayoría de las resoluciones judiciales que se aportan se fundamentan en las normas que se aplicaban al llamado «contrato de vitalicio», lo que no empequeñece la importancia de las mismas, dado que el legislador se ha limitado en buena medida a reflejar lo que venía ocurriendo en la práctica, de ahí que sus pronunciamientos se hayan podido tomar como referencia para argumentar las propuestas de solución a problemas legalmente no resueltos. El uso continuado de esta modalidad contractual antes de su refrendo legal y su presencia en las decisiones judiciales justifica, como sostiene la Dra. Berenguer en la introducción de su obra, que se haya considerado imprescindible que este estudio se realice desde tres perspectivas distintas: pasado, presente y futuro del contrato de alimentos. Sin duda, la concurrencia del tratamiento doctrinal y jurisprudencial del contrato de vitalicio y el análisis de la normativa vigente sobre el contrato de alimentos, que la autora entiende insuficiente y poco rigurosa, hace que podamos calificar esta obra como un auténtico tratado en la materia.

Isabel Zurita Martín
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Cádiz

CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés: *Incapacitación, tribunales y esterilización de disminuidos psíquicos*, La Ley, Madrid, 2012, 424 pp.

1. Hay obras que ponen a prueba y demuestran el fuste del jurista. Frente a la cómoda posibilidad de abordar cuestiones más o menos sencillas o problemas de actualidad efímera, hay otros ámbitos donde un jurista consciente de sus responsabilidades sólo puede decidirse a plasmar sus opiniones

tras una madura y ponderada reflexión y tras un estudio atento y delicado de cada punto. Y aun ello con la duda permanente que entraña el saber que se trata de materias de enorme complejidad y de intensa controversia. Estas características confluyen sin duda en cualquier obra jurídica que se decida a analizar la esterilización de los disminuidos psíquicos. Indefectiblemente, subyace a cualquier análisis técnico sobre la bondad del mecanismo una cuestión previa, relativa a la mera admisión o al rechazo de esa posibilidad, cuestión evidentemente trufada de componentes ideológicos. Es cierto que cabe proponer un enfoque encaminado a prescindir de elementos ideológicos, partiendo de la propia existencia de la norma, pero también se constata la frecuente e inevitable reaparición de ese debate ideológico en múltiples facetas del análisis.

Quien quiera llevar a cabo un análisis riguroso de los problemas jurídicos vinculados con la esterilización de los incapaces debe además contar con un bagaje instrumental que no puede limitarse a un único campo jurídico. En efecto, sólo pertrechado con las armas del Derecho Constitucional, del Derecho Penal, del Derecho Procesal y del Derecho Civil podrá satisfactoriamente darse una respuesta adecuada a esos problemas. En caso contrario, el análisis peca de parcial y se incurre en el muy probable riesgo de ofrecer una visión incompleta y falseada de la cuestión. En el autor concurre una trayectoria de amplio y sólido recorrido en el ámbito procesal, pero sin embargo se mueve con agilidad y solvencia en las otras materias que han sido mencionadas. Sus opiniones en el ámbito penal, civil o constitucional son absolutamente asumibles, y lo mismo debe decirse con mayor razón si cabe de sus argumentaciones en el plano procesal. Demuestra por tanto una formación jurídica casi enciclopédica, al modo clásico.

2. La controversia que acompaña esta materia se constata al ser uno de los preceptos afectados por el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**, recogiendo algunas de las sugerencias del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI). Se dice en la Exposición de Motivos del Anteproyecto que «[d]e igual modo, se da un mejor tratamiento a la posible esterilización de las personas con discapacidad, que se circunscribe a supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos. El nuevo artículo 156 se remite a las leyes procesales civiles, que regularán los supuestos de esterilización de la forma más adecuada y garantista para los derechos de las personas con discapacidad. En tanto se dicte esta nueva normativa, se mantendrá la vigencia de la actual regulación que contempla el Código».

Y el texto propuesto en ese Anteproyecto para el artículo 156. II CP es el siguiente: «No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvar el prevalente, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil».

Como es evidente, de prosperar esta reforma el régimen de la esterilización de los disminuidos psíquicos experimentará un cambio sustancial. Por ello, resulta del máximo interés conocer en profundidad cuáles son las virtu-

** Con fecha 23 de julio de 2013, puede consultarse el texto en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html.

des y los defectos del sistema actual, para tratar de aportar esa experiencia al nuevo precepto.

Desde esta perspectiva, el conocimiento y la valoración de los datos estadísticos acerca del número de esterilizaciones que se producen y que se intentan al amparo del artículo 156.II CP sería un elemento del máximo interés, que permitiría poner de relieve un hecho relevante en el contexto actual sobre el que ha llamado la atención el CERMI, como es el afectar de forma casi absoluta a mujeres.

3. La estructura analítica de la obra es impecable. Se analizan en primer lugar los aspectos constitucionales de la cuestión (capítulo I), después los problemas jurisdiccionales (capítulo II); a continuación las personas «intervinientes e interesados» que participan en el expediente (capítulo III) y el sistema de garantías desde una perspectiva objetiva (capítulo IV); y por último los concretos aspectos procedimentales (capítulo V). La obra se cierra con un útil índice de jurisprudencia por materias.

4. Como se ha indicado, en una materia donde los elementos ideológicos tienen cierta relevancia los aspectos constitucionales ofrecen un singular interés. El Prof. Cucarella Galiana no se limita a un brillante análisis de las principales resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional, con un magnífico y detallado análisis de la STC 215/1994, de 14 de julio (pp. 86 y ss.), sino que se apoya en los criterios suministrados al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (pp. 66 y ss.). Con inteligencia, el autor no sólo desentraña el alcance de las decisiones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que constata la repercusión de las mismas en el ámbito de la jurisprudencia menor (pp. 129 y ss.). Este modo de proceder evidencia que el Prof. Cucarella Galiana efectúa un análisis de esas decisiones poniendo de relieve su trascendencia en la aplicación práctica de los tribunales, desechando de modo decidido una metodología vacía y demasiado frecuente, que consiste en la exposición de los elementos constitucionales sin verificar su eficacia real. Con todo, acaso en este apartado hubiera sido oportuno un examen más detenido de las pautas que proporciona la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (que aparece episódicamente citada, por ejemplo, en la nota 208) y su relación con nuestros criterios constitucionales.

5. El Capítulo dedicado a los problemas jurisdiccionales (pp. 149 y ss.) se articula básicamente en tres grandes apartados. En el primero (pp. 154 y ss.) se delimita el ámbito de la jurisdicción y las razones por las que se atribuye a la misma la autorización para esterilizar a los disminuidos psíquicos: no sólo se expone el artículo 156, párrafo segundo, CP en su relación con el principio de exclusividad jurisdiccional, sino que se ofrece una apretada y sensata visión de las teorías de la jurisdicción, relacionadas con los casos de esterilización. El segundo apartado (pp. 173 y ss.) se destina básicamente al análisis de la cuestión de la esterilización en su relación con el delito de lesiones. En este punto conviene llamar la atención acerca de la peculiar función del segundo párrafo del artículo 156 CP: afirmada con carácter la punibilidad de las lesiones (arts. 147 y ss. CP), se establece una regla especial cuando media «el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido» (art. 155.I CP); pero a continuación, cuando ese consentimiento se refiera a trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transsexual, se configura como supuesto de exención de responsabilidad criminal (art. 156.I CP); y, finalmente, se matiza esa regla cuando se trata de esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica

(art. 156.II CP). No puede negarse que el camino seguido para llegar hasta el artículo 156.II CP es tortuoso y hasta cierto punto enmascara la trascendencia de la norma. El análisis que el Prof. Cucarella Galiana efectúa del consentimiento del sujeto pasivo es del máximo interés (pp. 182 y ss.) y permite atisbar retazos de una teoría general de los derechos fundamentales en caso de personas con discapacidad. En este punto, quizá hubiera sido interesante traer a colación con más detalle los criterios que proporciona la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. El tercer y último apartado de este Capítulo examina, desde una perspectiva jurisdiccional, los criterios atributivos del expediente para autorizar la esterilización (pp. 205 y ss.). El Prof. Cucarella Galiana estudia con rigor los problemas fundamentalmente desde un punto de vista internacional, objetivo y territorial.

6. Los intervinientes e interesados en el expediente son los protagonistas del capítulo III (pp. 231 y ss.). Se contiene en esas páginas mucha y buena doctrina tanto procesal como sustantiva, distinguiendo en función de si la esterilización se acumula al proceso de incapacitación (pp. 231 y ss.) o si la esterilización se articula mediante un expediente tramitado con posterioridad a la incapacitación (pp. 260 y ss.). Aunque los ejemplos podrían multiplicarse, de especial interés son las páginas que el autor dedica a los problemas relacionados con la edad del disminuido psíquico (pp. 245 y ss.) y la interpretación de la «grave deficiencia psíquica» y su conexión con el impedimento de autodeterminación en el ámbito sexual (pp. 270 y ss.).

7. El capítulo IV se ocupa de los criterios que deben presidir la resolución del objeto del expediente (pp. 295 y ss.), lo que en el fondo se traduce en la identificación de las garantías desde un punto de vista objetivo. En realidad bajo esta rúbrica se esconde el análisis concienzudo y sereno de dos cuestiones de enorme complejidad, irresolubles en abstracto y extraordinariamente difíciles de aplicar en cada caso. Por un lado, se plantea la delimitación del mayor interés del incapaz como criterio recto de la resolución (pp. 296 y ss.). Y, por otro, la proporcionalidad de la medida de esterilización que se pretende (pp. 304 y ss.). A poco que se reflexione se apreciará la complejidad de la tarea, que el Prof. Cucarella Galiana afronta con decisión, proporcionando interesantes criterios para su concreta aplicación.

8. Finalmente, el capítulo V está dedicado a los aspectos procedimentales del expediente (pp. 333 y ss.). Es de agradecer que el autor se ocupe con detalle de estas cuestiones, que a menudo tienden a quedar en un segundo plano, como consecuencia de la actualmente insatisfactoria regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria. Merece una lectura particularmente detenida el análisis de las garantías que deben concurrir en este tipo de procedimientos (pp. 349 y ss.).

9. De lo expuesto se puede concluir sin dificultad que nos encontramos ante una obra de referencia, que clarifica el debate jurídico en un momento especialmente convulso, y que proporciona preciosas indicaciones no sólo para la aplicación sensata y adecuada del actual artículo 156, párrafo segundo, CP, sino para su eventual reforma.

Rafael Verdera Server
Catedrático de Derecho civil
Universitat de València

GALICIA AIZPURUA, Gorka: *Causa y garantía fiduciaria*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 270 pp.

1. La monografía del Doctor Galicia, profesor en la Universidad del País Vasco, se ha elaborado en paralelo o por ocasión de otros trabajos anteriores del mismo autor, que anunciaban algunas de las ideas y argumentos expuestos en este libro. Así: «Causa de la obligación frente a causa del contrato en el Código civil español: una exposición crítica (a propósito de la propuesta de modernización del derecho de obligaciones formulada por la Comisión General de Codificación», RDPPr 6 (2010), pp. 29-61; y «Fiducia *cum creditore* mandato para adquirir y leasing», RDPPr 5 (2011), pp. 33-71. En el libro se examinan dos asuntos que son los que rotulan sus dos capítulos: la «causa» (capítulo primero) que ya desde la rúbrica se contempla como problema; y la causa de la obligación y el «dilema» de la fiducia *cum creditore*, además del contrato de *leasing* y la posibilidad de articular como transmisión de la propiedad en garantía la constitución de las garantías financieras reguladas en Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, *de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*; RDL mediante el que se incorporó a nuestro Derecho la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, *sobre acuerdos de garantía financiera*. Esta norma ha sido luego modificada en alguna de sus partes, en virtud de la Ley 7/2011, de 11 de abril, *por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el RDL 5/2005, de 11 de marzo* (Capítulo Segundo).

Por tanto, la causa como problema y las consecuencias del enfoque causalista (en los resultados que el autor alcanza) en el dilema de las garantías propietarias son las dos piezas que componen este libro, espléndidamente escrito en un castellano en ocasiones con sabor antiguo. En la literatura jurídica (posiblemente en toda literatura, recuérdese el decálogo de Augusto Monterroso) las palabras bien escritas son solo las necesarias, sean estas las que sean: no es preciso ser siempre escueto y lo jurídico solo se entiende bien como argumento, como discurso. En el libro, el Doctor Galicia desenvuelve con pulcritud sus argumentos, reordena los materiales y esclarece su sentido. Tal vez ese afán de pulcritud le aleja de un sentido práctico que también ilumina las normas: son porque sirven, aunque sea en detrimento de la perfección del sistema, a la que no hay que aferrarse en demasía.

Además, hay otras herramientas que maneja el buen jurista, y el Doctor Galicia lo es: en primer término, el limpio manejo de las fuentes y de las opiniones o razones esgrimidas por los autores (es sencillamente excelente la reconstrucción de la noción múltiple de causa que acoge nuestro Código civil) para acotar con precisión el problema. En segundo lugar, el buen jurista confronta sus resultados o hipótesis con los materiales normativos. En el libro de Gorka Galicia todo se cuida y a todo se atiende. Es un paradigma del modo de trabajar que propone Manuel Atienza en «Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática jurídica», *Isonomía* 3 (2005), 223-224.

No obstante, también resulta fascinado por los problemas jurídicos en su vertiente de dilemas (a veces casi entretenimientos o divertimentos) y en los que tal vez solo sobreviva el empeño de desentrañar sus facetas, de colocar y revisar los puntos de partida, de reelaborar el problema al explicarlo de nuevo. Así ocurre con la causa como requisito del contrato: tantas veces narrado como problema y con tantas divergencias en sus puntos de partida. Podría decirse que se asigna valor al problema como problema en su entraña racional, sin que importen tanto sus consecuencias prácticas. Las bases fir-

mes sobre las que se asienta el problema de la causa no son tales, empantanao como está de prejuicios dogmáticos, de explicaciones parciales sobre sus orígenes; de razones prácticas prescindibles; o de declaraciones jurisprudenciales hueras, pronunciadas en obsequio de los repertorios pero sin conexión alguna con el conflicto singular que finalmente la sentencia resuelve.

2. El libro del Doctor Galicia aspira, sobre todo, a poner orden entre tanto desconcierto a partir de una premisa: no puede entenderse la disciplina codificada de la causa sin desentrañar primero las razones que subyacen a sus reglas, sin comprender primero qué clase de problemas y argumentos trataban de hacer frente. En suma, no podemos sobrevivir al problema si no le damos aire primero a sus bases históricas.

Sin duda, en la causa, son muchas las perspectivas y muchos (tal vez demasiados) los modos de ofrecer las respuestas. Basta comparar, entre los últimos estudios, los comentarios a los preceptos correlativos de Ángel M. López y López (*Código civil comentado*, III, dirigido por A. Cañizares, P. de Pablo, J. Orduña y R. Valpuesta, Thomson Reuters Civitas, 2011) o las páginas que le dedica Ángel Carrasco Perera en su *Derecho de contratos* (Thomson Reuters Aranzadi, 2010). Pero no le basta relatar esos orígenes sino que después confronta la noción de causa (plural) que obtiene con la transmisión de la propiedad con función de garantía.

Hay tres reglas que el autor no expresa, pero que subyacen a su exposición: (i) no es posible la seguridad jurídica si falla la coherencia del sistema; (ii) las normas no se dictan en balde y por eso debe asignarse un significado reconocible a la noción de causa; y (iii) el sentido de la causa que subyace a las normas puede someterse a crítica o no ser útil en ciertos casos, pero no puede reelaborarse a partir de prejuicios o premisas indemostradas.

3. El libro se divide en dos partes de extensión necesariamente desigual. El capítulo primero lleva por rúbrica «el problema de la causa». El segundo se titula «La causa de la obligación y el dilema de la fiducia *cum creditore* (y de otras modalidades de propiedad en garantía)». Ambos concluyen con sendas recapitulaciones (I. V, pp. 171 y ss.; II. V, pp. 258 y ss.) en las que, cómo no, el autor «recuerda sumaria y ordenadamente lo que ha manifestado con extensión» y que son una estupenda síntesis de sus argumentos y conclusiones. La exposición ordenada y transparente de la materia es una de las principales virtudes del libro: al menos (y esto no es poco) expone cuál es el problema genuino en la sede de la causa (arts. 1.261, 1.274 a 1.277 CC) y lo hace con singular honradez, de ahí las premisas metodológicas que solo tienen sentido en el primer capítulo.

Así expone sus objetivos (o qué quiere hacer y cómo) en el *Previo* (pp. 13-14): «Para quien suscribe estas líneas, el requisito de la causa previsto en el artículo 1.261 del Código civil español en orden a la validez de los contratos es, tal como lo conciben hoy jurisprudencia y doctrina, un elemento fútil y superfluo, del que bien podría prescindirse en una hipotética reforma legislativa. Entiendo, además, que esta ruda afirmación es predicable tanto de aquellas tesis que ven en la causa un ingrediente del contrato en sí, como de las que la consideran un elemento *sine qua non* de la obligación.

Sin embargo, lo anterior no debe llevar a engaño: la presente obra no es un libelo anticausalista. Su objetivo último, antes que en arrumbar aquel secular concepto, consiste en insuflarle nuevos bríos. Más sobre bases distintas».

Más que un libelo anticausalista es justamente lo contrario: una proclama para advertir la utilidad que se puede obtener de la noción de causa en el

Derecho de contratos a partir de la reconstrucción histórica de los estrictos datos normativos.

4. En el capítulo primero, relativo al problema de la causa, expone las distintas perspectivas de la causa (causa de la obligación, causa del contrato) y sus antecedentes históricos e ideológicos (dogmáticos) que preceden a su incorporación en el Código civil español. En este punto, debe subrayarse la parte III del capítulo I (con mucho, la más extensa, pp. 58-120) que supone una «relectura» del Código y de la que derivan las principales conclusiones que iluminan después el Segundo Capítulo. Se acude, limpiamente, a las fuentes primarias (Domat, causa como fundamento de la atribución patrimonial; y Pothier, causa como fundamento del sacrificio patrimonial o personal que sufre el deudor) para bucear en la delicadeza de sus razones, en lo intrincado de un pensamiento (cuyas claves, en nuestros tiempos, es difícil de percibir, porque el contexto filosófico y metodológico en el que se enuncian es decisivo) y entonces consignar cómo se vierten esas ideas (recreadas por los codificadores franceses) por Florencio García Goyena en el Proyecto de Código de 1851, texto con el que el vigente Código guarda respecto a esta materia una fidelísima correspondencia y que respeta con mayor rigor que el Código civil francés las ideas sostenidas por aquellos (p. 105).

Comienza dando cuenta de las distintas nociones sostenidas y de los argumentos aducidos, para hacer una presentación cabal (no un simple resumen) sobre las posiciones de tirios y troyanos (lo que llama el «estado científico de la cuestión»), aunque tal vez sin extraer de las nociones y significados respectivos todas las consecuencias prácticas que cada una de las doctrinas aspira a ofrecer.

La relectura explica entonces el epígrafe IV (pp. 121-171), puesto que obliga a afirmar que la noción es ambivalente, esto es, que congrega «dos nociones extrañas entre sí», esto es, constata que constituye un círculo insoluble la interpretación unitaria de los preceptos consagrados a la causa que además, es desde la perspectiva histórica, inexacta («existen, según pone de manifiesto el rastreo de los precedentes, dos concepciones históricas sobre la causa netamente dispares entre sí», p. 121) además de inane o carente de efectos relevantes.

La primera, la que acogen los artículos 1.261.3.º y 1.274 CC (y que es una noción objetiva que sirve para los contratos onerosos, remuneratorios y de beneficencia), se refiere a la causa como requisito exclusivo de la obligación que suponga una atribución para el acreedor y no como un requisito del contrato; y así, el tenor literal del artículo 1.261.3.º CC «causa de la obligación que se establezca». La segunda, comprendida en los artículos 1.262 I, 1.275, 1.276 y 1.301 CC como la razón o motivo de la celebración del contrato (como razón o porqué de la asunción de una obligación convencional) y que nos conduce a los motivos causalizados y sirve para delimitar la causa falsa y la causa ilícita y poco tiene que ver con la noción objetiva en que se asienta, sobre todo, el artículo 1.274 CC (noción con la que se corrige, en parte, el exceso en que se incurrió el *Code* al regular el error respecto al error en los motivos que no tiene acomodo en el ahora artículo 1.266 CC).

Los resultados que alcanza el Doctor Galicia se resumen en las siguientes afirmaciones (y así también en su primera recapitulación, pp. 171-178).

(i) Respecto a los artículos 1.261.3.º y 1.274 CC: «para que el contrato tenga la virtualidad de generar obligaciones que supongan, *ex novo*, sacrificios económicos o personales para una o ambas partes, éstos, o bien han de estar compensados por una ventaja específicamente destinada a suplirlos, o

bien han de obedecer al *ánimo liberal* del deudor que los padece; o sea: cuando la obligación *pactada* importe una *efectiva atribución* para el acreedor y un correlativo sacrificio para el deudor, debe detectarse *necesariamente* un *fundamento (causa)* de ella, fundamento que sólo viene suministrado, a tenor del artículo 1.274, ya por la obtención de una ventaja paralela que tenga por fin sustituir *en concreto* el sacrificio, ya por la simple liberalidad del (en tal hipótesis) bienhechor». Y concluye (con una afirmación que luego desplegará sus efectos en sede de fiducia *cum creditore*): «Sin embargo, si la obligación convenida no conlleva ni atribución para el acreedor «es decir, la adquisición por éste de un *quid nuevo e inexistente* en su patrimonio hasta el instante de la celebración del negocio—, ni sacrificio para el deudor—esto es, un gravamen *igualmente nuevo* sobre su patrimonio—, no será necesaria una causa o fundamento singular para su generación mediante contrato» (p. 129, los énfasis son todos del autor).

(ii) Esta noción enlaza con los límites a la autonomía de la voluntad, esto es, a las reglas que fijan bajo qué condiciones o circunstancias un pacto o contrato merece el respaldo del ordenamiento. En este sentido afirma: «recuérdese que el Código, a través de la noción de «causa de la obligación» no persigue hallar una respuesta a la pregunta *cur debetur?* («¿por qué se debe?») sino, más simplemente, *sentar un límite a las posibilidades de empobrecimiento voluntario del deudor*» (p. 134).

(iii) Respecto a los artículos 1.262 I, 1.275, 1.276 y 1.301 CC en los que causa equivale, según sus antecedentes, a la razón o el motivo del obrar de las partes (pp. 158 ss); «razones o *motivos* que sólo alcanzarán trascendencia jurídica (al menos, en los contratos onerosos) cuando de algún modo hayan sido compartidos por aquéllas [las partes], o sea, cuando atendida *su voluntad* (la de ambas partes) puedan entenderse incorporados al contrato. Y es que, en tanto la razón o causa objetiva ha de concurrir *siempre* para que, en efecto, exista consentimiento contractual (ya que, si no, habría disenso o simulación), de las razones secundarias (o móviles), al no ser más que precisiones o desenvolvimientos eventuales y circunstanciales de aquel contenido natural y mínimo de la anuencia negocial, ha de prescindirse en tanto permanezcan en la órbita interna o íntima de los celebrantes (...)» (p. 160).

(iv) El significado del artículo 1276 CC concierne a la inversión de la regla romana «*falsa causa non nocet*» aplicada en el ámbito de las donaciones y disposiciones de última voluntad, «de modo que el error sobre el móvil impulsivo del negocio «ante todo, del gratuito— tuviera el poder invalidante que las fuentes romanas parecían negarle» (p. 164). Y así, concluye (de nuevo y como siempre desde las bases históricas de los preceptos) que los artículos 1.275 y 1.276 CC no conciernen al fenómeno de la simulación negocial sino a conferir «trascendencia al error impulsivo de la convención» (p. 166).

5. El Capítulo Segundo trata de trasladar esta explicación al «dilema» de la fiducia *cum creditore* y de otras modalidades de propiedad en garantía. Así su propósito es limitado: «no es mi propósito el estudio de esta atípica (y polémica) figura sino solo examinarla desde aquella perspectiva «o sea, la que aporta la causa *de la obligación*— para poner de manifiesto dos ideas: la primera, que se trata de un negocio que *vulnera* de largo el límite imperativo regulado en los artículos 1.261.3.º y 1.274 CC, es decir, *vulnera el límite causal* tal y como aquí es concebido; y la segunda, que, frente al parecer mayoritario (prácticamente unánime) de la doctrina y la jurisprudencia españolas, es, *precisamente por ello* «por hallarse ayuna de causa la obligación que mediante él se establece— un negocio *inválido*» (p. 179).

Para ello hace un recorrido muy preciso sobre la fiducia *cum creditore* o la venta en garantía y las distintas teorías sostenidas sobre esta figura (la del doble efecto, la que se rotula «titularidad fiduciaria»): el problema que ha suscitado no es su validez o admisión (se funda, comúnmente en la autonomía privada) sino que es un problema de eficacia, esto es, qué posiciones ocupan entre sí y frente a terceros (la resistencia de ambas posiciones frente a actos dispositivos y en los casos de embargo o declaración de concurso de uno u otro) los partícipes en orden a la transmisión de la propiedad y cuál es el modo en que se satisfacen las obligaciones contraídas con ocasión del negocio, en particular, cómo se hace valer en caso de incumplimiento el derecho conferido al acreedor fiduciario por el deudor fiduciante en el caso más común (y la dificultad de conciliar las facultades que se atribuyan con la prohibición de pacto comisorio). Desarrolla, entonces, el régimen de la venta en garantía a la luz de la doctrina común de la titularidad fiduciaria (pp. 191 y ss).

El autor, como ya anticipó, niega validez a la fiducia *cum creditore* (y no porque infrinja la prohibición de pacto comisorio que, de suyo, solo supone la apropiación causalizada al incumplimiento): primero somete a crítica la teoría de la titularidad fiduciaria por su inconsistencia y la crítica se enuncia en dos pasos. Por un lado, desde los efectos y luego desde sus fundamentos teóricos.

Inconsistencia que, respecto a sus efectos, se materializa en los siguientes aspectos: el derecho de retención que se asigna al fiduciario, «cuya consistencia y régimen resultan extremadamente oscuros» (p. 199); la preferencia para el cobro, dentro o fuera del concurso (choca, dice, con la legalidad de los privilegios crediticios); o, por último, el problema de su conversión en una garantía legal típica. Concluye: «la teoría de la titularidad fiduciaria «por razón de su inviabilidad técnica y el desapego que muestra respecto al Derecho positivo— sitúa al acreedor en una posición notoriamente precaria, no muy alejada de la que generaría un título nulo. Lo que, bien mirado, no deja de ser un tanto llamativo atendida la premisa de que la que se parte: la absoluta validez de la fiducia *cum creditore*» (p. 203).

Desde su fundamentación teórica niega la consistencia de los dos «mantras» que se repiten para justificar la teoría de la titularidad fiduciaria. En primer término «el negocio fiduciario es un negocio simulado en la medida en que no es posible imputar a las partes una real y verdadera voluntad transmisiva». El segundo «comoquiera que no existe tal voluntad, sino sólo la de dar en garantía, el negocio exterior (la venta) es nulo por falta de causa, en tanto que el disimulado (el de garantía), único título válido existente entre las partes, no es apto para justificar una pérdida de propiedad de modo pleno y definitivo; es decir, la de garantía no es una causa adecuada para propiciar la transmisión del dominio» (p. 203).

En realidad, para el autor la nulidad de la fiducia *cum creditore* se predica también del pacto fiduciario en sí, puesto que la falta de causa debe predicarse de la obligación atributiva asumida por el fiduciante, al generar en su patrimonio un empobrecimiento infundado (p. 207, 209, 219). Y recuerda qué comporta una garantía atípica (con el apoyo de von Thur): «la garantía típica no supone «a diferencia de lo que acontece en la fiducia— un aumento de su activo patrimonial, ya que, según su finalidad, *el derecho de garantía coincide con el crédito garantizado y conforma, junto con éste, una única partida en el balance patrimonial del acreedor*: el beneficio que obtiene consiste, simplemente, en que se reducen las posibilidades de pérdida frente a las hipótesis de insolvencia del deudor; su crédito se refuerza. Por eso las garan-

tías, tal cual son configuradas por el legislador, nunca representan un desplazamiento patrimonial en el sentido de transferir inmediatamente bienes de un patrimonio a otro y nunca suponen una pérdida inmediata para el garante» (pp. 210-211).

Y así, concluye «En definitiva, el problema que plantea la fiducia *cum creditore* no tiene tanto que ver con el Derecho de cosas (es decir, con si un contrato con función «o «causa»– de garantía puede actuar o no como justo título para la transmisión del dominio; o con si existe un *numerus apertus* o un *numerus clausus* de derechos reales de aseguramiento), sino con el Derecho de obligaciones. Más concretamente, se trata de un problema que atañe al juego de empobrecimientos y de enriquecimientos que las partes diseñan a través del contrato; que afecta a los límites que el ordenamiento impone en este extremo, que incumbe, en una palabra a la causa de la obligación. Y es claro que, en esta particular hipótesis, se halla ausente» (p. 212).

Enuncia por último, las que llama salvedades a la causa de la obligación, en particular, las que centra en un principio del orden público económico, el de conmutatividad del comercio jurídico, entendido como que ningún desplazamiento patrimonial, ningún empobrecimiento y ninguna atribución pueden producirse de modo válido y eficaz sin el concurso de una causa que el ordenamiento reputa suficiente para servirle de fundamento; y del mismo modo el deudor no puede comprometerse sin recibir a cambio un correspondiente a no ser que exista ánimo liberal por su parte (pp. 223-224). Y señala «Acontece, no obstante, que, hoy por hoy, cabe dudar seriamente de que el principio de conmutatividad sea, en efecto, uno de los ingredientes del orden público económico, puesto que se halla sometido desde hace algún tiempo a un progresivo proceso de erosión, por obra del legislador y la jurisprudencia. Un ejemplo de este fenómeno de paulatina demolición de la idea de conmutatividad lo aporta, precisamente, la obliteración del requisito de la causa de la obligación en la constitución de determinados tipos de garantías que, o bien no son sino un puro remedio de la fiducia *cum creditore*, o bien abrazan su esquema sin ambages» (p. 224). Y seguidamente enuncia, entre tales salvedades y casos el contrato de leasing (donde advierte las vacilaciones del legislador, que aprecia en el régimen concursal, y también señala tareas para éste) y la modalidad de transmisión en garantía dentro de las garantías financieras reguladas por el RDL 5/2005. En ambos casos, observa un deterioro de la consistencia del sistema y de su coherencia que debería merecer la atención del legislador.

6. Hay interrogantes o derroteros que quedan sin respuesta. Tal vez hubiera sido útil (aunque, insisto, lo digo sin certeza) recorrer la jurisprudencia y doctrina sobre el enriquecimiento sin causa, como modo de constatar, en casos y supuestos (e incluso algunos regímenes legales), cómo la falta de una razón o fundamento que justifique la atribución patrimonial respalda este remedio construido con tanto esfuerzo (no en vano el propio autor señala a este principio como uno de los efectos del principio de conmutatividad del comercio jurídico). Tal vez hubiera sido un modo de corroborar algunas afirmaciones.

E igualmente exponer, con estas mismas herramientas, el porqué de los artículos 1.305 y 1.306 CC que, tal vez, se expliquen mejor con la doctrina de la buena fe en sentido objetivo en la mano, que con prolijas indagaciones sobre la causa torpe o ilícita. En materia de simulación también cabría investigar la necesidad de asegurar la coherencia o la consistencia de su régimen de impugnación con otros casos de defectos de la voluntad. De igual modo

podría haberse argumentado sobre la falta de consistencia y coherencia de considerar (como en ocasiones hace la jurisprudencia) a los casos de fraude de acreedores como problemas propios de la causa (ilícita) o de señalar la concurrencia de la rescisión por fraude con los supuestos de simulación con las consecuencias de régimen (plazos, sobre todo) que tiene señalar tal concurrencia. Tal vez debería haberse examinado también otro modelo de garantía propietaria, la reserva de dominio (que no expone ni siquiera para excluirla); o podría haber explorado la noción estrictamente funcional de las garantías: esto es, aquella en lo que importa no es la estructura del negocio sino la finalidad a la que se endereza, que es la que está en la raíz del régimen del *leasing* o de las reservas de dominio en la Ley concursal o la pluralidad de estructuras admisibles para los negocios de garantía en el RDL 5/2005.

En otras ocasiones se despejan ciertas incertidumbres y el autor describe con gran exactitud la estructura de ciertos negocios: así ocurre con la causa de la obligación del fiador (p.133); o con la separación entre la noción de causa onerosa y la gratuita y su respectivo valor o protección, y, en consecuencia, el modo de afrontar el problema de la lesión (pp. 151-153) o de la aleatoriedad (pp. 153 y ss) o del sinalagma (la función de la causa se agota en el preciso instante de convenirse la obligación) con la irrelevancia del llamado problema de la desaparición sobrevenida de la causa (pp. 155 y ss.) y no conforma un dilema causal el problema de la imposibilidad «inicial» de la prestación objeto del contrato. También que la simulación no debe enfocarse como un problema causal sino como un problema de consentimiento (pp. 161 y ss.). La descripción del contrato de *leasing*, de su verdadera estructura y elementos (pp. 224 y ss.), es muy precisa.

José Ramón García Vicente
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Salamanca

NAVAS-PAREJO ALONSO, Marta: *Obligaciones y responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*, ed. Lex Nova (Thomson Reuters), Valladolid, 2012, 668 pp.

Llamará al lector la atención encontrar en las páginas de una revista de Derecho Civil un comentario a una obra que, tras la lectura de su título – *Obligaciones y responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral* –, se ubica claramente en el ámbito del Derecho del Trabajo y, por consiguiente, parece que debiera encontrar lugar en una revista científica de Derecho Laboral. Sin embargo, el hecho de que una de las responsabilidades que con más frecuencia se asocia al incumplimiento de las obligaciones de los trabajadores sea la civil, conduce a la autora de esta monografía a transitar por un camino que, iniciado en la disciplina laboral, la lleva necesariamente al Derecho civil y, en concreto, por lo que a nosotros nos interesa, a recalar en las normas y los principios que inspiran el Derecho de Daños. Aún cuando resulta evidente la autosuficiencia del Derecho del Trabajo, que tiene su propia sustantividad y constituye un sistema jurídico con sus propios principios y reglas, es indiscutible que el Derecho Civil, en cuanto derecho privado general y derecho común (tronco común y supletorio: art. 4.3 CC) contiene los pilares del sistema de responsabilidad.

La monografía que recensiamos es una obra enmarcada en el Derecho de la Seguridad y Salud Laboral que afronta un *atrevido y novedoso estudio*: novedoso en la medida que abandona el enfoque subjetivo tradicional pasando el trabajador de ser sujeto protegido a sujeto obligado, y atrevido por cuanto que del incumplimiento de sus obligaciones derivarán una pluralidad de responsabilidades que obligarán a la autora a recorrer disciplinas diferentes a aquella en la que propiamente se enmarca el trabajo.

Ciertamente, son numerosos los estudios doctrinales que se detienen en el análisis de la normativa de prevención de riesgos laborales contemplando al empresario como sujeto responsable, en la medida en que éste tiene un incuestionable deber general de protección que le obliga a garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores; es éste un enfoque clásico que, observando al trabajador como sujeto protegido, pasa por alto que él también tiene en el desarrollo de su actividad laboral obligaciones en materia de prevención de cuyo incumplimiento u omisión ha de responder. Afrontar el análisis de las normas de prevención desde esta innovadora perspectiva del trabajador responsable es una gran virtualidad de este trabajo que, además de detenerse (en una primera parte) en la descripción de las obligaciones que vinculan a cada tipo de trabajador, se centra (en la segunda) en –las que, a nuestro juicio, son las verdaderas herramientas para lograr el anhelado éxito de los objetivos preventivistas– las responsabilidades asociadas a su incumplimiento u omisión; entre ellas, junto a la penal y la disciplinaria, la responsabilidad civil juega un papel muy destacado.

Buena muestra de la importancia que la responsabilidad civil tiene –y, justamente, se le da en esta obra– es el extenso número de capítulos que la autora dedica a su estudio (bien es cierto que junto al análisis de la responsabilidad penal). En el capítulo IV encontramos las primeras reflexiones sobre cuestiones generales y los principales caracteres de la responsabilidad civil de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral (v. gr. naturaleza jurídica, criterios de causalidad, culpabilidad, imputación objetiva). Concretados estos aspectos generales, en los capítulos V y VI, se individualiza el estudio de la responsabilidad civil del trabajador atendiendo a su inclusión dentro de una tipología o colectivo determinado, y dividiendo el análisis en función de los criterios de jerarquía o funcionalidad (v. gr. trabajador común, directivos, etc.); responsabilidad que, dependiendo del tipo de trabajador de que se trate (se comienza por el trabajador común), se examina si es por hecho propio o por hecho ajeno, y si debe ser exclusiva o compartida, en su caso, con la responsabilidad del empresario; una responsabilidad, por lo demás, de la que se analiza si el trabajador podrá ser exonerado en determinados supuestos (v. gr. legítima defensa). Y todo lo anterior, bajo el prisma de los propios caracteres –tanto personales como profesionales: formación, cargo que se ocupa en la empresa, etc– de los trabajadores. Por razón de que poseen específicas funciones preventivas, en el capítulo VI, se realiza un estudio separado de la responsabilidad civil de los técnicos en prevención de riesgos laborales y los coordinadores de seguridad; cómo juega en estos tipos de trabajadores la *lex artis* (como medida de diligencia del profesional) constituye una pieza clave de esta parte. Finalmente, el capítulo VII se detiene en una cuestión que, por su especial entidad teórica y práctica, es también objeto de estudio independiente: la relevancia de culpa de la víctima en la apreciación de la responsabilidad civil de los trabajadores obligados en materia preventiva.

Sobre la base de esta estructura, en este libro se alcanzan –con un impecable apoyo doctrinal, jurisprudencial y de derecho comparado– sólidas conclusiones sobre el alcance de la responsabilidad civil de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral.

Así, sin ánimo de ser exhaustivos, se concluye que la responsabilidad civil de los trabajadores es, como regla, de naturaleza extracontractual y la jurisdicción competente para conocer los asuntos relacionados con ella la Social; ello, fundamentalmente por tratarse de materia preventiva, cuyo ligamen al contrato de trabajo excluye, sean quienes fueren los sujetos demandados, la competencia de la Sala Civil. Esta cuestión, aunque antaño fue objeto de una persistente discusión doctrinal, ha sido resuelta por la Ley reguladora de la Jurisdicción Social de 2011 que atribuye la competencia en bloque a este orden jurisdiccional.

Por otro lado, se constata que hay determinados elementos de la responsabilidad civil que se ven modulados en su aplicación a la seguridad y salud laboral; es el caso del principio de confianza como criterio de imputación objetiva que, en este ámbito, es de escasa aplicación en las relaciones verticales de trabajo, aunque tiene más repercusión en las horizontales. También esta modulación se produce en la hipótesis del caso fortuito que, determinante de la ruptura del nexo de causalidad, exige no sólo la imprevisibilidad del acontecimiento sino también la inevitabilidad del resultado producido. De igual modo, es de consideración especial la hipótesis de la culpa de la víctima. En el caso de la imputación subjetiva o culpabilidad, se llega a la conclusión de que la medida de la diligencia de los trabajadores deriva tanto de su diligencia objetiva –o de la que deriva del contrato y, por tanto, del tipo de trabajo que realice– como de la diligencia subjetiva –o de los límites personales o conocimientos superiores, entre otros–. Así pues, para que se considere relevante la negligencia de un trabajador es necesario que, al incumplimiento de las obligaciones señaladas, se añada el conocimiento del riesgo, que la conducta causante del daño no sea exigida por el desempeño de su cometido laboral, o que en su desarrollo no hubiera atendido a las instrucciones o procedimientos requeridos. En consecuencia, a medida que se asciende por la escala de mando, y en función del ámbito de control, aumentará el grado de diligencia exigido.

Igualmente se concluye que la responsabilidad del trabajador puede sustanciarse de forma directa o indirecta, a través de la responsabilidad por hecho de los dependientes, de modo que será el empresario el que responda *a priori*. No siendo la forma directa la habitual, lo común es la sustanciación de la responsabilidad a través de la fórmula indirecta, por lo que el trabajador responderá por la vía del derecho de repetición. Si la actuación del trabajador se produce fuera del marco de sus funciones, considerándose que existió extralimitación de las mismas, el empresario no será responsable civil.

En fin, estas conclusiones constituyen únicamente una pequeña muestra, porque no es nuestra voluntad restar al lector el placer de acudir a la obra y descubrir personalmente cómo se resuelven otras cuestiones de gran relevancia, tales como la admisibilidad o no de las cláusulas de asunción o exención de responsabilidad, o en qué medida juega la *lex artis* respecto a determinados tipos de trabajadores con funciones preventivas.

Es nuestro deseo que estas líneas sean capaces de transmitir a quien las lea que estamos ante un trabajo bien hecho, serio y de calidad; un estudio global que, como ponen de manifiesto los dos ilustres laboristas que lo prologan –Santiago González Ortega y Jesús Mercader Uguina–, tiene la vir-

tud de aunar de forma equilibrada un profundo conocimiento de la dogmática jurídica con una neta proyección práctica en la solución de problemas; sin duda, constituye una obra de referencia en cuanto a la responsabilidad civil del trabajador en materia preventiva.

Iris Beluche Rincón
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M.^a del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN

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

FREZZA, G.: «“Interpretazione autentica” e diritto civile: considerazioni a margine di un recente contributo», *DFP*, 2013, núm. 1, pp. 376-387.

Reflexiones sobre el problema de la «interpretación auténtica» en el concreto ámbito del Derecho Civil, suscitadas por la contribución de Pietro Virgadamo «“Interpretazione autentica” e diritto civile intertemporale». (*Alma R.G.*)

HÖPFNER, CL.: «Vertruensschaden und Erfüllungsinteresse. Zur Begrenzung des Schadensersatz-pflicht des Anfechtenden», *AcP*, núm. 6, 2012, pp. 853-874.

El § 122 BGB dispone que «Si una declaración de voluntad es nula conforme al § 118 o anulada conforme a los §§ 119 y 120, el declarante tiene, cuando la declaración había de ser hecha a otra persona, que indemnizar a éste o a cualquier tercero los daños que la otra parte o el tercero sufran por ello, daños que se limitan a la confianza en la validez de la declaración de voluntad, no, sin embargo, a los intereses que la otra parte o el tercero tienen en la validez de la declaración».

Con esto, el mencionado § distingue los intereses de confianza y los intereses de cumplimiento. El autor trata los límites entre unos y otros en supuestos extremos a propósito del caso que plantea el BGB. (*M. G.-R.*)

KIEHNLE, A.: «Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs (§ 400 HGB) und das Verbot des Selbstkontrahieren (§ 181 BGB)», *AcP*, núm. 6, 2012, pp. 875-919.

El autor expone como en el Derecho romano y en la pandectística decimonónica era discutida la posibilidad de la representación en los negocios jurídicos. Como en otros casos, la cuestión tuvo que ser resuelta favorablemente por el Código de Comercio, pues el Derecho mercantil actúa en muchas ocasiones como «marcapasos» (*Schrittmacher*) del Derecho civil.

No obstante, el § 181 BGB prohíbe la autoentrada del comisionista con las siguientes palabras: «Un representante, al menos que haya sido autorizado, no puede realizar un negocio consigo mismo en nombre propio o como representante de un tercero, salvo que el negocio consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación».

A pesar de lo anterior, el autor del artículo se plantea si la autoentrada del comisionista mercantil puede servir de modelo para una correspondiente interpretación o desarrollo del Derecho general de la representación. (*M. G.-R.*)

LOKIEC, P.: «Les excès du droit négocié», *RD*, 2013, núm. 9, pp. 579-580.

Problemas jurídicos que presenta la modificación del derecho mediante acuerdos de los sujetos. (*R. A. R.*)

LÜTTRINGHAUS, J. D.: «Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage. Ein Beitrag zur Dogmatik und Durchsetzung von Anpassungsanspruch und Verhandlungspflichten nach § 313 Abs. 1 BGB», *AcP*, núm. 2, 2013, pp. 266-298.

El § 313 BGB regula el llamado fundamento del negocio (*Geschäftsgrundlage*), y admite que en determinados casos el tribunal pueda adaptar su contenido a las nuevas circunstancias. El autor añade que el fundamento del negocio puede llevar a forzar a las partes a que realicen nuevas negociaciones por el cambio de circunstancias. (*M. G.-R.*)

OBERTO, G.: «La tutela dei diritti fondamentali nelle carte Costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra Carte e Corti», *DFP*, 2013, núm. 1, pp. 173-266.

Artículo dedicado a la función asignada a los tribunales europeos y al juez nacional en la protección de los derechos fundamentales. (*Alma R.G.*)

PÉRÈS, C.: «L'article 6-1 du code civil: heurs et malheurs du titre préliminaire», *RD*, 2013, núm. 20, pp. 1370-1373.

El artículo 6, 1.º y los problemas que plantea el matrimonio del mismo sexo. Enriquecimiento del título preliminar con una nueva norma. (*R. A. R.*)

RINGE, W. G.: «Menügesetzgebung im Privatrecht», *AcP*, núm. 1, 2013, pp. 98-127.

Artículo referente a la técnica legislativa. El autor llama «menú legislativo» a las diferentes opciones que tiene el legislador, distintas del Derecho imperativo. El asunto es ahora oportuno pues parece que el futuro Derecho

de compraventa o Derecho contractual de la Unión Europea será un Derecho opcional para las partes del contrato.

El autor comienza su trabajo distinguiendo Derecho dispositivo, Derecho facultativo y Derecho opcional. Y termina recomendando el menú legislativo donde hay que solucionar cuestiones políticas discutidas y a los partícipes en el proceso legislativo les resulta difícil encontrar una posición común. (*M.G.-R.*)

THOMALE, Ch.: «Die Einrede als materielles Gestaltungsrecht», *AcP*, núm. 6, 2012, pp. 920-970.

La excepción procesal como derecho de configuración material. Según opinión muy extendida en la doctrina alemana, los derechos de configuración jurídica y la excepción procesal constituyen dos grupos separados de derechos enfrentados; uno puede corresponder al deudor en sentido material, y el otro al demandado en sentido procesal. Sin embargo, para el autor, se trata de de dos posiciones estructuralmente similares. (*M. G.-R.*)

VVAA: «Symposium: Privacy and Tecnology» *Harv. L. Rev.*, 2013, vol. 126, mayo, núm. 7, pp. 1880-2042. HARTZOG W., STUTZMAN F.: «The case for online obscurity», *CLR*, 2013, vol. 101, núm. 1, pp. 1-50.

En el número de mayo de 2013 se publican las contribuciones del simposio sobre la relación entre la intimidad y la tecnología. Introduce el tema el Prof. Solove que se detiene sobre los costos y beneficios del consentimiento del individuo a la recopilación, uso y divulgación de los datos personales, también en relación con los valores sociales. Los profesores Cohen, Richards, Schwartz y Strahileviz centran sus contribuciones en destacar el impacto social del fenómeno y en las repercusiones que un sistema centrado en un «Big Data» puede o podría conllevar; analizándolo también con una visión comparada entre los sistemas estadounidense y europeo. Debate abierto y con respuestas –en el *Harv. L. Rev. Forum* relativo al mismo número de la revista– de los Profs. Keats Citron y Gray a la contribución del Prof. Richards, y de la profesora Allen al escrito del Prof. Strahileviz. Como complemento a estos temas, el artículo de los Profs. Hartzog y Stutzman sobre el anonimato en internet. (*A.F.*)

DERECHO DE LA PERSONA

ALDIGÉ, B.: «A propos de l’affaire de la crèche Baby Loup (Soc. 19 mars 2013). Le champ d’application de la laïcité: doit-elle s’arreter à la porte des crèches?», *RD*, 2013, núm. 14, pp. 956-962.

Los problemas jurídicos sobre la libertad religiosa, la laicidad y los conflictos en los sujetos. (*R. A. R.*)

BRUNAU, G.: «Cloud computing, protection des données: et si la solution résidait dans le droit des contrats spéciaux?», *RD*, 2013, núm. 17, pp. 1158-1163 y núm. 19, pp. 1297-1303.

El servicio de «cloud computing» como forma de salvaguardar los datos frente a los servidores a distancia. Formas de salvaguarda por el Estado nacional y sus efectos. (*R. A. R.*)

DIEU, F.: «Opposition des officiers d'état civil au mariage entre personnes de meme sexe: vers la reconnaissance de l'objection de conscience?», *RD*, 2013, núm. 24, pp. 1643-1646.

Resistencia a la ley «Taubira» o Ley que permite el matrimonio de personas del mismo sexo en Francia. La objeción de conciencia por los oficiales públicos que pueden celebrarlo. Reconocimiento. Formas de oposición y efectos. (*R. A. R.*)

FRATA, L.: «Non esiste un diritto fondamentale al "tempo libero"... nemmeno per l'avvocato!», *NGCC*, 2013, núm. 4, pp. 335-340.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 4 de diciembre de 2012 sobre la posibilidad de calificar como derecho fundamental el «tiempo libre» del trabajador. (*Alma R.G.*)

MOULY, J.: «La liberté d'expression religieuse dans l'entreprise: le raidissement de la Cour de cassation», *RD*, 2013, núm. 14, pp. 963-967.

La libertad religiosa y los problemas de la persona al expresar sus creencias religiosas en el ámbito laboral. (*R. A. R.*)

PICCINNI, M.: «Il problema della sostituzione nelle decisioni di fine vita», *NGCC*, 2013, núm. 3, pp. 213-222.

Comentario a la sentencia del Tribunal Reggio Emilia de 24 de julio de 2012 sobre el consentimiento del adulto incapaz a los tratamientos terapéuticos. (*Alma R.G.*)

ROMAN, D.: «La discrimination fondée sur la condition sociale, une catégorie manquante du droit français», *RD*, 2013, núm. 28, pp. 1911-1918.

El problema de la discriminación y la violación de la igualdad por la clase social de la persona. Necesidad de sancionarlo, como se ha hecho en Canadá para evitar fenómenos de exclusión social. (*R. A. R.*)

VIGGIANI, G.: «Il genere dei nomi nel nuovo ordinamento dello stato civile: il caso "Andrea"», *NGCC*, 2013, núm. 1, pp. 9-19.

Artículo dedicado a la atribución al recién nacido de un nombre no correspondiente al sexo con el que nace. (*Alma R.G.*)

ZATTI, P.: «Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa», *NGCC*, 2013, núm. 1, pp. 1-7.

Análisis y reflexiones acerca de la propuesta de un texto normativo relativo a la toma de decisiones sobre el fin de la vida y, más ampliamente, sobre las medidas terapéuticas que el enfermo manifiesta que se adopten en relación a él. (*Alma R.G.*)

PERSONA JURÍDICA

HOPT, K. J./VON HIPPEL, T.: «Die Europäische Stiftung –Zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Stiftung (FE)–», *ZEuP* núm. 2, 2013, pp. 235-262.

La Comisión Europea ha aprobado en febrero de 2012 el Proyecto de Fundación Europea (FE). A juicio del autor de este artículo, la fundación europea tiene tres funciones: Ante todo, como toda legislación comunitaria, elimina las barreras y dificultades que plantean las distintas legislaciones nacionales. En segundo lugar, facilita la imagen de la fundación desde una perspectiva internacional, en especial con los EE.UU. de América. Por último, la FE puede ser un buen modelo para las futuras legislaciones estatales. (M. G.-R.)

PARISI, M.: «Enti ecclesiastici, onlus, ed impresa sociale tra libertà religiosa e concorrenza di mercato», *DFP*, 2012, núm. 4, pp. 1781-1800.

Solidaridad social y religión: organizaciones de utilidad social y entes eclesíásticos; entes religiosos y empresas sociales: peculiaridad de la disciplina y derogación del derecho común. (Alma R.G.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ADILARDI, G.: «Autonomia contrattuale ed effetto estensivo della nullità: una relazione pericolosa? – osservazione a Cass. 11 luglio 2012 n. 11749», *GC*, 2012, núm. 9, pp. 1975-1977. (M. R. D. R.)

AMADIO, G.: «Attribuzioni liberali e riqualificazione della causa», *RDC*, 2013, núm, 3, parte prima, pp. 491-514.

La liberalidad como causa negocial y los efectos de la simulación o falsedad de la causa liberal. (M. R. D. R.)

AMOROSO, D.: «L'obbligo che si assume il venditore di eliminare i vizi della cosa venduta –osservazione a Cass. Sez un., 13 novembre 2012 n. 19702», *GC*, 2013, núm. 1, pp. 105-108. (M. R. D. R.)

ANTIPPAS, J.: «De la bonne foi précontractuelle comme fondement de l'obligation de maintien de l'offre durant le délai indiqué», *RTDC*, 2013, núm. 1, pp. 27-46.

Oferta unilateral con plazo de validez de la licitación como forma de obligarse el oferente unilateralmente. Diferentes proyectos de armonización del derecho de obligaciones y problemas jurídicos en este punto. La buena fe precontractual como idea a tener en cuenta. Revocabilidad y caducidad de la oferta en estos casos. (R. A. R.)

ASTONE, A.: «Responsabilità da cose in custodia: in tema di gita scolastica e danno da autolesione –nota a Cass. 8 febbraio 2012 n. 1769», *GC*, 2012, núm. 9, pp. 2047-2062. (M. R. D. R.)

ATIAS, Ch.: «L'irrevocabilité relative de l'acte unilateral», *RD*, 2013, núm. 26, pp. 1765-1767.

Necesidad de elaborar una teoría general sobre el acto unilateral. Diferencias jurídicas entre el acto jurídico unilateral y los demás actos: objeto, características, régimen jurídico. Problemas sobre su revocabilidad. (*R. A. R.*)

BALESTRA, L.: «Annullamento e risoluzione dell'accordo nella composizione delle crisi da sovraindebitamento», *RTDPC*, 2013, núm. 2, pp. 593-619.

De nuevo sobre los problemas de cumplimiento contractual por razones derivadas de la crisis económica y el sobreendeudamiento: posibilidad de declarar la nulidad o resolución de los contratos. (*M. R. D. R.*)

BALLERINI, L.: «Sistema tavolare e responsabilità del notaio per pubblicità di un atto già annullato o risolto», *NGCC*, 2013, núm. 1, pp. 92-98.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Trieste de 8 de agosto de 2012 sobre la obligación del notario de promover la publicidad de los actos anulados o resueltos. (*Alma R.G.*)

BASILE, M.: «Un diritto europeo della vendita come secondo regime a carattere facoltativo?», *GC*, 2013, núm. 2, pp. 75-88.

Reflexiones sobre la propuesta de la Comisión Europea de 11 de octubre de 2011, de establecer un derecho europeo unificado en materia de contrato de compraventa y su aplicación opcional por los estados miembros. (*M. R. D. R.*)

BENINI, G.: «Gli obblighi informativi gravanti sui prestatori di servizi e gli strumenti di tutela dei destinatari. Profili problematici del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 attuativo della c.d. "direttiva servizi"», *NLCC*, 2012, núm. 6, pp. 1159-1189.

Estudio del contrato de prestación de servicios a la luz de la Directiva de la CEE: obligatoriedad de la información precontractual y remedios frente al incumplimiento. (*M. R. D. R.*)

BENNI DE SENA, A.: «Nota di commento a Cass., 4.5.2012, n. 6761», *NGCC*, 2013, núm. 1, pp. 47-50.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 4 de mayo de 2012 sobre la revocabilidad de la donación por superveniencia de hijos adoptivos mayores. (*Alma R.G.*)

BERTINO, L.: «La responsabilità del proprietario per danni derivati da attività di escavazione ex art. 840 cod.civ.», *NGCC*, 2013, núm. 3, pp. 307-314.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 25 de septiembre de 2012 n. 16254 sobre la responsabilidad civil del propietario de un inmueble que, al llevar a cabo obras de excavación en el mismo, ocasiona de modo directo daños a los inmuebles contiguos. (*Alma R.G.*)

CALVO, R.: «Vendita e rimedi nel diritto tedesco: dalla garanzia all'inadempimento», *RDC*, 2013, núm. 2, parte prima, pp. 297-307.

Revisión de la responsabilidad del vendedor por vicios materiales del objeto vendido, tras la reforma del derecho de obligaciones germánico, con especial consideración comparativa con la legislación francesa, española e italiana. (*M. R. D. R.*)

CARRARO, G.: «Riflessioni su professione intellettuale forense, liberalizzazione dei compensi e disciplina contrattuale», *NGCC*, 2013, núm. 3, pp. 1165-1178.

Artículo relativo al régimen jurídico del contrato realizado por los profesionales liberales: el problema de la naturaleza jurídica de la profesión intelectual, derogación de la tarifa, tarifa y parámetro en el sistema del contrato de obra intelectual, tarifa y normativa reguladora del contrato de mandato... (*Alma R.G.*)

CARUSO, D.: «The Baby and the Bath Water: The American Critique of European Contract Law » *Am. J. Comp. L.*, 2013, vol. 61, núm. 3, pp. 479-506.

En el abril de 2012 la *Chicago Law School* organizó una Conferencia sobre la unificación del derecho privado europeo y sobre la Propuesta de Reglamento europeo sobre compraventa (materiales consultables en: <http://www.law.uchicago.edu/events/europeancontractlaw>). El artículo realiza una panorámica sobre las intervenciones más críticas que se han efectuado desde la perspectiva estadounidense. (*A. F.*)

CILENTO, A.: «La prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante dal mancato recepimento di direttive», *NLCC*, 2013, núm. 1, pp. 85-108.

Observaciones sobre la responsabilidad estatal y el resarcimiento del daño provocado por la falta de transposición de normativa de la Unión Europea. (*M. R. D. R.*)

COMENALE, M.: «In tema di danni a terzi in superficie – osservazione a Cass. 27 gennaio 2012 n. 1203», *GC*, 2013, núm. 2, pp. 417-419. (*M. R. D. R.*)

CORONELA, D.: «Il mutuo dissenso quale atto di risoluzione convenzionale. Forma – nota a Cass. 2 marzo 2012 n. 3245 e a Cass. 6 ottobre 2011 n. 20445», *GC*, 2012, núm. 9, pp. 2043-2046. (*M. R. D. R.*)

CORRIAS, P.: «La causa del contratto di assicurazione. Tipo assicurativo o tipi assicurativi ?», *RDC*, 2013, núm. 1, parte prima, pp. 41-76.

Estudio del contrato de seguro con las peculiaridades en el Ordenamiento jurídico italiano según su tipología en función del objeto asegurado. (*M. R. D. R.*)

COSTANZA, M.: «Trattative: buona fede soggettiva e oggettiva – osservazione a Cass. 30 marzo 2012 n. 4382», *GC*, 2012, núm. 9, pp. 2030-2031. (*M. R. D. R.*)

D'ALESSANDRO, C.: «Transazione stipulata dal debitore solidale e diritto del condebitore di profittarne –nota a Cass., sez un, 30 dicembre 2011 n. 30174», *GC*, 2012, núm. 9, pp. 2068-2073. (*M. R. D. R.*)

DELLACASA, M.: «La transazione, o meglio le transazioni e le obbligazioni solidali: linee-guida delle sezioni unite –nota a Cass. Sez un., 30 dicembre 2011 n. 30174», *GC*, 2012, núms. 11-12, pp. 2628-2639. (*M. R. D. R.*)

DE NOVA, G.: «Contratti dimezzati», *RTDPC*, 2013, núm. 2, pp. 449-459.

Reflexiones sobre la modificación de las obligaciones contractuales por circunstancias sobrevenidas y la intervención del arbitraje para la resolución de conflictos respecto del cumplimiento de las obligaciones definitivas. (*M. R. D. R.*)

DESCHEEMAEKER, E.: «Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français», *RTDC*, 2013, núm. 1, pp. 1-26.

El cuasicontrato como categoría más resistente en el tiempo para su racionalización. Necesidad de reemplazarlo por el enriquecimiento injusto por ser su único fundamento jurídico. Consecuencias de tal reemplazo. (*R. A. R.*)

DESSUET, P.: «Hausse du coût de construction et assurance obligatoire», *RDI*, 2013, núm. 5, pp. 245-254.

Aumento del coste del seguro obligatorio en la construcción de edificios por la evolución de los costes de trabajo. Problemas sobre la proporción de la garantía con la prima y el capital. (*R. A. R.*)

DIDONE, A.: «La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182-quater l. fall. Prima e dopo la l. n. 134 del 2012», *GC*, 2013, núm.1, pp. 63-74.

Examen de la relación entre el nuevo art. 111.1 y el artículo 182 de la legislación concursal, en torno a su interpretación y ámbito de aplicación. (*M. R. D. R.*)

DIECKMANN, A., «Öffentlich-rechtliche Normen in Vertragsrecht», *AcP*, núm. 1, 2013, pp. 1-45.

En el presente artículo se mantiene que es sobre todo el Derecho público el que influye en el privado, y no viceversa. El Derecho público contiene en sí ciertamente sólo la relación entre Estado y ciudadano y pretende la realización del bien común. Sin embargo, para alcanzar este objetivo debe con frecuencia y a la vez regular también las relaciones entre los ciudadanos como personas privadas, y, con ello, entrar en un ámbito que es en teoría objeto del Derecho civil.

Concurren normas públicas y privadas y caen especialmente en conflicto cuando a los receptores de aquéllas les imponen para un mismo supuesto de hecho deberes de distinto nivel. Así sucede especialmente con las normas civiles y administrativas sobre inmisiones. (*M. G.-R.*)

DURAND-PASQUIER, G.: «L'application de la RT2012 et la responsabilité décennale des constructeurs», *RDI*, 2013, núm. 4, pp. 184-195.

Nueva reglamentación sobre construcción de edificios de 2012 que entró en vigor en 2013. Complejidad y controversia frente a la reglamentación anterior. Nuevos tipos de faltas que se pueden oponer al constructor en materia de responsabilidad. Problemas jurídicos que plantea. (*R. A. R.*)

FACCI, G.: «Ordinamento sportivo e regole d'invalidità del contratto», *RTDPC*, 2013, núm. 1, pp. 237-264.

Observaciones sobre la normativa deportiva en relación a las causas de invalidez de los contratos contrarios a los principios e intereses básicos del contrato deportivo. Especial consideración a elementos del contrato como el objeto, forma, causa, ilicitud por contravención de normativa especial de carácter deportivo, etc. (*M. R. D. R.*)

FACCIOLI, M.: «La responsabilità precontrattuale ex art. 1338 CC del genitore per l'annullamento del contratto concluso in conflitto d'interessi con il figlio minore», *RDC*, 2013, núm. 1, parte seconda, pp. 195-207.

Tratamiento del conflicto de intereses entre padres e hijos en el ámbito contractual y responsabilidad civil por daños derivados del incumplimiento de la prohibición de contratar con los hijos durante su minoría de edad. (*M. R. D. R.*)

FARACE, D.: «Portabilità del mutuo e atto di surrogazione», *RDC*, 2012, núm. 6, parte seconda, pp. 615-631.

Apreciaciones sobre la modificación subjetiva en el contrato de mutuo con especial detenimiento en la figura de la subrogación y su eficacia respecto a terceros. (*M. R. D. R.*)

FRANZONI, M.: «La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... "contrattuale"?», *CI*, 2013, núm. 2, pp. 283-298.

Artículo relativo a la responsabilidad precontractual, en particular, análisis del interés contractual positivo como objeto de la indemnización y de la naturaleza jurídica de dicha responsabilidad. (*Alma R.G.*)

FRATA, L.: «Nozione unitaria del danno non patrimoniale e personalizzazione del risarcimento», *NGCC*, 2013, núm. 3, pp. 240-246.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 28 de septiembre de 2012 acerca de los criterios de determinación del daño no patrimonial. (*Alma R.G.*)

FREITAG, R.: «Die Geldschuld im europäischen Privatrecht», *AcP*, núm. 1, 2013, pp. 128-167.

El artículo parte de la regulación asistemática e incompleta que existe sobre el dinero en el Derecho de la Unión Europea y en el Derecho alemán. La doctrina suele defender la prioridad del pago en dinero a partir del Reglamento 974/98, sobre Introducción del Euro, que señala en su artículo 11 que «A

partir del 1 de enero de 2002 los Estados miembros participantes acuñarán monedas denominadas en euro o en cent que se ajusten a las denominaciones y especificaciones técnicas que el Consejo podrá establecer de conformidad con lo dispuesto en la segunda frase del apartado 2 del artículo 105 A del Tratado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15, éstas serán las únicas monedas de curso legal en todos estos Estados miembros. Excepto la autoridad emisora y las personas expresamente designadas por la legislación nacional del Estado miembro emisor, ninguna parte estará obligada a aceptar más de cincuenta monedas en cada pago». De donde parece deducirse que sí se está obligado a aceptar pagos en menor cantidad de monedas y pagos en cualquier establecimiento o cualquier persona en billetes, sin límite alguno (lo que el autor califica de quimera). En la misma línea, el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea establece en su artículo 128, tercera frase, que «Los billetes emitidos por el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales serán los únicos billetes de curso legal en la Unión» (en España, v. artículo 3.2 de la Ley 46/1998, de Introducción del Euro: «Los billetes y monedas denominados en euros serán los únicos de curso legal en el territorio nacional»).

Por su parte, la doctrina alemana fundamenta la prioridad del pago en metálico, aparte de en las normas comunitarias, en el § 362.1 BGB, que dispone que «La relación obligatoria se extingue cuando se realiza al acreedor la prestación debida».

Para el autor, frente a una primera apariencia, las disposiciones nombradas no esconden ninguna autorización al deudor de pagar siempre en dinero contante. A pesar de la posible interpretación del artículo 11 del Reglamento UE 974/98, el acreedor no puede ser obligado en cualquier momento y lugar a ser pagado en metálico. (*M. G.-R.*)

FUSARO, A. N.: «La determinazione dell'oggetto del contratto di incarico professionale», *NGCC*, 2013, núm. 2, pp. 102-108.

Artículo que analiza la determinación de los criterios a utilizar para la liquidación, por parte de un tribunal, de la compensación de los profesionales liberales por los servicios u obras desempeñadas. (*Alma R.G.*)

GAGGERO, P.: «Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile *claims made*», *CI*, 2013, núm. 2, pp. 401-445.

Artículo relativo a las cláusulas *claims made* dentro del contrato de seguro de responsabilidad civil, en particular, se tratan cuestiones referidas a su calificación jurídica y a los efectos y finalidades de dichas cláusulas. (*Alma R.G.*)

GAGGERO, P.: «La forma dei contratti aventi ad oggetto servizi assicurativi commercializzati a distanza», *RTDPC*, 2013, núm. 1, pp. 25-58.

Reflexiones sobre la forma y esencia de los actos negociales en relación con el contrato de seguro celebrados a distancia, legislación especial y derecho de consumo. (*M. R. D. R.*)

— «Trasparenza del contratto e rimedi di autotutela», *RTDPC*, 2013, núm. 2, pp. 461-496.

Reflexiones sobre la necesidad de respetar el requisito de claridad y transparencia en el clausulado de un contrato y posibilidad de ejercitar reme-

dios de autotutela por el contratante desfavorecido para reequilibrar las prestaciones de la relación contractual. (*M. R. D. R.*)

GAROFALO, A.: «La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio», *RDC*, 2012, núm. 6, parte seconda, pp. 573-614.

Estudio de la causa como elemento contractual básico, a propósito de la sentencia Cass. Civ., sez. III, 1 aprile 2011 n. 7557, en relación con la autonomía de la voluntad y equilibrio de intereses entre las partes. Especial consideración sobre la eficacia del contrato con causa abstracta. (*M. R. D. R.*)

GAZZARA, M.: «Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale», *NLCC*, 2012, núm. 6, pp. 1213-1232.

Análisis de la póliza claims made y la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil de los profesionales: reflexión sobre la nulidad de la cláusula y la apreciación de oficio por la autoridad judicial. (*M. R. D. R.*)

GIACOBBE, E.: «“Sul miserabile ruolo del diritto... non altro. Non oltre”. Ovvero degli itinerari della giurisprudenza normativa», *DFP*, 2013, núm. 1, pp. 79-140.

Según la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 2 de octubre de 2012 n. 16754 la responsabilidad profesional del médico, consistente en la omisión del diagnóstico de malformaciones prenatales con el consiguiente nacimiento no querido, no sólo se da frente a los padres, sino también frente a los hermanos del nacido. (*Alma R.G.*)

VON GOLDBEG, A., «Grenzen des Versichererregresses», *ZEuP*, núm. 2, 2013, pp. 283-322.

Los Principios Europeos del Derecho del Contrato de Seguro, de 2009, conceden al asegurador un amplio derecho de regreso. El asegurador puede ejercitar el derecho de regreso contra el tercero que ha causado el daño, en la medida en que haya indemnizado al asegurado.

Sin embargo, esta regulación que, en principio, parece natural, es criticable, tanto desde el punto de vista objetivo como económico y, de hecho, en algunos países no existe el derecho de regreso contra el tercero que ha actuado meramente con negligencia. (*M. G.-R.*)

GRANDI, M.: «La modernità del dogma retrospettivo nel sistema dei contratti», *RDC*, 2012, núm. 6, parte prima, pp. 835-869.

Acercamiento al problema de la admisión y eficacia del efecto retroactivo en los supuestos de desistimiento, nulidad, rescisión y resolución contractual. (*M. R. D. R.*)

GRASSO, G.: «Ancora sulla duplicazione del risarcimento del danno non patrimoniale – osservazione a Cass. 2 aprile 2012 n. 5230», *GC*, 2013, núm. 1, pp. 141-143 (*M. R. D. R.*)

GRAZZINI, B.: «Natura giuridica della garanzia per vizi nell'appalto e nella vendita e onere della prova in materia di inadempimento contrattuale», *CI*, 2013, núm. 2, pp. 466-500.

Artículo relativo a los remedios contractuales existentes en caso de vicios o defectos del bien objeto del contrato, tanto en la compraventa como en el arrendamiento. (*Alma R.G.*)

GUIDO, B.: «Il danno da trascrizione illegittima: art. 96 C.P.C. o art. 2043 CC?», *CI*, 2013, núm. 1, pp. 20-31.

Artículo dedicado a la interposición de la acción de daños por realización de una inscripción ilegal. (*Alma R.G.*)

GUILLEMIN, L.: «La défense du distributeur face à son fournisseur dans le contrat de bière», *RD*, 2013, núm. 10, pp. 657-662.

Los problemas jurídicos entre las partes del contrato de distribución entre el fabricante y el distribuidor. (*R. A. R.*)

HENNION-JACQUET, P.: «Que reste-t-il du secret des correspondances entre l'avocat et son client?», *RD*, 2013, núm. 21, pp. 1429-1435.

Relación abogado-cliente. Problema de compatibilidad entre el secreto profesional y el principio de libre defensa en contenciosos de carácter fiscal, financiero y económico. ¿Debe ser excepcional la confidencialidad en estos casos? (*R. A. R.*)

JAFFEY P.: «Restitutionary Remedies in the Contractual Context», *MLR*, 2013, vol. 76, núm. 3, pp. 429-463.

Normalmente los remedios restitutorios se enmarcan en una óptica contractual, dado que una parte no ha cumplido el contrato. Sin embargo –bajo la constatación que el remedio restitutorio no sirve para deshacer o corregir el incumplimiento contractual– existe la diferente posibilidad de tutelar el interés del acreedor mediante un remedio de naturaleza no contractual, el enriquecimiento injusto. Partiendo de esta premisa, el autor revisa los remedios restitutorios en el Derecho inglés y considera que el enriquecimiento injustificado debe entenderse en un contexto contractual del mismo modo que los remedios habituales de daños y perjuicios o ejecución en forma específica. Este aspecto sería fundamental a la hora de determinar las modalidades y forma de recuperación del *quantum meruit*. (*A. F.*)

KARILA, J. P.: «Les raisons du caractère résiduel de la garantie de l'article 1792-3», *RDI*, 2013, núm. 5, pp. 236-244.

Estudio sobre el carácter residual de la garantía bienal frente a la responsabilidad del constructor. El autor defiende 5 razones para sostener tal carácter. Análisis doctrinal del problema. (*R. A. R.*)

KIM, H. S.: «Die deliktische Gehilfenhaftung im europäischen Vergleich», *ZEuP*, núm. 2, 2013, pp. 263-282.

Estudio de Derecho comparado de la responsabilidad civil de los empleados del empresario en el ámbito extracontractual, destacando la distinta carga de la prueba que hay en las diferentes legislaciones. (M. G.-R.)

KOHLER, J.: «Rücktrittsrechtliche Wertersatzbemessung», *AcP*, núm. 1, 2013, pp. 46-97.

El § 346.2.2 BGB establece para el caso de resolución de un contrato que si en el contrato está prevista una contraprestación, se tomará ésta por base para el cálculo del valor de la indemnización. De forma casi unánime, se entiende este precepto en el sentido de que la valoración de la contraprestación se hará de modo subjetivo (según afecte al que resuelve) y no de modo objetivo (es decir, según el valor de lo que dio el que ahora resuelve).

Esta interpretación ha sido sostenida por el TS alemán en dos famosas sentencias, la primera de 19.11.2008, en la que se trataba de lo siguiente (de forma simplificada): una persona vendió a otra un caballo, a cambio de que el segundo, profesional del sector del automóvil, le diera clases para obtener el carnet de conducir vehículos a motor, así como todos los gastos que aquello conllevarse en la academia para la que trabajaba o en otra cualquiera. El adquirente del caballo deja de pagar en un momento determinado los gastos de obtención del carnet de conducir, y la vendedora resuelve el contrato, exigiendo la devolución del caballo. Sin embargo, tal devolución no era posible pues el incumplidor lo había donado a un tercero. Ante ello, entra en vigor el § 346.2.2, que prevé la sustitución de la entrega por la indemnización de daños y perjuicios. La vendedora del caballo exige 6.000 euros, que era su valor de mercado. Sin embargo, el incumplidor alega que su prestación valía 2.290,72 euros, y eso es precisamente lo que le concede el TS. (M. G.-R.)

KOROBKIN R.: «The *Borat* Problem in Negotiation: Fraud, Assent, and the Behavioral Law and Economics of Standard Form Contracts», *CLR*, 2013, vol. 101, núm. 1, pp. 51-106.

Se tratan los indefinidos límites entre las obligaciones asumibles por contratos y el derecho de daños. Se reflexiona contraponiendo el sistema de la *parol evidence rule* al engaño y evidenciando una jurisprudencia que el autor tacha de contradictoria y con soluciones inconsistentes. Finalmente, el escrito propone, para minimizar los costos de contratación, modalidades para ofrecer más tutela a la parte que no ha predispuesto las cláusulas del contrato con la necesidad de que el predisponente reciba un expreso consentimiento por la otra parte que deberá ser debidamente informada sobre todo el contenido contractual. (A. F.)

LIBERATI, G.: «La nullità della concessione di credito *revolving* e le restituzioni da contratto nullo», *NGCC*, 2013, núm. 3, pp. 229-237.

Comentario jurisprudencial que aborda dos problemas distintos: el primero referido a la necesidad de forma escrita *ab substantiam* para la realización de una determinada operación económica (la concesión de un crédito *revolving*), concluida a gran distancia respecto a un anterior contrato de crédito al consumo concertado entre las mismas partes. El segundo problema

incide en el régimen jurídico aplicable a la restitución seguida de la nulidad de un contrato de concesión de un crédito. En especial, se trata de afirmar si el cliente debe restituir la suma capital o también los intereses y, en este último caso, en qué proporción. (*Alma R.G.*)

LUMINOSO, A.: «Rappresentanza e mandato a confronto», *RDC*, 2012, núm. 6, parte prima, pp. 741-766.

Observaciones históricas y de derecho comparado sobre las figuras de gestión de negocios ajenos, mediante la representación y el mandato. Cuestiones de legitimidad, efectos, consecuencias del incumplimiento, etc. (*M. R. D. R.*)

MACCARI, M.V.: «Prelazione del conduttore e vendita in blocco: forse un ripensamento restrittivo?», *NGCC*, 2013, núm. 4, pp. 362-368.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 11 de octubre de 2012 n. 17235 sobre el contrato de compraventa en bloque del bien arrendado. (*Alma R.G.*)

MARTIAL-BRAZ, N.: «Les recours de la caution au coeur de la tempête», *RD*, 2013, núm. 14, pp. 935-942.

El contrato de fianza y sus consecuencias cuando el fiador paga la deuda de otro. Necesidad de afianzar la devolución de lo pagado. Problemas judiciales y soluciones de los jueces. (*R. A. R.*)

MARTIN, D.: «Aspects de la monnaie électronique», *RD*, 2013, núm. 31, pp. 2117-2123.

La moneda electrónica como un crédito incorporado a un título sirve como instrumento de pago. Valor monetario. Cuestiones que suscita como moneda: ¿Tiene efecto liberatorio?; ¿Quién es el propietario de los fondos que se utilizan en su emisión?; ¿Cómo se garantiza el reembolso del débito?. Contestación a través de la Ley 2013-100, de 28 de enero de 2013. (*R. A. R.*)

MASCHIO, F.: «Effetti del contratto verso terzi e responsabilità per illecito antitrust», *GC*, 2012, núm. 9, pp. 427-440.

Reflexiones sobre los efectos del contrato frente a terceros en los supuestos de responsabilidad por ilícito antitrust, desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial, ante la aplicación de normativa civil y administrativa. (*M. R. D. R.*)

MAUGERI, M.: «Il controllo delle clausole abusive nei contratti fra imprese: dal modello delineato nei §§ 305 ss del BGB a quello della CESL», *NGCC*, 2013, núm. 2, pp. 109-126.

Artículo que versa, entre otras cuestiones, sobre el control de las condiciones generales abusivas en los contratos entre empresas en las decisiones de los tribunales alemanes, y sobre la influencia del modelo alemán regulador de esta materia en la redacción de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea (CESL). (*Alma R.G.*)

MAZEAU, D.: «L'important, c'est la clause, l'important...», *RD*, 2013, núm. 24, pp. 1658-1662.

Obligaciones de la empresa para evitar responsabilidad a la hora de gestionar los riesgos de su actividad. Estudio de la denominada "responsabilidad social de la empresa", considerada esta como ciudadano y no como ente. Nota a dos sentencias de la corte de casación, sala mixta, de 17 de mayo de 2013. (*R. A. R.*)

MONTANI, V.: «La (ridimensionata) responsabilità dell'insegnante ex art. 2048 cod. civ.: si estendono i criteri risarcitori delle tabelle r.c.a.?», *NGCC*, 2013, núm. 2, pp. 168-174.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 21 de septiembre de 2012 acerca de la responsabilidad civil del docente, en particular, por el daño que el alumno se causa a sí mismo y la obligación de vigilancia como obligación autónoma. (*Alma R.G.*)

MONTICELLI, S.: «Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti», *GC*, 2012, núms. 11-12, pp. 527-545.

Reflexiones sobre la necesidad de revisar el contrato de préstamo en el ámbito de consumidores y reforzar la tutela de la parte más débil, con especial atención a las cláusulas abusivas y de garantías personales para asegurar el cumplimiento de la obligación de devolución. (*M. R. D. R.*)

NATUCCI, A.: «Sui requisiti di forma della donazione dissimulata», *NGCC*, 2013, núm. 3, pp. 151-164.

Artículo acerca de la simulación en general: distinción entre el negocio simulado y el negocio disimulado y el problema de la forma de la donación disimulada. (*Alma R.G.*)

NICOLAI, M.: «Modalità di adempimento della prestazione, soddisfazione integrale e diritto di voto dei privilegiati nel concordato preventivo - nota a Trib. Roma decr. 4 maggio 2011», *GC*, 2012, núms. 11-12, pp. 2838-2855. (*M. R. D. R.*)

NICOLINI, M.: «Denuncia integrativa di successione e responsabilità del notaio», *NGCC*, 2013, núm. 4, pp. 376-381.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 27 de noviembre de 2012 n. 21082 sobre responsabilidad del notario por la omisión de declaración del impuesto de sucesiones y donaciones a efectos fiscales. (*Alma R.G.*)

PALMERINI, E.: «Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione», *NGCC*, 2013, núm. 2, pp. 198-207.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 2 de octubre de 2012 n. 16754 sobre responsabilidad civil del profesional sanitario por la omisión de información relativa a malformaciones fetales. (*Alma R.G.*)

PARANCE, B.: «Comment concilier le droit des contrats avec les obligations environnementales poursuivant la satisfaction de l'intérêt général?», *RD*, 2013, núm. 10, pp. 647-648.

Los problemas jurídicos de protección del medio ambiente ante la situación actual. El interés general: aspectos y efectos. (*R. A. R.*)

PATTI, S.: «L'interpretazione delle clausole generali», *RDC*, 2013, núm. 2, parte prima, pp. 263-296.

Acercamiento al tema de las cláusulas abusivas en contratos de adhesión con consumidores.

Especialidades del sistema italiano y tratamiento legal y judicial en el sistema alemán y en el proyecto de uniformización del Derecho Privado Europeo. (*M. R. D. R.*)

PERROTTA, I.: «Obbligazioni solidali e transazione pro quota – nota a Cass. 24 gennaio 2012 n. 947», *GC*, 2013, núms. 3-4, pp. 726-728 (*M. R. D. R.*)

POLETTI, D.: «Il danno biologico di lieve entità da r.c.a. sotto stretta osservazione medico legale», *NLCC*, 2013, núm. 1, pp. 41-63.

Estudio del daño biológico en el contrato de servicios médicos y las dificultades de aplicación de la normativa del daño junto con las obligaciones asegurativas. (*M. R. D. R.*)

PONZANELLI, G.: «L'applicazione degli articoli 138 e 139 codice delle assicurazioni alla responsabilità medica: problema e prospettive», *NGCC*, 2013, núm. 3, pp. 145-150.

Artículo acerca de los criterios de determinación de la cuantía indemnizatoria por el daño no patrimonial derivado de la vulneración de la salud. (*Alma R.G.*)

QUERCI, A.: «Le novità introdotte nel Codice del consumo dal d.l. 1/2012 ed il ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela contro le clausole vessatorie», *CI*, 2013, núm. 2, pp. 446-465.

Artículo relativo a la reciente reforma del Código de Consumo italiano, que constituye un nuevo instrumento de tutela contra las cláusulas abusivas: en particular, se analiza la tutela colectivo-inhibitoria contra dichas cláusulas y la función de las asociaciones de consumidores, y la relación existente entre la lucha contra las cláusulas abusivas y la protección de la competencia. (*Alma R.G.*)

QUÊTAND-FINET, Cl.: «La nature juridique du paiement: ce que la controverse nous apprend», *RD*, 2013, núm. 14, pp. 942-944.

Discusión doctrinal actual sobre la naturaleza jurídica del pago. Posición de la corte de casación, sección 1 y 2, como hecho jurídico frente a su carácter de acto jurídico. Evolución jurídica de los términos hecho y acto jurídico. (*R. A. R.*)

RIVA, I.: «A proposito della condizione risolutiva unilaterale di adempimento», *RTDPC*, 2013, núm. 1, pp. 203-217.

Estudio de la condición resolutoria expresa por incumplimiento a la luz de las novedades interpretativas introducidas por la jurisprudencia Configuración de la condición resolutoria como garantía frente al incumplimiento y el problema del resarcimiento del daño. (*M. R. D. R.*)

ROBERT, A.: «La responsabilité civile de l'expert judiciaire», *RD*, 2013, núm. 13, pp. 855-862.

Discusión y dudas sobre el carácter de cosa juzgada del experto judicial por la utilización de jurisprudencia. Responsabilidad civil extracontractual. Reticencias jurídica, perjuicio y lazo de causalidad. (*R. A. R.*)

ROSSETI, M.: «La mossa del cavallo, ovvero uscirà mai la Corte dal pasticcio del danno non patrimoniale? –nota a Cass. 12 settembre 2011 n. 18641, Cass. 13 luglio 2011 n. 15373 e Cass. 28 giugno 2011 n. 14263», *GC*, 2012, núm. 10, pp. 2385-2395 (*M. R. D. R.*)

RUSO, E.: «Consegna di aliud pro alio e vizio del diritto acquistato», *RDC*, 2013, núm. 3, parte prima, pp. 531-542.

Responsabilidad del vendedor por vicios del derecho transmitido derivado de la falta de licencia de habitabilidad. (*M. R. D. R.*)

SABLON, J. L.: «Dommages de construction et modes alternatifs de règlement des litiges: les problèmes soulevés para la prescription et l'expertise», *RDI*, 2013, núm. 3, pp. 130-137.

Formas y medios de resolución de conflictos entre los agentes de la construcción. Nueva regulación legal de tales medios y su resultado en la práctica. (*R. A. R.*)

SALOMONI, A.: «La sentenza ex art. 2932 cod. civ. e la condizione risolutiva di inadempimento», *NGCC*, 2013, núm. 2, pp. 131-139.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 24 de agosto de 2012 n. 14621 sobre la cláusula resolutoria por incumplimiento: entre la autonomía contractual y el automatismo de la resolución. (*Alma R.G.*)

SANTAGATA, R.: «La nuova disciplina dei contratti del turismo organizzato nel codice del turismo dimidiato», *NLCC*, 2012, núm. 6, pp. 1105-1144.

Observaciones sobre los artículos 32-41 del Código de Turismo que transpone la Directiva 1990/314/CEE, relativa a los viajes de turismo con el compromiso de «todo incluido». Necesidad de reorganizar la normativa correspondiente teniendo en cuenta el Derecho de defensa de los consumidores.

Especial consideración de los diferentes elementos del contrato de turismo organizado: información precontractual, forma del contrato, contenido, incumplimiento, tutela del incumplimiento, fondo de garantía en supuestos de incumplimiento, etc. (*M. R. D. R.*)

SCOGNAMIGLIO, C.: «Il giudice e le nullità: punti fermi e problema aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione», *NGCC*, 2013, núm. 1, pp. 28-32.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 4 de septiembre de 2012 y a su ordenanza de 27 de noviembre de 2012, acerca de la posibilidad de que el juez aprecie de oficio la nulidad de un contrato cuya resolución se ha demandado de modo previo por una de las partes contratantes. (*Alma R.G.*)

SCOTT, R.: «Reconsidering “Wrongful Life” in England after thirty years: legislative mistakes and unjustifiable anomalies» *C. L. J.*, 2013, vol. 72, núm. 1, pp. 115-154.

Se evidencia la posible diferencia de trato a la hora de reclamar daños y perjuicios por aborto fallido. Mediante el análisis legislativo y jurisprudencial, se destaca la necesidad de un nuevo enfoque respecto a la postura que abrió, en 1982, la sentencia *Mc Katy and Another v Essex Area Health Authority*, por la cual no hay acción por *wrongful birth*. Se considera que la posterior aprobación (1990) de la *Section 1A* del *Congenital Disabilities Act* de 1976 –que viene a introducir la posibilidad de reclamar en caso de error de diagnóstico en el embarazo realizado por fecundación artificial– da lugar a un diferente tratamiento frente a un similar caso realizado mediante la fecundación in vitro. Esto se da sobre todo en caso de enfermedades, como la de Tay Sachs, cuyo diagnóstico puede realizarse en diferentes formas dependiendo del tipo de inseminación. El error de diagnóstico prenatal en caso de fecundación in vitro –dado que esta se realiza fuera del útero– no permitiría tutelar al sujeto dando lugar a una diferencia de trato, que la autora considera anómala e injusta, frente a un error en fase de diagnóstico genético preimplantacional (DGP) en el caso de la fecundación artificial. (*A.F.*)

SIMONINI, G. F.: «La responsabilità da prodotto e l'interpretazione conforme al diritto comunitario», *CI*, 2013, núm. 1, pp. 220-255.

Artículo acerca de cuestiones relativas a la responsabilidad por productos defectuosos: la indefinición de la peligrosidad del producto, el defecto como prerequisite de la responsabilidad, la medida del riesgo, la responsabilidad aquiliana y la información sobre el producto... (*Alma R.G.*)

STRUILLOU, J. F.: «Le droit de préemption urbain à l'épreuve de la pollution des sols», *RDI*, 2013, núms. 7-8, pp. 352-355.

Problemas en la adquisición de suelo contaminado. Derechos del adquirente del suelo y posibilidad de revisar el precio del bien añadiendo el coste de la contaminación. (*R. A. R.*)

SUTTERLIN, O.: «Incidences de la responsabilité délictuelle sur la cession de terrains pollués», *RD*, 2013, núm. 10, pp. 676-680.

Responsabilidad civil en los supuestos de cesión de terrenos contaminados. Daños y consecuencias jurídicas a las partes y terceros. (*R. A. R.*)

TOMMASI, S.: «Note a margine della Codificazione del danno da vacanza rovinata», *CI*, 2013, núm. 1, pp. 32-45.

Artículo que reflexiona acerca del daño originado por la frustración del disfrute vacacional. (*Alma R.G.*)

VALORE, P.: «Il nesso di causalità nell'illecito civile – osservazione a Cass. 18 giugno 2012 n. 9927», *GC*, 2013, núm. 2, pp. 384-385 (*M. R. D. R.*)

— «Responsabilità del medico e onere della prova – osservazione a Cass. 21 giugno 2012 n. 10315», *GC*, 2013, núm. 1, pp. 129-131 (*M. R. D. R.*)

VERMAELLE, S./BÉZERT, A.: «L'éviction des actionnaires en amont de la cessation des paiements: un impératif pour lutter contre les excès d'endettement», *RD*, 2013, núm. 30, pp. 2045-2048.

Medios de defensa de los accionistas ante el sobreendeudamiento de la sociedad. El control de los acreedores y el derecho de propiedad de los accionistas. (*R. A. R.*)

VIGLIANINI, A.: «Lo ius variandi nella nuova disciplina dei credito ai consumatori», *NLCC*, 2012, núm. 6, pp. 1193-1211.

Estudio del ius variandi en los contratos bancarios de créditos a consumidores y la necesidad de respetar la normativa de defensa de consumidores. (*M. R. D. R.*)

VIGORITI, V.: «Contratto e contenzioso sui compensi professionali. Riflessioni comparative», *CI*, 2013, núm. 1, pp. 63-68.

Artículo relativo a la retribución del profesional liberal, en concreto, a la relación existente entre el pacto de *quota lite* y la libertad de competencia. (*Alma R.G.*)

VINEY, G.: «Le contentieux des antennes-relais», *RD*, 2013, núm. 22, pp. 1489-1498.

Problemas entre los vecinos cuando se trata de instalar en el edificio o en las cercanías una antena de telefonía móvil. Contencioso con los teleoperadores y reglas de competencia. Problemas de responsabilidad entre ellos. (*R. A. R.*)

ZAFFARONI, L.: «Risarcimento del danno non patrimoniale allo straniero. Note critiche all'applicazione delle c.d. gabbie risarcitorie», *NGCC*, 2013, núm. 4, pp. 254-267.

Artículo sobre la cuantía indemnizatoria otorgada por el daño no patrimonial sufrido por el extranjero. (*Alma R.G.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

ADILARDI, G.: «Conflitto tra creditori privilegiati e terzi titolari di posizioni incompatibili: la funzione regolatrice della pubblicità immobiliare—osservazione a Cass. 16 marzo 2012 n. 4195», *GC*, 2013, núm. 1, pp. 148-149 (*M. R. D. R.*)

BASILE, M.: «Le modifiché al regime condominiale», *RDC*, 2013, núm. 3, parte seconda, pp. 617-639.

Estudio de la reforma de la propiedad horizontal, introducida por la legge 220/2012, de 11 de diciembre: especial atención a la ampliación de supuestos y ámbito de aplicación y los órganos de la comunidad de propietarios. (*M. R. D. R.*)

BOURASSIN, M.: «La forcé d'attraction du gage des stocks», *RD*, 2013, núm. 20, pp. 1363-1369.

Creación de la prenda de stocks por la ordenanza de 23 de marzo de 2006 y su evolución hasta el momento. Escasez de la figura en la práctica. Ventajas de la figura frente a la prenda regulada en el Código de comercio. (*R. A. R.*)

CEOLIN, M.: «La cancellazione delle ipoteche ex art. 40 t.u. bancario: una cancellazione semplificata sempre più...complicata», *NGCC*, 2013, núm. 2, pp. 127-144.

Artículo que analiza la polémica doctrinal y jurisprudencial existente en Italia sobre la cancelación simplificada de la hipoteca, que ha sido introducida por el artículo 13 párrafo 8.º del Decreto Legislativo de 31 de enero de 2007 n. 7, con posterioridad convertido en Ley de 2 de abril de 2007. (*Alma R.G.*)

CILIBERTO, C.: «Acquisto a titolo particolare di fondo dominante e accessione del possesso di servitù», *NGCC*, 2013, núm. 3, pp. 273-276.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 5 de noviembre de 2012 sobre la usucapión del derecho de servidumbre, en concreto, plantea más profundamente el problema de los requisitos precisos para la *accessio possessionis*. (*Alma R.G.*)

COMENALE, M.: «In tema di danni a terzi in superficie – osservazione a Cass. 27 gennaio 2012 n. 1203», *GC*, 2013, núm. 2, pp. 417-419. (*M. R. D. R.*)

CONTALDO, A.: «L'evoluzione della normativa dei diritti cd. "residuali" o "secondari" nella produzione audiovisiva», *Dir. Aut.*, 2012, núm. 3, pp. 331-349.

Artículo relativo a la naturaleza del derecho residual y su regulación normativa, y a la redefinición de los derechos secundarios en la disciplina de los medios de comunicación audiovisuales. (*Alma R.G.*)

COSTANZA, M.: «Il parcheggio su area condominiale non da luogo a servitù – osservazione a Cass. 13 settembre 2012 n. 304», *GC*, 2012, núm. 10, pp. 2274-2284. (*M. R. D. R.*)

— «Spostamento e trasferimento della servitù—osservazione a Cass. 11 maggio 2012 n. 7415», *GC*, 2013, núm. 2, pp. 390-391. (*M. R. D. R.*)

FARACE, D.: «Note sulla trascrizione del pignoramento immobiliare», *NGCC*, 2013, núm. 4, pp. 396-403.

Comentario a la ordenanza del Tribunal de Roma de 17 de octubre de 2012 sobre la prenda inmobiliaria y la función que posee la inscripción registral de la misma. (*Alma R.G.*)

GAFA, M.: «Divisibilità dei blocchi di beni – osservazioni a Cass. 29 novembre 2011 n. 25332», *GC*, 2012, núms. 11-12, pp. 2656-2658. (*M. R. D. R.*)

GAZZONI, F.: «Distanza tra gli edifici e distanza dal buon senso – nota a Cass. 14 marzo 2012 n. 4080», *GC*, 2013, núm. 2, pp. 397-401. (*M. R. D. R.*)

LAMBERT, T.: «Une représentation de l'odeur en droit des propriétés intellectuelles», *RD*, 2013, núm. 30, pp. 2039-2044.

Análisis del olor como obra del espíritu protegida por el derecho de autor. Negación en el derecho francés y europeo por no tener forma de expresión ni de representación gráfica. Intentos actuales para darles tal forma de expresión. (*R. A. R.*)

LONGHINI, S.: «Balla... che ti passa... Un genere al posto del *format*», *Dir. Aut.*, 2012, núm. 4, pp. 442-448.

Después del pronunciamiento de los tribunales italianos a favor de la tutela del *format* y de las transmisiones televisivas, falta una previsión concreta que introduzca el *format* dentro de las obras protegidas por la ley reguladora del derecho de autor. (*Alma R.G.*)

— «Tutela del diritto d'autore ed Internet», *Dir. Aut.*, 2012, núm. 3, pp. 299-318.

Artículo relativo a la protección que deben recibir las violaciones de la propiedad intelectual llevadas a cabo por medio de Internet. (*Alma R.G.*)

MAGRI, G.: «Beni culturali e acquisto a non domino», *RDC*, 2013, núm. 3, parte seconda, pp. 741-766.

Estudio de la figura de la adquisición a non dominio de bienes muebles, en especial bienes culturales: ley aplicable, buena fe, título idóneo y transmisión de la posesión. (*M. R. D. R.*)

MORETTI, M.: «Il conflitto tra protezione dell'inedito e l'interesse alla diffusione dell'opera», *Dir. Aut.*, 2013, núm. 1, pp. 17-52.

Artículo sobre la primera publicación de la obra y el análisis de los problemas planteados por el derecho a la obra inédita: la tutela de la creación literaria, ¿cubre también la obra que permanece inédita? (*Alma R.G.*)

PIZZIMENTI, I.: «Parcheggio in area condominiale ed azioni possessorie: insussistenza di una servitù», *NGCC*, 2013, núm. 4, pp. 326-332.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 13 de septiembre de 2012 n. 15334 sobre el concepto de servidumbre predial, la configuración de una servidumbre de aparcamiento, las servidumbres irregulares y la autonomía negocial. (*Alma R.G.*)

RISPOLI, G.: «Note minime in tema di antenna condominiale –nota a Cass. 11 gennaio 2012 n. 144», *GC*, 2013, núm. 2, pp. 421-424. (*M. R. D. R.*)

ROSATI, E.: «*Software* usato ed esaurimento: un approccio poco *soft* in *Usedsoft*», *Dir. Aut.*, 2013, núm. 1, pp. 1-16.

Artículo que analiza las implicaciones que posee la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 2012 sobre la construcción jurídica del derecho de autor, en concreto, en materia de licencias de uso relativas a programas de ordenador. (*Alma R.G.*)

SEMERARO, M.: «Interessi monetari e frutti civili: osservazioni a margine di alcune fattispecie», *GC*, 2012, núm. 9, pp. 411-426.

Algunas observaciones sobre la regulación de los frutos civiles en los supuestos de intereses monetarios compensatorios o moratorios, desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial. (*M. R. D. R.*)

TIXIER, J. L.: «Le bail réel immobilier», *RDI*, 2013, núm. 9, pp. 398-404.

Estudio sobre la nueva figura de arrendamiento real como reacción frente a la inoperatividad del arrendamiento enfiteútico y el arrendamiento de obra. Ventajas para los propietarios. (*R. A. R.*)

TOZZI, F.: «Personalità, celebrità e trasferibilità *mortis causa*», *Dir. Aut.*, 2012, núm. 4, pp. 431-441.

Artículo dedicado a la protección *mortis causa* en el ordenamiento jurídico italiano de los intereses patrimoniales y morales relativos a derechos de la personalidad. (*Alma R.G.*)

DERECHO DE FAMILIA

ALONI, E.: «Registering Relationships», *Tul. L. Rev.*, 2013, vol. 87, núm. 3, pp. 573-649.

Análisis desde el punto de vista estadounidense y comparado de la pareja de hecho. Se observan dos direcciones diferentes en la regulación de las relaciones de las parejas no casadas, un modelo que le concede plenos derechos y uno más cauto. Considerando también el *pacte civil de solidarité* francés se sugiere que los Estados Unidos adopten más opciones al reconocimiento legal de estas relaciones, procediendo incluso a su formalización mediante registro. (*A. F.*)

AMBROISE-CASTÉROT, C.: «Les infractions parentales», *RD*, 2013, núm. 27, pp. 1846-1851.

Los problemas de la filiación a la hora de una reforma legislativa. Necesidad de tener en cuenta no sólo los aspectos civiles sino también los penales por las faltas que se cometen sobre los menores. Infracciones penales a los padres. (*R. A. R.*)

BALLARANI, G.: «La mediazione familiare alla luce dei valori della Costituzione italiana e delle norme del diritto europeo», *GC*, 2012, núm.10, pp. 495-509.

Estudio de la figura de la mediación familiar a la luz de la iniciativa de unificación del Derecho Privado europeo, con especial referencia a la tutela de los intereses del menor. (*M. R. D. R.*)

CARAPEZZA FIGLIA-DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «Interessi rilevanti nell'assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana», *DFP*, 2013, núm. 1, pp. 267-296.

Artículo dedicado al análisis, desde una perspectiva del Derecho Comparado (España e Italia), de la disciplina de la asignación de la vivienda familiar en las hipótesis de separación o divorcio: concepto de vivienda familiar, estudio de casos problemáticos como la asignación a los hijos mayores de edad o al cónyuge sin hijos... (*Alma R.G.*)

CHECCHINI, B.: «Una singolare fase della maternità: tra il parto e l'atto di nascita», *NGCC*, 2013, núm. 2, pp. 83-101.

Artículo que trata, entre otras cuestiones, el dilema acerca del derecho de la madre parturienta al anonimato y el difícil equilibrio existente entre el interés del menor y el derecho constitucionalmente garantizado a la parentalidad. (*Alma R.G.*)

CHIARAVALLOTI, S.: «Tutti i figli sono uguali davanti alla legge, ovvero la regola dell'affidamento condiviso – nota a Cass. 30 settembre 2011 n. 20075 e a Cass. 11 agosto 2011 n. 17191», *GC*, 2012, núms. 11-12, pp. 2670-2674. (*M. R. D. R.*)

CIPPITANI, R.: «Principi e metodo nella revisione della normativa francese relativa a la biotecnica», *DFP*, 2012, núm. 4, pp. 1836-1865.

Artículo dedicado al análisis de la legislación francesa relativa a la bioética: examen de las características genéticas y obligación de comunicación a los familiares, solidaridad y consentimiento en la donación de los órganos y en el uso del material biológico, asistencia médica a la procreación y prohibición de acuerdos en materia de reproducción, respeto a la vida desde su inicio hasta el fin y la búsqueda de células embrionarias, anonimato de la donación y el derecho al conocimiento de los orígenes genéticos. (*Alma R.G.*)

COSSU, C.: «Inseminazione eterologa e disconoscimento della paternità», *NGCC*, 2013, núm. 1, pp. 58-66.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 17 de julio de 2012 n. 11644 sobre el desconocimiento de la paternidad del menor nacido por fecundación heteróloga, constante matrimonio. (*Alma R.G.*)

CRESPO BRAUNER, M. C.-ALDROVANDI, A.: «L'adozione in Brasile: aspetti evolutivi dell'istituto nel diritto di famiglia», *NGCC*, 2013, núm. 1, pp. 32-46.

Artículo que analiza la evolución de la legislación brasileña de adopción: la asistencia psicológica a la gestante y a la madre en el periodo pre y postnatal, el derecho a la convivencia familiar, la adopción por parte de parejas homosexuales, el derecho a conocer el origen biológico, la adopción internacional... (*Alma R.G.*)

DONATI, P.: «Profili del matrimonio omosessuale», *DFP*, 2012, núm. 4, pp. 1726-1750.

El tribunal Supremo italiano ha afirmado, en su sentencia de 4 de noviembre de 2012 n. 4184, la presencia en el ordenamiento italiano del derecho al matrimonio entre homosexuales calificándolo como derecho fundamental integrado en el artículo 2 de la Constitución y confirmando, de modo simultáneo, la prohibición de la inscripción del matrimonio homosexual válidamente contraído en uno de los Estados miembros de la Unión Europea en los registros del estado civil italianos según la legislación ordinaria vigente. (*Alma R.G.*)

EOCHE-DUVAL, Ch.: «Le droit d'un enfant à être nourri, entretenu et élevé par sa mère et par son père est-il un principe à valeur constitutionnelle?», *RD*, 2013, núm. 12, pp. 786-791.

Problemas jurídicos ante el abuso de los padres en el ámbito de la patria potestad. exceso de poder y consecuencias de tal actuación. Protección del menor. (*R. A. R.*)

FERRANDO, G.: «Le diagnosi preimpianto, dunque, sono ammissibili», *NGCC*, 2013, núm. 1, pp. 20-31.

Artículo que discute, a raíz de un pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si debe admitirse o no el diagnóstico antes de la implantación del embrión. (*Alma R.G.*)

GADECHOT-PATRIS, S./GUILLAUMÉ, J.: «La loi núm. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Perspectives de droit international privé», *RD*, 2013, núm. 26, pp. 1756-1764.

Estudio a propósito de la Ley de 17 de mayo de 2013 que permite la celebración de matrimonios del mismo sexo. Problemas jurídicos que se plantean cuando son de diferente nacionalidad, no previsto en la ley. (*R. A. R.*)

GATTO, A.: «Natura della responsabilità derivante dalla violazione dell'obbligo di fedeltà tra coniugi – nota a Cass. 1 giugno 2012 n. 8862», *GC*, 2012, núms. 11-12, pp. 2602-2619. (*M. R. D. R.*)

GAZZONI, F.: «La corsa ad ostacoli del Sig. Joseph K. (Gli aiuti familiari sono liberalità)», *DFP*, 2013, núm. 1, pp. 37-55.

La sentencia del Tribunal Supremo italiano de 21 de junio de 2012 n. 10380 afirma que, a los fines de determinación de la pensión en favor del cónyuge separado, no deben tenerse en cuenta las ayudas familiares, de carácter voluntario, procedentes de los progenitores del cónyuge obligado al pago de la pensión. (*Alma R.G.*)

HENETTE-VAUCHEZ, S./MILLARD, E.: «Mariage pour tous: les juristes peuvent-ils parler “au nom du Droit”», *RD*, 2013, núm. 12, pp. 784-785.

Problemas de la sociedad francesa ante la Ley del matrimonio de personas del mismo sexo. Repercusiones jurídicas. (*R. A. R.*)

LENTI, L.: «La sedicente riforma della filiazione», *NGCC*, 2013, núm. 4, pp. 201-217.

Artículo sobre la nueva ley italiana de 10 de diciembre de 2012 n. 219 reguladora de la filiación: la filiación natural, el reconocimiento tardío, el reconocimiento materno, el reconocimiento del hijo nacido por una relación incestuosa, la unificación del estado jurídico del hijo, la atribución del estado de hijo en el momento del acto de nacimiento, las relaciones entre los abuelos y los nietos... (*Alma R.G.*)

LEROYER, A. M.: «La loi núm. 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur», *RD*, 2013, núm. 25, pp. 1697-1705.

La reforma de familia sobre el matrimonio, con la Ley núm. 2013-403, de 17 de mayo de 2013 trae problemas jurídicos importantes, como el estatus conyugal y la evolución de la filiación. Problemas sobre la naturaleza del matrimonio y la adopción cuando el matrimonio es de personas del mismo sexo, necesidad de buscar soluciones legales. (*R. A. R.*)

LONG, J.: «La Corte europea dei diritti dell’uomo censura l’Italia per la difesa ad oltranza dell’anonimato del parto: una condanna annunciata», *NGCC*, 2013, núm. 2, pp. 110-117.

Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de septiembre de 2012, que versa, entre otras cuestiones, acerca del acceso a la información sobre los orígenes biológicos como elemento necesario de la vida privada y la necesaria ponderación entre el interés del hijo adulto adoptado por terceros a acceder a las informaciones sobre los orígenes familiares y el derecho de la mujer a parir de forma anónima. (*Alma R.G.*)

MILLET, F.: «La paternité: chronique d’une mort annoncée», *RD*, 2013, núm. 12, pp. 782-783.

Influencia en la filiación de los matrimonios de personas del mismo sexo. Problemas jurídicos de la paternidad en Francia. (*R. A. R.*)

MOROZZO DELLA ROCA, P.: «Responsabilità genitoriale e libertà religiosa», *DFP*, 2012, núm. 4, pp. 1707-1725.

Artículo dedicado a la responsabilidad de los padres frente a los hijos respecto al ejercicio de la libertad religiosa: autodeterminación del menor y deberes paternos de educación, la protección del menor como límite a la libertad de educación religiosa de los padres, libertad religiosa y respeto de los derechos fundamentales del menor, el disenso entre los padres y los menores respecto a la educación religiosa... (*Alma R.G.*)

NAZARENO MIZZAU, M.: «Genesi o tramonto del rifiuto del coacquisto: le Sezioni Unite prendono posizione sulla dichiarazione del coniuge non acquirente», *DFP*, 2012, núm. 4, pp. 1781-1800.

Dentro del régimen patrimonial de la comunión legal de bienes, se analiza la intervención del cónyuge no adquirente en el acto de adquisición del bien: ¿carácter constitutivo o declarativo de dicha intervención? ¿Presupuesto necesario o superfluo? Tutela del tercer adquirente de buena fe. (*Alma R.G.*)

PALADINI, M.: «Ancora difficoltà e incoerenze in tema di acquisti personali nel regime di comunione legale», *NGCC*, 2013, núm. 4, pp. 344-349.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 9 de noviembre de 2012 n. 19454, que versa sobre cuestiones como la declaración de procedencia del dinero en la adquisición de bienes muebles y la irrepetibilidad de las sumas personales utilizadas para adquisiciones hechas para la comunión legal de bienes. (*Alma R.G.*)

PALAZZO, A.: «La riforma dello status di filiazione», *RDC*, 2013, núm. 2, parte prima, pp. 179-193.

Observaciones en relación al principio de igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su nacimiento dentro o fuera del matrimonio y la equiparación de los hijos adoptivos a los naturales. Especial detenimiento en las acciones de reconocimiento e impugnación de la paternidad. (*M. R. D. R.*)

PARDINI, C.: «La diagnosi preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: influenza delle pronunce nel panorama italiano», *NGCC*, 2013, núm. 1, pp. 80-86.

Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2012 y a la ordenanza del Tribunal de Cagliari de 9 de noviembre de 2012, que abordan el tema del derecho del recurrente a obtener el diagnóstico antes de la implantación del preembrión, con la consiguiente transferencia al útero sólo de los preembriones sanos o portadores sanos de la patología. (*Alma R.G.*)

PATRUNO, F.: «Il matrimonio e la famiglia nei progetti sulla libertà religiosa nella XV legislatura e nella Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione», *GC*, 2013, núm. 2, pp. 98-110.

Reflexiones sobre el modelo de familia, matrimonio religioso y regulación de la filiación en el proyecto de ley de libertad religiosa (*M. R. D. R.*)

PORCELLI, M.: «La contestazione ed il reclamo dello "status" di figlio legittimo», *DFP*, 2012, núm. 4, pp. 1751-1780.

Artículo dedicado al análisis de diversos aspectos relativos a la filiación: los sistemas de atribución del *status filiationis* de la persona menor de edad en el ordenamiento italiano, automatismo y principio voluntarista en la atribución del estado de hijo, avances en la superación de la diferencia de disciplina relativa a los modos de determinación de la filiación legítima y natural,

la acción de contestación de la legitimidad y la reclamación del estado de hijo legítimo... (*Alma R.G.*)

PRINCIVALLE, S.: «Il testamento artistico: la spersonalizzazione del nome e dell'immagine dei personaggi noti. Il caso Pavarotti», *GC*, 2013, núms. 3-4, pp. 135-153.

Reflexiones sobre el contraste de los principios que fundamentan el régimen sucesorio y la posibilidad de comercialización del nombre y de la imagen en el denominado testamento artístico, por el que se transmite la gestión y uso del nombre e imagen artística de un personaje famoso. (*M. R. D. R.*)

QUADRI, E.: «Convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: aspettando le sezioni unite», *NGCC*, 2013, núm. 4, pp. 371-373.

Comentario a la ordenanza del Tribunal Supremo italiano de 14 de enero de 2013 n. 712 sobre la dificultad de reconocer eficacia civil a una sentencia eclesiástica que declara la nulidad del matrimonio, en hipótesis en que la convivencia de los esposos ha sido muy prolongada en el tiempo. (*Alma R.G.*)

SCALISI, V.: «Famiglia e famiglia in Europa», *RDC*, 2013, núm. 1, parte prima, pp. 7-24.

Breves consideraciones sobre el Derecho de Familia en el proceso de unificación del Derecho Privado Europeo. Dificultades de armonización de los modelos de familia y tradiciones culturales. (*M. R. D. R.*)

STANZIONE, M. G.: «Interesse del minore e verità biologica nel riconoscimento di compiacenza», *NGCC*, 2013, núm. 4, pp. 352-358.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 17 de octubre de 2012 en torno a la conveniencia del resarcimiento del daño causado por haber ocultado la verdadera identidad del menor en caso de reconocimiento de complacencia. (*Alma R.G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

BENNI DE SENA, A.: «Autonomia testamentaria e legato con dichiarazioni ricognitive», *NGCC*, 2013, núm. 3, pp. 316-322.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 4 de julio de 2012, que versa sobre la validez y eficacia del reconocimiento por el testador de un derecho ajeno, con el cual el testador justifica su propia disposición testamentaria consistente en un legado: en concreto, declara que el inmueble, que ahora lega a un tercero, se adquirió con dinero de dicho tercero y que éste, con posterioridad, sólo se lo transfirió fiduciariamente al testador. El testamento se impugna por los legitimarios, que interponen la acción de reducción. (*Alma R.G.*)

CEOLIN, M.: «Struttura e scopo degli enti nell'accettazione dell'eredità beneficiata», *RDC*, 2013, núm, 3, parte seconda, pp. 691-740.

Análisis de la aceptación de herencias a beneficio de inventario por personas jurídicas, con especial revisión de la problemática planteada respecto de sociedades sin ánimo de lucro. (*M. R. D. R.*)

DELLE MONACHE, S.: «Divisione e patto di famiglia», *RDC*, 2012, núm, 6, parte prima, pp. 767-789.

Estudio de la figura del «pacto de familia» y la posibilidad del testador de realizar el reparto de sus bienes entre sus herederos. Implicaciones en el ámbito de los derechos reales, especialmente respecto a la situación de comunidad y derechos reales limitados. (*M. R. D. R.*)

FACCIOLI, M.: «Condizioni testamentarie e finzione di avveramento», *NGCC*, 2013, núm. 4, pp. 241-253.

Artículo sobre las condiciones establecidas en el testamento y el resarcimiento del daño derivado de la lesión de la expectativa que nace de la disposición testamentaria puesta bajo condición. (*Alma R.G.*)

FRANZINA, P./LEANDRO, A.: «Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni per causa di morte in Europa», *NLCC*, 2013, núm. 2, pp. 275-340.

Estudio de la nueva normativa sucesoria establecida por la Unión Europea y el certificado sucesorio europeo impuesto por el Regl. UE n. 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012: ley aplicable, competencia jurisdiccional, requisitos de documentación, reconocimiento de disposiciones de última voluntad, ejecución de testamentos, etc. (*M. R. D. R.*)

MAIDA, F.: «Il certificato successorio europeo», *NLCC*, 2013, núm. 2, pp. 389-434.

Estudio del nuevo certificado sucesorio europeo establecido por la Unión Europea en el Regl. UE n. 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012: ley aplicable, técnicas de tutela de terceros afectados, cuestiones de competencia y legitimación para la emisión del certificado, requisitos de validez y eficacia, problemas de ejecución, etc. (*M. R. D. R.*)

MATTIONI, M.: «Tre questioni in materia di forma del testamento pubblico», *RDC*, 2012, núm, 6, parte seconda, pp. 529-571.

Estudio de la figura del testamento notarial y crítica de sus requisitos formales, contenido y efectos de los vicios en la voluntad del testador. (*M. R. D. R.*)

MACLEOD, J. / ZIMMERMANN, R.: «Unworthiness to Inherit, Public Policy, Forfeiture: The Scottish Story», *Tul. L. Rev.*, 2013, vol. 87, núm. 4, pp. 741-785.

Estudio de la indignidad sucesoria en el derecho escocés que, aunque influenciada por el derecho romano, últimamente ha sido más receptiva al

principio de política pública de que nadie se beneficie de su propio mal, tomado del derecho común inglés. Se analiza, sin omitir aspectos históricos y de derecho comparado, el panorama escocés y se evidencia como la casuística, al igual que la legislación sud africana, se refiere esencialmente al homicidio de la persona fallecida a manos de la persona designada como heredero. (A.F.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

DEUMIER, P.: «La RSE et les droits fondamentaux», *RD*, 2013, núm. 23, pp. 1564-1569.

Necesidad de hacer efectivos los derechos fundamentales de la empresa exigiendo más diligencia a ésta en su actuación social. Desarrollo internacional de la idea. (R. A. R.)

FAMILY, R.: «La RSE: du concept à la norme», *RD*, 2013, núm. 23, pp. 1558-1563.

La responsabilidad de la empresa como ciudadano. Responsabilidad social por los daños causados en el ámbito de su actividad social. (R. A. R.)

FRANCK, J.-U., «Markverhältnisse als Gegenstand vorvertraglicher Informationsordnung», *AcP*, núm. 2, 2013, pp. 222-265.

Una parte contractual, que paga un precio condicionado por una posición de la otra parte contraria a las normas antimonopolísticas, y luego no se conforma con el contrato, puede exigir una indemnización por la diferencia entre el precio acordado y el que existiría si no se hubiera infringido la normas de competencia, conforme al § 33.3 GWB (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Ley contra las limitaciones de la competencia). (M. G.-R.)

MALAURIE-VIGNAL, M.: «Les valeurs immatérielles et virtuelles de l'entreprise, entre protection et liberté», *RD*, 2013, núm. 28, pp. 1919-1923.

El capital inmaterial de la empresa sirve para conocer el valor económico de la empresa, el título del "good will". Necesidad de conseguir el equilibrio entre la protección de los bienes inmateriales y la libertad de competencia. (R. A. R.)

TAMPONI, M.: «Liberalizzazioni, "terzo contratto" e tecnica legislativa», *CI*, 2013, núm. 1, pp. 91-103.

Análisis del artículo 62, párrafo 2.º, de la Ley 1/2012 de 24 de enero sobre disposiciones vigentes para la competencia, el desarrollo de las infraestructuras y la competitividad: las conductas comerciales desleales y la deslealtad comercial entre la invalidez y la responsabilidad. (Alma R.G.)

VIGORITI, V.: «L'arbitrato amministrato», *CI*, 2013, núm. 2, pp. 364-369.

Artículo que analiza la presencia en el mercado de entidades que se ofrecen para administrar y gestionar arbitrajes por cuenta de particulares e incluso de personas públicas, según los acuerdos previamente reglamentados por ellos. (*Alma R.G.*)

VVAA: «Symposium: Modern Marine insurance: Coverages, current issues, and connections» *Tul. L. Rev.*, 2013, vol. 87, núm. 5 & 6.

Número monográfico de la revista, en colaboración con el *Admiralty Law Institute*, que retoma las intervenciones del simposio relativo a varias temáticas del Derecho de la navegación. Contribuciones, entre otras, relativas a las pólizas de seguro y a las cláusulas en ellas contenidas (con casuística jurisprudencial, Baldwin y Barrett Rice) a la *protection and indemnity (P&I) insurance* por la cual los armadores y fletadores están protegidos contra el riesgo de responsabilidad civil a terceros (también con casuística, Kimball). También se analiza la normativa sobre seguro inglés y escocés en una visión comparada con Estados Unidos (Jaffe), aspectos de derecho concursal estadounidense (Peck) o de responsabilidad de los transportistas cuando haya pérdida de cargo en particular manera en referencia a la «enmienda Carmack» (Gardner). (*A.F.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

ALBERTINI, L.: «L'esercizio dei diritti sociali nella società per azioni da parte del chiamato all'eredità (tra poteri conservativi ex art. 460 c.c. e accettazione tacita ex art. 476 c.c.)», *CI*, 2013, núm. 1, pp. 191-219.

Artículo sobre el ejercicio de derechos sociales en la sociedad por acciones por parte del llamado a la herencia: admisión o no de la posesión de una participación, diferencias de régimen jurídico entre el llamado que tiene la posesión de los bienes hereditarios y el llamado que no la tiene... (*Alma R.G.*)

CICORIA, M.: «Dal diritto d'informazione al diritto all'informatizzazione», *GC*, 2012, núm.10, pp. 475-493.

Reflexiones sobre el cumplimiento del derecho de información del contratante con empresas y sociedades a través de medios informáticos. (*M. R. D. R.*)

FOERSTER, M.: «Diskriminierende Regelungen der Nachfolge in Verbandmitgliedschaft», *AcP*, núm., 2, 2013, pp. 173-221.

La contribución investiga las normas sucesorias en la constitución de personas jurídicas, especialmente sociedades, así como la autorización a la sucesión en la titularidad de la sociedad en casos de caracteres inmodificables, como, p. ej., el sexo, los asentros o la edad, y también respecto de caracteres modificables como, p. ej., una determinada cualificación profesional del sucesor.

En opinión del autor las diferencias abstractas y generales en la regulación de la sucesión son contrarias a las buenas costumbres cuando utilizan criterios que difaman a los afectados. (*M. G.-R.*)

FRIGENI, C.: «La partecipazione fiduciaria nel diritto vivente», *RDC*, 2013, núm. 1, parte seconda, pp. 179-193.

Consideraciones sobre la eficacia de la fiducia en las sociedades de capital. Reconstrucción tradicional del fenómeno fiduciario y las consecuencias de su aplicación en el ámbito de las sociedades. De la fiducia romana a la germánica. (*M. R. D. R.*)

INDOLFI, M.: «L'attività non assicurativa dell'impresa assicuratrice –nota a Cass. Sez. un., 30 dicembre 2011 n. 30174», *GC*, 2012, núm. 10, pp. 2352-2358 (*M. R. D. R.*)

RESCIGNO, M.: «La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata», *NLCC*, 2013, núm. 1, pp. 65-83.

Análisis de las intervenciones legislativas en la figura de la sociedad de responsabilidad limitada respecto del capital social y régimen interno de los socios. (*M. R. D. R.*)

PANDIMIGLIO, M.: «Le nuove modifiche al codice civile in materia di operazioni straordinarie tra imprese: la riduzione degli obblighi di informazione in caso di fusioni e scissioni societarie», *NLCC*, 2013, núm. 1, pp. 149-177.

Estudio de la reducción de la obligación de información en los supuestos de fusión societaria total o al 90% y los requisitos establecidos por la Directiva 2009/109/CE. (*M. R. D. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

GUZZARDI, G.: «Note preliminari allo studio del contratto di rete», *CI*, 2013, núm. 2, pp. 501-542.

Artículo que analiza el contrato de red de empresas: *market o hierarchy?*, dimensión ética y aspectos fiduciarios de las redes de empresas, y las clasificaciones y modelos de redes de empresas. (*Alma R.G.*)

LIBERTINI, M.: «La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie», *CI*, 2013, núm. 1, pp. 1-19.

Artículo dedicado al estudio de las diferentes hipótesis y de los remedios existentes frente al abuso de dependencia económica, en concreto, amplio estudio de la responsabilidad. (*Alma R.G.*)

RENNA, L.: «L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica», *CI*, 2013, núm. 2, pp. 370-400.

Artículo que analiza la cuestión del abuso de dependencia económica, en concreto, lleva a cabo una clasificación de las hipótesis típicas de abuso. (*Alma R.G.*)

SCARPA, A.: «Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie», *CI*, 2013, núm. 1, pp. 137-157.

Nuevos instrumentos para resolver conflictos bancarios y financieros establecidos por el decreto legislativo n. 28 de 2010: el árbitro bancario financiero, la cámara de conciliación y arbitraje de la Consob y la cláusula de mediación en la práctica contractual. (*Alma R.G.*)

TROISI, A.: «L'informazione nel mercato finanziario: I bilanci delle banche e la comunicazione al pubblico», *CI*, 2013, núm. 1, pp. 46-62.

La difusión de la información sobre el mercado financiero: el balance de ejercicio, el balance de los bancos respecto a las exigencias de información y transparencia, y análisis de los principios contables y el logro de la operatividad bancaria. (*Alma R.G.*)

DERECHO CONCURSAL

BERTACCHINI, E.: «Crisi d'impresa tra contraddizioni e giuridica "vaghezza". Riflessioni a margine del c.d. Decreto Sviluppo (d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134)», *CI*, 2013, núm. 2, pp. 315-363.

Reflexiones en torno al Decreto Legislativo de 22 de junio de 2012 (Decreto *Sviluppo*), que reforma la normativa relativa a la crisis de empresas: modificaciones a la normativa general del concurso preventivo, modificaciones a la disciplina de los acuerdos de reestructuración de deudas, aclaraciones y novedades en materia de prededucción de los créditos en el concurso preventivo y en los acuerdos de reestructuración de las deudas, introducción del concurso preventivo con reserva, modificaciones a la normativa de la acción revocatoria, nuevas disposiciones en caso de reducción o pérdida del capital de la sociedad en crisis... (*Alma R.G.*)

CAPRARA, A.: «Il collegio sindacale nella nuova disciplina della revisione legale», *CI*, 2013, núm. 2, pp. 543-576.

Artículo que analiza la reforma de la normativa reguladora de la revisión de las cuentas por obra del Decreto Legislativo n. 39 de 27 de enero de 2010: en particular, la centralidad de la revisión contable en la definición de los requisitos de los órganos de control, y la incidencia de la nueva disciplina de la revisión sobre la relación entre las funciones ejercitadas por los síndicos y el revisor. (*Alma R.G.*)

DIDONE, A.: «La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182-quater l. fall. Prima e dopo la l. n. 134 del 2012», *GC*, 2013, núm.1, pp. 63-74.

Examen de la relación entre el nuevo art. 111.1 y el artículo 182 de la legislación concursal, en torno a su interpretación y ámbito de aplicación. (*M. R. D. R.*)

— «Osservazioni in tema di data certa nel fallimento – osservazione a Cass. Sez un., 20 febbraio 2013 n. 4213», *GC*, 2013, núm. 2, pp. 305-307. (*M. R. D. R.*)

FARSACI, B.: «Assicurazione e fallimento: alcune notazioni dopo la riforma fallimentare», *GC*, 2012, núm. 9, pp. 399-409.

Notas sobre la reforma concursal y la aparente exclusión de los contratos de seguros estipulados en garantía de los riesgos asumidos por empresas comerciales. (*M. R. D. R.*)

GAETA, M.: «Il fallimento di un'associazione di imprenditori agricoli – nota a Cass. 24 marzo 2011 n. 6853», *GC*, 2012, núms. 11-12, pp. 2761-2767 (*M. R. D. R.*)

— «L'automatico fallimento in ripercussione del socio receduto –nota a Cass. 14 marzo 2011 n. 6003», *GC*, 2012, núms. 11-12, pp. 2788-2794. (*M. R. D. R.*)

GALLARATI, A.: «La crisi del debitore “civile” e “commerciale” tra accordi di ristrutturazione e trust», *CI*, 2013, núm. 1, pp. 104-136.

La primera parte del artículo analiza el empleo del trust en el ámbito de los acuerdos de reestructuración y a la luz de la nueva normativa de los acuerdos de composición negocial de la crisis de sobreendeudamiento, dedicados al deudor no sujeto a la Ley reguladora de la Quiebra. En la segunda parte se estudia la hipótesis de que sea constituido el trust, también fuera del esquema antes citado, sobre el entero patrimonio del deudor civil en crisis, con el fin de que los acreedores puedan obtener satisfacción de sus créditos. (*Alma R.G.*)

RÉMERY, J. P.: «Location financière et ouverture d'une procédure collective dans la jurisprudence de la Cour de cassation», *RD*, 2013, núm. 24, pp. 1634-1642.

Estudio jurisprudencial sobre los problemas que plantea el arrendamiento financiero en situaciones de concurso o quiebra de la empresa. (*R. A. R.*)

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 CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2012

Coord.: **Ramón CASAS VALLÉS** (Universidad de Barcelona). **Carles VENDRELL CERVANTES** (Uría & Menéndez).

STC 12/2012, de 30 de enero

RA: Desestimado.

Ponente: Asua Batarrita.

Conceptos: Derecho a la libertad de información. Derechos a la intimidad y a la propia imagen. Cámara oculta.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1 d) CE.

El uso de cámaras ocultas para la captación y grabación de imágenes que constituyen el objeto de un reportaje periodístico es una técnica informativa –adscrita al llamado periodismo de investigación– indudablemente eficaz para revelar y acreditar hechos de mayor o menor interés público. Se trata, usualmente, de hechos o afirmaciones que solo podrían haberse generado y captado por medios técnicos por el hecho de que la persona o personas que participan en esos hechos o realizan esas afirmaciones confiaron, erróneamente, en que su imagen y su voz no era captada y en que su interlocutor no era un periodista.

La producción y emisión en televisión de determinados reportajes fue objetada en los tribunales de la jurisdicción civil por algunas de esas personas cuya imagen y voz fue captada y difundida sin su autorización, al entender que sus derechos a la intimidad y a la propia imagen habrían sido infringidos. La confirmación por parte de la Sala 1.^a del TS de la estimación de estas demandas por vulneración de los derechos indicados motivó que la productora (Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A.) y las cadenas de televisión que emitieron los reportajes litigiosos (Televisión Autonómica Valenciana, S.A., y Antena 3 de Televisión, S.A.) interpusieran distintos recursos de amparo por vulneración del derecho a la libertad de información del artículo

lo 20.1 d) CE, que han sido sucesivamente resueltos, en sentido desestimatorio, por las SSTC 12/2012, 24/2012 y 74/2012.

Como advierte la primera de estas Sentencias –a la que se remiten las siguientes–, es la primera vez que el Tribunal Constitucional debe abordar el conflicto entre derechos fundamentales que suscita «*el uso de una cámara oculta de grabación videográfica como medio de intromisión en un reducto privado donde se registra de forma íntegra la imagen, voz y la forma de conducirse en una conversación mantenida en un espacio de la actividad profesional de la afectada*» (FJ 3 *in fine*).

A continuación, se reseña la STC 12/2012, que, como queda dicho, contiene la doctrina aplicada por el resto de las resoluciones que han resuelto estos recursos de amparo.

1) *Origen del litigio en la jurisdicción ordinaria.*–Producción y emisión de un reportaje televisivo en el que una periodista acudió, haciéndose pasar por una paciente, a la consulta de una esteticista y naturista y captó la imagen y la voz de esta por medio de una cámara oculta. Las imágenes del reportaje fueron usadas en el marco de un programa de televisión en el que se cuestionaron la existencia de falsos profesionales que intervienen en el ámbito de la salud y su fiabilidad.

2) *Encuadramiento del conflicto constitucional y secuencia del enjuiciamiento.*–La relevancia constitucional del conflicto civil que está en el origen del presente recurso de amparo reside en el conflicto «*entre la libertad de comunicar información veraz de un medio de comunicación y los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen de la esteticista/naturista*» (FJ 2). Más en particular, reside en determinar si el juicio de ponderación entre estos derechos que realizó la Sala 1.^a del TS –resuelto a favor de los derechos a la intimidad y a la propia imagen– «*vulneró el artículo 20.1 d) CE*» (*ibid.*). Para este enjuiciamiento, el TC sintetiza, en primer lugar, su doctrina acerca del contenido de la libertad de información y de los derechos a la intimidad y a la propia imagen y, en segundo lugar, la del contenido de los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

3) *Síntesis de la doctrina constitucional sobre el contenido de la libertad de información.*–La caracterización que se contiene en la presente sentencia del derecho fundamental a la libertad de información no presenta particularidades relevantes: en ella, se insiste en la necesaria conexión entre las informaciones protegidas por ese derecho y su relevancia pública, de manera que «*la protección constitucional se ciñe a la transmisión de hechos “noticiales” por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública*» (FJ 4). En concreto, para determinar qué informaciones contribuyen de este modo a la formación de la opinión pública, la sentencia del TC recurre –como en el resto de sus pronunciamientos– a la jurisprudencia del TEDH, lo que conduce a restringir el alcance de ese derecho a aquellas informaciones que realmente contribuyen «*a un debate de interés general, sin que la satisfacción de la curiosidad de una parte del público en relación con detalles de la vida privada de una persona pueda considerarse contribución a tal efecto*» (*ibid.*). Este planteamiento no es en modo alguno contradictorio con la jurisprudencia constitucional en relación con el contenido y alcance del derecho fundamental del artículo 20.1.d) CE; pero sí puede serlo con alguna de sus aplicaciones por parte de la Sala 1.^a del TS (*vid.*, en particular, la STS de 12 de junio de 2009, caso *María Reyes*, RJ 2009/3392).

4) *Síntesis de la doctrina constitucional sobre el contenido de los derechos a la intimidad y a la propia imagen: la doctrina de las expectativas razonables de privacidad y el encuadramiento de la protección jurídica de la voz en el derecho fundamental a la propia imagen.*- En cuanto a la caracterización de los derechos fundamentales a la intimidad personal y al derecho a la propia imagen con arreglo a la jurisprudencia constitucional, la sentencia del TC incluye dos contribuciones relevantes:

a) En primer lugar, en relación con el derecho a la intimidad, el TC recurre a la jurisprudencia del TEDH para (i) confirmar que el contenido de protección de este derecho no solo comprende informaciones que tienen origen en un ámbito estrictamente doméstico o privado, sino también aquellas que se desarrollan «en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión» (FJ 5); y (ii) para introducir un concepto relativamente nuevo en la jurisprudencia constitucional que sirve al propósito de definir «cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegibles frente a intromisiones ilegítimas»: el de las expectativas razonables de privacidad. Se trata de un concepto subjetivo, claramente inspirado en la jurisprudencia del TEDH y frecuente en la jurisprudencia inglesa [vid., por ejemplo, *Murray v Express Newspapers Plc.* (2008) EWCA Civ 446], que atiende por tanto a las «expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno» (ibid.). Desde esta consideración, el TC concluye que las informaciones captadas en la consulta de la esteticista y naturista –y, en general cualquiera que se capte en un «despacho donde se realizan las consultas profesionales» (ibid.)– quedan comprendidas en el ámbito objetivo del derecho a la intimidad.

b) En cuanto al derecho fundamental a la propia imagen, la caracterización de la sentencia del TC es relevante en cuanto a que reconoce inequívocamente que la protección de la voz forma parte del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE. Esta afirmación no es novedosa en la jurisprudencia constitucional [ya se encontraba en la STC 117/1994 (*Ana Obregón*), FJ 3] y en la STC 23/2010 (*Chabeli*, FJ 4)], pero importa recordar que la inclusión expresa de la voz en el ámbito objetivo del derecho fundamental del artículo 18.1 CE proviene del legislador (orgánico) de la LO 1/1982 (art. 7.6), lo que había generado dudas acerca de su concreta inclusión en el ámbito constitucional protegido por el artículo 18.1 CE. Es claro, por tanto, que para el TC el derecho fundamental a la propia imagen se extiende a la voz y, en general y según se desprende del FJ 5 *in fine* de esta STC 12/2012, a los «rasgos distintivos de la persona que hacen más fácil su identificación».

5) *El canon de enjuiciamiento del conflicto entre libertad de información y derechos a la intimidad y a la propia imagen: el juicio de proporcionalidad.*–Para enjuiciar el conflicto entre los derechos cuyo contenido ha sido reseñado, el TC recurre, con aparente sencillez, al juicio de proporcionalidad característico de la jurisdicción constitucional: «la intromisión en los derechos fundamentales de terceros resultante del ejercicio de la libertad de información sólo será legítima en la medida en que la afectación de dichos derechos resulte adecuada, necesaria y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libertad de información» (FJ 6). La aplicación práctica de este juicio al conflicto suscitado por el uso de cámaras ocultas conduce a concluir, como acertadamente señala la sentencia del TC, que

«allí donde quepa acceder a la información pretendida sin necesidad de colisionar con los derechos referidos, queda deslegitimada, por desorbitada o desproporcionada, aquella actividad informativa innecesariamente invasora de la intimidad o la imagen ajenos» (ibid.). Ahora bien, a renglón seguido y en un razonamiento escasamente ligado al juicio de proporcionalidad en sentido amplio, el TC se apresura a resaltar los «*perfiles singulares derivados de la especial capacidad intrusiva del medio específico utilizado para obtener y dejar registradas las imágenes y la voz de una persona*». De este modo, el TC –que avanza así la resolución del conflicto– da a entender que su enjuiciamiento no atenderá con carácter preliminar a si el uso de la cámara oculta es adecuado o necesario para cumplir con la finalidad amparada por el derecho a la libertad de información (que es lo que el recurso a la juicio de proporcionalidad exigiría en primer término), sino ante todo al carácter lesivo o intrusivo de la técnica periodística en cuestión, o, dicho de otro modo, a la deslealtad que supone el recurso a ella.

6) *Aplicación al caso.*—Desde esta última consideración, no ha de sorprender el resultado del juicio del TC: con independencia de que «*la información hubiera sido de relevancia pública, los términos en que se obtuvo y registró, mediante el uso de una cámara oculta, constituyen en todo caso una ilegítima intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen [...] No existiendo consentimiento expreso, válido y eficaz prestado por el titular del derecho afectado, es forzoso concluir que hubo una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la intimidad personal*» (FJ 7). Solo después de alcanzar esta conclusión –extensible a la vulneración del derecho a la propia imagen–, el TC considera, con carácter claramente secundario y con poca convicción, que el uso de la cámara oculta no fue necesario ni adecuado «*para el objetivo de la averiguación de la actividad desarrollada*», pues para ello «*hubiera bastado con realizar entrevistas a sus clientes*». E insiste en la *ratio decidendi* de su pronunciamiento: «*lo que está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método mismo (cámara oculta)*» por su carácter lesivo o intrusivo de los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

Además de las SSTC 24/2012 y 74/2012 que, como va reiteradamente dicho, se remiten a la STC 12/2012, en las SSTC 17/2012 y 23/2012 subyacen conflictos similares, pero que no han sido abordados por el hecho de que la interposición de los respectivos recursos de amparo se realizó fuera de plazo.

STC 21/2012, de 16 de febrero

CI: Artículo 43.1 Ley catalana 9/1998 (Código de familia de Cataluña), por invasión de la competencia estatal en materia procesal. Se estima la inconstitucionalidad y se declara nulo el precepto impugnado.

Ponente: Pérez Vera. Voto particular discrepante de Gay Montalvo.

Conceptos: Cataluña. Competencias autonómicas en materia procesal. Especialidades derivadas de particularidades del Derecho civil propio. Proceso de divorcio y liquidación del régimen económico de separación de bienes.

Preceptos de referencia: Artículo 43. 1 Ley catalana 9/1998 (Código de familia de Cataluña) y artículo 149.1.6.ª CE.

En Cataluña, como es notorio, el régimen económico matrimonial por defecto es el de separación de bienes. No se trata de un régimen excepcional, pactado por personas de elevado estatus económico o cuyos específicos y meditados intereses patrimoniales reclamen tal solución, como acaso sucede en otros lugares de España. Salvo que acuerden lo contrario –cosa del todo inusual– todos los matrimonios catalanes quedan sujetos a ese régimen. Sus ventajas son importantes. Pero también tiene inconvenientes. Éstos se ponen claramente de manifiesto cuando el matrimonio entra en crisis e incluso, en no pocas ocasiones, *post mortem* cuando se disuelve por fallecimiento. Los catalanes hace tiempo que se vienen aplicando a corregir las deficiencias de un régimen un tanto mitificado por aquellas clases sociales para las que, en efecto, fue y sigue siendo útil. Lo han hecho a través de sus legisladores, mediante la compensación por el trabajo en el hogar o en beneficio del otro cónyuge, cuya versión actual supone un nuevo paso para alejarse de la separación absoluta y aproximarse al régimen de participación en las ganancias (*cfr.* art. 232-5 y 6 de la Ley catalana 25/2010, Libro II del Código civil de Cataluña, CCCat) Pero, al margen de esos movimientos, hace tiempo que los ciudadanos vienen también tomando medidas por sí mismos, consistentes, básicamente, en constituir comunidades proindiviso sobre los bienes más valiosos, entre los que destaca –si no es el único– la vivienda familiar. En caso de crisis conyugal (esto es, de divorcio, pues la separación está en trance de pasar a la historia y la nulidad no es propiamente una crisis conyugal), todo se reduce a disolver el vínculo y deshacer la comunidad o comunidades que se hubieran podido crear.

El cóctel típico lo forman una demanda de divorcio y una acción de división de la vivienda común. Son los dos lados de una misma moneda. Precisamente por ello el artículo 43.1 de la Ley 9/1998 (Código de Familia de Cataluña, CF) permitía a los cónyuges casados en régimen de separación de bienes ejercitar la acción de división de la cosa común en el propio procedimiento matrimonial. De este modo se evitaba la necesidad de dos procesos. La norma rezaba como sigue:

«En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y de ejecución en el orden civil de las resoluciones o decisiones eclesiales a que hace referencia el artículo 42, de matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de cosa común con respecto a los que tengan en pro indiviso. Si los bienes afectados son más de uno y la autoridad judicial lo estima procedente, aquéllos pueden ser considerados en conjunto, a efectos de la división.»

Esta fue la norma invocada en un proceso de divorcio contencioso planteado el 17 de noviembre de 2005 ante los Juzgados de Arenys de Mar (Barcelona). El esposo, demandante, solicitaba la disolución del matrimonio, junto con el cese de la atribución de la vivienda familiar a la esposa y la división de esta como bien en proindiviso. La esposa demandada pidió conservar el uso de la vivienda sin oponerse a la acción de división. Fue el juez quien vio los problemas en relación con esta. Hay que tener en cuenta que los procesos matrimoniales se sustancian por los trámites del juicio verbal con algunas especialidades (*cfr.* art. 748 de la Ley de Enjuiciamiento civil, LEC) y que el artículo 438 LEC, antes de su reforma en 2012, no permitía la acu-

mulación de las dos acciones, de tal forma que debían tramitarse dos pleitos sucesivamente: uno para la disolución del matrimonio y otro, después, para la liquidación del régimen, cuando hubiera una masa común de bienes (art. 806 LEC). Este era el recorrido que el artículo 43.1 CF quería ahorrar a los catalanes para muchos de los cuales la «masa común de bienes» suele reducirse a la vivienda, con frecuencia hipotecada, y unos cuantos ahorros. En esta línea se situaría también el breve voto particular del magistrado del TC Gay Montalvo, en el que la constitucionalidad de la norma se argumenta con «*motivos de economía procesal, agilidad y eficiencia en la respuesta judicial*».

El juez, sin embargo, consideró que el artículo 43.1 CF infringía la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma, al tratarse de una norma procesal no justificada por especialidad alguna del Derecho sustantivo catalán. En coherencia con tal criterio, y como garante de la constitucionalidad de las leyes, suspendió el procedimiento y elevó cuestión al TC. Cuando este conoció de ella el artículo 43.1 CF ya había sido derogado junto, con el resto del CF catalán (aunque la norma se mantuvo como art. 232-12.1 del nuevo CCCat). Pero esta circunstancia no dejaba sin efecto la cuestión pues, a fin de cuentas, el artículo 43.1 CF era la norma que el juez debía aplicar de acuerdo con las disposiciones transitorias del CF (*cf.* FJ 2 de la STC).

No planteaba muchas dudas la naturaleza de procesal del artículo 41.3 CF. Por ello el debate se centró esencialmente en la cuestión de si, pese a lo anterior, debía admitirse la competencia autonómica al amparo de la excepción prevista para «especialidades» procesales derivadas de «particularidades» del derecho sustantivo (art. 149.1.6.^a CE; para las competencias autonómicas en materia civil, *vid.* arts. 9 y 129 de los Estatutos de 1979 y 2006, respectivamente). La resolución del TC lo niega con invocación de la doctrina sentada en la anterior STC 47/2004 (Ley gallega 11/2003, sobre el recurso de casación en material de Derecho civil de Galicia).

Para sus defensores, la competencia catalana se justificaría porque el artículo 43.1 CF «*constituye una respuesta jurídica idónea [...] más adecuada que la prevista en el Derecho procesal estatal, para un supuesto determinado (régimen de separación de bienes), que es el habitual en Cataluña*». Tal respuesta –añadían– resulta «*más necesaria en Cataluña que en aquellos territorios sometidos al Derecho común, de suerte que no sólo sería útil sino imprescindible*» (FJ 8). El TC, sin embargo, rechaza de forma rotunda que concurra especialidad alguna. «*El problema que resuelve el artículo 43.1 del Código de familia no es exclusivo de Cataluña, ni jurídica ni socialmente. [...] la necesidad de una singular norma procesal que resuelva la división de las cosas comunes en el supuesto de liquidación del régimen de separación de bienes por razón de separación o divorcio se produce con la misma intensidad en el Derecho civil catalán, en los demás derechos civiles especiales o forales y en el Derecho civil común. En suma, la realidad social que viene a atender la norma cuestionada no es distinta de la existente en otros territorios con Derecho civil propio en el que se admite como régimen económico conyugal el de separación de bienes, como tampoco puede afirmarse que la situación de sus destinatarios sería distinta a la de los otros cónyuges sujetos al régimen de separación de bienes en virtud de la aplicación de las normas del Derecho civil común. Y en todos estos casos el Derecho sustantivo se somete a la legislación procesal estatal*» (FJ 8). En definitiva, el «problema catalán» es más bien «español» y, por tanto, quien debería resolverlo es quien tiene competencias para ello: el Estado. En este sentido, observa el TC: «*No tienen cabida en la habilitación competencial operada por el artículo 149.1.6*

CE las normas procesales cuya razón de ser es introducir lo que el legislador autonómico plantea como una mejora de la legislación procesal general para la Comunidad Autónoma» (FJ 9). En consecuencia, se declara inconstitucional y nulo el artículo 43.1 CF. Cabe entender que esta declaración se proyecta también sobre el artículo 232-12.1 del vigente CCCat (*División de los bienes en comunidad ordinaria indivisa*), conforme al cual: «En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa».

No obstante, pese a su anulación por infringir las reglas de distribución competencial, la razonabilidad del artículo 43.1 CF fue refrendada casi de inmediato por el legislador estatal, aprovechando la tramitación del proyecto de ley sobre *mediación*. A través de una enmienda del Grupo parlamentario de Convergencia i Unió, cuya justificación incluía una expresa referencia a la recién dictada sentencia del TC, se vino a añadir una nueva excepción a la prohibición de acumulación de acciones en el juicio verbal (núm. 141, BOCG, Congreso, X, 24/05/2012, serie A, núm. 6-7). De acuerdo con la DF 3.^a de la Ley 5/2012, de 6 de julio, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, el vigente artículo 438.3 LEC dispone que: «No se admitirá en los juicios verbales la acumulación objetiva de acciones, salvo las excepciones siguientes: [...] 4. En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos».

STC 25/2012, de 27 de febrero

RA: Estimado.

Ponente: Rodríguez Arribas.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a una resolución congruente. Incongruencia omisiva o ex silentio. Distinción entre meras alegaciones accesorias y pretensiones.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE; artículos 1.902 y 1.968.2.º CC.

El recurrente en amparo interpuso, en fecha 7 de junio de 2006, demanda de juicio ordinario frente a la junta de compensación Bizcochero Capitán (Málaga), en la que ejerció la acción de responsabilidad civil extracontractual (*ex* artículo 1.902 CC) por los daños que había sufrido el 16 de noviembre de 2004, al colisionar con dos vallas que no estaban debidamente señalizadas en la vía titularidad de la junta. A la vista de que la acción se interpuso cuando ya había transcurrido más de un año desde la fecha del accidente, la junta formuló, en su contestación a la demanda, excepción de prescripción de la acción (art. 1.968.2.º CC). El JPI estimó la demanda y rechazó la excepción de la demandada, por entender que no fue hasta que la Administración (ayuntamiento) a la que había reclamado previamente en la jurisdicción contencioso-administrativa rechazó su responsabilidad cuando el demandante tuvo conocimiento

de que era la junta la responsable de la conservación de la vía. En la oposición al recurso de apelación de la junta frente a la sentencia del JPI que rechazó la excepción de prescripción, el demandante insistió en ese argumento: no fue hasta el 11 de mayo de 2006 cuando tuvo conocimiento de que la vía no era pública en la fecha del accidente, por lo que con arreglo al artículo 1.969 del CC el *dies a quo* del plazo de la acción de responsabilidad civil extracontractual venía determinado por esa fecha (día en que pudo ejercitarse).

La Secc. 5.^a de la AP de Málaga estimó el recurso de apelación de la junta y declaró que la acción había prescrito en el momento de interposición de la demanda. A juicio de la AP, la junta no se vio afectada por la interrupción de la prescripción de la acción que se había producido por la reclamación al ayuntamiento: el artículo 1.974 CC –argumenta la AP– solo resulta de aplicación a los deudores solidarios, y el ayuntamiento y la junta no reúnen esta condición; de manera que la reclamación inicial al ayuntamiento no interrumpió el plazo prescriptivo en relación con la junta.

El demandante formula recurso de amparo frente a la sentencia de la AP de Málaga que estimó el recurso de apelación de la junta en los términos que se acaban de indicar, así como frente al auto que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones por infracción del artículo 24.1 CE.

En la presente sentencia, el TC estima este recurso de amparo, declara la nulidad de las resoluciones impugnadas y acuerda retrotraer las actuaciones al momento anterior a la resolución del recurso de apelación.

1) *Doctrina constitucional sobre la incongruencia omisiva o ex silentio.*—Con anterioridad al encuadramiento de la concreta cuestión discutida en el recurso de amparo, el TC recuerda su doctrina constitucional sobre el vicio de incongruencia (con carácter general), por medio de la reproducción de la síntesis de la anterior STC 40/2006. En esta síntesis, destaca –por la trascendencia en el caso enjuiciado– la caracterización constitucional del vicio de incongruencia omisiva o *ex silentio*, esto es, «cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita» (*apud* FJ 3).

2) *Doctrina constitucional sobre la distinción entre alegaciones y pretensiones.*—En conexión con la doctrina sobre la incongruencia omisiva –y describiendo el escenario en el que con algún matiz debe resolverse la demanda de amparo–, la sentencia del TC reproduce la STC 100/2004 y, en particular, la distinción que en ella se traza acerca de las «*meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas*». Es en relación con las segundas (las pretensiones) en las que «*la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor siempre y cuando la pretensión omitida haya sido llevada al juicio en el momento procesal oportuno*» (*apud* FJ 3).

3) *El argumento del demandante de que su acción no había prescrito porque el plazo no empezó a correr hasta la fecha del conocimiento de la identidad del sujeto responsable, ¿era una mera alegación accesoria o una pretensión?*—A pesar de que esta es la cuestión discutida por las partes del recurso de amparo (*cf.* FJ 4), el TC prefiere esquivarla, pero sin ocultarla. Para ello, no deja de reconocer la «*complejidad de distinguir cuándo la invocación por el demandante o el demandado de unos hechos o de una norma integra la pretensión y cuándo, por el contrario, de una alegación meramente accesoria*»; y, en su lugar, propone un criterio de enjuiciamiento que permite prescindir de ese (incómodo) posicionamiento dogmático y que se ofre-

ce a «[a] los estrictos efectos de delimitar el contenido del derecho fundamental invocado»: existirá vicio de incongruencia omisiva constitucionalmente relevante a los efectos del artículo 24.1 CE «*siempre que se produzca una falta de respuesta a la invocación de unos hechos jurídicamente determinantes del sentido del fallo [...]*» (FJ 4).

4) *Solución al caso: es evidente que la alegación del demandante podía haber incidido o determinado decisivamente el fallo.*—Expuesto el criterio de enjuiciamiento de la pretendida incongruencia omisiva en los términos indicados, la solución al caso resulta —aparentemente— sencilla: «*la resolución sobre la cuestión planteada por el recurrente podía haber dado lugar a la desestimación del recurso de apelación*» (FJ 4). Por ello, la AP de Málaga, al no responder de forma expresa o tácita a esta cuestión, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en su dimensión de derecho a una resolución congruente (FJ 5). Antes de llegar a esta conclusión, el TC valora —para rechazarla— la posibilidad de que la AP pudiera haber respondido tácitamente a la alegación del demandante: de su sentencia, «*no puede saberse si efectivamente valoró la alegación defendida por el apelado, menos aún las razones por las cuales la desestimó*» (FJ 4).

STC 26/2012, de 1 de marzo

RI: Estimación parcial.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Comercio interior. Ordenación de la actividad comercial. Consumidores y usuarios. Comercio minorista. Establecimientos comerciales. Horarios comerciales. Venta de saldos. Venta a pérdida. Venta en rebajas. Legislación civil y mercantil. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. Defensa de la competencia.

Preceptos de referencia: Artículos 149.1.6.^a y 149.1.13.^a CE. Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las *Illes Balears*. Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista.

Los conflictos entre el Estado y las CC. AA. derivados de la distribución de competencias en el ámbito del comercio interior constituyen una de las materias más recurrentes entre los recursos de inconstitucionalidad de trascendencia civil que ocupan a la jurisprudencia constitucional. A la vista de que estos conflictos no cesan o que, en algunas materias tan sensibles —como la relativa a horarios comerciales—, el grado y trascendencia práctica de la disputa se acentúa, cualquier oportunidad para (re)definir la jurisprudencia constitucional tiene interés. En particular, lo tiene la presente STC 26/2012, cuya detallada argumentación —más desarrollada que alguno de sus precedentes más inmediatos— contribuirá decisivamente a definir el marco en el que se resolverán los próximos conflictos en este ámbito.

En este caso, el recurso de inconstitucionalidad fue promovido por el Presidente del Gobierno contra diversos preceptos de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las *Illes Balears* (la «Ley de Comercio Balear»). A juicio de la representación del Estado, estos preceptos vulnerarían las competencias del Estado derivadas, en esencia, de los artículos 149.1.6.^a y 149.1.13.^a CE, relativas a la legislación civil y mer-

cantil y a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

1) *Enquadramiento competencial de las cuestiones discutidas.*—Los preceptos impugnados en el recurso, pese a poder encuadrarse en las materias genéricas —y no precisamente clarificadoras en el ámbito competencial— de comercio interior y defensa de los consumidores usuarios, afectan a cuestiones heterogéneas y con un alcance desigual. Con todo, el TC no renuncia a ofrecer un encuadramiento competencial general, como antesala del enjuiciamiento particular de cada uno de los preceptos cuya constitucionalidad se discute por el Estado. Así, la sentencia parte de las indiscutibles competencias exclusivas de la CA de las Islas Baleares sobre las materias de comercio interior y defensa de los consumidores, esto es, las materias con arreglo a las cuales se dictan las normas impugnadas de la Ley de Comercio Balear. Estas competencias resultan de su debida asunción estatutaria en la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares. En la línea marcada por el Estatuto de Autonomía de Cataluña, esa asunción estatutaria se realiza «*sin perjuicio*» de las competencias del Estado y, más en particular, de aquellas que resultan del artículo 149.1.13.^a CE. De este marco competencial, el TC extrae una consideración obvia, pero cuyo punto de partida es imprescindible: «*las competencias autonómicas no pueden dejar de atemperarse a la disciplina establecida por el Estado en el ejercicio de sus competencias propias, lo que significa que las competencias asumidas por las Illes Balears han de respetar las competencias del Estado relacionadas en el artículo 149.1 CE en especial aquellas explícitamente mencionadas por el texto estatutario en relación con las competencias autonómicas en materia de defensa de los consumidores y usuarios y de comercio interior pues sólo entonces será dable reconocer que la autonómica se ha actualizado en el respeto a su marco delimitador propio, constitucional y estatutario [...]*». (FJ 3).

2) *La inconstitucionalidad de la regulación balear de la «actividad comercial al detalle»: la distinción entre regular las relaciones inter privados (legislación civil o mercantil) y regular la intervención de los poderes públicos en estas relaciones (comercio interior).*—Bajo el concepto de «actividad comercial al detalle», la Ley de Comercio Balear definió su ámbito objetivo de aplicación, esto es, aquella actividad comercial que quedaba comprendida en su regulación. Y, al definir esta actividad, el legislador autonómico no se limitó a definir la actividad comercial al detalle en los términos en los que el legislador estatal —por medio del artículo 1.2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista («LOCM»)— define el comercio minorista (ofertar la venta de productos a destinatarios finales), sino que la extendió a «*la oferta a los usuarios de servicios financieros, de obsequios o regalos como pago de intereses, y de financiación para la adquisición de un bien o de un producto concreto puesto a disposición del consumidor por la misma entidad financiera*». Para el TC, esta previsión es inconstitucional por invadir las competencias del Estado del artículo 149.1.6.^a (legislación civil y mercantil). Mediante esa norma, el legislador autonómico somete «*a una regulación de Derecho público [...] un extremo que el legislador [estatal] ha considerado integrante del tráfico jurídico privado, excluyéndolo asimismo de la regulación en materia de comercio para someterlo a una regulación específica en tanto que se trata de actividades que pueden ser calificadas como propias de una entidad de crédito*» (FJ 4). Más en concreto, el TC destaca que la previsión autonómica balear no afecta a una actividad de venta, sino al «*ofrecimiento de servicios bancarios sometidos a su regulación espe-*

*cífica en tanto que se trata de negocios propiamente bancarios»; y, por tanto, afecta a negocios jurídicos de naturaleza mercantil. Para llegar a esta conclusión, la sentencia desarrolla, en sus propios términos, su doctrina acerca de uno de los criterios más utilizados en la jurisprudencia constitucional para delimitar las competencias entre el Estado y las CC. AA. en el ámbito del comercio interior: la distinción entre regular las relaciones *inter privados* (legislación civil o mercantil) y regular la intervención de los poderes públicos en estas relaciones. De esta distinción se desprende que «*la definición de actividad derivada de dicha condición [la de comerciante] corresponde al Estado pues la misma, en cuanto determina la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil, es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado y se trata de una noción formulada al amparo del artículo 149.1.6 CE, competencia que incluye la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los comerciantes en cuanto tales*» (ibid.).*

3) *Inconstitucionalidad del régimen balear que restringe la apertura de establecimientos comerciales en función de su tamaño y en relación con el número de habitantes de la población en la que pretenden ubicarse.*—Es objeto de impugnación en el recurso de amparo el antiguo artículo 14.1 de la Ley de Comercio Balear (derogado y sustituido en 2010 por otra disposición). La inconstitucionalidad apreciada por el TC resulta de la constatación de que la norma autonómica impugnada prevé la imposibilidad de autorizar la instalación de determinados establecimientos comerciales en función de su tamaño cuando este dato se pone en relación con el número de habitantes. Esta previsión es contradictoria con el régimen estatal de autorización en materia de servicios y establecimientos comerciales (LOCM y Ley 17/2009, que incorpora la Directiva 2006/123/CE), que tiene, según expone la sentencia, un evidente carácter básico, como regulación que atiende a la eliminación de obstáculos indebidos al acceso al mercado (art. 149.1.13.^a CE).

4) *Enjuiciamiento de las restricciones baleares de los horarios mínimos globales de los establecimientos comerciales y del número mínimo de domingos y festivos de apertura.*—Se impugnan, por contravenir la normativa estatal en materia de horarios comerciales, tres preceptos de la Ley de Comercio Balear:

a) En primer lugar, la regulación autonómica según la cual el horario global máximo de horas semanales en la que los comerciantes pueden desarrollar su actividad comercial sería de 72, así como aquella que dispone que el horario diario no podría exceder de 12 horas. La resolución del recurso en este punto no resulta especialmente difícil: habida cuenta del artículo 3.1 Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, es evidente que la primera de las normas se ajusta al límite previsto en la norma estatal vigente y, por tanto, no existía contradicción normativa. En cambio, la segunda se opone frontalmente a la libertad reconocida en el artículo 3.2 Ley 1/2004, al introducir un límite o restricción no previsto en esta norma. Como señala el TC, esta regulación estatal prevé un «*régimen de libertad de horarios respecto de los días laborables de la semana que [...] excluye la intervención autonómica en este concreto aspecto*» (FJ 7). Esta última consideración es plenamente coherente con la consolidada doctrina del TC sobre las competencias del Estado en materia de horarios comerciales *ex* artículo 149.1.13.^a CE: la intervención legislativa estatal se justifica por el establecimiento de «*un régimen mínimo de libertad horaria dentro del cual cabe legítimamente cualquier opción de regulación autonómica*». De este modo, la constitucionalidad de la intervención legislativa estatal pasa por verificar, en primer térmi-

no, si su regulación «agota[n] las posibilidades de que el legislador autonómico con competencia para ello pueda llevar a cabo desarrollos normativos que, sin detrimento de la eficacia de la norma estatal básica, permitan que cada Comunidad Autónoma pueda establecer sistemas singularizados en la materia de horario de apertura de los establecimientos comerciales, tal y como expresamente reconocen tanto la propia exposición de motivos de la Ley 1/2004 como sus artículos 1 y 2» (FJ 7). Ahora bien, como ha quedado dicho, la STC 26/2012 también recuerda que, en ocasiones, la regulación estatal —especialmente, cuando interviene para liberalizar con carácter general un aspecto de la materia de horarios comerciales— excluye cualquier intervención legislativa autonómica sobre él.

b) En segundo lugar, también se impugna la norma autonómica balear por la cual se declara inhábiles, a efectos de los establecimientos comerciales, los domingos y festivos, salvo autorización expresa del Gobierno de las Islas Baleares. Para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de esta norma autonómica, la STC 26/2012 concluye, en primer término, que las normas de mínimos del artículo 4 Ley 1/2004 relativas a los domingos y festivos se ajustan materialmente a las exigencias del artículo 149.1.13.^a CE. Y lo hace en unos términos y planteamiento claramente inspirados en la doctrina anterior del Tribunal (especialmente, los de la STC 225/1993), pero con algún matiz innovador, y que mejoran, indudablemente, la argumentación seguida por la anterior STC 140/2011 (FJ 3), por ajustarse a la estructura económica del título competencial invocado: «*Teniendo presentes los objetivos que persigue la regulación estatal en materia de horarios comerciales, relacionados con la necesidad de «promover unas adecuadas condiciones de competencia en el sector, contribuir a mejorar la eficiencia en la distribución comercial minorista [y] lograr un adecuado nivel de oferta para los consumidores» es de apreciar que tales circunstancias determinan el carácter materialmente básico de la norma estatal, en la medida en que tal decisión no es indiferente, en cuanto estímulo a la demanda privada de bienes de consumo y al empleo en dicho sector comercial, lo que justifica que puede ser adoptada por el Estado en atención a su incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general y la comercial en particular»* (STC 26/2012, FJ 8)». Adviértase, por lo pronto, que el razonamiento que es propio de la presente STC 26/2012 no solo asume como tal términos de la STC 225/1993 para definir el ámbito objetivo del título del artículo 149.1.13.^a CE («*en cuanto estímulo a la demanda privada de bienes de consumo y al empleo en dicho sector comercial*»); sino que, con este objetivo, adopta también la caracterización propuesta por el conocido voto particular a esa sentencia, que formuló el Magistrado Viver Pi-Sunyer y al que se adhirieron los Magistrados de la Vega, Gimeno Sendra y Mendizábal. Por ello, se exige ahora por la presente STC 26/2012 que la regulación estatal en materia de horarios comerciales se justifique por «*su incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general y la comercial en particular*». Es decir y en síntesis: ya no se trata solo de que la regulación estatal de los horarios comerciales se apoye en un propósito legislativo de naturaleza económica general, sino que la justificación de esta acción legislativa deberá atender, para su validez de conformidad con el orden constitucional de distribución de competencias, a su incidencia directa y significativa sobre la actividad económica y la comercial en particular. Sobre la doctrina expuesta, el Tribunal concluye, en el conflicto concreto planteado, que la norma autonómica impugnada puede ser interpretada como conforme al artículo 4 Ley 1/2004, en la medida en que la

administración autonómica –al establecer las excepciones a la norma que declara inhábiles los domingos y festivos– puede (*rectius*, debe) ajustarse a la norma estatal mínima de 8 (STC 26/2012, FJ 8 *in fine*).

c) En tercer lugar, se impugna la norma autonómica que restringe la posibilidad de que los establecimientos comerciales situados en zonas de gran afluencia turística –y para los cuales el legislador estatal prevé una excepción de libertad de horarios– abran los domingos y festivos a partir de las 16.00 h. Por las razones anteriormente expuestas, el TC concluye que el legislador balear introduce una restricción contraria a la normativa estatal básica.

5) *Inconstitucionalidad de la prohibición autonómica de la venta de saldos.*–La venta de saldos, como es notorio, constituye una de las modalidades de venta reguladas en la LOCM (arts. 28 y 30). Prescindiendo de esta regulación y de los límites que en ella se prevén, el legislador autonómico balear dispuso una prohibición general de «*los establecimientos comerciales dedicados de forma exclusiva*» a esta modalidad de venta. En primer lugar, la STC 26/2012 advierte que esta norma no puede vulnerar la competencia del Estado relativa a la legislación mercantil (art. 149.1.6.^a CE): la norma autonómica «*no pretende regular las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales, ni las condiciones generales de contratación o, en principio, los derechos y obligaciones que afectan a la actividad libre del empresario mercantil*» (FJ 10). Se trata, por tanto, de una norma dictada bajo la competencia de las CC. AA. en materia de defensa de los consumidores y usuarios. Ahora bien, como señala el TC, importa diferenciar si la norma prevé realmente la adopción de medidas que persiguen la protección de los consumidores o si, por el contrario, se trata de medidas que se sitúan en el ámbito de la defensa de la competencia (competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.13.^a CE). Para el TC, la prohibición de establecimientos dedicados en exclusiva a la venta de saldos «*se sitúa más en el ámbito de la defensa de la competencia que en el de la protección de los consumidores y usuarios*». No estamos ante el supuesto enjuiciado en la anterior STC 124/2003, que convalidó una determinada regulación autonómica de la venta de saldos, sino ante una norma que «*pretende excluir que los comerciantes recurran a la misma en el concreto supuesto que regula, es decir, el precepto no prohíbe una determinada modalidad de venta, la de saldos en este caso, sino que el establecimiento comercial pueda dedicarse en exclusiva a este tipo de venta. Se trata así de un modo de intervención pública en el comercio que pretende ordenar el mercado mediante lo que supone una restricción a la libertad de empresa, en cuanto que impide la existencia de un formato comercial determinado, condicionando el libre ejercicio de la libertad comercial impidiendo que los comerciantes se dediquen plenamente a esta actividad en la medida en que se les impone el necesario desempeño simultáneo de otras actividades comerciales*» (*ibid.*). De este modo, la norma autonómica «*afecta al régimen de competencia entre los ofertantes y aspira, como aquí ocurre, a evitar la existencia de un formato comercial determinado, las normas correspondientes no tienen otro encaje competencial que el de la propia defensa de la competencia, con la consecuencia de que su adopción, corresponde, en principio, al Estado dentro de la legislación relativa a la regulación de las condiciones de competencia en el mercado ex artículo 149.1.13 CE y, por ello, debe ser declarada inconstitucional y, por tanto, nula*» (*ibid.*).

6) *Inconstitucionalidad de la limitación autonómica a las actividades de promoción de ventas anteriores al período de rebajas.*–El precepto autonómi-

co aquí impugnado prohibía la realización de cualquier actividad de promoción de ventas en el período de dos meses anterior al inicio de la temporada de rebajas. Para el TC, no es dudoso que, más allá de la incidencia que pueda tener en la protección de los consumidores, esta norma *«tiene como finalidad principal evitar que la concurrencia entre los empresarios en el mercado quede rota por el uso de unas ofertas que aspiran a atraer a los consumidores. En la medida, por tanto, en que se trata de una regulación que afecta sobre todo a la relación horizontal entre las empresas en una economía de libre mercado, y no a la situación del consumidor como destinatario de los productos producidos por las mismas, su aprobación corresponde al Estado en virtud del artículo 149.1.13.ª CE»* (FJ 11). Se declara, por tanto, su inconstitucionalidad.

7) *Inconstitucionalidad de la norma autonómica que define el concepto de venta a pérdida de forma distinta al artículo 14 LOCM.*—Finalmente, el TC enjuicia la validez de la norma autonómica que define la venta a pérdida como sigue: *«[...] existe venta a pérdidas cuando el precio de venta sea inferior al precio de adquisición del producto, más el coste del flete, más la parte alícuota del gasto general del establecimiento, más el beneficio comercial»*. La definición no es coincidente con la que se prevé a nivel estatal en el artículo 14 LOCM, cuya justificación competencial se encuentra en el artículo 149.1.6.ª CE y, en concreto, en la competencia para *«regular el Derecho mercantil de la competencia»*. Se trata, como expone el TC, de delimitar en el plano estatal lo que debe entenderse como venta a pérdida, *«en la medida en que supone un límite»* a la libertad de precios. De esta consideración, el TC concluye que la norma autonómica invade esta competencia del Estado. Adicionalmente, y desde una aproximación mucho más arriesgada (por discutible) y en todo caso innecesaria, la STC 26/2012 parte de que las *«prácticas» relativas a la venta a pérdida «ponen en riesgo no sólo la concurrencia de otros competidores en beneficio de los consumidores sino también la correcta y adecuada formación del consentimiento contractual de éstos en relación con el nivel de precios de los productos ofertados por los empresarios, persiguiendo que su consentimiento contractual se forme correctamente a salvo de prácticas que implican un conocimiento equivocado de uno de los elementos presupuesto de su decisión como es el precio de los productos ofertados»*. Y, sobre ello, el TC considera —para concluir que la norma enjuiciada incurre en un *«exceso competencial»*— que la regulación autonómica *«incide en la regulación mercantil de las transacciones comerciales con el consiguiente encaje en las competencias estatales en la materia»*.

STC 28/2012, de 1 de marzo

CI: DT Única, apdo. 4, de la Ley 7/1999, de 15 de marzo, del Parlamento de Canarias, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias, por infracción de los artículos 14, 38 y 149.1.8.ª CE. La cuestión se estima.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Derecho de adquisición preferente. Retractos legales. Legislación civil.

Preceptos de referencia: Los citados sub CI.

Cuestión de inconstitucionalidad formulada por el JPI núm. 7 de San Bartolomé de Tirajana (Las Palmas) en relación con la DT Única, apdo. 4, de

la Ley 7/1999, de 15 de marzo, del Parlamento de Canarias, de modificación de la Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canaria, por la posible vulneración de los artículos 14, 38 y 149.1.8.^a CE. El TC, tras analizar la constitucionalidad de la norma en relación con las competencias del Estado en materia de legislación civil, estima la cuestión y declara la nulidad de la norma autonómica.

1) *Contenido y finalidad de la norma autonómica cuestionada.*—En el marco de la ordenación de la actividad turística en el ámbito territorial de las Islas Canarias, el legislador autonómico reconoció un derecho de adquisición preferente a favor (i) en primer lugar, de los «titulares de unidades alojativas», esto es, los propietarios de bienes inmuebles que estén siendo objeto de explotación turística por ofrecer alojamiento de ese tipo; y (ii) en segundo lugar, para el caso de que estos propietarios no ejercitaran ese derecho de adquisición preferente, de la empresa encargada de esa explotación turística. Este derecho de adquisición preferente se reconoce para el supuesto de que se transmita cualquiera de las unidades alojativas no destinadas a la actividad turística. La norma se justifica, en términos de política jurídica, en el llamado principio de «unidad de explotación», esto es, el propósito normativo del legislador autonómico canario de alcanzar una unidad de gestión en las explotaciones que ofrecen servicios de alojamiento turístico (*cf.*, así, FJ 3).

2) *La distinción entre retractos legales a favor de una Administración y la regulación jurídico-privada.*—Para encuadrar la cuestión controvertida en su jurisprudencia, el TC parte de dos premisas: (i) la regulación de un derecho de adquisición preferente o de un retracto legal supone legislar sobre una institución que pertenece «al ámbito de las relaciones jurídico-privadas y, desde esta perspectiva, como derecho(s) real(es) de adquisición preferente, su regulación es competencia exclusiva del Estado [...] salvo las peculiaridades propias de los Derechos forales o especiales» (FJ 4); y (ii) no obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha admitido la regulación autonómica de derechos de retracto a favor de la Administración «para determinados supuestos y respondiendo a una finalidad pública constitucionalmente legítima» (*ibid.*).

3) *El derecho de adquisición preferente previsto en la norma autonómica canaria cuestionada se prevé a favor de personas físicas o jurídicas de carácter privado e incide exclusivamente en una materia propia del Derecho civil.*—Dos son las consideraciones que llevan al TC a concluir que la norma autonómica constituye una regulación civil comprendida en las competencias exclusivas del Estado del artículo 149.1.8.^a CE (además, lógicamente, de recordar que la CA de Canarias no tiene «garantía de foralidad civil» [FJ 3]). Por un lado, el TC descarta que, en este caso, pueda aplicarse su indicada doctrina acerca de la validez de las regulaciones autonómicas que prevén retractos legales: aquí no se reconoce el derecho de adquisición preferente a una Administración, sino «en beneficio de una persona física o jurídica de carácter privado». Por otro lado, y acaso el argumento de mayor peso, el TC resalta que la norma autonómica incide «en un ámbito propio del Derecho privado, en particular civil, como es el de las relaciones contractuales establecidas en enajenaciones de inmuebles entre particulares, privilegiando a unos potenciales adquirentes frente a otros y limitando la libre disposición de su titular que viene obligado a vender a las personas privadas designadas por la disposición cuestionada» (FJ 5). En suma, se trata de una norma «enteramente civil sin que exista ningún elemento o parte en la relación jurídica que pudiera confundir su regulación con Derecho administrativo que

permitiera incardinarla en el ámbito de la legislación turística competencia de la Comunidad Autónoma» (FJ 6).

STC 37/2012, de 19 de marzo

CI: Artículos 81 RD-Leg. 339/1990 (tráfico y seguridad vial, LSV) y 132 Ley 30/1992 (régimen de las administraciones y procedimiento administrativo común, LPAC) en la interpretación dada por la Sala 3.^a del TS al resolver recursos en interés de ley, por infracción de los artículos 9.3 y 123.1 CE; y, subsidiariamente, artículo 100.7 Ley 29/1998 (jurisdicción contencioso-administrativa, LJCA), por infracción del artículo 117.1 CE. La cuestión se desestima.

Ponente: Aragón Reyes. Votos particular concurrente de Pérez Tremps. Discrepantes de Gay Montalvo, Asua Batarrita y Ortega Álvarez.

Conceptos: Sistema de fuentes. Jurisprudencia vinculante e independencia judicial.

Preceptos de referencia: Los citados sub CI.

El caso tiene su origen en una sanción por una infracción de tráfico y en los subsiguientes recursos interpuestos por el sancionado. El núcleo del debate se centraba en la cuestión de la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas, regulada en los artículos 81 LSV y 132 LPAC. Según el juzgado que plantea la cuestión, la interpretación dada por la Sala 3.^a del TS a dichos preceptos, vinculante para los tribunales inferiores, lesionaría «el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), así como el principio de supremacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE, en relación con el artículo 5.1 LOPJ), en cuanto la referida jurisprudencia en interés de ley del Tribunal Supremo colisionaría con la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que considera el silencio administrativo como ficción legal para poder recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que el incumplimiento por parte de la Administración de su obligación de resolver pueda deparar perjuicios al interesado» (FJ 1). Esta es la alegación principal del recurso y la que da lugar a los votos particulares. Sin embargo, desde un punto de vista general, tiene mayor interés la alegación subsidiaria, referida a la supuesta infracción del principio de independencia judicial (art. 117.1 CE) por la existencia de jurisprudencia de obligado seguimiento para los órganos judiciales inferiores.

Es bien sabido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ocupa un lugar particular en el sistema de fuentes. Su función es complementar el ordenamiento jurídico, sin llegar a tener carácter vinculante para los órganos judiciales inferiores. Es normal que estos la sigan. Pero no tienen por qué hacerlo. Este esquema presenta, sin embargo, una excepción cuando las sentencias del Tribunal Supremo se dictan para resolver recursos de casación en interés de la ley por estimarse «gravemente dañosa para el interés general y errónea» la resolución recurrida. En tal caso su doctrina sí tiene carácter vinculante y adquiere, por tanto, valor normativo para los órganos judiciales inferiores.

En este sentido, el artículo 100.7 LJCA dispone que: «La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a

partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional». En análogos términos se expresa el artículo 493 LEC, según el cual: «La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo».

1) *El recurso de casación en interés de la ley: excepcionalidad y función.*—El TC subraya, en primer lugar, que el recurso de casación en interés de la ley es excepcional, tanto por los sujetos legitimados como por sus efectos pues las sentencias que se dicten solo sirven para crear jurisprudencia, cuya doctrina legal será vinculante si el recurso se ha estimado, pero dejando intacta la fuerza de cosa juzgada de la resolución objeto del recurso. Lo que se pretende es «preservar la homogeneidad jurisprudencial, mediante el establecimiento por el Tribunal Supremo de una doctrina legal, vinculante para Jueces y Tribunales inferiores, sirviendo con ello al objetivo de que la ley sea igual en todo el territorio nacional (arts. 14 y 139.1 CE) y al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al tiempo que dota de contenido real a la supremacía del Tribunal Supremo, precisamente creado con el nombre de «Supremo Tribunal de Justicia» por la Constitución de 1812, en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE), «una supremacía que se traduce en la doctrina legal cuya función complementaria del ordenamiento jurídico con valor normativo reconocen el Código Civil (art. 1.6) y la propia Ley de la Jurisdicción cuando regulaba otrora los recursos extraordinarios de apelación en interés de ley o de revisión para la homogeneización jurisprudencial [...] y configura hoy los de casación para la unificación de doctrina y en interés de ley, herederos de aquéllos» (SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 1, y 184/1995, de 12 de diciembre, FJ 1)» (FJ 3). De este modo, añade el TC, «a la tradicional finalidad nomofiláctica de protección del Derecho objetivo del recurso de casación propiamente dicho, el recurso de casación en interés de la ley añade una función integradora o uniformadora del Derecho, pues mediante el establecimiento por el Tribunal Supremo (dada su supremacía ex artículo 123.1 CE) de una doctrina legal vinculante para todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado jurisdiccional, se garantiza la aplicación uniforme de la ley en todo el territorio nacional».

2) *Compatibilidad del carácter vinculante de la doctrina legal con el principio de independencia judicial.*—La independencia judicial permite, en efecto, que los tribunales inferiores discrepen razonadamente de los superiores, incluido el Tribunal Supremo (art. 1.6 CC). Esta posibilidad, ciertamente, no existe con referencia a la doctrina legal de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sentada en sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de ley. Tal doctrina vincula a los tribunales inferiores. Sin embargo, dice el TC, «no por esa vinculación queda abolida o cercenada en tales supuestos la independencia judicial de los órganos judiciales inferiores en grado» (FJ 7). Y es así porque el legislador lo ha decidido «conforme a la libertad de configuración que le corresponde al establecer el régimen jurídico de los recursos y en atención a preservar intereses constitucionalmente garantizados, como lo son el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la aplicación igual del Derecho en todo el territorio nacional

(arts. 1.1, 14 y 139.1 CE)» (FJ 7). Se diría a la vista de esta explicación que, en cualquier momento, el legislador puede modificar el sistema de fuentes para otorgar carácter vinculante en todo caso a la doctrina del Tribunal Supremo. Sin embargo, el TC no deja de subrayar la excepcionalidad de los recursos de casación en interés de la ley y su «finalidad específica: *corregir las sentencias de los Tribunales inferiores que se estiman “gravemente dañosas y erróneas”*» (FJ 7). La regla sigue siendo que la independencia judicial excluye el carácter directamente vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo.

El problema resuelto por esta sentencia ha sido objeto de otras dictadas también en 2012. Todas ellas se remiten a la reseñada. *Vid.* SSTC 75, 91, 93, 94 y 98/2012.

STC 76/2012, de 16 de abril

RA: Estimado.

Ponente: Sala Sánchez.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho al acceso a la jurisdicción. Acción de anulación de laudo arbitral. Plazo de caducidad del artículo 41.4 de la Ley de Arbitraje.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE; artículo 135.1 LEC; artículos 40 y 41.4 de la Ley de Arbitraje.

Uno de los preceptos mejor conocidos de la legislación procesal civil –especialmente, por los abogados– es el artículo 135.1 LEC, que permite la presentación de escritos sujetos a plazo hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento de ese plazo. En la presente sentencia, el TC –que ya se había ocupado de este precepto y su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (*cf.*, entre otras, SSTC 260/2000 y 151/2008)– se enfrenta a una cuestión novedosa y cuyo origen se remonta a esta otra cuestión: ¿puede la acción de anulación de un laudo arbitral prevista en el artículo 40 de la Ley de Arbitraje beneficiarse del artículo 135.1 LEC y presentarse al día siguiente al de la finalización de su plazo de caducidad de 2 meses según el artículo 41.4 de la Ley de Arbitraje?

En el caso, el demandante de amparo no dudó del sentido afirmativo de la pregunta que se acaba de formular. Por ello, interpuso ante la Secc. 4.^a de la AP de Vizcaya la acción de anulación de laudo arbitral el 30 de junio de 2008 a las 14.55 h., cuando el plazo de caducidad de 2 meses para esa acción, según el artículo 41.4 de la Ley de Arbitraje, finalizaba el día anterior (29 de junio de 2008). No obstante, la AP apreció la caducidad de la acción, al entender que el plazo de 2 de meses de esa norma es un plazo civil –no procesal–, y, como tal, sujeto a las reglas de cómputo del artículo 5 CC (de fecha a fecha sin exclusión de los días inhábiles) y cuyo transcurso produce de forma irremediable la caducidad de los derechos y acciones cuyo ejercicio está sometido a dicho plazo. La previsión del artículo 135.1 LEC sería, de este modo, únicamente aplicable a los plazos procesales.

La sentencia de la AP que aprecia en estos términos la caducidad de la acción es objeto de recurso de amparo, así como la providencia que denegó el ulterior incidente de nulidad de actuaciones por vulneración del artículo 24.1 CE. El TC estima el recurso de amparo, declara la nulidad de las resoluciones

impugnadas y acuerda retrotraer las actuaciones al momento anterior a que la AP inadmitiera la acción de anulación del laudo por caducidad.

1) *Delimitación del enjuiciamiento constitucional de la cuestión discutida.*—El TC advierte que no le corresponde entrar a enjuiciar la cuestión de fondo que subyace en la presente controversia (esto es, si el artículo 135.1 LEC resulta de aplicación en relación con la acción de anulación de laudo arbitral); ni siquiera, según parece desprenderse del FJ 5, si la doctrina constitucional acerca del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción exige una interpretación amplia, distinta a la realizada por la AP, de ese precepto. Antes bien, para el TC su enjuiciamiento ha de centrarse en una cuestión más concreta y estrictamente relacionada con el caso analizado: debe «comprobar si la interpretación de las normas procesales efectuada por la Sentencia impugnada es o no respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo y, en particular, [...] si esa interpretación revela un rigor o formalismo exagerado en relación con los fines que trata de preservar y el sacrificio que comporta y, en consecuencia, acaba por convertir es impracticable el derecho al disfrute del plazo en su totalidad» (FJ 5).

2) *La verdadera «razón» de la estimación del recurso de amparo: el plazo para la interposición de la acción de anulación finalizaba un domingo.*—El matiz introducido en la delimitación del enjuiciamiento que correspondía en sede del recurso de amparo le sirve al TC para encauzar más cómodamente la resolución en el presente caso: sin exponerlo abiertamente, el TC no deja de reparar en que el plazo para la interposición de la acción vencía el domingo 29 de junio de 2008 y que el artículo 135.2 LEC no admite la presentación de escritos en los juzgados de guardia. De este modo, para el TC, el rechazo por parte de la AP de la aplicación del artículo 135.1 LEC «dio lugar a una reducción del plazo legal de acceso a la jurisdicción incompatible con el derecho del recurrente a disponer del plazo en su integridad para presentar su acción de nulidad» (FJ 5). Adviértase, por tanto, que de la presente sentencia no surge una doctrina constitucional que exija aplicar el artículo 135.1 LEC para la determinación del plazo en que puede interponerse válidamente la acción de anulación del artículo 40 de la Ley Arbitraje, sino que esa exigencia solo resulta en determinados casos y, en particular, cuando el plazo de esa acción finalice en domingo o día inhábil.

STC 78/2012, de 16 de abril

CI: Artículo 34.2,II de la Ley vasca 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por posible vulneración, entre otros, del artículo 14 CE.

Ponente: Rodríguez Arribas.

Conceptos: Discriminación por razón de edad. Igualdad en la ley.

Preceptos de referencia: Artículo 34.2,II de la Ley vasca 11/1994 y artículo 14 CE.

Entre los criterios manejados en Derecho civil para determinar los diferentes estados de la persona y consiguientemente la capacidad de obrar, destaca la edad. Dicho de otra manera: la edad es, objetivamente, un factor de discriminación, al margen de que pueda resultar del todo justificado. Por tal

razón es oportuno seguir aquellos casos en los que se discute acerca de este factor, aunque poco o nada tengan que ver con el Derecho civil.

En la norma impugnada, la edad (65 años) se usaba como criterio para impedir el ejercicio de una actividad profesional o, para ser más exactos, para preferir a personas más jóvenes en caso de concurrencia. En este sentido, el artículo 34.2.II de la Ley vasca 11/1994 disponía que los procedimientos para la autorización de una nueva oficina de farmacia «*sólo podrán resolverse a favor de farmacéuticos de más de sesenta y cinco años o de farmacéuticos titulares o cotitulares de oficinas de farmacia ubicadas en la misma zona farmacéutica cuando no existan otras solicitudes en el mismo expediente*».

El TC remite a la doctrina sentada en las sentencias 63/2011, 79/2011, 117/2011 y 161/2011. En ellas se declaró la inconstitucionalidad de varias normas autonómicas que prohibían acceder a nuevas oficinas de farmacia a mayores de sesenta y cinco años, por considerarlo «*una discriminación arbitraria por razón de la edad que no quedaba justificada*» (FJ 2). En este nuevo caso, no se trataba tanto de una prohibición de acceso como de una posposición en caso de competir con personas de edad inferior. Pero la diferencia no es relevante a juicio del TC pues «*la norma va a producir el mismo efecto que si se utilizase la edad como criterio absoluto de exclusión*» (FJ 2).

El TC empieza recordando que, en el caso de la edad, el análisis de la justificación ha de ser particularmente exigente: «*Al no hallarnos en el ámbito de la genérica interdicción de la desigualdad, sino en el de la prohibición de la discriminación por las causas que, en enumeración abierta, se contienen en el segundo inciso del artículo 14 CE, el canon de control de la excepcional legitimidad constitucional de la diferenciación por uno de esos factores, como lo es la edad, es mucho más estricto al enjuiciar la justificación y proporcionalidad de la diferenciación*» (FJ 5 de la STC 117/2011, citada en el FJ 3 de la que se reseña).

Planteada la cuestión en estos términos, el TC entiende que la discriminación por edad carece en este caso de justificación: «*No resulta constitucionalmente admisible justificar la prohibición contenida en la norma cuestionada en que a los sesenta y cinco años se produzca una merma de la aptitud y capacidad necesarias para desempeñar la asistencia farmacéutica*» (FJ 3). Asimismo rechaza que la discriminación pueda justificarse en las exigencias de planificación y organización del servicio o en la necesidad de medidas de acción positiva para un supuesto grupo desfavorecido, que serían los farmacéuticos menores de sesenta y cinco años. Como consecuencia de todo ello, la sentencia declara inconstitucional y nula la disposición impugnada.

STC 96/2012, de 5 de junio

RA: Estimado.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva en conexión con los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales. Incongruencia *extra petitum*. Diligencias preliminares.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1, 18.1 y 18.4 CE; artículo 256.1.6 LEC.

En el contexto de los numerosos procedimientos judiciales promovidos por determinadas asociaciones de consumidores y usuarios contra distintas entida-

des bancarias, la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorro y Seguros de España (ADICAE) formuló una solicitud de diligencias preliminares al amparo del artículo 256.1.6 LEC contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) con la finalidad de recabar determinada información para la interposición de una acción colectiva de cesación para la defensa de los intereses de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios. En particular, para poder identificar al mayor número de afectados por los contratos y por las cláusulas que, a juicio de ADICAE, deben considerarse abusivos o contrarios a la normativa de protección de los consumidores, esta asociación solicitó al JPI núm. 87 de Madrid –al que fue turnada la solicitud– que BBVA le entregara «*los listados diferenciados por productos financieros, en fichero electrónico “excel” o compatible, que contengan los datos personales (nombre y apellidos, DNI, dirección postal actualizada, y núms. de teléfono, fax y correo electrónico, si estuvieren disponibles), de los clientes personas físicas que, en toda España, hubieran contratado con dicha entidad bancaria productos financieros con la denominación comercial de “contrato cuota segura” y “contrato marco para la cobertura de operaciones financieras” o similares, o cualquier otro tipo de productos de permuta financiera de tipos de interés, cualquiera que sea su denominación comercial, que tengan por objeto cubrir el riesgo de subidas de interés asociado a un préstamo o crédito con o sin garantía hipotecaria, concertado a interés variable, mediante la contratación de un derivado financiero*» (apud Antecedente 2).

Después de la oposición de BBVA con arreglo al artículo 260 LEC y de la celebración de la correspondiente vista, el JPI núm. 87 de Madrid confirmó la procedencia de la solicitud de diligencias preliminares de ADICAE por medio del auto de 20 de octubre de 2010. Contra esta resolución BBVA promovió incidente de nulidad de actuaciones, en el que alegó, entre otros, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales. El JPI desestimó el incidente mediante su providencia de 29 de noviembre de 2010. BBVA formula recurso de amparo contra el auto y la providencia del JPI indicadas por vulneración del derecho fundamental del artículo 24.1 CE (i) en conexión con los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos (por considerar que el auto del JPI habría incurrido en una interpretación arbitraria e irrazonable del artículo 256.1.6 LEC, al no tener en cuenta las limitaciones exigidas por esos dos derechos fundamentales del artículo 18 CE); y (ii) por incurrir en incongruencia *extra petitum*, al considerar que el JPI habría acordado el requerimiento de información en unos términos más amplios que los de la solicitud de diligencias preliminares.

El TC estima el recurso de amparo de BBVA y, en consecuencia, declara la nulidad de las resoluciones del JPI núm. 87 de Madrid y acuerda retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la primera resolución que acordó la solicitud de diligencias preliminares de ADICAE.

1) *Cuestiones procesales: la legitimación de BBVA para recurrir en amparo.*—Tanto ADICAE como el MF objetaron la legitimación activa de BBVA, al considerar que esta no podía acceder al recurso de amparo para defender los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos de terceros, como serían sus clientes. Para el TC, esta objeción resulta manifiestamente infundada en relación con la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la incongruencia *extra petitum*: BBVA solicita el amparo en relación con un derecho propio, «*por cuanto no cabe duda de que el derecho de las partes en un proceso a que el órgano judicial resuelva*

las pretensiones oportunamente deducidas integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión» (FJ 2). Asimismo, en relación con la pretensión de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en conexión con los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales, el TC también considera que BBVA tiene legitimación activa: a diferencia de lo sostenido por la recurrida en amparo y por el MF, la recurrente en amparo no ejercita derechos de terceros, sino que cuestiona la «razonabilidad en términos constitucionales de la respuesta que el órgano judicial ha dado en el Auto impugnado a su oposición al requerimiento de entrega de listados en fichero informático de datos personales [...], por entender la demandante que la decisión judicial no ha ponderado debidamente la afectación que esa cesión de datos a un tercero, la asociación ADICAE, supone para los derechos fundamentales a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la protección de datos personales (art. 18.4 CE)» (ibid.). Además, el TC destaca que BBVA es «responsable frente a sus clientes de la custodia y conservación de esos datos personales (que sus clientes le facilitan a los solos efectos de la relación contractual bancaria), organizados en ficheros cuya titularidad corresponde a la demandante» (ibid.).

2) *Inexistencia de infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia extra petitum.*—La queja de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por la pretendida incongruencia *extra petitum* del auto impugnado es rechazada por dos motivos. Por un lado, el TC discrepa de la recurrente en el sentido de que, pese a que el JPI no se ajustó a los términos precisos solicitados por ADICAE, deba entenderse que el auto ampliara el objeto de la solicitud de diligencias preliminares. Más bien, para el TC el auto realizó una «aclaración», que «no se aparta de la esencia y sustancia de lo pedido» (FJ 5). Por otro lado, el TC resalta que esa alteración entre lo estrictamente solicitado por ADICAE y lo concedido por el JPI no impidió a la recurrente ejercitar adecuadamente su derecho de defensa.

3) *El JPI núm. 87 de Madrid, al aplicar el artículo 256.1.6 LEC, no cumplió con las exigencias de especial motivación y proporcionalidad que requería la adopción de una medida (la diligencia preliminar acordada) que supone un injerencia el ámbito objetivo del derecho fundamental a la protección de datos personales.*—Para llegar a esta conclusión, el TC sigue el siguiente razonamiento, cuyos hitos constituyen una clara síntesis de los presupuestos que ha de cumplir toda resolución judicial que limite un derecho fundamental y, en particular, de las resoluciones que resuelven solicitudes de diligencias preliminares que tienen por objeto la cesión no autorizada de datos protegidos por el artículo 18.4 CE:

a) *Los datos objeto del requerimiento de información a BBVA forman parte del derecho fundamental a la protección de datos personales del artículo 18.4 CE.*—El TC descarta, de este modo, la tesis sostenida por el MF, que entendía que el hecho de que los datos objeto del requerimiento (en esencia, datos personales de contacto y datos relativos al contenido de su relación contractual con la entidad bancaria) no fueran datos íntimos excluía su protección por el artículo 18.4 CE. Para ello, el TC se limita a recordar su doctrina acerca de que el ámbito objetivo de este derecho fundamental «no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales» (FJ 6). De este modo, el TC traza nuevamente la distinción entre el derecho a la intimidad personal

del artículo 18.1 CE y el derecho del artículo 18.4 CE, cuyo contenido resulta, por consiguiente, más amplio.

b) *La diligencia preliminar acordada por el JPI constituye una limitación al derecho fundamental a la protección de datos.*—El TC centra su caracterización del derecho del artículo 18.4 CE en resaltar las facultades de disposición y control que confiere a su titular, y ello, para acreditar que, con carácter general, la «cesión de datos personales a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, supone una nueva posesión [sic] y uso que requiere el consentimiento del interesado» (FJ 7). De este modo, el TC concluye, nuevamente con carácter general pero específicamente orientado al caso enjuiciado, que «cuando el Juez, en el seno de un procedimiento de medidas preliminares, solicita un fichero informático que contiene un conjunto de datos personales, con la finalidad de hacérselos llegar a una asociación que pretende iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados, está limitando el contenido del derecho fundamental a la protección de datos protegido por el artículo 18.4 CE [...]».

c) *Toda limitación o injerencia en un derecho fundamental adoptada por una resolución judicial debe estar prevista en la ley, debe resultar de una resolución especialmente motivada y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo.*—Esto resulta de la síntesis de la jurisprudencia constitucional que se contiene el FJ 7 de la sentencia y que determina la secuencia final del enjuiciamiento de la pretensión de amparo.

d) *El JPI no motivó suficientemente el auto impugnado.*—La parca argumentación que se contiene en el auto impugnado se limitó a justificar la adopción de la diligencia preliminar por el hecho de que la acción para cuyo ejercicio se solicitaba era una acción colectiva y resultaba necesaria la identificación de afectados del artículo 15 LEC. El TC censura este razonamiento, en primer lugar, porque es insuficiente para justificar la comunicación de datos acordada: para el ejercicio de la acción colectiva no es necesario o imprescindible contar con los datos personales de los clientes potencialmente afectados por los contratos o cláusulas abusivas o contrarias a legislación protectora de los consumidores y usuarios; en segundo lugar, el TC censura la falta de motivación del auto en relación con la delimitación del resto de las acciones anunciadas por ADICAE (acciones de nulidad por vicio del consentimiento y acciones restitutorias e indemnizatorias), lo que resultaba relevante para justificar la medida acordada (FJ 9).

e) *El auto impugnado omitió el juicio de proporcionalidad (en sentido amplio).*—Así el JPI no analizó si la medida acordada en su auto era (i) susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) necesaria, «en el sentido de que no exist[e] otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia» (juicio de necesidad); y (iii) «ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto» (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

f) *De la ausencia de motivación suficiente y del juicio de proporcionalidad en las resoluciones impugnadas resulta una infracción del artículo 18.4 CE.*—La genérica habilitación legal del artículo 256.1.6 LEC no es suficiente para determinar la validez de las resoluciones impugnadas. Como se ha visto, era necesario motivar especial y suficientemente la limitación al derecho fun-

damental a la protección de datos del artículo 18.4 CE, así como justificar esta limitación por medio del juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

g) *La vulneración en las resoluciones impugnadas del derecho del artículo 18.4 CE determina la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de BBVA.*—Y ello, porque cuando esta entidad se opuso al requerimiento de entrega de los ficheros informáticos con los datos personales no obtuvo «del órgano judicial una respuesta fundada en una aplicación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, de acuerdo con las exigencias de motivación y proporcionalidad [...]» (FJ 11).

La declaración de nulidad de las resoluciones impugnadas acordada por esta STC 96/2012 motivó que en el recurso de amparo resuelto por la posterior STC 219/2012 decayera la pretensión de amparo dirigida contra esas mismas resoluciones e instada por algunos de los clientes cuyos datos fueron objeto de la diligencia preliminar acordada. La STC 219/2012 resuelve, no obstante, la pretensión de amparo dirigida a la nulidad de las providencias del JPI núm. 87 de Madrid que denegaron la personación de esos clientes en el incidente de diligencias preliminares. A juicio del TC, la denegación de esta personación también vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes en amparo.

STC 119/2012, de 4 de junio

RA: Estimado

Ponente: Delgado Barrio

Conceptos: Derecho a la tutela judicial. Préstamo hipotecario y subrogación personal en la deuda. Cláusula contractual que remite a una norma declarada inconstitucional. Subrogación convencional y subrogación legal. Remisiones estáticas y dinámicas.

Preceptos de referencia: Artículo 24 CE.

El 3 de marzo de 1989 el Banco Hipotecario de España concedió un préstamo hipotecario a la entidad mercantil Horpavisa. En la cláusula 14.^a del contrato se pactó la sumisión expresa de las partes «a las disposiciones reguladoras de las operaciones del Banco Hipotecario de España contenidas en la Ley de 2 de diciembre de 1872, Real Decreto de 3 de noviembre de 1928 y disposiciones concordantes, y conforme a lo establecido en las mismas los adquirentes de los bienes hipotecados quedarán subrogados en todas las obligaciones asumidas por la parte prestataria en los términos que aquellas prescriben, sin perjuicio de lo establecido en la estipulación anterior» (Antecedente 2). Posteriormente Horpavisa vendió las fincas hipotecadas a Promociones Alfaro S.A., que se subrogó en la posición deudora mediante escritura de 25 de julio de 1989. Finalmente, el 14 de noviembre de 1990, una de las fincas fue adquirida en proindiviso por tres particulares (Margarita Jaráiz, Eduardo Gómez y Concepción Jaráiz). «En la escritura pública de compraventa se hizo constar como carga la hipoteca constituida a favor del Banco Hipotecario de España en garantía del préstamo original, así como que la parte compradora retenía la cantidad de siete millones y medio de pesetas (7.500.000 de pesetas) para atender “a la solvencia y cancelación de la hipoteca que grava a la finca objeto de esta escritura en los derechos y obli-

gaciones dimanantes de la cual queda subrogada solidariamente la parte compradora” por aquel mismo importe» (Antecedente 2).

En lo que atañe a la parte acreedora, se habían producido también algunos cambios. Banco Hipotecario de España fue absorbido por la Corporación Bancaria de España que a su vez, tras un cambio de denominación, fue absorbida por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA). Esta última empresa, por tanto, acabó siendo titular del crédito derivado del préstamo en su día concedido a Horpavisa.

El 17 de febrero de 1994 el Banco Hipotecario de España había entablado juicio ejecutivo contra las Sras. Jaráiz y el Sr. Gómez. Tras el correspondiente procedimiento, se subastó la finca, que se adjudicó el propio banco por importe de 4.690.000 pesetas. No obstante, según el nuevo titular del crédito (BBVA), habían quedado *«pendientes de pago parte del capital (42.022 euros) e intereses de demora (105.195,73 euros), haciendo el total de la deuda exigible el de ciento cuarenta y siete mil doscientos dieciocho euros con once céntimos (147.218,11 euros)»*. Para cobrar estas cantidades, BBVA, ya en el año 2007, interpuso demanda de juicio ordinario contra las Sras. Jaráiz y el Sr. Gómez, invocando la transcrita cláusula 14.^a del contrato suscrito por el Banco Hipotecario de España y Horpavisa. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia estimaron la demandada, aunque con una reducción sustancial de los intereses de demora por el tiempo que se había tardado en reclamarlos. De acuerdo con la sentencia de apelación, *«en modo alguno puede estimarse que la subrogación de los demandados en la hipoteca constituida sobre la finca que adquirieron lo fuera exclusivamente en la obligación real, en tenor de la prueba documental, y básicamente el testimonio del procedimiento hipotecario seguido con anterioridad. Por lo que dicho motivo de impugnación no podría prosperar. Del mismo modo, habría que [sic] decaer la alegación de haberse seguido el procedimiento hipotecario con arreglo a la ley declarada inconstitucional, dado que la Sentencia dictada a este respecto por el Tribunal Constitucional [STC 128/1994], de 5 de mayo, lo fue con posterioridad al inicio de dicho procedimiento, razón por la cual no se halla afectado por la misma» (Antecedente 2).*

Los condenados al pago acudieron en amparo ante el TC denunciando la violación del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE) al haberse aplicado el *«artículo 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 que obligaba a la subrogación de los terceros adquirentes de la finca hipotecada en todas las obligaciones que por razón de ella hubiera contraído su causante con el banco, pese a que ese precepto, junto a los artículos 33 a 35 de la ley fueron declarados inconstitucionales por la STC 128/1994, de 5 de mayo, y por tanto devinieron desde entonces inaplicables, al igual que los concordantes artículos 10 a 13 del Real Decreto-ley 1404/1928 de 4 de agosto»*. Además, dado que la *«causa de la declaración de inconstitucionalidad de esos preceptos de la ley de 1872 fue la desigualdad injustificada de trato que comportaban los privilegios concedidos por aquélla al Banco Hipotecario de España»*, los recurrentes también denunciaban la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE).

1) *Selección de la normativa aplicable y control de constitucionalidad.*—En primer lugar, reproduciendo jurisprudencia anterior, la sentencia explica que *«el control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente» (STC 203/1994, citada en la que se reseña, FJ 5)*. Esto último es lo que sucede *«cuando se aplica una norma derogada que resulta decisiva para el fallo, lo que*

convierte en irrazonable la elección de la norma aplicable». Hay que tener presente que la STC 128/1994, de 5 de mayo, al resolver varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, declaró la nulidad, entre otros, del artículo 36 de la ley que creó el Banco Hipotecario de España en 1872. En él se preveía «*la subrogación legal de los terceros adquirentes de la finca hipotecada en todas las obligaciones que por razón de ella hubiere contraído su causante con el banco*». A juicio del TC «*los privilegios que [se] otorgaban al Banco Hipotecario de España son contrarios al derecho fundamental de igualdad ante la ley (art. 14 CE), al haber desaparecido las razones históricas que las habían motivado (FJ 7)*» (FJ 5). Así las cosas, concluye, «*no es posible sostener la razonabilidad de una decisión judicial que se funde en la aplicación de un precepto que ya ha sido declarado contrario a la Constitución*» (*ibid.*).

2) *Normas inconstitucionales y cláusulas que se remiten a ellas*.—En el recurso de amparo el problema se plantea «*respecto de aquellos contratos de préstamo hipotecario que tras la publicación de la STC 128/1994 [...] siguen remitiéndose a [las] normas que han sido expulsadas del ordenamiento jurídico, lo que obliga a preguntarse si la remisión que actualmente se hace en la cláusulas contractuales al artículo 36 declarado inconstitucional convierte a ese régimen de subrogación en una cláusula contractual fruto de la autonomía de la voluntad y el régimen legal declarado inconstitucional pervive ahora como cláusula contractual*» (FJ 6). El TC observa que «*no se discute en estos autos la corrección del proceso de ejecución hipotecaria [de 1994] sino la procedencia de aplicar en el juicio ordinario [del año 2007, planteado por BBVA] la subrogación de los recurrentes en la totalidad de la deuda derivada del préstamo hipotecario de 3 de marzo de 1989*» (FJ 8).

Planteada la cuestión en estos términos, el otorgamiento del amparo se basa en dos razones. Por una parte, en el carácter predisuesto del clausulado contractual; por otra en la naturaleza dinámica de la remisión a la ley. En cuanto a lo primero, dice el TC, «*es de recordar, ante todo, que los contratos, como el que aquí se examina, suscritos con el Banco Hipotecario de España, son contratos predispuestos, en los que la entidad bancaria utiliza un clausulado previamente redactado para sus clientes. Y el hecho de que el contenido contractual haya sido unilateralmente predisuesto impone un mayor control respecto al mismo, de forma que se impidan las situaciones de abuso en la contratación respecto de la parte contractual económicamente más débil*» (FJ 8).

En relación con lo segundo, «*ha de subrayarse que cuando un contrato u otro negocio jurídico, contiene una referencia a una ley o a una norma, inmediatamente se plantea la cuestión de dilucidar si esa remisión normativa lo es a la norma en su redacción vigente en ese concreto momento inicial, que quedaría así, a estos efectos, “congelada” o si, por el contrario, esa remisión lo es a la norma en la redacción vigente en el momento posterior de que se trate. Pues bien, todos los contratos por supuesto los anteriores, pero también los posteriores a la STC 128/1994 que previeron con una u otra fórmula la subrogación obligatoria de los terceros adquirentes de la finca hipotecada, en realidad se estaban remitiendo al régimen jurídico de la subrogación forzosa establecida en el artículo 36 de la ley de 1872. No estaban simplemente, como afirma la Sentencia de instancia y parece entender la de apelación, pactando una subrogación convencional, en virtud del artículo 118 de la Ley hipotecaria, sino sometiendo a un régimen legal de subrogación obligatoria regulado en la Ley del Banco Hipotecario de España. La remisión a ese régimen difícilmente puede considerarse como una remisión estática, es decir, como una remisión a la regulación vigente en el momento*

de contratar –en nuestro caso 1990– que se incorporaría al contrato y quedaría congelada como cualquier otra estipulación contractual, sino que ha de interpretarse como una remisión dinámica, es decir, como una remisión a un régimen legal –y régimen legal era el de la subrogación forzosa–, con todas sus eventuales vicisitudes constitucionales posteriores. De manera que la voluntad de los contratantes al remitirse o someterse a ese régimen legal, es la voluntad de someterse al régimen vigente en cada momento histórico, si cambia la regulación. En nuestro caso, se produjo un acontecimiento de gran relevancia que fue la publicación de la STC 128/1994 que declaró inconstitucional la subrogación forzosa, lo que lleva a concluir que la norma inconstitucional a la que se remite (o incorpora como tal) el contrato no puede formar parte del mismo, por ser nula» (FJ 8).

Por tanto, concluye el TC, «no puede considerarse razonable mantener en los contratos la subrogación forzosa ex artículo 36 de la ley de 1872, tras una sentencia [...] que declara su inconstitucionalidad». La falta de razonabilidad de la selección de la norma aplicable «implica la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de los recurrentes en amparo, en su vertiente de derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada». En consecuencia, se otorga el amparo solicitado, con retroacción de los autos al momento anterior a la sentencia de primera instancia, sin que haya necesidad de entrar en la pretendida lesión del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

STC 143/2012, de 2 de julio

CPC: Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, de regulación del ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria, por invasión de las competencias exclusivas de Cataluña en materia de comercio interior (art. 121.1 EAC). El conflicto se estima.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Comercio interior. Venta ambulante o no sedentaria. Autorización administrativa. Legislación civil. Regulación jurídico-pública. Bases y coordinación de la planificación de la actividad económica.

Preceptos de referencia: los citados sub CPC.

Nuevamente, como en el caso de la STC 26/2012 (*vid. supra*), el TC se ocupa de un conflicto entre el Estado y las CC. AA. derivado de la distribución de competencias en el ámbito del comercio interior. En este caso, se trata del conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, que se dirige a determinar si la normativa reglamentaria dictada por el Estado como desarrollo de la regulación de la venta ambulante o no sedentaria prevista en los artículos 53 a 55 de la LOCM ha invadido la competencia exclusiva de esa Comunidad en materia de comercio interior (art. 121.1 EAC).

La normativa estatal discutida tiene por objeto, en particular, establecer las diferentes condiciones que deben cumplirse para ejercer dicha actividad (cap. I), la regulación de las autorizaciones administrativas (cap. II) y el régimen de inspección y sancionador en (cap. III).

1) *Las competencias autonómicas para disciplinar determinadas modalidades de ventas en el ámbito del comercio interior.* –Con carácter preliminar al enjuiciamiento de la normativa estatal impugnada, el TC recuerda

que la competencia exclusiva del Estado *ex* artículo 149.1.6.^a y 8.^a CE para identificar y regular el régimen jurídico-privado de las modalidades de venta en el ámbito del comercio minorista «*no impide que las normas autonómicas puedan disciplinar*» estas modalidades. Sin definir con precisión qué es «*disciplinar*», el TC incide en su aproximación más clásica a esta materia: la regulación que corresponde a las CC. AA. es la relativa a los «*aspectos netamente públicos*» de esas modalidades de venta y, en concreto y a lo que importa considerar ahora, de la venta ambulante. De este modo, «*debe diferenciarse entre el ámbito de la regulación administrativa de la actividad comercial relativo a la disciplina de la proyección y alcance jurídico-público de estas ventas y el propio del régimen de derechos y obligaciones específico de las relaciones contractuales privadas*» (FJ 3).

2) *El desarrollo reglamentario estatal de la venta ambulante es una regulación jurídico-pública.*—Pocas dudas plantea, a juicio del TC, el carácter jurídico-público de la regulación estatal cuestionada: se trata «*de dotar a la venta ambulante o no sedentaria de un régimen administrativo de autorización previa por parte de los Ayuntamientos*» (FJ 4). Por tanto, se trata de un regulación inequívocamente excluida de las competencias del Estado *ex* artículo 149.1.6.^a y 8.^a CE.

3) *El desarrollo reglamentario estatal de la venta ambulante no puede justificarse en las competencias del Estado ex artículo 149.1.13.^a CE: la escasa incidencia en la actividad económica general y la falta de necesidad de una actuación unitaria.*—El Real Decreto estatal impugnado trató de justificarse en las competencias del Estado sobre la bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.^a CE). Ello obliga al TC a definir el alcance de esta competencia de «*carácter transversal*» y aplicarla al caso con particular acierto: recuperando los términos ya utilizados en la STC 26/2012 (*vid. supra*), el TC señala que el Estado solo puede recurrir a la intervención legislativa *ex* artículo 149.1.13.^a CE cuando la regulación tiene una «*incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general que requiera una actuación unitaria en el conjunto del Estado*» (FJ 5). Por ello, en este caso, el TC entiende que el fenómeno de la venta ambulante —de «*escasa incidencia en la actividad económica general*» y «*de ámbito preferentemente local*»— no puede justificar una regulación estatal como la discutida sobre la base del artículo 149.1.13.^a CE (*ibid.*).

STC 171/2012, de 4 de octubre

CI: Artículo 123.3 de la Ley gallega 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, por posible vulneración de los artículos 14 y 39.2 CE. Se estima y se declara inconstitucional, en el citado artículo 123.3, el término «comunes» referido a los hijos con derecho a alimentos con cargo al usufructo de la herencia del progenitor.

Ponente: Sala Sánchez.

Conceptos: Galicia. Derecho civil. Filiación. Hijos comunes e hijos de uno solo de los cónyuges, habidos en un matrimonio anterior. Alimentos a cargo del cónyuge superviviente usufructuario de la herencia limitados a los hijos comunes. Igualdad en la ley. No discriminación por razón de filiación. Protección de la familia.

Preceptos de referencia: Artículo 123.3 de la Ley gallega 4/1995. Artículos 14 y 39 CE.

El caso tiene su origen en una demanda de alimentos provisionales interpuesta por un incapaz, representado por su madre, contra la segunda esposa de su padre, a la que este había legado el usufructo universal, vitalicio y sin fianza de la totalidad de su herencia, con facultad para tomar posesión de los bienes. A su hijo le legó sólo la legítima estricta o corta, nombrando herederas universales, por partes iguales, a sus hermanas y a la propia viuda usufructuaria.

El usufructo voluntario de viudedad se regulaba en el momento de los hechos en los artículos 118 y siguientes de la Ley gallega 4/1995 de Derecho civil de Galicia. De acuerdo con su artículo 123.3, el usufructuario estaba obligado, entre otras cosas, a «*prestar alimento, con cargo al usufructo, a los hijos y descendientes comunes que lo soliciten*». Obviamente, en el caso de autos, el demandante no era hijo común de la usufructuaria y del difunto. Lo era solo de este y de la primera esposa de la que, como queda dicho, el causante se había divorciado en su día. Por esta razón, y dados los términos de la ley, la viuda se negaba al pago.

El juez de primera instancia estimó la demanda al entender que era posible llevar a cabo una interpretación conforme a la Constitución (SJPI 27/07/2000). La Audiencia de Pontevedra, en cambio, entendió que no había margen interpretativo, dada la literalidad de la norma. No obstante, al considerar que esta incurría en una discriminación por razón de nacimiento, interpuso ante el TC la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, con referencia a los artículos 14 y 39 CE.

1) *Mantenimiento de la cuestión pese al sobrevenido cambio de criterio legal.*—Antes de que el TC conociera de la cuestión hubo tiempo sobrado para que el Parlamento de Galicia derogase la Ley 4/1995, que fue sustituida por la 2/2006 también titulada Ley de Derecho civil de Galicia. El nuevo artículo 234.3 modificó el anterior criterio en materia de usufructo viudal y eliminó el requisito de que los hijos fueran comunes. De acuerdo con la nueva redacción, el viudo usufructuario está obligado a «*prestar alimento, con cargo al usufructo, a los hijos y descendientes que lo precisen*», sean comunes o sólo del causante. El propio Preámbulo de la Ley 2/2006 destacaba la modificación con una expresa referencia al caso que nos ocupa: «*Se llama la atención de la nueva regulación del artículo 234.3.º, el cual extiende la obligación de prestar alimentos a los hijos y ascendientes que lo precisen, sin tener que reunir la condición de comunes, modificación que va a incidir en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 311/2003 con relación al artículo 123.3.º de la Ley de 24 de mayo de 1995*» (Preámbulo II, pfo. 5.º). No obstante, si lo que se pretendía al «incidir» en la cuestión de inconstitucionalidad era dejarla sin efecto, habría estado bien ocuparse de ello en las disposiciones transitorias, cosa que, sin embargo, no se hizo más allá de la regla habitual según la cual la nueva ley solo es aplicable «*a las sucesiones cuya apertura tenga lugar a partir de la entrada en vigor de la misma*» (DT 2.ª 2). El caso debía pues resolverse aplicando la Ley 4/1995. Por tal razón, la desaparición sobrevenida del precepto cuestionado no conlleva la pérdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad y se hace necesario entrar en ella.

2) *La interpretación conforme a la Constitución y sus límites.*—En cuanto a la posible interpretación de acuerdo con la Constitución para evitar plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el TC comparte el criterio de la Audiencia de Pontevedra. «*Hay que entender que la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta viable porque el órgano judicial duda efectivamente de la constitucionalidad de un precepto legal a cuyo tenor literal se considera sujeto, sin que este Tribunal deba rectificar el entendimiento que*

muestra la Sala promotora sobre su sujeción al enunciado legal de cuya constitucionalidad duda; y es que es claro que la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales tiene también sus límites, entre los que se encuentra el respeto al propio tenor literal de aquéllos (por todas, SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2; y 138/2005, de 26 de junio, FJ 5)» (FJ 3). Por otra parte, que sea posible una interpretación conforme con la Constitución no significa necesariamente que la cuestión esté mal fundada. «Y si bien el artículo 5, apartado 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio), dice textualmente que “procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”, tal regla no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal y ofrece únicamente a los Jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme con la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad» [STC 105/1998, FJ 1, c), transcrito en el FJ 3 de la que se reseña].

3) *Las razones de la inconstitucionalidad por discriminación injustificada.*—En cuanto al fondo, el TC empieza por recordar la posibilidad de que las leyes utilicen los motivos de discriminación que, más allá de la regla genérica del artículo 14 CE, son objeto de una prohibición expresa, como sucede con la discriminación por razón de nacimiento. El derecho general a la igualdad, explica, «no postula ni como fin ni como medio la paridad sino sólo la razonabilidad del criterio que funda la diferencia de trato y la proporcionalidad de las consecuencias que de ella se derivan» [STC 9/2010, FJ 3 b), citado en el FJ 4 de la que se reseña]. En cambio, en los casos afectados por las prohibiciones expresas de discriminación («nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), el juicio de legitimidad constitucional se sujeta a un canon mucho más estricto; y, además, la carga de demostrar que la discriminación está justificada recae sobre quien la defiende. La diferencia de trato establecida por el artículo 123.3 de la Ley gallega 4/1995 entre los hijos comunes y los que carecen de esta condición es innegable, como lo es también que carece de justificación a la vista del propio fundamento de la norma.

La razón última de la disposición, explica el TC, «es proteger a quienes gozaban a su favor y a cargo del causante al momento de su muerte del derecho a la prestación de alimentos en caso de necesidad, imponiendo la pervivencia de la obligación con cargo al usufructo viudal y evitando de esta forma su extinción por muerte del obligado» (FJ 5). Desde esta perspectiva carece de relevancia que los hijos sean o no comunes pues «ambos se encuentran en situación equiparable por cuanto, amén de unirles el mismo vínculo familiar con el causante, lo mismo ocurre en relación al patrimonio de su progenitor o ascendiente fallecido [...] ambos son hijos o descendientes del causante y ambos tienen reconocido, antes de su muerte, el derecho de alimentos, obligación que había de ser atendida con cargo a la unidad patrimonial que ahora sigue permaneciendo unida en tanto que gravada con el usufructo» (FJ 5). Y prosigue: «En un ámbito como el de la interdicción de la discriminación, en el que regla es la parificación, carece de justificación la diferencia de trato entre unos y otros descendientes, distinción entre situaciones equiparables que resulta perjudicial para la posición jurídica de unos descendientes respecto de los otros, de suerte que los que lo son sólo del causante puedan quedar sumidos en una eventual situación de necesidad

tras la muerte del mismo –aun pudiendo ser, según los casos, herederos de sus bienes–, mientras que los que son comunes, siendo la misma la relación que les une con el causante, queden debidamente protegidos por aplicación del precepto que examinamos. De esta forma, al distinguir entre ellos, la norma aplicable no asegura a los descendientes del causante una idéntica cobertura familiar a sus necesidades y discrimina así a unos frente a otros por razón de su filiación» (FJ 5).

La conclusión no puede ser otra que entender que *«al utilizar el carácter común o no común de los descendientes del causante como circunstancia que priva de la posibilidad de reclamar alimentos a aquellos que lo fueren únicamente del fallecido, el legislador gallego ha introducido una distinción basada en una circunstancia irrelevante en relación con la finalidad perseguida por la norma y ha diferenciado situaciones que deberían haber recibido la misma valoración» (FJ 5).* Por todo ello la sentencia declara inconstitucional y nulo el precepto objeto de la Cuestión.

STC 176/2012, de 15 de octubre

RA: Inadmitido, por no justificarse la «especial trascendencia constitucional» del recurso.

Ponente: Ollero Tassara.

Conceptos: Acción de filiación. Apellidos. Orden de los mismos. Preferencia del apellido paterno. Requisitos de la demanda de amparo: «Especial trascendencia constitucional».

Preceptos de referencia: Artículo 194 del Reglamento del Registro civil. Artículo 14 CE. Artículo 49.1 LOTC.

El caso que motiva el recurso de amparo habría dado ocasión al TC para pronunciarse sobre la interesante cuestión de los apellidos y su orden. No obstante, al fin, la sentencia se limita a razonar la inadmisibilidad del recurso, sin entrar en el fondo. Los hechos se recogen en la sentencia en los términos que siguen. *«Don Juan Sebastián T.S. formuló demanda de juicio ordinario en reclamación de reconocimiento de filiación no matrimonial contra la recurrente de amparo, doña Josefa L. M., y la hija menor de ésta, C.V. La madre se opuso a la demanda y, con carácter subsidiario, para el caso de estimación de la acción de filiación, formuló demanda reconvencional solicitando la privación de la patria potestad del actor por las difíciles relaciones habidas entre ellos desde que la niña fue concebida. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Palma de Mallorca, al que había correspondido la tramitación del procedimiento bajo el núm. de autos 329-2006, dictó Sentencia de 14 de febrero de 2007 por la que, estimando íntegramente la demanda, declaró que el actor: «es el padre biológico de la menor (C.V.L.M.), se deberá estar y pasar a todas las partes por la anterior declaración y una vez firme la sentencia se remitirá testimonio de la misma al Registro Civil para inscripción y rectificación correspondiente, constando la niña con el apellido del padre». En relación con esta última cuestión la Sentencia motiva en el fundamento jurídico primero: «debe concluirse que D. Juan Sebastián [T.S.] es el padre de la menor [C.V.] y que tiene derecho a inscribir su paternidad en el Registro Civil y a dar apellido a su hija». En cuanto al orden de los apellidos, el Juzgado declara que debe ser el general, «es decir primero el del padre y después el de la madre, con independencia de que la filiación*

paterna se haya formalizado con posterioridad, sin perjuicio del acuerdo al que puedan llegar los progenitores al respecto». El Juzgado dice llegar a esta conclusión a partir del Código civil (art. 109), la Ley del registro civil (arts. 53 y 55) y el reglamento del Registro Civil (arts. 194, 197 y 198), teniendo en cuenta la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 7 de diciembre de 2001 en relación con un supuesto similar» (Antecedente 2).

La madre se oponía a que el primer apellido fuera el del padre y denunciaba la inconstitucionalidad del artículo 194 del Reglamento del Registro Civil (Decreto de 14/11/1958), en el que se dispone que «*Si la filiación está determinada por ambas líneas y a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil, primer apellido de un español es el primero del padre y segundo apellido el primero de los personales de la madre, aunque sea extranjera*». En la actualidad, la nueva Ley 20/2011 del Registro Civil (LRC), en caso de desacuerdo, no otorga la primacía al apellido de ninguno de los progenitores, remitiéndose al criterio del funcionario competente. Así, el artículo 49.2,III LRC dispone que: «*El Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor*». Sin embargo, en el momento de los hechos no regía esa regla y tanto el juez como la Audiencia consideraron que la ley exigía estar al orden tradicional, con el apellido paterno en primer lugar.

La posición de la madre fue respaldada por el Ministerio Fiscal. «*El Ministerio público afirma que el criterio legal de preferencia del apellido paterno sobre el materno previsto en el artículo 194 del Reglamento del Registro Civil (RRC), en defecto de acuerdo entre los progenitores, «es frontalmente contrario al principio constitucional de igualdad y no discriminación por razón de sexo proclamado en el artículo 14 CE (cfr. STC 39/2002, FJ 5)». Señala que la diferencia de trato que introduce la norma cuestionada es «una reminiscencia de un modelo patriarcal de familia, basado en la concepción del padre como ‘cabeza de familia’ y, por tanto, en la preferencia de la filiación paterna en el orden de los apellidos. Modelo que en la actualidad debe considerarse totalmente caduco y obsoleto, y que está superado por nuestra realidad social y jurídica. Su mantenimiento en la norma reglamentaria (art. 194 RRC), si bien es fruto de una (larga) tradición histórica-social, plasmada normativamente, carece, en el momento actual, de toda justificación constitucional y de fundamento objetivo razonable y suficiente» (Antecedente 9).*

Pero el TC, como se ha dicho, se enrocó en una argumentación formal para inadmitir el recurso de amparo sin entrar en el fondo. Hay que tener en cuenta que el artículo 49.1 LOTC, reformado mediante la Ley Orgánica 6/2007, exige que el demandante de amparo, además de evidenciar la lesión del derecho fundamental de que se trate, justifique la «*especial trascendencia constitucional*» del recurso. Se trata de dos exigencias diferentes, de modo que faltando una el recurso debe ser inadmitido. Es cierto que el TC, para evitar un formalismo excesivo, fue flexible a la hora de valorar la justificación de la «*especial trascendencia constitucional*». Pero esa flexibilidad acabó con la STC 155/2009 que acotó el hasta entonces abierto perfil de la repetida exigencia. El Ministerio Fiscal, con una razonable argumentación, proponía una interpretación del escrito de la recurrente que cumpliría los requerimientos del artículo 49.1 LOTC. Sin embargo, el TC se inclina por la

inadmisión porque, a su juicio, «*el recurso carece de argumentación alguna dirigida a justificar su utilidad para la interpretación, aplicación y eficacia general de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*» (FJ 4).

STC 185/2012, de 17 de octubre

CI: Artículo 92.8 CC (Ley 15/2005). Se estima y se declara nulo el inciso «favorable» referido al informe del Fiscal en materia de custodia compartida de los hijos menores.

Ponente: Roca Trías. Voto particular discrepante de Aragón Reyes y otros.

Conceptos: Custodia compartida en caso de discrepancia de los cónyuges. Inconstitucionalidad de la necesidad de informe favorable del Ministerio Fiscal. Monopolio y extensión de la función jurisdiccional. Independencia judicial.

Preceptos de referencia: Artículo 92.8 CC (redacción Ley 15/2005). Artículos 14, 24, 39 y 117.3 CE.

La sentencia es la largamente esperada respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad relativa al artículo 98.2 CC, en el que se admite la posibilidad excepcional de que el juez acuerde la custodia compartida de los hijos menores, aun no habiendo acuerdo de los progenitores al respecto, pero exigiendo en tal caso el informe favorable del Ministerio Fiscal. La sentencia declara inconstitucional y nulo el inciso «favorable».

El artículo 92.8 CC, en la redacción dada por la Ley 15/2005, rezaba como sigue: «*Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe «favorable» del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor*» (comillas internas añadidas).

La norma transcrita vino a suponer un paso a favor de la custodia compartida al permitir que se impusiera al progenitor que no la desea, siempre que el juez, pese a esa oposición, la considere adecuada para el interés del menor. No obstante, consciente de la excepcionalidad de la medida en esas circunstancias, el legislador quiso añadir la cautela del informe favorable del Ministerio Fiscal. Pudiendo lo más (imponer o negar la custodia compartida en todo caso) optó por lo menos (dejar la decisión a criterio del Juez, pero condicionando la opción por el sí a la opinión favorable de otro órgano, institucionalmente encargado de velar por el interés del menor).

La necesidad de contar con ese informe y de que fuera precisamente favorable a la custodia compartida dio lugar a una amplia polémica que, al fin, desembocó en su sometimiento al TC por parte de la AP de las Palmas de Gran Canaria. A juicio de esta, la necesidad del repetido informe favorable del Fiscal vulneraba diversos preceptos constitucionales. En primer lugar, el artículo 117.3 CE, según el cual solo a los jueces corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En este sentido, de acuerdo con el Auto en el que se planteaba la cuestión: «*Se trata de una facultad exorbitante, que interfiere, desde el poder ejecutivo, en la función primordial del poder judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y atenta contra su independencia, ya que sujeta la actuación judicial a los dictados del Ministerio público, sustrayendo a la*

jurisdicción este ámbito material sin posibilidad de revisión» (Antecedente 3 de la sentencia reseñada). En segundo lugar, la repetida exigencia también iría contra el artículo 24.1 CE: *«Supeditar el examen de la idoneidad de la custodia compartida a que el Ministerio Fiscal se muestre favorable a ella no resulta razonable ni deriva de la función constitucional del Ministerio Fiscal. Exigencia que entiendo contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE, pues condiciona el derecho de la parte que la solicita a obtener un pronunciamiento de fondo por parte del órgano judicial a un informe favorable del Ministerio público (Ibidem)*. Finalmente, en tercer lugar, la norma cuestionada sería asimismo contraria a los artículos 14 y 39 CE: *«carece de justificación exigir, en el caso de que no exista acuerdo entre los padres, un informe favorable del Fiscal para que el Juez pueda otorgar la custodia compartida y, en cambio, no exigirlo en el supuesto en el que los padres lo hayan pactado de común acuerdo» (ibid.)*.

1) *«Poder de veto» del Ministerio Fiscal y función jurisdiccional.*—El TC coincide con la Audiencia en la primera línea argumental. Destaca la sentencia que, a tenor del artículo 92.8 CC, la guarda y custodia compartida exige que hayan quedado acreditados tres extremos: *«La petición de un progenitor, el informe favorable del Ministerio Fiscal y el beneficio del menor»* (FJ 5). Con estos requisitos, prosigue el TC, *«se establecen concretas garantías, que aseguran que el único fundamento de la ruptura del principio de la autonomía de la voluntad de los progenitores, es el de la prevalencia del interés del menor» (ibid.)*. Ahora bien, el orden de los citados requisitos implica que el ejercicio de lo que constituye propiamente la función jurisdiccional queda pospuesto y condicionado a un pronunciamiento del Fiscal en determinado sentido. Expresado en las palabras del propio TC: *«Adviértase que la efectividad de dicho dictamen se sitúa en un momento anterior al ejercicio de la potestad jurisdiccional y sólo dándose las garantías establecidas en la norma, el Juez mantiene sus opciones de decisión. Quiere ello decir que únicamente en el caso de que el dictamen de la Fiscalía sea favorable, podrá acordar la guarda compartida porque es a lo que le faculta el precepto. Sensu contrario, tal como está redactada la norma, si no concurre tal dictamen, el órgano judicial no está legitimado para acordarla o establecerla»* (FJ 5). De no existir informe favorable, el juez ya no podrá valorar el conjunto de la prueba para decidir lo más adecuado para el interés del menor.

De hecho, esta es la situación descrita en el FD 2.º de la sentencia de primera instancia del caso origen de la cuestión: *«Hay que señalar que este órgano judicial no puede aprobar el régimen de guarda y custodia compartida propuesto por el padre, porque lo impide el Derecho positivo actual al haber informado negativamente de dicho régimen de guarda y custodia compartida el Ministerio Fiscal, por lo que huelga entrar a conocer si dicho régimen es o no beneficioso para la hija común.»* (transcrito en el Antecedente 2 de la sentencia del TC). El Ministerio Fiscal, observa el TC, vendría así investido de una suerte de «poder de veto» que *«limita injustificadamente la potestad jurisdiccional que el artículo 117.3 CE otorga con carácter exclusivo al Poder Judicial»* (FJ 5). *«A ello cabe añadir [prosigue] que la imposición de ese dictamen obstativo, entra igualmente en contradicción con la regulación procesal y civil de las facultades del juez para la adopción de cuantas medidas considere beneficiosas para el menor» (Ibidem)*. *«Tampoco el mandato del artículo 39 CE otorga razonabilidad y proporcionalidad a la norma cuestionada, pues aun siendo cierto que todos los poderes públicos —Jueces y Ministerio Fiscal— deben asegurar la protección integral de los hijos, tal como se ha razo-*

nado en el fundamento de derecho anterior, existe una invasión del Ministerio Fiscal en las competencias jurisdiccionales» (FJ 6). Por todo ello, cabe concluir que: «La previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex artículo 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el artículo 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida» (FJ 6).

2) *Vinculación al criterio Fiscal e imposibilidad de obtener una resolución judicial sobre el fondo de la pretensión.*- Aunque lo anterior sería suficiente, el TC también comparte la denuncia relativa a la infracción del artículo 24.1 CE, que constituía la segunda línea argumental de la cuestión planteada por la Audiencia Provincial. El hecho de que el pronunciamiento judicial se haga depender del dictamen del Fiscal «menoscaba de facto el derecho a obtener una resolución sobre el fondo» (FJ7). Por ello, «la tacha de inconstitucionalidad planteada ha relacionado adecuadamente el derecho a obtener una resolución judicial motivada, puesto que, en la práctica, y aunque se obtenga una Sentencia, el pronunciamiento sobre el fondo queda irremediadamente vinculado al dictamen del Fiscal» (ibid.). La cuestión es aún más grave si se tiene en cuenta que la decisión que pudiera tomar el juez, si se le dejara, «puede ser revisada, modificada o revocada a través de los recursos oportunos y, sin embargo, el dictamen desfavorable del Ministerio Fiscal es irrecurrible» (FJ 7). Todo ello, concluye el TC, hace que «el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se vea gravemente comprometido» (ibid.).

3) *No necesidad de informe fiscal cuando hay acuerdo de los progenitores sobre la custodia compartida y principio de igualdad.*- No se acepta en cambio la tercera línea argumental de la Audiencia de Las Palmas. Se señalaba en ella que exigir informe fiscal cuando no hay acuerdo y no exigirlo cuando sí lo hay infringe los principios de igualdad (art. 14 CE) y de protección de la infancia (art. 39 CE). Sin embargo, razona el TC: «Dado que en los anteriores fundamentos jurídicos hemos declarado el carácter inconstitucional del término «favorable» referido al dictamen del Ministerio Fiscal en el supuesto contemplado en el artículo 92.8 CC, y a los efectos que ahora importan de obtener una resolución judicial sobre la guarda y custodia con idénticas garantías para los interesados y con igual libertad y discrecionalidad para el órgano judicial en todos los supuestos, el hecho de que el Ministerio público emita uno u otro informe pierde ya su relevancia en relación con la posible vulneración del artículo 14 CE» (FJ 8). Por lo tanto, es conforme con la Constitución exigir informe en caso de discrepancia de los cónyuges y no hacerlo cuando haya acuerdo, en el bien entendido de que el referido informe no vincula al juez, sea favorable o contrario a la custodia compartida.

4) *Votos particulares: Entra dentro de las atribuciones del legislador imponer límites razonables al ejercicio la función jurisdiccional.*- La sentencia cuenta con un voto particular discrepante suscrito por varios magistrados (Aragón, Pérez Tremps, Asua y Ollero). A su juicio las conclusiones de la mayoría estarían «basadas en un entendimiento erróneo [...] tanto de la reserva de jurisdicción garantizada por el artículo 117.3 CE, como de la posición institucional del Ministerio Fiscal (art. 124 CE), particularmente en los procesos en los que están en juego los derechos de menores de edad».

En esencia, lo que se sostiene en el voto discrepante es que «el legislador democrático está constitucionalmente legitimado para imponer límites al ejercicio de la función jurisdiccional por los Jueces y Tribunales integrantes

del poder judicial, sin que el nivel de densidad normativa en la regulación de una determinada materia en nada afecte, en principio, a la exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), salvo que la concreta configuración legal considerada se revele como irrazonable, desproporcionada o arbitraria». Tales tachas, sin embargo, no se darían en el caso del artículo 92.8 CC. Estamos, dice el voto discrepante, ante «un supuesto en el que, por una determinación del legislador que obedece a una justificación razonable y resulta proporcionada a la finalidad que se persigue (asegurar la mejor protección del interés prevalente de los menores), la libertad de decisión del Juez resulta (en alguna medida) legítimamente vinculada por las posiciones adoptadas por las partes en el marco del proceso, concretamente por la postura adoptada por el Ministerio Fiscal, que actúa ope iuris en defensa del interés superior del menor».

De acuerdo con el voto discrepante, un eventual informe del fiscal favorable a la custodia compartida no impide al juez denegarla en función de su propia valoración de las circunstancias. Sí es cierto en cambio que en la situación contraria (informe negativo) carece de margen decisorio. Pero lo mismo sucede, observan los discrepantes, cuando los progenitores acuerdan la custodia compartida. Tomada esa decisión, el juez no puede negarla aunque considere que es perjudicial para menor. El artículo 92.5 CC es tajante en ese sentido («se acordará»); y, pese a ello, ninguna tacha de inconstitucionalidad cabe hacerle, como tampoco –concluyen– al artículo 92.8 CC.

A propósito del artículo 92.5 CC, no obstante, cabe señalar que la sentencia, al expresar el voto de la mayoría, incluye una frase que da qué pensar pues, en su generalidad, podría referirse tanto al artículo 92.8 CC (desacuerdo de los progenitores sobre la custodia compartida) como incluso al 92.5 CC (acuerdo de los progenitores al respecto): «A juicio de este Tribunal Constitucional, el régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental, debe adoptarse siempre, considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño» (FJ 8).

STC 187/2012, de 29 de octubre

RA: Estimado.

Ponente: Ortega Álvarez.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial y a un proceso con garantías.

Selección de la norma aplicable al caso y distribución constitucional de competencias. Inaplicación judicial directa de normativa autonómica postconstitucional por considerar que invade competencias estatales. Deber de plantear cuestión de inconstitucionalidad.

Preceptos de referencia: Artículo 24 CE.

La resolución tiene su origen en un problema relacionado con la publicidad de la normativa y planeamientos urbanísticos. Como explica la sentencia reseñada, la DT 4.^a apdo. 6.^o de la Ley catalana 2/2002, en la redacción dada por la Ley 10/2004, «introdujo una norma de convalidación de los actos de desarrollo de instrumentos de planeamiento urbanístico aprobados definitivamente antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2002, de 14 de marzo, aunque no se hubiesen publicado las disposiciones contenidas en los instrumentos de planeamiento» (FJ 4). Cuando el caso que dio origen al recurso de

amparo llegó ante la sala de lo contencioso administrativo del TS, este declaró que el conflicto se basaba en un diferente modo de entender la exigencia constitucional de publicidad de las normas. En este sentido, el TS consideraba que *«las exigencias de publicación requieren que se publiquen en los diarios oficiales las normas urbanísticas de los planes de ordenación urbana por tratarse de disposiciones de carácter general»*. La Generalidad de Cataluña y el Ayuntamiento implicados, por el contrario, sostenían que *«de acuerdo con la legislación en materia urbanística de Cataluña, bastaba con la publicación íntegra del acuerdo de aprobación definitiva de aquéllas»* (FJ 6).

Planteada la cuestión en estos términos, el TS decidió no aplicar la normativa catalana, pese a tratarse de una ley postconstitucional, por entenderla contraria a la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma. Tal como se explica en la sentencia del TC: *«La Sentencia [del TS] declaró que «dado que el conflicto no es urbanístico ni de ordenación del territorio, sino de eficacia de las normas, la contradicción entre la citada disposición transitoria, aprobada por el Parlamento catalán, y lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ha de resolverse confiriendo prevalencia a ésta porque la materia sobre la que versa no viene atribuida a la exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma ... sin necesidad, en este caso, de plantear cuestión de inconstitucionalidad de las normas en conflicto, dado que no se trata de una tacha de inconstitucionalidad sino de simple contradicción entre normas, que, sólo admite la aplicación de una, por lo que se debe aplicar la prevalente, que, en este caso, es la estatal al no tratarse de una materia atribuida a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma» (fundamento de Derecho decimocuarto de la Sentencia impugnada)»* (FJ 6). La Generalidad y el Ayuntamiento recurrieron en amparo alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE).

No hay duda, dice el TC, de que la selección de la norma aplicable compete a los órganos judiciales. Sin embargo, en este caso, tal selección conduce a resultados inaceptables, equivalentes casi a la derogación de la ley autonómica inaplicada. Una cosa es decir que, de acuerdo con las correspondientes reglas de conflicto, procede aplicar la ley estatal o la autonómica y otra muy diferente decir que, de acuerdo con la distribución competencial establecida en la Constitución, no puede aplicarse una ley autonómica por invasión de competencias estatales. Si la selección normativa conduce a una norma autonómica postconstitucional que, no obstante, se estima contraria a la distribución de competencias entre Estado y Comunidad Autónoma, el órgano judicial debe plantear la correspondiente cuestión ante el TC, sin que sea admisible inaplicar sin más la ley autonómica.

En palabras del propio TC: *«En consecuencia, conforme con la doctrina constitucional expuesta sobre el control de constitucionalidad de las leyes postconstitucionales debemos concluir que la Sentencia impugnada, «por más que pueda resultar aparente o formalmente motivada» (STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 7) no es una resolución fundada en Derecho, porque el órgano judicial incurrió en exceso de jurisdicción ex artículo 163 CE y concordantes sobre el control de leyes, que además resultó lesiva de las garantías del proceso debido y que provocó indefensión de la recurrente en amparo. El órgano judicial inaplicó una ley postconstitucional vigente sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad»* (FJ 8). Además, dice el TC, para ello el TS se apoyó en una forma de entender la cláusula de prevalencia del Derecho

estatal que no es conforme con la doctrina constitucional. El artículo 149.3 CE es aplicable cuando tanto el Estado como la Comunidad Autónoma ostentan competencias. No, en cambio, cuando solo las ostenta el Estado, tesis sostenida en la sentencia del TS que dio lugar al recurso de amparo (FJ 8).

En conclusión, el TC obliga a retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la Sentencia para que el órgano judicial dicte una nueva respetuosa con los derechos fundamentales de los recurrentes en amparo a la tutela judicial y a un proceso con todas las garantías.

STC 198/2012, de 6 de noviembre

RI: Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. El recurso se desestima.

Ponente: Pérez Tremps. Votos particulares discrepantes de Rodríguez Arribas, Ollero y González Rivas. Voto particular concurrente de Aragón. Abstención de Hernando.

Conceptos: Matrimonio entre personas del mismo sexo. El matrimonio como institución y como derecho. Garantía institucional. Derecho a contraer matrimonio. Igualdad en la ley. Familia y matrimonio. Interpretaciones «originalista» y «evolutiva» de la Constitución. «Cultura jurídica». Adopción por parte de personas del mismo sexo.

Preceptos de referencia: Artículos 44, pfo. 2.º y 175.4 CC. Artículo 32 CE. Artículos 9.3, 10.2, 14, 32, 39 y 53.1 y 167 CE.

La sentencia resuelve el recurso interpuesto el 30 de septiembre de 2005 por un grupo de parlamentarios del Partido Popular contra la Ley 13/2005, mediante la cual se dio nueva redacción al artículo 44 CC y a otras disposiciones concordantes. La esencia de la reforma consistió en añadir un segundo párrafo al artículo 44 CC, según el cual: «*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*». El resto de las modificaciones eran meros cambios terminológicos, obligado corolario de la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo. Más de siete años después de la interposición del recurso y tras constatar el veredicto de la sociedad española, el TC se ha inclinado por refrendar la constitucionalidad de la norma, también apoyada por el Abogado del Estado.

1) *El recurso y sus motivos.*—El extenso recurso se articulaba en ocho motivos. El esencial hacía hincapié en la supuesta infracción del artículo 32 CE, «*relativo al derecho a contraer matrimonio y a su garantía institucional*» [Antecedente 1,b)], que a juicio de los recurrentes solo contemplaría como matrimonio la unión entre dos personas de sexo diferente. En este sentido, esgrimían diversos argumentos. En primer lugar, el literal: El artículo 32.1 CE habla precisamente de «matrimonio» y, además, es el único precepto constitucional que se refiere a «el hombre y la mujer» como titulares de un derecho. En segundo lugar, el recurso acudía también al argumento histórico: En 1978, al redactar la Constitución, se asumió la idea existente de matrimonio y se rechazaron de forma expresa fórmulas o expresiones genéricas, alternativas a «el hombre y la mujer». También se invocaba, en tercer lugar, la propia jurisprudencia del TC según la cual, por una parte, matrimonio y unión *more uxorio* no son equivalentes y, por otra, existiría un derecho

constitucional al matrimonio entre hombre y mujer pero no al matrimonio entre personas del mismo sexo.

De todo ello resultaría que la introducción del matrimonio entre personas del mismo sexo desnaturaliza la institución. Vendría a ser, se dice, el equivalente de «una hipotética supresión de la facultad de disponer en el derecho a la propiedad (art. 33 CE), o de la voluntad del causante en el derecho a la herencia reconocido en el mismo precepto constitucional» [Antecedente 1,b)]. «A la vista de todo lo anterior, resumen los recurrentes, puede afirmarse que la Constitución Española y, en concreto, sus artículos 32, 14 y 10 no reconocen ni amparan un derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual no impide que el legislador pueda regular otros medios de convivencia en pareja entre personas del mismo sexo. Por todo ello, se concluye que el primer apartado del artículo único de la ley impugnada es contrario al artículo 32 CE y, como consecuencia de ello, que también lo son las previsiones contenidas en los demás apartados de dicho artículo, así como las disposiciones adicionales primera y segunda» [Antecedente 1,b) in fine].

Al artículo 32.1 CE, que constituye el objeto principal del recurso, se añade otra lista de preceptos constitucionales supuestamente infringidos. Son los siguientes: Artículo 10.2 (principio de interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo con los tratados internacionales); Artículo 14, en relación con los artículos 1.1 y 9.2 CE (principio de igualdad y a la interdicción de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual); Artículo 39.1, 2 y 4 (protección de la familia y de los hijos, con particular referencia a la nueva redacción del artículo 175.4 CC, que abre la posibilidad de que los cónyuges homosexuales adopten hijos conjuntamente); Artículo 53.1 (alteración de la configuración institucional del matrimonio que vulnera el contenido esencial del artículo 32 CE y, por tanto, el artículo 53.1 de la misma); Artículo 9.3 CE (en relación con el principio de jerarquía normativa y también con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, cosa que incluye al legislativo); y, finalmente, Artículo 167 CE (relativo a la reforma constitucional, «al no haber seguido el cauce formal previsto en este precepto para reformar el artículo 32 CE y haber optado en su lugar por una reforma legal que, a través de la simple alteración de unas palabras, habría dado lugar a una auténtica mutación del orden constitucional [...] la única vía posible para introducir el matrimonio homosexual en el ordenamiento español sería la reforma constitucional») [Antecedente 1, letras c) a i)].

2) *Delimitación del objeto del recurso y ordenación de las causas de inconstitucionalidad alegadas.*—Ante todo el TC constata que, si bien el recurso se dirige contra Ley 13/2005 en su totalidad, en realidad su núcleo lo constituye el primer apartado de su artículo único, por el que se añade al artículo 44 CC el nuevo segundo párrafo en el que se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo. El resto no hace sino adaptar algunos preceptos del propio CC y de la LEC a esta realidad. Por ello, dice el TC, el «análisis deberá centrarse en la nueva redacción del párrafo segundo del artículo 44 CC, aunque una eventual estimación del recurso podría proyectarse sobre toda la Ley impugnada», en aplicación del artículo 39.1 LOTC (FJ 1).

Aunque, como se ha dicho, el recurso alega hasta ocho motivos de inconstitucionalidad, el «principal, y aquel que por sí mismo podría llegar a fundamentar la estimación del recurso en su totalidad, es la vulneración del artículo 32 CE, que establece en su apartado primero que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», y en su apartado segundo que «la ley regulará las formas de matrimonio, la

edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos»» (FJ 2). Por tal razón el TC centra su atención en «el ajuste constitucional de la norma impugnada confrontándola con este precepto, descartando previamente el resto de alegaciones, algunas de ellas porque las causas de inconstitucionalidad aducidas por los recurrentes no son autónomas, sino que dependen completamente de la infracción del artículo 32 CE, y otras porque existen razones que permiten descartar los argumentos de los recurrentes sin mayores dificultades» FJ 2). En la primera situación se encuentran las alegaciones referidas a los artículos 9.3 (principio de jerarquía normativa), 10.2, 53.1 y 167 CE, que «sólo resultarían vulnerados en caso de serlo también el artículo 32 CE, sin que su análisis aporte nada que no forme parte de la interpretación constitucional de este último precepto.» (FJ 2). En la segunda situación estarían las infracciones referidas a los demás preceptos constitucionales, que el TC descarta por las razones que siguen:

a) Frente a la alegación de que la Ley 13/2005 viola los artículos 1.1, 9.2 y 14 CE por no tener en cuenta que el matrimonio y las parejas del mismo sexo son «realidades distintas que deben ser tratadas de un modo diferente», el TC invoca su propia jurisprudencia según la cual «la «discriminación por indiferenciación» no puede situarse en el ámbito de protección del artículo 14 CE, porque lo que éste impide es la distinción infundada o discriminatoria (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3). Este Tribunal ha establecido reiteradamente que el artículo 14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales» (FJ 3).

b) El TC rechaza también de plano la pretendida vulneración del artículo 9.3 CE en su dimensión de interdicción de la arbitrariedad. «Por un lado, porque bajo la cobertura del artículo 9.3 CE no se hace más que reiterar algunos de los argumentos que para los recurrentes fundamentan la infracción de los artículos 14, 32 y 167 CE. Y, por otro, porque no se cumplen los requisitos que este Tribunal ha venido exigiendo de modo reiterado para analizar si el legislador democrático ha actuado de modo arbitrario» (FJ 4).

c) Con la salvedad de la cuestión de la adopción, que examina más adelante, el TC descarta también *a priori* la pretendida vulneración del artículo 39.1, 2 y 4 CE. A tal fin recuerda que los artículos 32 y 39 CE protegen instituciones diferentes que no hay que confundir: respectivamente, el matrimonio y la familia. «Aunque la demanda conecta en varias ocasiones la protección constitucional del matrimonio (art. 32 CE) con la de los diversos apartados del artículo 39 CE por considerar que estos últimos tienen su fundamento principal en el matrimonio tradicional, debemos recordar que matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente, de modo que «el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a [sic] la que tiene su origen en el matrimonio ... ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia» (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5 y jurisprudencia allí citada)» (FJ 5).

En definitiva, concluye el TC, «de todos los preceptos constitucionales invocados por los recurrentes para sustentar su pretensión, el único que podría conducir a la declaración de inconstitucionalidad de toda la Ley, en caso de que se entienda vulnerado, es el artículo 32 CE. De ahí que debamos dedicar los siguientes fundamentos jurídicos a esta cuestión, sin perjuicio de

analizar en su momento, si fuera necesario, si la posibilidad de adoptar conjuntamente en el seno de los matrimonios entre personas del mismo sexo es compatible con el artículo 39 CE y de que, como se ha señalado anteriormente, la interpretación del artículo 32 CE deba realizarse teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 10.2 y 53.1 CE» (FJ 6).

3) *Contenido y alcance del artículo 32 CE: El matrimonio como institución y como derecho.*—El matrimonio es una «institución garantizada por la Constitución» y, a la vez, la posibilidad de contraerlo se configura como un «derecho constitucional». Por ello, el ajuste o no de la Ley 13/2005 al artículo 32 CE exige adoptar una doble perspectiva: «En primer término se deberá dar respuesta a la duda de si la reforma impugnada supone un menoscabo constitucionalmente inadmisibles de la garantía institucional del matrimonio y, en segundo lugar, a la cuestión de si la reforma introduce o no límites constitucionalmente inaceptables al ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio» (FJ 6).

5) *La garantía institucional del matrimonio.*—La noción de garantía institucional fue acuñada en la STC 32/1981 (sobre la ley catalana de transferencia de las Diputaciones a la Generalidad) y aplicada en otras resoluciones posteriores (entre ellas la STC 111/1983, *Caso RUMASA*). Con ella se persigue «la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas» (FJ 7). Ahora bien, como se afirmaba en la STC 32/1981, «la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (FJ 3 STC 32/1981, transcrito en el FJ 7 de la que se reseña). Como dice el TC la garantía institucional «exige una protección objetiva» para garantizar «que el legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución» (FJ 7). ¿El nuevo párrafo segundo del artículo 44 CC hace del matrimonio «una institución irreconocible»? Esa es la cuestión a dilucidar.

No hay ninguna duda de que, tras la Ley 13/2005, el matrimonio ha cambiado. La cuestión consiste en saber «si esa modificación resulta contraria o no a la garantía institucional del matrimonio». En esta tesisura aparece en la sentencia una distinción tan vieja como el Derecho y que ha sido particularmente importante —y a menudo sangrienta— en relación con la interpretación de los textos sagrados. ¿Importa la *mens legislatoris* o la *mens legis*? ¿Hay que sujetarse a una interpretación «originalista» o «evolutiva»?... La cuestión es del mayor interés, aunque en el caso de los textos constitucionales no tenga la misma gravedad que en el de los textos sagrados, particularmente cuando estos se hacen derivar directamente de la divinidad (al pueblo se le puede —y en ciertos casos se le debe— preguntar; Dios, en cambio, no es amigo de hablar mucho y además lo hace cuando quiere, curiosamente solo en épocas remotas y oscuras).

Los recurrentes proponían una interpretación «originalista». El matrimonio, venían a decir, es lo que pensaban quienes redactaron y aprobaron la Constitución. Es difícilmente discutible que esto es así. Ahora bien, incluso desde esa perspectiva, una cosa es la idea de matrimonio que se pudiera tener en 1978 y otra lo que realmente se quiso regular con el artículo 32 CE. En este sentido, dice el TC: «Lo que el constituyente se planteaba en el año 1978 respecto del matrimonio no tenía nada que ver con la orientación sexual de los contrayentes, sino con la voluntad de desligar el matrimonio y la familia,

de proclamar la igualdad de los cónyuges en el seno de la institución, y de constitucionalizar la separación y la disolución. Estas cuestiones, así como la determinación de la edad para contraer, protagonizaron casi en exclusiva los debates constituyentes sobre el actual artículo 32 CE, [...]. Dicho de otro modo, en el año 1978, en que se delibera y aprueba el texto constitucional, los problemas que ocuparon al constituyente a la hora de regular la institución matrimonial fueron básicamente, tal y como se deduce de los trabajos parlamentarios, la cuestión del divorcio, la diferenciación conceptual entre matrimonio y familia, y la garantía de la igualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio» (FJ 8).

Al margen de lo anterior, la sentencia del TC se inclina claramente por una interpretación «evolutiva». Echando mano de una sentencia de la Corte Suprema de Canadá, el TC se refiere a la Constitución como un «árbol vivo»; y no solo, explica, «porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual» (FJ 9).

Es una imagen muy plástica, aunque funciona mejor con constituciones antiguas no escritas que con constituciones recientes buena parte de cuyos votantes directos aún viven. ¿Cómo alejarse del pasado sin necesidad de consultar a los ciudadanos? En esta coyuntura el TC acude a «la noción de cultura jurídica». Ésta, explica, «no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición» (FJ 9).

Es llegados a este punto cuando el TC nos dice con claridad lo que realmente explica su decisión: la sociedad española ha cambiado y con ella su concepción del matrimonio. Por ello en el nuevo artículo 40 pfo. 2º CC, y concretamente, en la unión de dos personas del mismo sexo (por cierto, cualquiera que sea su orientación sexual), los españoles no tienen ningún problema para reconocer la institución matrimonial. He aquí la noción constitucional de matrimonio que nos sirve la sentencia: «Comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento» (FJ 9). Lo esencial, antes y después de 2005, es «la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad». Eso era, según el TC, lo que los españoles veían en el matrimonio el día antes de la aprobación de

la Ley 13/2005 y seguían viendo el día después. Para los españoles el matrimonio, como institución, ya nada tiene que ver –esencialmente– ni con la diferencia de sexos ni con la procreación.

¿Qué elementos maneja el TC para establecer «*cuán integrado está el matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestra cultura jurídica*» (FJ 9)?... Básicamente las leyes de otros países (en las que se apreciaría una cierta tendencia en ese sentido, aunque no unánime), los pronunciamientos de tribunales internacionales (TEDH) y, cómo no, la realidad social española. «*Hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005*» (FJ 9). Ya en 2004 serían más de la mitad los españoles encuestados favorables a reconocer a las parejas homosexuales el derecho a contraer matrimonio. Y lo mismo cabe decir de la situación tras la aprobación de la ley. En el contexto europeo «*España se sitúa por encima de la media de aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo (56 por 100), lo que supone un acercamiento de la opinión pública, en este punto, a países del norte de Europa y un apartamiento, tal y como observa la propia Comisión Europea, de la tendencia de los países del sur y el este del continente, mayoritariamente situados por debajo de la media europea en nivel de aceptación*» (FJ 9). El tiempo que el TC se tomó para decidir el caso permitió que la sentencia incluyese información posterior a la interposición del recurso: Desde la entrada en vigor de la ley hasta diciembre de 2011 «*se habían contraído 22.124 matrimonios entre personas del mismo sexo*» (*ibid.*).

El TC no niega que el legislador español podía haberse inclinado por otras opciones igualmente conformes con la Constitución. «*Pero esta elección, que hubiera supuesto la no modificación de la institución matrimonial clásica junto con la simultánea creación de un régimen diferente al del matrimonio, con un contenido más o menos equiparable pero diferente, no fue la escogida por el legislador; que optó en cambio por generalizar el régimen único del matrimonio para cualquier persona, independientemente de su orientación sexual, opción ésta ajustada a la Constitución y que parece responder a la lógica de que dos relaciones jurídicas equiparables –matrimonio entre personas de distinto sexo y unión civil entre personas del mismo sexo– y con similares efectos reciban la misma denominación*» (FJ 9). Por tanto, concluye, «*desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador*» (*ibid.*).

6) *El derecho constitucional a contraer matrimonio y su «contenido esencial»*.—El derecho a contraer matrimonio carece de protección por la vía del amparo constitucional, pero su regulación debe hacerse por ley que, en todo caso, habrá de respetar su «contenido esencial». ¿En qué consiste este? Para responder el TC recurre a su propia doctrina. Se debe «*acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho [...] Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cua-*

les deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.» (FJ 8 STC 11/1981, transcrito en el FJ 10 de la que se reseña). Como puede verse, aun sin confundirse, la garantía institucional y el derecho fundamental acaban confluyendo, como observa el propio TC:

«Las personas heterosexuales no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código civil. Sin embargo, las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual» (FJ 11). *«Por tanto, lo que hace el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, habida cuenta de que la ley recurrida no introduce ninguna modificación material en las disposiciones legales que rigen los requisitos y efectos del matrimonio civil de personas de sexo diferente, y sin que la opción adoptada suponga denegar a cualquier persona o restringirle el derecho constitucional a contraer o a no contraer matrimonio»* (FJ 11).

7) *Libertad de optar entre diversas configuraciones pero preferencia por la escogida por la Ley 13/2005.*—El TC insiste en diversas ocasiones en que, el legislador, dentro de la Constitución podría haber optado por otras fórmulas, como el establecimiento de un régimen jurídico ad hoc para las uniones homosexuales, equiparado al matrimonio pero reservando este término a las uniones heterosexuales. Sin embargo, de su argumentación se desprende que, habiendo margen dentro de la Constitución, hay algunas soluciones más adecuadas a ella que otras. No cabe entender de otra manera las referencias de la sentencia al artículo 9.3, 10.1 y 14 CE. En este sentido, el TC afirma que con la Ley 13/2005, sin perjuicio de reconocer que no era lo único «técnicamente posible», *«se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales (STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4), además de ser fundamento del orden político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8)»* (FJ 11). Y añade: *«La opción que contiene la Ley 13/2005, sometida a nuestro examen se inscribe en la lógica del mandato que el constituyente integró en el artículo 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ya*

ha hecho este Tribunal de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE, en la que hemos incluido la discriminación por razón de la orientación sexual (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3), en la línea de la jurisprudencia de Estrasburgo (entre otras, STEDH en el asunto L. y V. c. Austria de 9 de enero de 2003, § 48)» (FJ 11).

8) *El problema de la adopción por parte de parejas homosexuales.*—La Ley 13/2005 (art. único apartado 7.º) dio la siguiente nueva redacción al artículo 175.4 CC: «Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado». Aun sin referirse expresamente a la cuestión, es claro que el precepto transcrito permite la adopción conjunta de menores por parte de matrimonios homosexuales. Esta es la razón por la que los recurrentes alegaban que la ley impugnada atentaba, también, contra el artículo 39 CE.

El TC, sin embargo, descarta la infracción. El proceso de adopción no pierde garantías por el hecho de que los adoptantes sean de igual o diferente sexo. «La eventual lesión del artículo 39.2 CE vendría dada si la legislación no garantizase que, en el procedimiento de adopción, el objetivo fundamental fuese la preservación del interés del menor, circunstancia que no concurre en este caso, en el que la normativa del Código civil establece que la resolución judicial que constituya la adopción tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, idoneidad que nada puede tener que ver con su orientación sexual (art. 176 CC). Además, como recoge la recién citada STC 124/2002, el juez que conoce del proceso de adopción tiene la facultad de denegarla cuando sea contraria al interés del menor; sea cual sea el motivo y después de su correcta valoración, que se realiza mediante el procedimiento reglado pertinente.» (FJ 12).

9) *Votos particulares.*—La sentencia cuenta con cuatro votos particulares, tres discrepantes y uno concurrente.

En el primero de ellos, el magistrado Rodríguez Arribas expresa su opinión de que el matrimonio, como institución, es una unión heterosexual orientada a la procreación, aunque no sea este su único objeto ni tampoco, como es obvio, el único ámbito en el que puede tener lugar. Critica asimismo la llamada interpretación evolutiva acogida por la mayoría: «Entiendo que el núcleo, la imagen maestra, de una garantía institucional no puede someterse a los avatares de la cultura jurídica a lo largo del tiempo. Precisamente para evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, pueda vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales. De otro lado resulta muy peligroso sentar el principio de que las normas pueden no decir lo que dicen, sino lo que se quiere que digan». Tampoco comparte la valoración de la realidad sociológica: «La realidad sociológica, contrastable en la calle, no es la de la aceptación, sino la de la indiferencia, que de cualquier forma no es argumento suficiente para sostener la constitucionalidad». Muestra asimismo su radical disconformidad en cuanto a la adopción: «Si nada puede oponerse a que una persona homosexual, sea hombre o mujer, pueda adoptar individualmente a un menor, la cuestión está en que desde el punto de vista del niño, que es lo único importante, no resulta indiferente que en lugar de tener un

padre y una madre o sólo un padre o sólo una madre, para sustituir la pérdida o abandono de los naturales, se encuentre con que tiene dos padres y ninguna madre o dos madres y ningún padre o haya que convertir a una mujer en padre o a un hombre en madre».

También es discrepante el voto del magistrado Ollero, a cuyo juicio era de todo punto ineludible la reforma de la Constitución para dar cabida en ella el matrimonio entre personas del mismo sexo. Critica el método interpretativo de la mayoría, a la que reprocha haber ignorado el auténtico sentido del artículo 32 CE. *«La Sentencia opta, al interpretar el artículo 32 CE, por no conceder relevancia hermenéutica alguna al sentido propio de las palabras utilizadas, sacrificándolo en favor de una supuesta «interpretación evolutiva» de la norma, que vendría exigida por la Constitución a la hora de ser interpretada, a «riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta» (FJ 9)». «Sin duda la interpretación literal de las normas puede resultar en más de una ocasión insuficiente a la hora de precisar su sentido. [...] pero que el sentido propio de las palabras no sea siempre suficiente como «único» criterio interpretativo no quita que sea siempre obligadamente el «primero» de ellos; sobre todo en una norma como la constitucional cuya relevancia se apoya en su postulada «rigidez»». La concepción del magistrado es claramente iusnaturalista: «En realidad tanto el matrimonio como la familia son realidades antropológicas que el derecho se limita a reconocer». Y concluye: «La conciencia de la «historicidad» de las normas jurídicas es una exigencia fundamental en toda razonable teoría del derecho, pero no cabe confundir la historicidad del sentido de un texto jurídico con una relativización de su contenido que lo deje totalmente disponible para que el intérprete pueda atribuirle de modo voluntarista cualquier significado. Menos aún sugerir (FJ 9) que la Constitución «a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad». Aceptarlo equivaldría a admitir que no es la Constitución la que certifica y garantiza la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sino que sería su texto el que cobraría legitimidad acomodándose a ellas».*

Igualmente discrepante es el voto particular de González Rivas. A su juicio la Ley 13/2005 debió declararse inconstitucional. *«El reconocimiento de la plena constitucionalidad de la Ley 13/2005 impugnada en este recurso implica una manifiesta preterición de un signo estructural y básico de la institución matrimonial, que ha sido reconocido en la realidad social y jurídica con carácter preexistente al texto de nuestra Constitución y que, con fundamento en el artículo 32.1, se basa en la disparidad de sexos en los contrayentes». Nada impedía dotar «de un específico régimen jurídico [a] todas las uniones asimilables pero diferenciadas de la institución matrimonial». En cambio, «la inclusión de las parejas del mismo sexo en la garantía constitucional del matrimonio implica reconocer una actuación que era indisponible por el legislador ordinario, lo que supone una mutación constitucional, al margen del procedimiento de reforma previsto en el artículo 167 CE». Asimismo discrepa frontalmente en relación con la adopción: «La modificación legal al permitir la filiación por adopción efectuada por adoptantes del mismo sexo contraviene la configuración constitucional de la filiación y atenta al prevalente interés del menor».*

El voto de Aragón coincide con el Fallo pero no con la argumentación, de la que teme erróneas extrapolaciones futuras. Por una parte discrepa del papel asumido por el TC al expresar sus preferencias por la opción del legislador: *«Lo que se nos planteaba y, en consecuencia, la respuesta que al pro-*

blema debíamos dar no era si la opción del legislador español es la «más constitucional», sino, simplemente, si habiendo otras opciones también constitucionalmente posibles, la adoptada por nuestro legislador era o no constitucional. Un juicio, el nuestro, que tenía que quedar reducido al de los límites que la Constitución establece (esto es, de índole negativa) y no al de los mandatos que la Constitución impone (de índole, pues, positiva). Esa es la función de este Tribunal, que está basada en la relación (que no es de estricta ejecución) que liga al legislador con la Constitución en un sistema, como el nuestro, de pluralismo democrático».

También reprocha Aragón a la sentencia lo que considera confusa argumentación: «La solución al problema que el recurso nos había planteado era, a mi juicio, más sencilla, más sobria, si se quiere, de argumentación menos confusa y tortuosa (a veces incluso contradictoria) de la que ofrece la Sentencia. Dado el carácter no absoluto, sino históricamente cambiante, del núcleo esencial de la garantía institucional del matrimonio, bastaba con mostrar que hoy, para la conciencia social (y en la Sentencia se ofrecen datos suficientes sobre ello) y para la cultura jurídica (dato éste que la Sentencia en cambio utiliza de manera, a mi juicio, deficiente) la heterosexualidad de la pareja ya no es unánimemente concebida como un elemento indispensable del matrimonio. Ese cambio históricamente producido, que considero verídico, y que no precisa que sobre él se concite unanimidad, pues basta con que ya no sea tampoco unánime el entendimiento precedente (que tuvieron el constituyente y el propio Tribunal Constitucional hasta hace poco tiempo), es suficiente para no anular la opción tomada por el legislador. Ante una asentada (no efímera o claramente minoritaria) concepción social y jurídica cultural del matrimonio en la que también tiene cabida la unión entre parejas del mismo sexo, este Tribunal no puede declarar contraria a la Constitución la Ley sometida a su enjuiciamiento».

Pero la objeción principal de Aragón se refiere al significado y uso de la llamada «interpretación evolutiva». «La operación consistente en averiguar cuál es hoy el núcleo esencial de una garantía institucional no es, en modo alguno, aunque la Sentencia lo confunda, realizar interpretación evolutiva de la Constitución, sino, simplemente, interpretar la Constitución de acuerdo con el concepto generalmente acuñado de «garantía institucional». Por eso, que el núcleo esencial de esa garantía «evolucione» históricamente en su significado no tiene nada que ver con la llamada interpretación evolutiva, que consiste en adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan. En el primer supuesto (el de la garantía institucional) la misma norma constitucional llama (interiormente) al «ser» para configurar su «deber ser». En el segundo supuesto el de la interpretación evolutiva, no es la norma la que llama, para dotarse de eficacia, al «ser», pues como «deber ser» es perfecta, sino el intérprete el que, externamente, va adaptando su sentido, pero con un límite claro: el respeto al tenor literal de la propia norma (tenor literal, insisto, que es completo en sí mismo), de manera que sólo son posibles nuevas interpretaciones del precepto si sus términos lingüísticos lo permiten. Mediante la interpretación evolutiva no puede hacersele decir a la norma lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello. Por eso, si se tratase de un precepto constitucional que no estableciese una garantía institucional, frente a su tenor literal, a su indudable significado originario y a su entendimiento reiterado por el Tribunal Constitu-

cional, hubiera sido muy difícil no declararlo inconstitucional». Y concluye: «Con esa, que llama la Sentencia «lectura evolutiva de la Constitución», sobra la rigidez constitucional, sobra la garantía que, al servicio de la rigidez, significa el procedimiento de reforma e incluso sobra la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. El Tribunal Constitucional, entonces, en lugar de ser, como es, un poder constituido, pasaría a ser, como ya dije, un poder constituyente permanente. Como esto no puede ser así, por razones obvias, pues, el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, pero no su supremo dueño, y es difícil aceptar que así lo quisieran los demás Magistrados de la mayoría, no hay más remedio que entender que ha sido, más que un error, fruto de la inadvertencia, realizar estas afirmaciones sin modularlas, limitarlas, precisarlas con los necesarios matices y cautelas para que no surtan los efectos perniciosos que, dichas en términos tan generales como se dicen, podrían provocar».

STC 241/2012, de 17 de diciembre

RA: Desestimado.

Ponente: González Rivas. Voto particular discrepante de Valdés Dal-Ré, al que se adhiere Asua Batarrita.

Conceptos: Derecho a la intimidad personal y derecho al secreto de las comunicaciones. Poderes de autoorganización, dirección y control del empresario.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1, 18.3 y 38 CE; artículo 20 ET.

Dos trabajadoras fueron amonestadas verbalmente por la empresa en la que prestaban sus servicios como teleoperadoras por el contenido de los mensajes intercambiados entre ellas por medio de un programa de mensajería instantánea. Previamente, las trabajadoras, sin autorización y conocimiento de la empresa, habían instalado en la unidad «C» del ordenador de uso indistinto que el empresario ponía a su disposición el programa de mensajería instantánea «Trillan». Otro trabajador, al acceder a la unidad «C» de ese ordenador, tuvo conocimiento, casualmente, de los mensajes que se intercambiaron las dos trabajadoras por medio de ese programa, y, a la vista de su contenido –en ellos, como ya se habrá intuido, se vertían comentarios críticos, despectivos o insultantes en relación con compañeros de trabajo, superiores y clientes–, advirtió de ello a la dirección de la empresa. Ésta reunió a las dos trabajadoras autoras de los mensajes y, después de leer y reseñar los mensajes, amonestó, del modo en que ha quedado indicado, a las dos trabajadoras.

Las dos trabajadoras interpusieron ante la jurisdicción laboral demanda contra la empresa por vulneración de sus derechos fundamentales, particularmente, a la intimidad. Tanto el Juzgado de lo Social de Sevilla como la Sala Social del TSJ de Andalucía desestimaron las demandas de las trabajadoras.

Ante el recurso de amparo de una de las dos trabajadoras, la mayoría de la Sala Primera del TC confirma las resoluciones impugnadas y desestima la pretensión de amparo de la trabajadora fundada en la vulneración de sus derechos a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

1) *Inexistencia de vulneración del derecho a la intimidad personal del artículo 18.1 CE: las trabajadoras realizaron «actos dispositivos» de su*

derecho a la intimidad.—En primer lugar y de forma particularmente sucinta, el TC descarta la existencia de vulneración del derecho a la intimidad personal de la trabajadora recurrente en amparo. Para ello, el TC reseña la caracterización en la jurisprudencia constitucional de este derecho como un derecho de autodeterminación informativa, esto es, como el reconocimiento a la persona de un ámbito de poder respecto de la «revelación, divulgación o publicidad no consentida» de datos pertenecientes a la esfera íntima. Sobre esta base, cobra singular importancia, como se ve, el consentimiento o autorización del titular: en caso de acreditarse su existencia, este consentimiento o autorización excluye la ilicitud de la intromisión en el ámbito de poder garantizado por el derecho a la intimidad. Y, precisamente, el TC parece conectar este planteamiento con la desestimación del recurso de amparo en este punto: «no cabe apreciar afectación del derecho a la intimidad desde el momento en que fue la propia demandante y otra trabajadora quienes realizaron actos dispositivos que determinaron la eliminación de la privacidad de sus conversaciones, al incluirlas en el disco del ordenador en el cual podían ser leídas por cualquier otro usuario, pudiendo trascender su contenido a terceras personas, como aquí ocurrió al tener conocimiento la dirección de la empresa» (FJ 3). Del modo en que se expone, el argumento del TC se presta a interpretaciones equívocas, especialmente, en relación con el uso de la expresión actos dispositivos del derecho a la intimidad: por un lado, es evidente que las trabajadoras no consintieron o autorizaron para que el empresario accediera al contenido de sus mensajes y, por tanto, no realizaron actos dispositivos que legitimen por sí mismos la actuación del empresario que se discute. Acaso el TC entendiera —como parece entender el voto particular de Valdés Dal-Ré— que las trabajadoras realizaron actos propios que les vinculaban y que les impedirían ejercitar posteriormente una pretensión de privacidad respecto de esos mensajes. Pero el recurso a la doctrina de los actos propios es arriesgada y, en el caso —como certeramente se discurre en el voto particular indicado—, resulta particularmente discutible: acceder a la unidad «C» del ordenador y, en concreto, a las carpetas donde se archivaban los mensajes no parece que fuera tan sencillo como, al parecer, resulta de una primera lectura del relato de hechos de la sentencia del TC. En todo caso, no parece dudoso que la *ratio decidendi* de la sentencia en relación con la falta de vulneración del derecho a la intimidad es discutible: el mero hecho de que fuera la conducta de las trabajadoras —probablemente, por falta de diligencia, y no por una voluntad inequívoca de difundir sus mensajes en el interior de la empresa— la que posibilitó «el conocimiento de las conversaciones por otro usuario del ordenador» y que, en última instancia, «provocó la intervención empresarial» no parece argumento suficiente para neutralizar la potencial ilicitud de la intromisión empresarial en el ámbito del derecho a la intimidad. Probablemente, la mayoría de la Sala Primera del TC convendría en que, quien por despiste olvida unos archivos con fotografías íntimas en un carpeta accesible a terceros, no está legitimando con su conducta la difusión de esas fotografías. Cuestión distinta, y que no es expresamente abordada en la sentencia en relación con el derecho a la intimidad, es que todos los mensajes litigiosos pudieran considerarse pertenecientes a la esfera íntima que protege el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE.

2) *Inexistencia de infracción del derecho al secreto de las comunicaciones: las trabajadoras no disponían de una expectativa razonable de confidencialidad porque el ordenador era de uso común para todos los trabajadores y, además, la utilización del programa de mensajería era contraria a*

una orden empresarial.—Más allá del resumen de la jurisprudencia constitucional entre la relación del derecho de los trabajadores al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE y los poderes de autoorganización, dirección y control que corresponden al empresario, el TC centra la *ratio decidendi* de su desestimación de la infracción de ese derecho fundamental en dos hechos: (i) «*el ordenador era de uso común para todos los trabajadores de la empresa*»; y (ii) «*la empresa había prohibido expresamente a los trabajadores instalar programas en el ordenador*» (FJ 6). Estas dos consideraciones fácticas conectan con dos argumentos igualmente relevantes: (i) las trabajadoras sabían que el uso de ese ordenador no era personal y, por tanto, «*no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad*»; y (ii) la utilización del programa instalado «*incurría en contravención de la orden empresarial*» (FJ 6). Esta última consideración es abiertamente criticada en el voto particular de Valdés Dal-Ré, al resaltar que el incumplimiento de lo ordenado por el empresario, «*sin perjuicio de que pueda acarrear algún tipo de sanción*», «*no habilita en modo alguno interferencias en el proceso o en el contenido de la comunicación*» (apdo. 4).

Adicionalmente, la mayoría de la Sala Primera del TC recurre, sin desarrollarlo extensamente, a otro argumento: la falta de adopción por parte de las trabajadoras de cautelas para garantizar el carácter confidencial o secreto de sus mensajes priva a estas comunicaciones del carácter secreto y, por tanto, «*quedan fuera de la protección constitucional por tratarse de formas de envío que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta*» (FJ 7).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Gema ALVEAR LARA, Gabriel GARCÍA CANTERO, Sebastián LÓPEZ MAZA, M.^a Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, Laura ZUMAQUERO GIL.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 3. Derechos reales. Derecho hipotecario. 4. Derecho de familia.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Tutela de derechos fundamentales. La protección frente al ruido.—El Tribunal Supremo ha admitido que el ruido puede vulnerar el derecho a la intimidad personal y familiar. Asimismo el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en la sentencia de 16 de noviembre de 2004 (Moreno Gómez contra España) declaró que, «*conforme al artículo 8 del Convenio de Roma, «[e]l individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no solo como el derecho a un simple espacio físico sino también a disfrutar, con toda tranquilidad, de dicho espacio» (apdo. 53); que «[e]l atentar contra el derecho del respeto del domicilio no supone solo una vulneración material y corporal, como la entrada en el domicilio de una persona autorizada, sino también una vulneración inmaterial o incorporal, como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias» (apdo. 53); que «[s]i la vulneración es grave, puede privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio puesto que le impide disfrutar del mismo» (apdo. 53); que «[a]unque el artículo 8 tiene fundamentalmente por objeto prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede igualmente implicar la adopción por estos de medidas que traten de respetar los derechos*

garantizados por este artículo hasta en las relaciones entre los propios individuos» (apdo. 55); y en fin, que soportar durante años una intensa contaminación acústica, fuera de los niveles autorizados y durante la noche, constituía una vulneración de los derechos de la demandante protegidos por el artículo 8 (apdo. 60)».

Responsabilidad por los actos de los hijos de la pareja. Legitimación pasiva *ad causam*.—Pese a no tener relación de parentesco con las hijas de su pareja, el demandado sí está pasivamente legitimado y ha de responder solidariamente con la codemandada, por ser el titular del derecho de ocupación de la vivienda, ya que tenía suficiente capacidad de control sobre la vivienda origen de los ruidos como para haberlos evitado (STS de 5 de marzo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín García.]

HECHOS.—El 29 de mayo de 2007, un matrimonio y su hijo mayor de edad interpusieron demanda (también habitaba en la vivienda otra hija menor de edad) contra don Francisco y doña Elvira, moradores del piso inmediatamente inferior del mismo edificio, alegando que en éste, desde octubre de 2004, se venía tocando el piano cualquier día de la semana, incluso sábados y festivos, sin horario fijo y sin respetar las horas de descanso, pues durante los fines de semana el piano se oía desde por la mañana y en los días laborables, en que los demandantes llegaban a su casa sobre las 14,30 horas, desde las 15 horas, y en ambos casos hasta las 22 o 22,30 horas. Los demandados se opusieron a la demanda negando la legitimación pasiva de don Francisco porque el piano lo tocaba la menor Carmen, hija de la codemandada doña Elvira pero no de don Francisco, de modo que era doña Elvira quien ejercía la patria potestad sobre dicha menor, compartida con el padre de la misma que vivía en Barcelona.

La sentencia de primera instancia absolvió de la demanda a don Francisco, apreciando falta de legitimación pasiva, y la estimó en parte respecto de doña Elvira, declarando que los ruidos transmitidos a la vivienda de los demandantes por el funcionamiento del piano constituían una intromisión ilegítima, perjudicial y nociva, vulneradora de su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario; condenando a dicha demandada, alternativamente y a su elección, a que dejara de tocarse el piano en su vivienda o, de seguir haciéndose, se adoptaran las medidas de insonorización adecuadas; y condenándola también a abstenerse de nuevas intromisiones en el futuro y a indemnizar a cada uno de los demandantes y a la menor de edad en 1.000 euros para cada uno de los cuatro.

Recurrida la sentencia de primera instancia por ambas partes, el tribunal de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de los demandados y desestimando el de los demandantes, revocó la sentencia apelada para, en su lugar, desestimar totalmente la demanda absolviendo de la misma a los dos demandados.

El Tribunal Supremo declara haber lugar a los recursos extraordinarios por infracción procesal y recurso de casación interpuestos. Estima la demanda también respecto del codemandado don Francisco, que responderá solidariamente junto con la demandada doña

Elvira. En cuanto a la indemnización concedida, el Alto Tribunal considera insuficiente la cuantía fijada por la sentencia de primera instancia y excesiva la pedida en la demanda, de modo que como más procedente se fija la de 2.000 euros en lugar de 1.000 euros para cada una de las personas afectadas.

NOTA.—En el presente caso el Tribunal Supremo concluye que el sonido de un piano instalado en el piso de los demandados constituye una intromisión ilegítima en el derecho fundamental de los demandantes, que habitan en el piso inmediatamente superior, a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE). Los daños y perjuicios existieron, ya que la intromisión se prolongó en el tiempo, perturbando muy considerablemente la intimidad en el ámbito domiciliario, y que los demandados pusieron muy poco de su parte para que cesara. (M.C.L.J.)

2. Derecho al honor y a la intimidad *versus* libertad de información y libertad de expresión. Persona de notoriedad pública por su profesión y por haber facilitado voluntariamente el conocimiento general a su vida íntima y familiar a la prensa.—El derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información, debiendo aplicarse la técnica de la ponderación, en función de las circunstancias del caso, para resolver los conflictos que surjan entre estos derechos. La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información puesto que no se refiere a la narración de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos, sino de juicios personales y opiniones de carácter subjetivo. Sin embargo, no siempre es fácil separar ambas libertades, puesto que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos, y a la inversa. Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos o, cuando ello no sea posible, se debe atender al elemento preponderante. El derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se utilizan expresiones ofensivas, sin relación con las ideas y opiniones que se exponen y, por tanto, innecesarias para este propósito, dado que la libertad de expresión no es un derecho al insulto. Las libertades de información y expresión alcanzan un nivel máximo de protección cuando se ejercitan por profesionales de la información a través del vehículo de formación de la opinión pública que es la prensa, en su más amplia acepción. La valoración acerca de la naturaleza y del contenido de los programas o de su calidad televisiva no puede excluir a priori su trascendencia para la formación de la opinión pública libre, que no sólo depende de programas en los que se aborden directamente temas políticos, sino también de aquellos que sean susceptibles de influir de alguna manera sobre la opinión pública. En la ponderación con el derecho al honor y a la intimidad, se debe tener en cuenta que la libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar a aquel contra quien se dirige. La ponderación se debe realizar teniendo en cuenta si la información o la crítica se proyecta sobre personas con proyección pública. La protección pública no solamente deriva del ejercicio de funciones públicas o de realización de actividades de especial trascendencia política o económica, sino que también pueden derivarse de su posición social, de su origen familiar o de su asiduidad en los medios informativos dedicados a la crónica social. En estos casos, la exteriorización de las opinio-

nes relativas a la idoneidad de los personajes públicos entra dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión. Quien divulgue aspectos de su vida privada debe soportar el conocimiento e investigación o seguimiento de los aspectos divulgados y la crítica de los mismos. Respecto al derecho a la intimidad, el criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones efectuadas en ejercicio de la libertad de expresión, no es el de la veracidad, sino el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública resulte necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa. (STS de 19 de abril de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—J. L. interpone demanda de protección del derecho fundamental al honor y a la intimidad personal y familiar contra Televisión T., S.A., y A., por las manifestaciones realizadas por éste en un programa de televisión de esa entidad de radiodifusión, reproducidas los días posteriores en otro programa de la misma cadena, así como por los comentarios de la cadena referidos a los rumores no confirmados sobre la existencia de una relación amorosa entre el demandante y un tercero días antes de la boda del demandante con otro sujeto. En la demanda se solicita la cesación de la intromisión y la condena de los demandados a indemnizarle al demandante por los daños y perjuicios causados.

Tanto en primera como en segunda instancia se desestiman las pretensiones del demandante originario. Se entiende que las declaraciones fueron hechas en ejercicio de la libertad de expresión de A. y que no suponen una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, que éste debe soportar por ser una persona de notoriedad pública por su profesión y por consentir éste que su boda se convirtiera en un acontecimiento público de interés general, ofreciendo detalles de ella en revistas y permitiendo su retransmisión en directo en un medio de televisión nacional. Las manifestaciones son meras valoraciones de la boda y el amor de la pareja, dando a conocer un rumor de infidelidad, sin que se afirme como hecho cierto. Entiende que las manifestaciones enjuiciadas no tienen entidad suficiente para considerar que se ha vulnerado el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, pues el grado de afectación de éstos es muy débil.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante originario y confirma la sentencia de instancia. Parte de la base del reconocimiento en la sentencia recurrida de que las pautas de comportamiento del demandante eran reveladoras de una voluntad de despojar del carácter privado ciertos aspectos de su vida privada o familiar. Por ello, aunque las manifestaciones inciden, en principio, sobre el ámbito reservado a la vida privada del demandante, no atentan contra su intimidad porque lo manifestado fue excluido del ámbito de lo reservado por el propio comportamiento. (G.M.A.)

3. Intromisión ilegítima en el derecho a la imagen. Responsabilidad del presentador del programa en que se difunden imágenes lesivas.—Declara el Tribunal Supremo que no existe responsabilidad del presen-

tador del programa cuando no actúa como director del mismo y no tiene ningún control ni sobre los contenidos, ni sobre los vídeos que se van a emitir. Lo contrario supondría exigirle una responsabilidad objetiva, incompatible con la interpretación del artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta realizada por el Tribunal Constitucional (STC de 21 de diciembre de 1992), que exige culpa *in eligendo* o *in vigilando* en la apreciación de responsabilidad.

Impugnación en casación de la cuantía de la indemnización fijada por el tribunal de instancia.—Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la fijación de la cuantía de la indemnización por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia de apreciación de la prueba (SSTS de 19 de octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000 y 15 de marzo de 2001), sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (entre otras, SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 25 de febrero de 1992, 23 de noviembre de 1999, 31 de enero de 2001, 28 de marzo de 2005 o 27 de febrero de 2006) o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación de la cuantía (SSTS de 15 de febrero de 1994 y 21 de diciembre de 2006). (**STS de 26 de marzo de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En un programa de televisión se mostraron los rostros sin velar de dos menores, hijos de dos famosos actores, de forma que eran plenamente reconocibles; las imágenes se integraban en un reportaje, de un minuto y medio de duración, sobre un viaje del padre de los niños. La cadena televisiva alegó que se trataba de un error técnico, que únicamente se detectó en el momento de emitirse las imágenes, e inmediatamente pidieron disculpas a los progenitores tanto el presentador del programa, como la productora y la cadena. Pese a ello, los padres interpusieron demanda, en nombre de sus hijos, contra el presentador del programa, el director y la productora del mismo, así como contra la cadena de televisión que lo emitió, por intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de los menores, solicitando una cuantiosa indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, exonerando de responsabilidad al presentador (pues no se acreditó en el procedimiento que éste elija los contenidos, tenga constancia de los vídeos a emitir o que pueda cortar las imágenes que se están emitiendo, sino que actúa a través de un guión preestablecido) y reduciendo la cuantía de la indemnización solicitada, en consideración a la brevedad de difusión de las imágenes, su carácter accesorio, así como al hecho de que el rostro de los niños había aparecido anteriormente en otras emisiones con el consentimiento de los padres. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial desestimó el recurso, sobre los mismos argumentos recogidos en la sentencia de primera instancia. Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación los demandantes en primera instancia, por deficiente aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en relación a la responsabilidad del

presentador del programa y a la fijación de la cuantía de la indemnización.

NOTA.—Para una exposición sobre la colisión entre el derecho a la imagen y la libertad de información, así como sobre las consideraciones especiales que deben realizarse en el caso de menores, véase el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia, que recopila *obiter dictum* la doctrina constitucional y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto. (A.M.M.)

4. Derecho nobiliario. Retroactividad impropia de ley posterior que establece el principio de primogenitura frente al principio de varonía regulado en norma anterior. Derecho no consolidado por la mera posesión de título nobiliario.—El Tribunal Supremo recuerda su jurisprudencia consolidada en torno al apartado tercero de la DT única de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, según el cual la derogación del principio de varonía regulada en esta ley «*se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido a partir de aquella fecha*». Según se ha declarado en las SSTs de 3 de octubre de 2008, 15 de octubre de 2009, 21 de octubre de 2009, 22 de octubre de 2009, 7 de junio de 2010, 4 de julio de 2011 y 5 de septiembre de 2011, esta DT única se refiere no sólo a los expedientes administrativos sobre títulos nobiliarios y a los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones dictadas por la Administración, sino también a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil y a cualquier proceso abierto antes de la fecha prevista en la DT única. Por tanto, se incluyen casos en los que la demanda se presentó durante la *vacatio legis*, es decir, en el período transcurrido entre la publicación de la ley y su entrada en vigor, pero también aquellos otros supuestos en los que la demanda se interpuso después de la fecha de presentación de la originaria proposición de ley en el Congreso de los Diputados, el 27 de julio de 2005, y antes de la publicación de esta norma, siempre y cuando, en todo caso, no haya recaído sentencia firme en el proceso en el momento de entrada en vigor de la Ley 33/2006. La posesión de un título nobiliario no constituye un derecho que, por su naturaleza, pueda considerarse incorporado al patrimonio de una persona en tanto no transcurra el plazo de cuarenta años para la usucapión. Por tanto, la mera posesión no hace surgir un derecho consolidado al que le sea aplicable la prohibición de retroactividad de las disposiciones que puedan afectarle, establecida en el artículo 9.3 CE. (STS de 26 de marzo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La demandante reclamó frente a su hermano menor, varón, el título nobiliario de Conde de A., del que fue último poseedor el padre de ambos litigantes. Tras el fallecimiento del progenitor, se tramitó a instancia del demandado el expediente administrativo de sucesión, en el que compareció y se opuso la demandante. Con fecha de 28 de enero de 1998, el expediente concluye con la atribución al demandado de la posesión del título. En la demanda se alega que la norma a aplicar es la Ley 33/2006 y que, según ésta,

quedan derogadas las normas históricas que discriminan a la mujer en la sucesión de títulos nobiliarios. La demandante defiende que la posesión del título le corresponde a ella, por estar situada en la sucesión en igual grado que el demandado y ser de mayor edad que éste.

En su sentencia de 12 de junio de 2007, el Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de Madrid desestima la demanda. Entiende que la Ley 33/2006 es aplicable de forma retroactiva con un límite temporal: únicamente a los expedientes administrativos y judiciales que se encontraran en tramitación el 27 de julio de 2005, sin que el expediente litigioso estuviera pendiente de resolución administrativa en dicha fecha.

La actora interpone recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13.^a, en su sentencia de 31 de octubre de 2008, confirmando el contenido de la sentencia de primera instancia.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la demandante, en su modalidad de existencia de interés casacional por aplicación de norma vigente inferior a cinco años. El recurso es estimado por el Tribunal Supremo, por lo que casa la sentencia recurrida y estima la demanda originaria. El Alto Tribunal entiende que la fecha relevante a estos efectos es la del inicio del proceso por la demandante, que fue posterior al 27 de julio de 2005 y cumple con la exigencia de que el proceso estaba pendiente de resolución firme en el momento de la entrada en vigor de la Ley 33/2006. Con ello, el Tribunal Supremo integra el título, conforme al artículo 2.II de la Ley 3/2007, declarando que la demandante, por ser mayor de edad que el demandado –eliminados los efectos del principio de varonía y encontrándose en igualdad de línea y grado–, es la llamada a suceder con preferencia al demandado. No se examina la cuestión relativa a la posible adquisición del título por el demandado en virtud de la prescripción, ya que no fue objeto de controversia en las instancias ni en el recurso de casación.

NOTA.–Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios establece en su artículo 1.º que el hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamiento. En este sentido, su artículo 2.º declara que dejarán de surtir efectos jurídicos aquellas previsiones de la Real Carta de Concesión del título que excluyan a la mujer de los llamamientos o que prefieran al varón en igualdad de línea y grado o que contradigan de cualquier modo el igual derecho a suceder del hombre y de la mujer. Los jueces y tribunales que estimen una demanda o un recurso al que les es aplicable esta norma habrá de integrar el título con arreglo al orden regular de sucesión, que, en igualdad de línea y grado, establece la preferencia del primogénito. Acerca del régimen transitorio introducido por la Ley 33/2006 se aconseja la lectura de E. Serrano Gómez, «Régimen jurídico de la sucesión en los títulos nobiliarios. Aplicación retroactiva de la Disposición Transitoria Única de la Ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios. Sentencia del Tribu-

nal Supremo de 3 de abril de 2008», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, M. Yzquierdo Tolsada (coord.), 2009, Vol. 2, Dykinson, pp. 143-195; L. Rueda Esteban, «Los títulos nobiliarios tras la Ley 33/2006», en *Homenaje a don Juan Francisco Delgado de Miguel*, V. M. Garrido de Palma (coord.), 2007, Aranzadi, pp. 497-528; E. Arnaldo Alcubilla, «Régimen transitorio de la Ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios», *Diario La Ley*, núm. 4, 2007, pp. 1353-1357; R. Bercovitz Rodríguez-Cano, «Les grandeurs de L'Espagne», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2007, parte Tribuna; pp. 1825-1826; y M. D. Cervilla Garzón, «De nuevo sobre la sucesión en los títulos nobiliarios (¿el punto y final a una absurda polémica?)», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 59/2006, parte Estudios Doctrinales, pp. 201-222. Asimismo, puede verse la reseña de la STS de 16 de enero de 2012, realizada por Gemma Minero Alejandre, en el anterior número del *Anuario de Derecho Civil*. (G.M.A.)

5. Distribución de títulos nobiliarios.—La distribución de títulos nobiliarios tiene las siguientes características. En primer lugar, la distribución consiste en la facultad que tiene el poseedor de dos o más títulos que tenga más de un hijo, para distribuirlos, con la aprobación real, entre ellos, reservando el título principal para el sucesor inmediato (art. 13 RD de 27 de mayo de 1912). Se altera el orden vincular respecto de los títulos no principales que se distribuyan mediante la creación de nuevas cabezas de línea sucesoria, en las que se sigue el orden regular de sucesión.

En segundo lugar, es un negocio jurídico de carácter unitario. Esto implica que toda reclamación judicial (ej.: pretensión de mejor derecho al título frente a quien lo viene poseyendo en virtud de una distribución) que afecte al mismo deberá solicitar la previa declaración de nulidad de la distribución. Como dicha nulidad afectará a todos los favorecidos por la distribución, será necesaria la presencia obligada de éstos en el proceso desde su iniciación. En consecuencia, debe demandarse a todos aquellos que se vieron afectados por la distribución, es decir, a quienes ostentan los títulos que el distribuidor adjudicó, aunque sólo uno de ellos sea el litigioso. También el inmediato sucesor al que se adjudicó por distribución el título principal debe ser llamado al proceso.

La nulidad del acto de la distribución de títulos llevará consigo el restablecimiento del orden de suceder. El beneficiado por el título principal no es ajeno a cualquier contingencia derivada de la nulidad de la distribución. (**STS de 17 de abril de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El título de Conde fue concedido al primer conde A., que tuvo dos hijos, respecto a los que no consta que llegaron a poseer el título. Una descendiente de A., en sexto grado por la línea del hijo primogénito, instó la rehabilitación del título y, antes de obtener la rehabilitación, falleció. Tras fallecer ésta, su sobrino B. se personó en el expediente de rehabilitación para instar su continuación. Antes de que concluyera el expediente de rehabilitación, B. hizo renuncia a favor de su hija C. de los derechos que pudieran

corresponderle sobre el título pendiente de rehabilitación. C. se personó en el expediente de rehabilitación y, antes de que concluyera, hizo renuncia a favor de su hermano menor, D. Éste continuó el expediente de rehabilitación y obtuvo, finalmente, el derecho a usar el título. Años después, D. distribuyó entre sus dos hijos los títulos que poseía: el principal –ajeno al litigio– lo reservó para el primogénito y el título litigioso se lo adjudicó a su hijo pequeño, E. F., hijo de C., interpuso demanda para que le fuera reconocido su mejor derecho a la posesión del título frente al actual poseedor del mismo, E, dada la proximidad de grado de C.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, declarando: *a)* para alegar el mejor derecho al título es necesario atacar la validez de la renuncia al título efectuada por la madre del demandante, ya que fue esta renuncia la que provocó que el título pasara al padre del demandado; *b)* frente al mejor derecho del demandante se encontraría el derecho que ostenta su propia madre que renunció al título, que sólo ha sido traída al juicio en calidad de testigo; *c)* el demandante ha ocultado que tiene una hermana de mayor edad que él a la que perjudicaría su reclamación, que no ha sido llamada a juicio; *d)* tampoco ha intervenido el propio distribuyente.

El demandante interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, declarando que: *a)* no es necesaria la presencia en el proceso de la madre del demandante, ya que la renuncia que ésta hizo no perjudica a sus descendientes; *b)* no es necesaria la presencia en el proceso de la hermana primogénita del demandante, ya que con este juicio no se anula el derecho que como primogénita pueda tener frente al demandante, que queda al margen de este proceso; *c)* en cuanto al fondo, se señala el mejor derecho del demandante dado que, eliminado el principio de varonía, la madre del demandante, en igualdad de línea y de grado con el padre del demandado, es de mayor edad que éste.

Contra dicha sentencia se interpusieron sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación por el demandado, siendo ambos admitidos. El recurrente, poseedor del título nobiliario, alega que la pretensión de la demanda –sobre la declaración del mejor derecho del actor a la posesión del título– lleva implícita la negación de la eficacia de la distribución de títulos efectuada por el padre del recurrente, por lo que debió demandarse también al hermano mayor del recurrente –a quien le fue adjudicado en la distribución el título principal, ajeno al proceso, que poseía el padre de ambos–. La parte recurrida apunta que, cuando la declaración del mejor derecho a la posesión del título implica la nulidad de una distribución, deben ser llamados al proceso todos los beneficiados por la misma. Sin embargo, entre los beneficiados no está el descendiente del distribuidor, a quien se le reserva por disposición legal el título principal, pues lo que se distribuyen son los títulos no principales, y sólo deben ser llamados al proceso aquellos descendientes favorecidos por tal distribución.

El Tribunal Supremo señala que la petición de declaración de mejor derecho a la posesión del título lleva implícita la petición de nulidad de esa distribución, aunque no se haya formulado expresa-

mente en la demanda. Por tanto, debió ser demandado también el otro favorecido por la distribución, hermano primogénito del demandado, y al no haberse hecho así concurre la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Además, indica el Tribunal Supremo que el padre del demandado obtuvo el título en virtud de una resolución administrativa de rehabilitación del título, no porque la madre del demandante renunciara al título o cediera el título, dado que estaba vacante. No se discute en la demanda cuestión alguna relacionada con la renuncia de los posibles derechos sobre el título que hizo la madre del demandante a favor del padre del demandado, durante la tramitación del expediente de rehabilitación, sino el mejor derecho al título de la línea que parte de la madre del demandante. Por todo esto, el Tribunal Supremo acaba estimando el recurso.

NOTA.—La distribución de títulos nobiliarios es un acto complejo. Puede llevarse a cabo *inter vivos* o *mortis causa*, en cuyo caso se perfeccionará en el momento del fallecimiento del distribuyente. La distribución modifica el orden de suceder, si bien con las limitaciones establecidas en el artículo 13 del RD de 27 de mayo de 1912. Según este precepto, cabe distribuir los títulos nobiliarios entre los distintos hijos, con el único límite de reservar el principal para el inmediato sucesor, es decir, el primogénito. Una vez realizada esta reserva, el resto de títulos no principales se deben repartir de la manera más equitativa y proporcionada posible, siempre a discrecionalidad del distribuyente, sin distinción por género o edad de los posibles beneficiarios. Sólo en ausencia de hijos, podrá el distribuyente otorgarlos a descendientes más remotos. Además, la distribución, siendo un acto personal e indelegable, debe ser realizado por el propio poseedor del título. Un rasgo básico de este acto es su carácter unitario, lo que implica que la impugnación de la distribución supone la petición de nulidad de toda ella —no cabe declararla en parte nula y en parte válida—. Así lo han entendido las SSTs de 8 de mayo de 1989, de 11 de marzo de 1996, de 16 de abril de 1996 y de 4 de abril de 2002, entre otras. Siendo así, cuando un tercero alegue mejor derecho a poseer el título y lo reivindica judicialmente, la impugnación requerirá el llamamiento al proceso de todos los favorecidos por dicha distribución para evitar la indefensión a que se refiere el artículo 24 CE (STS de 5 de noviembre de 1991). Se tendrá que llamar a todos los interesados en esa situación. Es más, el Alto Tribunal ha llegado a entender incluso que la procedencia de este litisconsorcio pasivo necesario debe apreciarse de oficio (STS de 26 de junio de 2001). (S.L.M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. Interpretación de los contratos.—La interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, que no puede ser revisada en casación, siempre que se ajuste a los hechos considerados probados por aquéllos en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prue-

ba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario.

La cláusula *rebus sic stantibus*.—La aplicación de esta cláusula requiere los siguientes requisitos: 1) una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes en el momento de la celebración; 2) una desproporción exorbitante de las prestaciones de las partes, producida por un riesgo imprevisible; 3) que se carezca de otro medio para remediar el perjuicio o ausencia de previsiones revisorías de futuro. Si se producen todas estas condiciones, la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*» no producirá la extinción del contrato, sino su modificación. (STS de 27 de abril de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela].

HECHOS.—ECI demanda a FPM alegando la procedencia de la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio suscrito el 15 de octubre de 1977 entre la demandada y GP, en el que se subrogó la actora, al haberse cumplido la condición resolutoria prevista en el mismo. Dicha condición indicaba que si se rescindía el derecho de superficie concedido por el CINH a GP, lo mismo ocurriría con el contrato de arrendamiento. La actora entiende que la novación del derecho de superficie producida en el año 2002 supone su extinción y el nacimiento de otro nuevo, lo que determina la aplicación de dicha condición resolutoria respecto al arrendamiento. Subsidiariamente solicita la declaración de que se ha producido una excesiva onerosidad sobrevenida en la prestación que vincula a ECI con FPM y se modifique la renta a abonar derivada del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda y su sentencia fue revocada en apelación. La Audiencia condenó a la demandada al pago de una renta a la demandante en una cantidad menor a la solicitada por éste, en concepto de renta en la próxima anualidad. Entendió que tras la interpretación del contrato que vincula a las partes, la voluntad de las contratantes era la de que el derecho de arrendamiento se mantuviera mientras GP ostentara el derecho de superficie sobre el solar, y en cuyas obligaciones se subrogó ECI. A partir de estas premisas, señala la Audiencia que, por el contrato de 2002 no se ha extinguido el primitivo derecho de superficie, ni se han alterado sus condiciones específicas de modo que lo hayan hecho desaparecer. En cuanto a la concurrencia de los requisitos de la cláusula «*rebus sic stantibus*», estima que la gran transformación económica sufrida por España desde 1997 hasta la actualidad ha repercutido sustancialmente en las condiciones pecuniarias del contrato, con la provocación de un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, por lo que debe buscarse la estabilidad entre el canon superficiario y el arrendaticio.

Ambas partes interponen recurso de casación. Comenzando por el de ECI, alega que los derechos y obligaciones derivados del derecho de superficie resultan incompatibles con el régimen jurídico originario procedente del contrato celebrado entre el propietario y GP en 1976, lo que supone la extinción del derecho de superficie y, consecuentemente, del arrendamiento suscrito entre los litigantes. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, que entien-

de que mediante la escritura pública de 2002 se produjo una novación modificativa, donde la actora se ha limitado a ejercer una serie de derechos, ya reconocidos en el contrato inicial de superficie. Estas situaciones no pueden ser alteradas a través del recurso de casación. En segundo lugar, ECI alega la transgresión de los artículos 1.281, 1.282 y 1.285 CC, indicando que la sentencia impugnada debió acordar la resolución del arrendamiento, pues del contrato se deduce que las partes no sometían la duración del mismo a la existencia de un derecho de superficie cualquiera, sino de uno concretamente concedido a GP, de modo que la desaparición de esta entidad y de las características contempladas para ligar el contrato de arrendamiento al de superficie ya no concurren. El Alto Tribunal desestima igualmente el motivo, indicando que el elemento esencial del contrato de arrendamiento, la existencia del contrato de superficie sobre un solar con unas condiciones generales, subsiste sin que se haya producido una alteración sustancial. Por otro lado, el recurso planteado por FPM se basa en la infracción de los artículos 1.091, 1.281, 1.255 y 1.256 CC, así como la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*, indicando que no concurren los requisitos necesarios para su aplicación —en particular, los relativos a la desproporción exorbitante y el cambio sobrevenido de circunstancias radicalmente imprevisibles—. Según FPM el notable incremento del coste de la vida no puede calificarse de circunstancia imprevisible. Además, alega que la aplicación de esta cláusula infringe la DT 3.^a, apartado c), número 6, y de la regla 6.^a LAU 1994, que contiene un mecanismo legal para la actualización de la renta. El Tribunal Supremo entiende que el transcurso del tiempo en los contratos de tan prolongada duración, como son los de arrendamiento, y la transformación económica de un país, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación. El contrato suscrito por los litigantes contiene cláusulas de actualización de renta, y, con el objetivo de evitar los desequilibrios desproporcionados derivados de la duración de los contratos de arrendamiento en general, la LAU 1994 integra normas de actualización de renta. Finalmente, el Tribunal Supremo determina que no se han producido circunstancias imprevisibles para una desproporción en las prestaciones de las partes, que provoquen la alteración de una de las prestaciones esenciales del contrato por ellas suscrito. Por todo esto, el Tribunal Supremo acaba estimando el recurso planteado por FMP.

NOTA.—La cláusula *rebus sic stantibus*, de construcción doctrinal y jurisprudencial, altera otro principio fundamental en los contratos, como es el de *pacta sunt servanda* (art. 1091 CC). Las obligaciones nacidas de los contratos deben cumplirse al tenor de los mismos. Ahora bien, el cambio sobrevenido e imprevisible de las circunstancias, alterando sustancialmente la base del negocio, puede llevar a una reformulación de las obligaciones nacidas de ese contrato (cláusula *rebus sic stantibus*). Puede ocurrir que las circunstancias existentes en el momento de celebrarse el contrato y que

fueron relevantes para determinar su contenido, cambien sustancialmente durante la fase de ejecución, provocando un importante desequilibrio entre las prestaciones a que se obligaron las partes. El ámbito de aplicación normal de esta cláusula será el de las relaciones de tracto sucesivo, si bien hay sentencias que la aplican a relaciones de tracto único pero de ejecución diferida (STS de 10 de febrero de 1997). Se exigen una serie de requisitos: 1) una alteración extraordinaria de las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de perfeccionarse el contrato, de manera que si las partes las hubieran previsto en ese momento, no habrían perfeccionado el contrato tal como lo hicieron; 2) una desproporción importante entre las prestaciones de las partes, de modo que se rompa la reciprocidad y equivalencia de las prestaciones (ej.: dadas las nuevas circunstancias, una parte queda liberada de su obligación total o parcialmente, mientras la otra continúa aún obligada); 3) esas nuevas circunstancias son totalmente imprevisibles, y así ocurrirá cuando las partes no pudieran razonablemente tenerlas en cuenta en el momento de perfeccionarse el contrato –no obstante, no serán consideradas imprevisibles si sus efectos son imputables a la parte perjudicada por la desproporción; es fundamental que las partes no tengan control alguno sobre esas circunstancias–; 4) que no exista otro medio para impedir el perjuicio (carácter subsidiario). La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* únicamente permitirá modificar los efectos para paliar el desequilibrio. No obstante, la jurisprudencia es bastante restrictiva a la hora de aplicar esta cláusula, rechazándola en la mayoría de los casos (SSTS de 19 de noviembre de 1994, de 29 de enero de 1996 y de 1 de marzo de 2007). (S.L.M.)

7. Resolución del contrato. Efectos y momento en el que se entienden producidos estos efectos. Compraventa. Devolución de la cosa y sus frutos. No enriquecimiento injusto.—En base a los artículos 1.122 y 1.123 CC, terminado el contrato, debe producirse una reintegración de las prestaciones. La resolución del contrato produce, además de la finalización de las obligaciones que había generado (efecto liberatorio), el efecto restitutorio, con independencia de la indemnización de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado. Dicha indemnización es compatible con la restitución. Según las SSTS de 4 de julio de 2011, 30 de diciembre de 2003, 6 de mayo de 1988 y 17 de junio de 1986, el artículo 1.295 CC y, especialmente, en caso de compraventa de inmuebles, el artículo 1.124 CC, deben entenderse en el sentido de que la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos producidos con el contrato. Siendo esto así, los efectos de la resolución del contrato no se producen desde el momento de la extinción de la relación, sino que son retroactivos, esto es, se entienden producidos desde el momento en que se celebró el contrato, lo que implica volver al estado jurídico preexistente al mismo, con obligación de cada parte de restituir las cosas o prestaciones recibidas. En ejercicio de la restitución de la cosa y sus frutos, la atribución al vendedor de los frutos obtenidos mediante arrendamiento de la cosa durante el plazo existente entre la celebración del contrato y su resolución no se puede considerar un enriquecimiento injusto, sino que se trata de la contraprestación del derecho de la parte compradora al precio pagado por la com-

praventa con sus intereses. Cuando nos encontramos ante un supuesto de resolución contractual, las reglas que rigen sus efectos son los artículos 1.303, 1.295, 1.308, 1.122, 1.123 y 1.124 CC, luego no cabe aplicar las normas sobre liquidación del estado posesorio de los artículos 451, 453 y 455 CC. **(STS de 1 de marzo de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sra. Doña Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—CP, S.L. (parte comprador) y CB, S.A. (parte vendedora) celebraron un contrato de compraventa de unos apartamentos turísticos en el complejo Beach Golf en septiembre de 2000. La Administración denegó posteriormente (2006) la licencia para su explotación turística. Antes de la denegación de la licencia, se entregó la posesión de los apartamentos y la sociedad compradora los arrendó a la entidad B. Al denegarse la licencia de apertura, la entidad arrendataria rescinde el contrato de arrendamiento. Seguidamente, CP, S.L. demanda a CB, S.A. solicitando la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora, la reintegración del precio, la indemnización de los daños y perjuicios desde mayo de 2006, en concepto de rentas dejadas de percibir como consecuencia de la inhabilidad de los apartamentos, gastos de comunidad e IBI y la indemnización de los daños y perjuicios por el coste de reposición, esto es, la diferencia entre el valor de mercado cuando se produzca la resolución y el importe pagado.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Granadilla de Abona, de 13 de noviembre de 2007, estima íntegramente la demanda. En segunda instancia, la sentencia de la audiencia provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de julio de 2008 revoca la sentencia recurrida únicamente en lo relativo a la fecha del abono de los intereses por parte de la entidad vendedora, que establece en el momento del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, y en relación al pronunciamiento sobre costas.

CP, S.L. interpone recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo, que casa la sentencia recurrida. Entiende el Alto Tribunal que la restitución de las cosas o prestaciones es compatible con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados y que no existe un enriquecimiento injusto por la atribución al vendedor demandado (y recurrido) de los frutos obtenidos mediante arrendamiento de la cosa comprada, pues esta restitución es la contraprestación del derecho de la parte compradora (recurrente) a la restitución del precio con sus intereses.

NOTA.—A la hora de argumentar el contenido de la restitución de las partes del contrato, la compatibilidad entre la restitución de la cosa y sus frutos y el precio y sus intereses con la posible indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el contrato, el Tribunal Supremo se apoya en el artículo 1.203 de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos redactada por la Comisión General de Codificación, sección civil, según el cual:

«Resuelto el contrato, deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos de ellas. Si ambas partes están obligadas a la restitución, deberá realizarse simultáneamente.

Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en el que al restitución se hizo imposible. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida.

El que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios en la cosa objeto de restitución. Los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquél a quien se restituye.»

La finalidad de la Propuesta de Modernización es la adaptación de la regulación del Derecho de las obligaciones y contratos contenido en el CC a las modernas propuestas europeas. Entre las fuentes de la Propuesta de Modernización se encuentran los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference, 2009*, conocido como DCFR o Marco Común de Referencia), texto privado que proviene de dos grupos de juristas europeos; el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Grupo Acquis)*. Concretamente, los extremos referidos a la restitución de las prestaciones por resolución contractual se encuentran contenidos en el Libro III, Capítulo 3.º, Sección 5.ª, Subsección 4.ª (arts. 3:510-3:514) del DCFR. Se recomienda la lectura de las siguientes obras: L. Díez-Picazo y Ponce de León, A. M. Morales Moreno, E. Roca Trías, *Los principios del Derecho europeo de los contratos*, Civitas, Madrid, 2002; B. Gregoraci Fernández, «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», *R.J.C.*, núm. 2, 2009, pp. 480 y ss.; A. M. Morales Moreno, *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006; y E. Roca Trías, «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2.132, junio de 2011, entre otros (*G.M.A.*)

8. Facultad de moderación de la cláusula penal.—La facultad moderadora del artículo 1154 CC no procede cuando la obligación principal se incumple totalmente o cuando el incumplimiento defectuoso o parcial es precisamente el supuesto pactado que determina la aplicación de la pena (SSTS de 3 de octubre de 2005 y de 10 de mayo de 2001). El fin de este precepto no es rebajar equitativamente una pena que se considere excesivamente elevada (STS de 13 de julio de 1984), sino que las partes, al pactar la pena, pensaron en el caso de incumplimiento total y evaluaron la pena en consideración a esta hipótesis. Así, si el incumplimiento no es total, resulta razonable que no se deba totalmente la pena.

Según el Tribunal Supremo, el artículo 1154 CC contiene un mandato al Juzgador (aplicación de oficio). Esto no significa que carezca de una cierta actividad de arbitrio sobre la entidad de la moderación, que tiene su fundamento en la equidad (SSTS de 25 de abril de 2005, de 9 de septiembre y 12 de diciembre de 1996). Además, dicho juicio de equidad no es revisable en casación (SSTS de 17 de junio de 2004 y de 5 de diciembre de 2003). (**STS de 12 de marzo de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una inmobiliaria demandó a una constructora dedicada a la realización de obras públicas. A mediados de 2003, varios vehículos de esta última vertieron tierras en una finca de la actora sin su autorización. Se interpuso recurso contencioso-administrativo, donde se acordó el cese de los vertidos y la retirada de las tierras. Tras esto, los litigantes suscribieron un contrato privado el 9 de diciembre de 2003, en el que la inmobiliaria autorizaba a la demandada para ocupar la finca hasta el 9 de agosto de 2005, para el vertido de tierras y renunciaba a la salida de las ya realizadas, con un máximo de 25.000 metros cúbicos de tierras estériles. Para el caso de incumplimiento, se indemnizaría a la demandante con 18 euros por cada metro cúbico de exceso. Como aquella ha aportado más del triple de la cantidad pactada, reclamó una indemnización de 983.394 euros. La demandada alega que los vertidos efectuados en exceso respecto a lo pactado son de entidad inferior a los indicados en el escrito inicial y, como la pena convencional debe ser moderada, propuso una condena de 47.523,32 euros o, subsidiariamente, como forma de corrección, la relativa a retirar, a sus expensas, las tierras vertidas en exceso.

El Juzgado acogió parcialmente la demanda al considerar factible la moderación, al entender que el contrato autorizaba a la demandada a ocupar temporalmente la finca de la actora para realizar vertidos de tierra estéril hasta un máximo acumulado de 25.000 metros cúbicos, a cambio de un precio alzado de 86.250 euros, sin que existiera incumplimiento total por la extralimitación. La sentencia fue revocada en apelación, que negó la aplicación de la facultad moderadora del artículo 1.154 CC, pues las partes, al pactar la pena, lo hicieron pensando en el supuesto de inobservancia total, que es lo que se produce aquí, al superar el límite de vertidos al que se refiere la pena. A la misma conclusión llegó el Tribunal Supremo respecto del recurso de apelación planteado por la demandada, al entender que no cabe moderar la pena por no haber un incumplimiento parcial.

NOTA.—El artículo 1.154 CC prevé la posibilidad de moderar la pena convenida por las partes, función que corresponde a los tribunales. Ello será así cuando el incumplimiento no sea total. No cabe la moderación de la pena en tres supuestos: 1) cuando el deudor haya incumplido totalmente su obligación; 2) cuando la pena estipulada por las partes sea desproporcionada, excesivamente elevada o abusiva; 3) cuando el cumplimiento irregular o parcial en que se ha incurrido es precisamente el tipo de incumplimiento sancionado con la pena —entenderlo de otra manera sería contrario al principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC) y al principio de *pacta sunt servanda* (art. 1.091 CC)—. La moderación implica una reducción de la cantidad pactada, decidida en equidad y no revisable en casación. Lo que no cabe, en ningún caso, es la supresión de la pena ni la moderación podrá exceder de la cifra del daño sufrido de modo efectivo por el acreedor. La doctrina y la jurisprudencia no se ponen de acuerdo a la hora de decidir si cabe la moderación de la pena por el Juez de oficio o únicamente a instancia de parte, si bien suele predominar la primera opción. A pesar de que en esta sentencia el Tribunal Supremo indica que el artículo 1.154 CC

contiene un mandato imperativo para el Juez –y así también se ha entendido en otras más recientes–, existen otras en las que ha considerado que no es un mandato imperativo y que necesariamente debe ser solicitado por la parte interesada (SSTS de 30 de junio de 1981 o de 20 de noviembre de 1970). En cualquier caso, el Tribunal Supremo ha declarado que la pena debe ser objeto de interpretación restrictiva dado su carácter sancionador (STS de 30 de junio de 2000). (S.L.M.)

9. Concurso de acreedores. Facultad del comprador de finca hipotecada de asumir la deuda garantizada. Subrogación; compensación.

Voto particular.–La cuestión principal de la que parte el Tribunal Supremo para resolver el presente caso deriva de la cláusula de un contrato de compraventa, en donde los compradores quedaron facultados para optar por pagar el importe del crédito garantizado con la hipoteca y, por tanto, «subrogándose no sólo en la garantía hipotecaria sino también en la obligación personal...». Amerita, señalar que dicho contrato se vio perfeccionado antes de la declaración del concurso, atribuyendo a los compradores de viviendas hipotecadas, la facultad de asumir, *solvendi causa*, la deuda del prestatario vendedor, ahora concursado. Entendiendo así, que esa facultad no se ha visto alterada por la posterior declaración de concurso del vendedor y su ejercicio, con la correspondiente aceptación de la acreedora hipotecaria y delegataria, liberando al concursado de su deuda a favor de esta.

Al respecto de la prohibición de compensación de la que habla el artículo 58 LC, que no es otra que la que se define en el artículo 1195 CC y que consiste en la extinción en la cantidad concurrente que se produce como consecuencia de la neutralización de dos obligaciones cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra. En el caso de estudio, es evidente que muy poco, o nada tiene que ver la subrogación del cumplimiento adquirido por los compradores de las viviendas hipotecadas con el supuesto descrito. (STS de 7 de marzo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.–En el procedimiento de concurso voluntario tramitado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza, se tramitaron conjuntamente tres demandas incidentales. La primera promovida por varios (13) compradores de siete viviendas y un local de negocio, en virtud de contrato privado de compraventa celebrado con el concursado con anterioridad a la declaración del concurso. Solicitando se impugnara el informe de la administración concursal. El segundo de los incidentes fue promovido por S. y R., solicitando que el bien adquirido en virtud de contrato privado de compraventa de un local, –sin que a la fecha de declaración del concurso el deudor concursado hubiera hecho entrega de la escritura pública de compraventa–, quedara excluido del inventario, ya que no formaba parte de la masa activa. Y el tercer y último incidente concursal fue formulado por el concursado R., básicamente impugnando el inventario de la administración concursal. Tramitado el incidente el Juzgado dictó sentencia resolviendo sobre tres puntos: declaró la titularidad de los trece compradores demandantes, excluyendo dichos bienes del activo del concurso. Incluyó a los

referidos compradores en la lista de acreedores con un crédito ordinario. Desestimó las pretensiones de los demandantes del segundo incidente y del concursado.

Recurrida la anterior sentencia por el concursado y por los segundos demandantes la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó en parte el recurso de apelación formulado por el concursado y desestimó el formulado por S. y R. El concursado y los 13 compradores interpusieron recurso de casación, el que fue parcialmente estimado por el Tribunal Supremo ante la ausencia de constancia de fraude en el contrato de compraventa celebrado entre el vendedor concursado y los sujetos compradores. Tuvo a bien modificar la anterior sentencia en el único sentido de declarar que los recurrentes están facultados por los contratos de compraventa celebrados para cumplir su deuda frente al vendedor concursado asumiendo la deuda del mismo frente a la acreedora hipotecaria, si es que la misma lo acepta o lo hubiera aceptado expresa o tácitamente. El recurso de casación interpuesto por el vendedor concursado fue desestimado en su totalidad.

NOTA.—El Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos, formuló su voto particular, mostrando su conformidad con el anterior fallo y su discrepancia con el fundamento segundo de la mencionada sentencia, considerando básicamente que, si la subrogación tuvo lugar antes de la declaración del concurso del vendedor, el prestamista cuyo crédito es garantizado con la hipoteca no debe figurar como acreedor en el concurso de quien ya no sería su deudor, ni los compradores deberían constar como deudores del concursado, ya que lo serían del prestamista. De esta manera, el vendedor-concursado puede delegar el cumplimiento de su obligación en el comprador que, en consecuencia, cuando paga al acreedor hipotecario no sólo cumple la obligación del concursado frente al tercero, sino también la prestación a la que el vendedor concursado se obligó frente a él con carácter recíproco, sometiéndose a la regla del artículo 61.2 LC. En definitiva, la razón por la que el comprador de cosa hipotecada deudor del concursado está facultado para pagar directamente al acreedor hipotecario, es porque está cumpliendo la obligación recíproca pendiente asumida frente a él por el vendedor. Así pues, concluye, que la facultad de los compradores de pagar directamente a un acreedor del concursado no está condicionada a la existencia del pacto preconcursal expreso y a la eventual arbitrariedad del acreedor hipotecario —que puede tener interés en cobrar del deudor concursado o no, y, al mismo tiempo, mantener la garantía—, de lo que depende es de que el pago responda al cumplimiento delegado de la obligación contraída por el concursado con carácter recíproco y aún pendiente de cumplimiento. (G.A.L.)

10. Incidente concursal. Obligaciones contraídas con anterioridad a la declaración del concurso nacidas de un contrato de suministro: ¿deben estas satisfacerse con cargo a la masa o deben considerarse deudas concursales?—El artículo 62.3 LC establece, en virtud del cual, cuando existe un contrato incumplido por una parte que se encuentra en concurso de acreedores, aun existiendo causa de resolución, el Juez atendiendo al interés

del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. Esta Ley inspirada en el principio de continuidad y conservación de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado, dispone en sus artículos 61.2 y 62.1, que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte y todas aquellas prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. Permitiendo entender que, en general, la declaración del concurso no afecta la facultad de resolver los contratos de tracto sucesivo, siendo de esta forma irrelevante que el incumplimiento resolutorio, tanto del concursado como del tercero, se haya producido antes o después de la declaración de concurso. Ahora bien, debemos entender, que el hecho de que el contrato de suministro eléctrico –en este caso–, no se haya resuelto, pese a la concurrencia de causa de resolución, no significa que su crédito quede descubierto por el incumplimiento de la otra parte, sino que en la realidad como se demuestra de forma tozuda y notoria, que el hecho de que el crédito sea considerado crédito contra la masa garantiza de algún modo el cobro. (STS de 21 de marzo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.–Empresa distribuidora de electricidad interpone demanda de incidente concursal contra una mercantil en concurso de acreedores y contra la Administración Concursal de la misma. Admitido a trámite, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia consideró desestimar la demanda promovida por la parte actora, y en su lugar declaró la subsistencia del contrato de suministro de energía eléctrica atendiendo al interés del concurso, que las prestaciones debidas anteriores a la declaración del concurso, derivadas del suministro eléctrico son créditos que deben incluirse en el concurso, y que las debidas con posterioridad a tal declaración se consideran créditos contra la masa. En grado de apelación se confirmó íntegramente la anterior resolución.

La parte actora, interpuso recurso de casación bajo el argumento de infracción de los artículos 62.3, 68, 69, 70 y 84 LC. Admitido dicho recurso, el Tribunal Supremo da lugar al recurso. Se casa y en su lugar estima parcialmente la demanda interpuesta por la parte demandante, entendiendo que deben satisfacerse con cargo a la masa del concurso tanto las prestaciones debidas con anterioridad como las devengadas con posterioridad a la declaración del estado concursal de la entidad demandada.

NOTA.–La doctrina y la jurisprudencia se muestran divididas sobre el significado que debe darse a la expresión «prestaciones debidas» que recoge el artículo 62.3 LC, ya que, mientras un sector sostiene que se refiere a las que «deba realizar el concursado» y, en consecuencia, las generadas después de declarado el concurso, por su parte, el otro sector sostiene que debe interpretarse en su sentido literal, comprensivo de la totalidad de las prestaciones sin discriminación alguna entre anteriores o posteriores. Siendo esta la interpretación del Tribunal Supremo para resolver el presente asunto. (G.A.L.)

11. Proceso concursal. Impugnación de la lista de acreedores por pago de parte de la deuda concursada con anterioridad al concurso. Reducción del crédito de los acreedores a la parte no satisfecha.—El artículo 1.212 CC establece que, con el pago de la deuda ajena, el tercero —solvens— en ciertos casos entra en la posición jurídica del acreedor en la misma relación de obligación, de manera que el pago parcial produce la consecuencia de que la deuda, pese a permanecer objetivamente invariable, tenga en el lado activo a dos acreedores, con iguales garantías y privilegios. El artículo 1.213 CC busca resolver esa concurrencia por la vía de atribuir una preferencia al antiguo acreedor —que lo sigue siendo sólo por la parte no cobrada— respecto del nuevo —que, a consecuencia del pago, lo es sólo por la parte pagada—. Al regular el reconocimiento de los créditos, el artículo 87.7 LC permite al acreedor de la sociedad concursada que ha cobrado parcialmente su crédito apuntarse a la lista de acreedores por la totalidad del crédito —y no únicamente por el resto de su crédito no satisfecho— y, por tanto, cobrarse del deudor concursado lo que le falte con preferencia al tercero, aunque el que hubiera pagado no hubiera comunicado su crédito o hubiera hecho remisión de la deuda. Este precepto únicamente se refiere a los supuestos de cobro por el acreedor de parte de su crédito «de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado». El Tribunal Supremo considera que la norma del artículo 87.7 LC no debe aplicarse analógicamente a supuestos distintos de los pagos hechos por estos tres tipos de sujetos expresamente citados en este artículo. El pago parcial hecho por tercero no interesado en la obligación (no avalista, ni fiador, no deudor solidario del concursado) no produce el efecto subrogatorio, sino únicamente el reconocimiento de un nuevo crédito a su favor por el importe satisfecho. En consecuencia, el crédito del original acreedor debe verse minorado en la parte del crédito que ha sido cobrada. Los sujetos que pagaron parcialmente ese crédito habrán de figurar, por su parte, en la lista de acreedores por la concreta parte satisfecha. (STS de 17 de abril de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Doña Blanca y don Benigno hicieron valer la condición de terceros que habían pagado parte de una deuda de la sociedad concursada —T.G., S.L.—, para pretender que el derecho de los acreedores don Íñigo y don Óscar, que aparecía en la lista elaborada por la administración concursal por la totalidad de la deuda, se redujera a la medida no satisfecha por los primeros. En definitiva, consideraban que don Íñigo y don Óscar debían figurar en la lista de acreedores, pero no por el total del crédito originario, sino únicamente por la parte que no se les hubiera pagado. Para ello, doña Blanca y don Benigno interpusieron una demanda incidental concursal, tras la declaración de concurso de T.G., S.L. —autor del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Tarragona de 5 de marzo de 2006—. Alegaron que, con anterioridad a la declaración de concurso, habían adquirido la condición de acreedores de la sociedad concursada al pagar parte de una deuda de la misma.

La sentencia de la Audiencia Provincial, sección primera, de 20 de noviembre de 2008, al igual que lo había hecho la de la primera instancia, desestima la impugnación de la lista de acreedores. La Audiencia Provincial entiende que eran aplicables al caso, por analogía, los artículos 87.7 y 160 de la Ley 22/2003, de 9 de julio,

concurral, en relación con el artículo 1.213 CC, de manera que los antiguos acreedores gozaban de una preferencia frente a los terceros que hubiesen pagado parte de la deuda y, por ello, podrían aparecer en la lista de acreedores como titulares de la totalidad del crédito, pese a que una parte del mismo había sido satisfecho.

Los actores interponen recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo. Se casa y anula la sentencia recurrida y, en su lugar, se estima en parte la demanda interpuesta en su día por los hoy recurrentes, en el sentido de rectificar la lista de acreedores de la sociedad concursada para reducir el crédito que en ella se atribuye a don Íñigo y don Óscar en la medida en que fue satisfecho por los demandantes, mediante pago parcial.

NOTA.—Para un análisis doctrinal de los problemas de la subrogación pueden verse las siguientes obras L. Arnau Raventós, *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2000; J. Fernández Villa, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del Código Civil español*, Comares, Granada, 1999; y M. F. Moretón Sanz, *La asunción espontánea de deuda*, Lex Nova, Valladolid, 2008, entre otras. (G.M.A.)

12. Contrato de reserva. Precontrato bilateral de compraventa. Arras penitenciales. Resolución de contrato por incumplimiento. Moderna doctrina jurisprudencial objetiva.—Incardinado en el artículo 1.451 CC y en la sentencia de 14 de diciembre de 2006, el Alto Tribunal ha calificado el contrato de reserva como un precontrato bilateral de compraventa —entendido como «compromiso de compraventa» en el que las partes declaran «su intención de vender y comprar», estableciéndose una fecha para su satisfacción—. Esto quiere decir; que ambas partes tienen el deber y el derecho de poner en vigor el contrato comprometido. A esta finalidad, se exigen tres aspectos: objeto perfectamente determinado —otorgamiento de escritura pública es el caso presente—, que conste la cosa vendida y por último, estipulación del precio: de lo contrario nos referiríamos a simples tratos previos, sin eficacia obligacional, al no estar determinado e hiciera falta un nuevo acuerdo. Al haberse pactado claramente en el contrato que la escritura de compraventa se otorgaría como máximo el día 31 de julio de 2007: siendo esto un pacto libre que las partes han tenido por conveniente imponer, como dice el artículo 1.255 CC al proclamar el principio de autonomía de la voluntad el cual debe cumplirse al tenor del mismo, como bien abunda el artículo 1.091 CC que consagra explícitamente la *lex contractus* al enunciar que las obligaciones que nacen de los contratos (o en este caso de los precontratos) tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (*vid.* SSTs de 6 de octubre de 2005, 5 de octubre de 2006, y 7 de febrero de 2007). La resolución por incumplimiento que contempla el artículo 1.124 CC, prevé el caso de que, en obligaciones sinalagmáticas, como las que se derivan del actual precontrato, la parte que ha cumplido pueda resolver si la otra no cumple. Se trata pues, de incumplimiento; no defectuoso, sino esencial y objetivo, como lo destaca la STS de 12 de junio de 2008. Se debe destacar, que para la moderna doctrina jurisprudencial el incumplimiento que motiva la resolución del contrato no es el elemento subjetivo, voluntad rebelde al cumplimiento, sino, el objetivo «basta que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte».

Ahora bien, respecto de las arras, la doctrina moderna distingue las siguientes modalidades: Confirmatorias: son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución. Penales: Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento. Y por último las Penitenciales, que son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada (finalidad reconocida por el art. 1454 CC). **(STS de 21 de marzo de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—M. A. y N. interpusieron demanda de juicio ordinario por incumplimiento esencial del contrato contra U.M, S.L., solicitando la resolución del contrato de reserva celebrado el día 19 de febrero de 2007, al no haber otorgado la correspondiente escritura pública dentro del límite temporal pactado, el pago de las arras penitenciaras duplicadas, establecidas en la cláusula tercera del mismo. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Valencia, estimó íntegramente la demanda, la que fue recurrida en Apelación por la demandada, alegando un simple retraso en el cumplimiento de la obligación de otorgar la escritura, además de que dicho retraso no podía ser considerado sustancial al mismo, la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia resolvió no dando lugar al recurso de apelación, confirmando la integridad de la sentencia recurrida.

La Mercantil interpuso recurso de casación, que es también desestimado por el Tribunal Supremo, que casa la sentencia recurrida. Entendiendo, que el texto del precontrato bilateral de compraventa es explícito y no admite dudas: pues, se fija el plazo de ejecución y ha sido fijado por voluntad libre de las partes. No se trata de una cierta obligación cuyo cumplimiento sufre un mero retraso; se trata de un pacto expreso de tiempo de ejecución, cuyo cumplimiento no puede soslayarse: *pacta sunt servanda* y cuyo incumplimiento —según la moderna doctrina jurisprudencial que no exige para la estimación de una situación de incumplimiento una patente de voluntad rebelde— da lugar a la resolución, conforme a las reglas del artículo 1.124 CC del que no se ha producido infracción alguna.

NOTA.—El Tribunal Supremo a la hora de argumentar su fallo, ha destacado la idea modernista de la jurisprudencia y de la actual doctrina, considerando que el reproche culpabilístico al deudor por incumplimiento de la obligación, no supone un requisito indispensable en el concepto de incumplimiento, sino que éste consiste sencillamente en la falta de ejecución o bien de realización de las exigencias mismas del contrato. Es así, como la nueva forma de entender el derecho de obligaciones, va más allá de la mera obligación del deudor de cumplir con lo pactado, pues, lo que se intenta, es entender ese vínculo contractual como garantía de un resultado en interés del acreedor. La responsabilidad se considera como un conjunto más de remedios de los que dispone el acreedor, en caso de incumplimiento del contrato. Para abundar en el tema ver SSTS de 7 de mayo de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 26 de noviembre de 2007, 12 de junio de 2008. Se recomienda la

lectura de las siguientes obras: L. Díez-Picazo, «La propuesta de modernización de obligaciones y contratos», «Boletín del Ministerio de Justicia» n.º 2130, abril 2011; M. P. García Rubio, «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», «Boletín del Ministerio de Justicia» n.º 2130, abril 2011; L. Díez-Picazo y Ponce de León, A. M. Morales Moreno, E. Roca Trías, *Los principios del Derecho europeo de los contratos*, Civitas, Madrid, 2002; A. M. Morales Moreno, *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, entre otros. (G.A.L.)

13. Nulidad de donación de inmueble disimulada bajo escritura pública de compraventa.—La nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, esos dos consentimientos no constan en la escritura pública. El artículo 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633 CC, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos. Esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El artículo 633 CC no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus donandi* del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico. (STS de 26 de marzo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Tres hijas y herederas de la vendedora fallecida, instaron la nulidad de la compraventa de vivienda otorgada en vida por la madre a favor de uno de sus hijos y de su esposa (escritura pública de compraventa de 21 de octubre de 2002) aduciendo su simulación absoluta por falta de precio. Los adquirentes demandados defendieron su validez.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, declaró nulo el contrato de compraventa por simulación absoluta con sus consecuencias registrales, y ordenó reintegrar la vivienda a la masa hereditaria de la vendedora causante y obligar a los code demandados a llevar a cabo la cancelación de la hipoteca constituida sobre aquella.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de los demandados y revocó la sentencia apelada con desestimación de la demanda, sin perjuicio de los derechos legitimarios que a las actoras pudieran corresponder como consecuencia de la válida donación de la vivienda a los demandados. La sentencia, que comparte la valoración probatoria efectuada por el Juzgado pero no sus conclusiones

jurídicas, razona, en síntesis: *a)* que los hechos prueban la existencia de una donación encubierta bajo la forma de escritura de compraventa, pues la madre actuó en todo momento guiada por la intención de donar la vivienda a su hijo y a su nuera; *b)* que dicha donación encubierta es un negocio jurídico válido dado que el ánimo de liberalidad se acreditó de forma indirecta, por vía de presunciones, y que la aceptación se manifestó en escritura pública.

El Tribunal Supremo ha lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La doctrina del Tribunal Supremo es contraria a la solución acogida por la Audiencia Provincial de declarar nula la compraventa y reputar válida la donación encubierta ya que la validez de la donación exige una forma especial, que no se respeta con la escritura de compraventa. Por consiguiente, la jurisprudencia es contraria a admitir que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación de inmuebles, dado que el artículo 633 CC exige que la donación conste en una escritura pública específica, de donación, en la que se expresen los respectivos consentimientos, los cuales no basta que se extraigan por el órgano judicial del resultado de la prueba practicada, por más que ésta pueda conducir a entender que tras la aparente compraventa existió intención y ánimo de donar y voluntad de aceptar esa donación por el adquirente, como fue el caso. (*M. C. L. J.*)

14. Resolución unilateral de contrato de arrendamiento de local de negocio. Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante.—Los daños o perjuicios en que consiste el lucro cesante son daños o perjuicios de carácter patrimonial que deben ser indemnizados, en caso de incumplimiento contractual, con arreglo a las normas generales del CC. El artículo 1.106 CC señala que «[1]a indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor [...]». La economía actual, mucho más compleja y dinámica que la de épocas anteriores, impone reconocer la importancia no solo de las realidades económicas consolidadas, sino también de las expectativas económicas de futuro, a las que se atribuye la misma efectividad que a aquéllas. La determinación de lucro cesante exige, como ocurre con todo daño o perjuicio, que se pruebe. (**STS de 9 de abril de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La sociedad demandante (arrendadora) formuló demanda en ejercicio de acción de resolución del contrato de arrendamiento y reclamación de la cantidad de 513.023,94 euros por daños y perjuicios derivados de la resolución unilateral e injustificada del contrato de arrendamiento de duración de seis años por parte de la sociedad demandada (arrendataria). En aquella se alegaba que, por la demandada se había resuelto unilateralmente el contrato de arrendamiento sin concurrir causa que lo justificase, por lo que, fijado en el contrato suscrito un plazo mínimo obligatorio para ambas partes de seis años, a contar desde la fecha en que debió hacerse efectiva la primera mensualidad, esto es, tras los primeros ochos meses desde la celebración del contrato, durante los cuales

quedó en suspenso la obligación de abono de la renta (pacto segundo), la indemnización que le correspondía en concepto de daños y perjuicios ascendía a la cantidad reclamada. La parte demandada sostuvo el cumplimiento por su parte de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento en cuanto a la solicitud de las licencias y permisos para desarrollar la actividad de supermercado, y que la no obtención de aquellas en el plazo de los ocho meses indicados en el pacto segundo del contrato de arrendamiento había sido por causas ajenas a su voluntad. Mantuvo, por tanto, la existencia de causa que justificaba la resolución unilateral del contrato celebrado.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta. En relación con la indemnización en favor de la demandante entendió que debía fijarse en 48.080,96 euros, cantidad equivalente a ocho mensualidades de renta, ya que fue el período transcurrido desde la celebración del contrato hasta que la sociedad demandada comunicó a la sociedad actora su intención de dar por resuelto el contrato.

La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y revocó la sentencia dictada en primera instancia. Concluyó que la causa de la resolución unilateral y anticipada del contrato de arrendamiento por la parte demandada no se había acreditado, así que la conclusión debía ser la de estimar en su totalidad la demanda en cuanto a la cantidad reclamada: la indemnización concedida en concepto de perjuicios había de extenderse a la renta que le hubiese correspondido cobrar a la sociedad actora durante esos seis años, descontados los ocho meses de exención del pago de renta fijado en el pacto segundo del contrato de arrendamiento.

El Tribunal Supremo ha lugar al recurso de casación interpuesto y considera procedente incluir en el cálculo en la indemnización derivada de la resolución unilateral del contrato de arrendamiento en favor del arrendado una cantidad equivalente a la renta correspondiente a los ocho meses durante los cuales el local permaneció inactivo en beneficio de la arrendataria para que esta pudiera obtener las licencias, tal como se aprecia en la sentencia de primera instancia. La indemnización, a juicio del Alto Tribunal, debe completarse añadiendo una suma fijada en una proporción equivalente a la renta de un mes por cada año previsible de duración del contrato, en la cuantía correspondiente al primer año de arrendamiento, fijando definitivamente el importe de la indemnización en la cuantía correspondiente a catorce meses de renta.

NOTA.—El Tribunal Supremo en los últimos años viene declarando que *«para que sea indemnizable el lucro cesante se requiere necesariamente una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia, como tantas veces ha dicho esta Sala [SSTS de 17 de julio de 2002 (RJ 2002, 6252), 27 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8363), 8 de julio y 21 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7235), entre tantas otras], pues es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes [SSTS de 29 de diciembre de 2000; 14 de julio de 2003 (RJ 2003, 4629), entre otras muchas], y que única-*

mente se puede establecer mediante una presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (STS 27 de julio 2006)» [STS de 14 de julio de 2006 (RJ 2006, 6380)].

Para el cálculo de la indemnización, el Tribunal Supremo tiene en este caso en cuenta, como pauta de carácter orientativo, entre otros preceptos de la misma Ley, lo dispuesto en el artículo 11, párrafo segundo de la LAU 1994 para los arrendamientos de vivienda de duración pactada superior a cinco años, en el cual se fijan los criterios con arreglo a los cuales puede pactarse en favor del arrendador una indemnización en los supuestos de desistimiento por parte del arrendatario. Dando por supuesto que el artículo no es aplicable al caso, el Tribunal Supremo presume que en la fijación de estos criterios el legislador ha tenido en cuenta pautas económicas adecuadas para fijar como promedio el alcance de lucro cesante derivado de la frustración de la percepción de las rentas correspondientes a un contrato de arrendamiento prematuramente extinguido. (M. C. L. J.)

15. Responsabilidad decenal del promotor.—La jurisprudencia parte de la caracterización del promotor como beneficiario económico de proceso constructivo (STS de 13 de diciembre de 2007) y declara reiteradamente que el hecho de que el promotor no sea constructor no le priva de legitimación pasiva frente a la acción de responsabilidad decenal del artículo 1.591 CC, puesto que puede entenderse que aparece incluido en el término «contratista» (SSTS de 21 de febrero de 2000, 8 de octubre de 2001 y 13 de mayo de 2002). El promotor, por tanto, no responde únicamente cuando deba responder el constructor (STS de 10 de noviembre de 1999); afirmar otra cosa supondría exonerar al promotor no constructor, por ejemplo, cuando los vicios fueran imputables a los técnicos y hubiera existido culpa *in eligendo* respecto de éstos por parte del promotor que les contrató. Así, cuando la vivienda presenta alguno de los vicios a los que se refiere el artículo 1591 CC, habrá incumplido de modo irregular su obligación de entrega, por lo que no puede quedar liberado alegando la responsabilidad de terceros ligados con él mediante los oportunos contratos; hace suyos, pues, los trabajos ajenos, realizados por personas a las que ha elegido y en las que ha confiado (STS de 12 de marzo de 1999). En este sentido, el artículo 17.3 LOE consagra la responsabilidad del promotor, solidariamente, con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción. Tal responsabilidad, además, se produce «en todo caso», lo que significa que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y aun cuando la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo (SSTS de 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007).

Requisitos de aplicación de la responsabilidad decenal.—Declara el Tribunal Supremo que la existencia de ruina y la correcta aplicación del artículo 1.591 CC requiere de una doble apreciación: una, de índole fáctica, consiste en la fijación de los hechos y circunstancias que integran el defecto constructivo, incluida la entidad o gravedad del mismo; otra, de índole jurídica, consiste en la calificación de aquella base fáctica como constitutiva de ruina, en alguna de las modalidades que la jurisprudencia admite como tal:

física, potencial o funcional. La primera apreciación obliga a tener en cuenta las alegaciones de las partes y los medios de prueba, pues, al tratarse de una cuestión de hecho, su fijación corresponde al juzgador de instancia, sin que, por consiguiente, pueda ser sometida a la revisión casacional (SSTS de 26 de marzo y 10 de septiembre de 2007, 16 de julio de 2009, 19 de julio de 2010 y 10 de junio de 2011).

Compatibilidad de la acción de responsabilidad decenal con las acciones derivadas del incumplimiento contractual.—Estas acciones son compatibles cuando media contrato entre demandante y demandados, de forma 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 suponen deficiencias que conllevan un cumplimiento defectuoso. Dicha compatibilidad ha sido consagrada en el artículo 17.7 LOE y es confirmada por la jurisprudencia (*v. gr.*, SSTS de 2 de octubre de 2003 y 28 de febrero y 21 de octubre de 2011). (**STS de 2 de marzo de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Tras la construcción de una serie de viviendas, se detectaron varios defectos o vicios de construcción, así como desperfectos o daños. La Comunidad de propietarios formuló demanda contra la constructora, la promotora, el arquitecto y el arquitecto técnico, ejercitando de forma acumulada las acciones de responsabilidad decenal (art. 1.591 CC) y la acción de incumplimiento, esta última contra la promotora. En concreto, reclamaba la ejecución de las obras de reparación, conforme se detallaba en la prueba pericial presentada, así como el pago de una indemnización por los daños sufridos.

El tribunal de primera instancia estimó en parte la demanda, condenando a la ejecución de las obras de reparación solicitadas por los demandantes y a una indemnización inferior a la solicitada. Interpuestos sendos recursos de apelación contra esa sentencia, por parte de los demandantes y de la promotora demandada, la Audiencia Provincial desestimó ambos recursos, apreciando la existencia de vicios ruinosos e incumplimientos vinculados exclusivamente al deber de la promotora de entregar las viviendas en las condiciones comprometidas. La promotora interpuso entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo. (*A. M. M.*)

16. El promotor como garante de la edificación.—La Ley de Ordenación de la Edificación regula, en su artículo 17, el régimen de responsabilidad de los agentes de la edificación por vicios de la construcción, estableciendo la solidaridad como criterio de distribución de la responsabilidad para aquellos casos en los que no pueda determinarse el agente causante del daño o el grado de participación de cada uno de ellos en la causación del mismo. No obstante, el tenor literal del precepto parece claro en relación al promotor, al hacerle responsable «en todo caso», como garante de la edificación, de los defectos existentes en el inmueble con independencia de que pueda determinarse o no el agente o agentes cuya actuación culposa ha provocado la causa-

ción del daño. (STS de 11 de abril de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Determinada comunidad de propietarios presenta demanda frente a la arquitecta técnica, las constructoras y la promotora por la existencia de defectos constructivos en el inmueble consistente en humedades y defectos de acabado existentes en determinadas viviendas y en zonas comunes. El Juzgado de Primera Instancia condena solidariamente a los demandados a la reparación de los defectos señalados en la demanda en relación a las viviendas. Tanto los demandados en la instancia como la parte actora recurren la sentencia en apelación. Considera la demandante que no se ha procedido a la condena de la reparación de todos y cada uno de los defectos probados en el pleito. La Audiencia Provincial condena de forma individualizada a la promotora a la reparación de defectos de acabado o ejecución de las zonas comunitarias, y solidariamente con las constructoras a la reparación de los defectos de acabado de las viviendas reseñadas. La empresa promotora recurre en casación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial al considerar que no debe responder cuando se pueden individualizar responsabilidades en la persona del constructor. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que el promotor como garante de la edificación debe responder siempre de los vicios constructivos existente en el inmueble, y ello a pesar de poder individualizar responsabilidades en la persona del constructor, del arquitecto, del arquitecto técnico o de cualquier otro agente participante en la edificación. El promotor, aunque materialmente no participe en la construcción de la vivienda, lo cierto es que busca la financiación, organiza, dirige y contrata al personal que va a realizar la construcción, convirtiéndose en responsable último del resultado obtenido [SSTS de 27 de septiembre de 2004 (RJ 2004/6187), 29 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8654), 13 de marzo de 2008 (JUR2008/252187), 4 de diciembre de 2008 (RJ 2008/6950)]. Ello independientemente de que la Ley establezca diferentes plazos de garantía en atención al tipo de defecto de que se trate, responsabilizando al constructor expresamente de los defectos de ejecución que afectan a elementos de terminación o acabado. El ejercicio de la acción de regreso permitirá al promotor recuperar la cantidad abonada siempre y cuando demuestre en el segundo pleito la relación de causalidad entre la actuación u omisión culposa del agente en cuestión y el resultado dañoso obtenido, y, por supuesto, haya abonado la indemnización a la que ha sido condenado en el primer proceso. (*L.Z.G.*)

17. Indemnización por daño moral en casos de responsabilidad civil por vicios de la construcción.—La indemnización por daño moral puede ser reconocida a favor de una comunidad de propietarios en aquellos procesos en los cuales se haya condenado a uno o a varios agentes de la edificación por la existencia de vicios constructivos, y esta situación haya provocado en los comuneros situaciones de ansiedad, desasosiego, frustración o incerti-

dumbre con claras repercusiones psicológicas. (STS de 13 de abril de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Determinada comunidad de propietarios interpone demanda frente a la promotora, la constructora, el proyectista, el arquitecto y el arquitecto técnico en reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios, tanto patrimoniales como morales, derivados de la existencia de vicios constructivos en el inmueble. La parte actora solicita una cuantía que asciende a 387.083.80 euros, en concepto de reparación de los desperfectos ocasionados; 60.000 euros, en concepto de indemnización por daños morales, así como una cuantía de 6.157.47 euros, en concepto de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia condena únicamente a la promotora al pago de una indemnización por importe de 150.398.05 euros, teniendo en cuenta la valoración realizada por un perito judicial de los defectos existentes en el inmueble. A su vez, le condena al pago de una indemnización por daños morales ascendiente a la cuantía de 42.000 euros, con objeto de resarcir de algún modo el sufrimiento, la incertidumbre, el desaliento, la inquietud y la frustración que habían padecido los catorce comuneros que integraban la comunidad; así como por las repercusiones psicológicas derivadas de la imposibilidad de disfrute de la piscina y zona ajardinada en temporada de verano, al tratarse de un elemento claro de esparcimiento. La Audiencia Provincial procede a mantener la condena impuesta por el Juzgado, pero considerando más adecuado distribuir el abono de dicha cuantía solidariamente entre la promotora, la constructora y el arquitecto técnico. La promotora, no conforme con la indemnización por daño moral, recurre en casación la Sentencia dictada por la Audiencia. Argumenta la falta de legitimación activa de la comunidad de propietarios para reclamar daños morales cuando debe ser ésta una reclamación a realizar por los propietarios individuales, además de no tener cabida en la Ley de Ordenación de la Edificación la reclamación de este tipo de daños. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—El daño moral ha sido definido por Díez-Picazo (*El escándalo del daño moral*, Madrid, 2008, p. 92.) como «*la afectación de la esfera psicofísica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad*».

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el daño moral es aquél que no es susceptible de ser evaluado patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto sino también psicológico de la persona y consiste en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tiene directamente una traducción económica [SSTS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403), 6 de julio de 1990 (RJ 1990/5780), 27 de enero de 1998 (RJ 1998/126), 27 de septiembre de 1999 (RJ 1999/4770), 23 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7384), 30 de noviembre de 2011 (RJ 2012/3514)].

No es ya una cuestión discutida que los daños morales puedan resultar indemnizados en supuestos de responsabilidad por vicios constructivos. La situación de angustia, sufrimiento o trastorno que

suponen abandonar la vivienda familiar o la situación de incertidumbre, desasosiego y desaliento que puede derivarse de la imposibilidad de disfrutar de las instalaciones comunes de la vivienda debido a tales defectos pueden conducir a la obtención de una condena por daño moral. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8097), 15 de julio de 2011 (RJ 2011/5123) y, más recientemente, en la Sentencia de 10 de octubre de 2012 (JUR 2013/23873).

El argumento apuntado por algunos respecto a la imposibilidad de obtener una indemnización por daño moral en procesos de responsabilidad por vicios constructivos teniendo en cuenta que la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE), en los casos en que resulte de aplicación, no permite obtener una indemnización por daño moral, queda desvirtuado cuando el propio artículo 17 LOE establece expresamente un régimen de responsabilidad por los daños materiales ocasionados por los agentes de la edificación, «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales...»; admitiéndose así la compatibilidad de la responsabilidad derivada de aplicar las reglas de incumplimiento contractual y las contenidas en la ley especial tal y como ha admitido el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones [Sentencias de 2 de febrero de 2012 (RJ 2012/130) y 21 de octubre de 2012 (RJ 2012/584)], a lo habrá que añadir la posibilidad de ejercitar también las acciones de responsabilidad extracontractual contempladas en el Código Civil.

Lo cierto es que la existencia de un vicio constructivo no tiene que llevar aparejada la existencia de daños morales sino que habrá que demostrar los padecimientos o consecuencias no patrimoniales derivadas del impacto psicológico que para algunas personas puede producir el hecho de encontrarse que debe abandonar una vivienda o que no pueden disfrutar de partes imprescindibles de la misma en períodos estivales, como consecuencia del daño patrimonial derivado de la existencia de vicios constructivos en el inmueble; algo totalmente ajeno al daño material, consecuencia de la no adopción de las medidas adecuadas para realizar una buena construcción, susceptible de reparación o resarcimiento por otros cauces legales. Una vez probado el daño, el problema será establecer la cuantía a indemnizar que deberá ser fijada por el órgano juzgador tras una valoración discrecional de dicho daño, debiendo ser calculada de manera proporcional a la entidad del daño psicológico producido o del trastorno ocasionado.

Tampoco parece ser un inconveniente para obtener la indemnización por daño moral el que la parte actora sea la propia comunidad de propietarios a quien la Ley de Enjuiciamiento Civil le reconoce legitimación activa para defender los intereses de los comuneros. No puede admitirse que el hecho de considerar que los padecimientos psicológicos los sufran los propios comuneros de forma individualizada impida a la comunidad de propietarios obtener un pronunciamiento en este sentido cuando ostenta representación más que suficiente para actuar en interés de los comuneros (L.Z.G.)

18. Innecesaria aplicación del régimen de las transitorias del Código Civil.—La Ley de Ordenación de la Edificación contiene sus propias reglas por lo que respecta a las disposiciones transitorias, permitiendo esclarecer en qué casos resulta de aplicación el Código Civil al contrato de obra inmobiliaria y en qué casos la LOE. Se aplicará la Ley de Ordenación de la Edificación siempre y cuando la licencia de obra para la realización de la construcción haya sido otorgada con posterioridad al 5 de mayo de 2000. (**STS de 19 de abril de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Se interpone demanda por la comunidad de propietarios y cinco comuneros frente a la promotora, la constructora, los técnicos y la aseguradora de éstos, solicitando su condena solidaria como consecuencia del estado de ruina funcional en que se encontraba el edificio. Los demandantes reclaman una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de sus respectivos contratos, por la inobservancia de sus obligaciones profesionales y por los defectos constructivos existentes en la edificación.

El Juzgado de Primera Instancia condena a los demandados solidariamente al pago de una indemnización. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial estima en parte el recurso revocando la sentencia de la instancia únicamente por lo que respecta a las costas procesales, que considera deben ser abonadas por cada uno de los demandados, si nos referimos a las causadas a su instancia; mientras que las comunes deben ser abonadas por mitad.

Se interpone recurso de casación por la promotora alegando que las acciones interpuestas por los demandantes estaban prescritas al tiempo de su interposición, ya que interpretando conjuntamente el artículo 18 LOE y la disposición transitoria cuarta del Código Civil no puede más que llegarse a esta conclusión. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Las disposiciones transitorias permiten resolver los problemas derivados de la aplicación de las leyes en el tiempo cuando nos enfrentamos ante hechos o actos jurídicos que han nacido al amparo de una norma pero que continúan desplegando sus efectos en el momento de entrada en vigor de la nueva ley. En estos casos el Código Civil establece como regla general la irretroactividad de las normas, salvo que la ley nueva establezca un efecto distinto. En todo caso, deberá respetarse lo establecido en el artículo 9.3 CE sobre el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho individuales.

En materia de contrato de obra inmobiliaria existen dos regulaciones que continúan actualmente en vigor: la regulación dedicada al contrato de obra en el Código Civil y la regulación contenida en la Ley de Ordenación de la Edificación. Ésta última contiene un régimen de disposiciones transitorias, en el que se establece la aplicación de la LOE solamente en aquellos casos en los cuales la licencia de obra se haya otorgado con posterioridad al 5 de mayo de 2000. En este sentido, toda construcción cuya licencia haya sido concedida con anterioridad a dicha fecha deberá regirse por el

Código Civil. Esta regla es de aplicación también a los plazos de prescripción que en materia de responsabilidad aparecen regulados en el artículo 18 LOE. De este modo, de no ser aplicable el régimen de responsabilidad de la LOE, tampoco lo serán los plazos de prescripción que en ella se contienen.

Ello no obsta para que, de aplicarse la LOE, pueda acudirse también al régimen general de las obligaciones, contenido en el Código Civil, al contemplar acciones perfectamente compatibles con las del artículo 17 LOE. El propio precepto establece dicha compatibilidad para el caso de las obligaciones contractuales. De tratarse de obligaciones extracontractuales, y al estar éstas excluidas del ámbito de aplicación de la LOE, deberá acudirse al régimen contenido en el artículo 1.902 y ss. CC. (*L.Z.G.*)

19. Responsabilidad civil del Notario: Recurso extraordinario: Vicios procesales: Estimación parcial.—Se alega, en síntesis: i) que la sentencia recurrida ha rechazado, sin examinar, dos de los tres motivos de apelación de la sentencia de primera instancia, por considerar que las cuestiones planteadas en esos dos motivos de apelación no se habían suscitado en la demanda y en la contestación; ii) que la sentencia de primera instancia basa la supuesta negligencia de los demandados en la falta de comunicación a la demandante —como propietaria de los contenedores— de la subasta de los mismos, que es lo que se trató de impugnar en el primero de los motivos del recurso que no ha sido examinado por la sentencia recurrida en apelación; y iii) que los demandados, en la interposición de dicho recurso, no modificaron los términos del debate, por lo que procedía que en la sentencia recurrida se examinaran todos los motivos de apelación. Vicio procesal que se estima parcialmente si bien, como se razona al final, sin eficacia ulterior.

El principio *Pendente appellatione, nihil innovetur*: Interpretación jurisprudencial: Indefensión.—Según reiterada jurisprudencia lo relevante es que no se produzca una modificación sustancial en términos del debate, pues es en este caso cuando se produce la indefensión de las partes, que no han podido prever el alcance y sentido de la controversia y se ven en la imposibilidad de alegar o actuar en apoyo de sus derechos e intereses.

En la demanda se expuso la forma en que los contenedores eran identificados en el BIC, y se alegó la existencia de defectos en la celebración de la subasta, entre otros motivos, por falta de notificación a la actora como propietaria de los contenedores. En la contestación los demandados alegaron que la promotora de la subasta no les hizo saber que los contenedores no pertenecían al deudor sino a otra sociedad que constaba en el BIC. En la sentencia de primera instancia la *ratio decidendi* de la declaración de negligencia profesional de los Notarios que celebraron la subasta, se encuentra en que debieron conocer la existencia y función del *Bureau International de Containners* (BIC) y comprobar en este registro los datos identificadores de los contenedores. En la apelación los demandados alegaron: 1) que no es exigible a un notario español un grado de diligencia profesional que abarque el conocimiento de la existencia y normas del registro del BIC, dado que es un organismo privado de carácter privado, y 2) que el BIC no permite con seguridad saber quién es el propietario de los contenedores, ni es fiable en cuanto a los datos que permiten identificar a las empresas y sus domicilios. Al resolverse en segunda instancia que era exigible a los demandados el conocimien-

to y comprobación del BIC, la alegación no quiebra los términos del debate, ya que esta Sala, al examinar la prohibición de la *mutatio libelli* ha venido declarando que puede admitirse que la pretensión procesal, conservando su existencia, experimente un cierto desarrollo durante el transcurso del proceso, producto de lo que metafóricamente se ha llamado *biología de la pretensión procesal* (SSTS de 9 de febrero y 5 de julio de 2010), y, del mismo, debe aceptarse el planteamiento de una cuestión que –sin afectar a la esencia de una excepción alegada en la contestación a la demanda–, se desarrolla en consonancia con la forma en que la excepción ha sido resuelta en la sentencia recurrida. La aplicación de este criterio no causa indefensión a la parte recurrida, que en la impugnación del recurso extraordinario por infracción procesal ha admitido que no hay modificación de los términos del debate.

Régimen jurídico aplicable a las subastas de los contenedores: Derechos del acreedor prendario: artículo 1.872 CC: Obligaciones del Notario interviniente: Falta de notificación al propietario: Falta de diligencia.–

a) Las subastas se celebraron en el año 2001, por lo que no es de aplicación al caso la redacción dada al artículo 220 RN por el RD 45/2007, de 19 enero, que regula la autorización de las subastas efectuadas ante Notario. La ausencia, en el momento de la celebración de las subastas, de normas específicas se vino integrando por la jurisprudencia en el sentido de que ha de estarse a las normas que regulan la celebración de subastas públicas en procesos judiciales o extrajudiciales, que permiten establecer criterios objetivos aplicables al caso y permiten integrar las reglas del artículo 1.872 CC (STS de 21 de noviembre de 2009). Pero ello no resulta necesario en el presente caso pues dicho precepto contiene la norma aplicable.

b) Los Notarios son profesionales a quienes compete el ejercicio privado de funciones públicas, por lo cual su actuación presenta una doble vertiente, funcional y profesional; son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del Derecho. La naturaleza pública de sus funciones se manifiesta de manera plena en el ejercicio de la fe pública notarial en la esfera de los hechos y del Derecho, mediante la extensión o autorización de instrumentos públicos (así STS de 28 de noviembre de 2007). La autorización de la subasta a que se refiere el artículo 1.872 CC se encuadra en esta función pública, por lo que es exigible a los Notarios el control de la legalidad que impone el artículo 147 RN.

c) La intervención notarial que impone el artículo 1.872 CC va dirigida a garantizar la regulación formal de la enajenación de la prenda, pues es lo que genera la seguridad de los interesados, sean el acreedor, los terceros que intervienen en la subasta, el deudor o el dueño de la prenda. El acta de subasta no es una mera acta de presencia, dado que concluye con la adjudicación de los bienes, por lo que el notario, iniciada su actuación por la rogación del acreedor, ha de controlar la legalidad del proceso. Como declara la STS de 3 de julio de 1965 *el notario debe controlar la forma exterior del acto que autoriza para procurar que en él concurran todas las precauciones necesarias a fin de que se considere «digno de fe»*.

d) El artículo 146 RN establece una norma de imputación subjetiva de la responsabilidad que exige determinar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la actuación de los notarios se desarrolló dentro de los parámetros razonables de la diligencia exigible, teniendo en cuenta el especial grado de diligencia que se impone a los notarios en el ejercicio de sus funciones, dada su alta cualificación profesional, en una sociedad en la que es notorio el incremento de la complejidad y proliferación de las actuaciones jurídicas

(STS de 5 de febrero de 2000) y el grado de previsibilidad que la situación producida presentaba (STS de 26 de octubre de 2005).

e) En el presente caso debe concluirse que los notarios demandados, al autorizar las subastas solicitadas no actuaron con la diligencia exigible: i) La locución *en su caso* del artículo 1.872 CC significa que la notificación de la enajenación de la prenda deberá cumplirse cuando la prenda sea de la propiedad de persona distinta a la del deudor; y el cumplimiento de este requisito no es disponible para el acreedor pignoraticio, por lo que, razonablemente considerado, debía ser controlado por los notarios actuantes, a través de la comprobación de la documentación aportada por el requirente de la subasta o recabando de este los datos necesarios para su control; de otra forma, los notarios actuantes no podían asegurar la regularidad formal de la enajenación; ii) Del examen de las actas resulta que no consta que los notarios recabaran del requirente información sobre la titularidad dominical de los contenedores, y no consta que el requirente manifestara que los contenedores eran propiedad del deudor; iii) De los documentos presentados ante las notarías por el requirente, incorporadas a las actas, resulta que consta la carta, redactada y suscrita por el requirente y remitida desde las notarías a la línea marítima propiedad de la entidad deudora, y en el pliego de las condiciones de la subasta, redactada por el requirente y con arreglo al cual los notarios debían autorizar las subastas, consta que el remanente del precio de la subasta, después del cobro del acreedor y del pago de los gastos, quedará a disposición del *legítimo titular* de los contenedores; todos estos elementos permiten deducir –o generar la duda suficiente– que el dueño de los contenedores no era la compañía deudora.

En consecuencia, la irregularidad que finalmente se produjo era previsible para los notarios actuantes, puesto que está en la diligencia que les es exigible examinar la documentación aportada por el requirente de las subastas, ya que sólo de ese modo puede asegurarse la regularidad formal de las mismas, especialmente cuando el requerimiento para las subastas no tenía su fundamento en la existencia de una prenda debidamente constituida, sino en la retención de los contenedores efectuada por el requirente, lo que suponía una situación que exige extremar las cautelas propias de su función, como lo demuestra la circunstancia de que las subastas fueron finalmente declaradas nulas por inexistencia del derecho del requirente a retener y enajenar los contenedores.

Desde esta perspectiva, que fue alegada en la demanda, no es necesario examinar si los demandados tenían o no la obligación profesional de conocer la existencia del BIC y de comprender los listados de siglas que podían identificar al dueño de los contenedores, pues su diligencia se concretaba en exigir al requirente la justificación sobre la propiedad de los bienes subastados que hubiera permitido dar pleno cumplimiento al artículo 1.872 CC. No obsta a la declaración de responsabilidad el hecho de que las actas de las subastas se hicieran sobre la minuta aportada por el requirente de las subastas, pues esta circunstancia no excluye el deber de cumplimiento de todos los requisitos que exige la regularidad de la subasta.

Irrelevancia de la estimación del recurso extraordinario por violación procesal.—La estimación del motivo alegado en el recurso extraordinario por infracción procesal, no obsta a que la sentencia recurrida deba ser confirmada por aplicación de la doctrina de la equivalencia de resultados o falta de efecto útil del recurso (SSTS de 7 de septiembre de 2006, 14 de mayo

de 2007 y 9 de marzo de 2010). (STS de 9 de marzo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La empresa norteamericana «Interpool Ltd» es propietaria de gran número de contenedores para el transporte marítimo, depositados en diversos puertos del mundo, dedicándose a su arrendamiento financiero. La naviera «Cho-Yang» había celebrado un contrato de arrendamiento de determinado número de contenedores por tiempo indefinido. Por su parte, Cho-Yang había contratado con la consignataria Ibermarítima domiciliada en Valencia la utilización periódica de cierto número de contenedores. Debido a dificultades económicas, la naviera, a principios del año 2001, cesa de forma generalizada sus pagos, y, en concreto, mantiene una elevada deuda con su agencia consignataria valenciana. En el mismo año, Ibermarítima insta ante los dos notarios aquí demandados la venta en pública subasta de 1.337 contenedores, existentes en el puerto de Valencia, y pendientes de ser devueltos a Interpool Ltd., invocando ante aquellos su derecho de prenda de los artículos 1.730 y 1.780 CC y 276 y 303 CCom, omitiendo, sin embargo, a quién correspondía su titularidad dominical. La demanda objeto del presente recurso se resuelve en primera instancia por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valencia de 15 de abril de 2008, y en apelación por sentencia de la Audiencia Provincial, sección 8.ª, de 4 de noviembre de 2008, siendo coincidente en ambas instancias la declaración de responsabilidad civil de los notarios, ahora recurrentes.

En el periodo intermedio, en 2004, se había declarado judicialmente la nulidad de las referidas subastas, lo que va a facilitar en buena medida, sin duda, la resolución de este recurso. Y también la simplifica en su argumentación, porque el Tribunal Supremo no entra a dilucidar sobre el debatido valor de las informaciones contenidas en el BIC, registro privado internacional de contenedores, sobre cuya eficacia jurídica en España se había asentado básicamente la defensa de los notarios. Tampoco analiza a fondo el dudoso derecho de retención y prenda que alegó la consignataria al solicitar la celebración de la subasta ex artículo 1.872. Se centra en una exégesis de este último precepto aplicando, sin invocarlo expresamente, el criterio sociológico de interpretación de la Ley y Reglamento Notarial (aludiendo brevemente a *una sociedad en la que es notorio el incremento de la complejidad y proliferación de las actuaciones jurídicas*: 5.º FD). La actuación de la consignataria fue irregular, y puede decirse que inficionó la actuación de los notarios requeridos en su calidad de fedatarios públicos, quienes omitieron culpablemente diligencias inexcusables. Ello explica también la aplicación de la doctrina de la *equivalencia de resultados*, a la hora de estimar parcialmente el recurso extraordinario interpuesto por aquellos; los defectos procesales en que incurrió la Audiencia Provincial no influyen en la resolución final sobre el fondo (*G.G.C.*)

20. Responsabilidad civil sanitaria: Deficiencias asistenciales: Ingreso en urgencias y diagnóstico erróneo: Graves secuelas.—En una

medicina de medios y no de resultados, la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica un doble orden de cosas. En primer lugar, es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnosticantes necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, pueden servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles. En segundo lugar, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (SSTS de 15 de febrero de 2006, 19 de octubre de 2007, y 3 de marzo y 10 de diciembre de 2010).

En el presente caso, a tenor de la prueba pericial practicada, se evidencia un error de diagnóstico inicial que no queda enervado por la ausencia de síntomas claros de daño. La noche del 13 al 14 de diciembre de 2004 la enferma, menor de edad (16 años), acudió con fuertes dolores abdominales al Servicio de Urgencias de la clínica Santa Teresa, S.A., de Ávila. Si los síntomas de peritonitis resultaban enmascarados con otros característicos de distinta dolencia (aquí las derivadas de un proceso ginecológico complicado), ello no impide calificar este error de diagnóstico de disculpable o de apreciación cuando las comprobaciones realizadas nunca descartaron la presencia de apendicitis y, aun cuando sugerían otras dolencias distintas, tampoco se determinaron sin género de duda razonable. Lo cierto es que se advierte un discreto peritonismo y proceso abdominal agudo que podría requerir tratamiento quirúrgico urgente y, sin embargo, ni se le interviene o se le traslada a un centro distinto con la celeridad propia del caso, ni se intenta establecer un diagnóstico diferencial con otras patologías que cursan dolor abdominal programando una intervención inmediata, antes al contrario, se actuó sobre una de las hipótesis que podían resultar de la sintomatología que presentaba a su ingreso en el Servicio de Urgencias, descartando aquella susceptible de determinar el padecimiento más grave para la salud y la evolución de la paciente antes de agotar los medios que ponen al alcance de los facultativos para determinar la patología correcta cuando era posible hacerlo.

En materia de apendicitis aguda y sus complicaciones frente a la duda diagnóstica la clínica era irremplazable. Se hacía así, dice la sentencia recurrida, hace 50 años en que se procedía a la intervención de inmediato y lo que no es posible es que, en la actualidad, con medios y conocimientos más adecuados para efectuar un diagnóstico correcto y actuar sobre la paciente, no solo no se hiciera, sino que lo que se hizo no sirvió en absoluto para evitar las gravísimas complicaciones derivadas del estado de la paciente dada la evidente situación de urgencia que requería el caso. Lo cierto es que no se actuó correctamente frente a esta falta, no tanto de medios sino de coordinación, de organización o de dotación que, según los casos, pueden ser imputados conjuntamente al profesional y al hospital o sólo al centro. En el aquí enjuiciado, a aquél en que se produjo el ingreso puesto que una actuación más coordina-

da hubiera permitido proporcionar al paciente todos los medios curativos de que disponía, con la urgencia y diligencia necesarias, y que evidencian sin ninguna duda la existencia de una relación de causalidad entre la omisión que se reprocha a la Clínica y a Asisa, y el resultado dañoso. En efecto, después de varias exploraciones y análisis, sólo tres días después del ingreso se decide operarla, trasladándola a otro centro en donde es operada de urgencia, hallando apendicitis aguda perforada con peritonitis; después se le traslada a la UCI, siendo el postoperatorio de tres meses, con complicaciones que son indirectamente debidas al proceso peritonítico y que se presentaron entre la 6.^a y 7.^a semana después de la intervención. La enferma tiene reconocido un grado total de minusvalía del 70% y movilidad reducida.

Esta Sala, a partir de la STS de 16 diciembre de 1987, ha acuñado el término *deficiencias asistenciales*, que ha sido una constante en la jurisprudencia de la misma, con el efecto de eximir al paciente de la prueba de la fase del desarrollo de la atención médica donde se ha producido la anomalía (SSTS de 12 de julio de 1988, 27 de noviembre de 1997, 5 de enero, 23 de mayo, 12 de septiembre y 19 de octubre de 2007, y 14 de mayo de 2008). Constituye el núcleo esencial de la *lex artis* de dicha entidad, cuyo incumplimiento fue determinante de la posterior evolución de la paciente, lo que permite atribuir la responsabilidad al centro médico y a la aseguradora sanitaria por aplicación del artículo 1.902 CC, cuando le es directamente imputable una prestación del servicio irregular o defectuosa por omisión o incumplimiento de los deberes de organización, vigilancia o de control de servicio. Estamos, por tanto, más que ante una responsabilidad por hecho ajeno en sentido propio, ante una responsabilidad por la deficiente prestación de un servicio al que está obligada la entidad y que se desarrolla a través de profesionales idóneos, cuya organización, dotación y coordinación le corresponde (STS de 22 de mayo de 2007).

Cuantía de la indemnización: Criterios aplicables.—La estimación del recurso determina la casación de la sentencia recurrida, así como la revocación de la recaída en primera instancia. Asumidas por esta Sala las funciones de la instancia, procede estimar la demanda presentada por la lesionada, ya alcanzada la mayoría de edad, contra Clínica Santa Teresa y Asisa Interprovincial de Seguros SA, con absolución de los facultativos encargados del Servicio de Urgencias. A la actora se le indemnizará en la cantidad de 276.067.01 euros, menor de la reclamada, tomando para ello como referencia, y con carácter meramente orientador, el baremo de tráfico, de acuerdo con la constante jurisprudencia de esta Sala, teniendo también cuenta que los demandados se limitaron a impugnar el valor de la prueba pericial de la parte actora, cuya autenticidad no cuestionan, lo que permite una valoración libre por el tribunal en unión al resto de pruebas practicadas. Debe tomarse en cuenta la fecha del siniestro (primera asistencia a urgencias por dolor abdominal: 13 de diciembre de 2004) y la edad de la paciente. Esta fecha determina el régimen aplicable para la determinación del daño, que ha de ser el contemplado por el TRLRCSCVM de 2004, entonces en vigor. Como fecha de alta definitiva debe tenerse en cuenta la del 4 de agosto de 2006, coincidente con el informe de alta emitido por la unidad asistencial, debiendo tenerse en cuenta que la víctima recibió tratamiento neurorrehabilitador en dicha unidad, primero en régimen hospitalario y luego ambulatorio, prescrito por los facultativos como necesario para paliar o mejorar las secuelas detectadas tras retirársele la sedación administrada en su intervención; dicho tratamiento fue satisfactorio contribuyendo a mejorar su estado neurofísico y neuropsicológico, circunstancia

que acredita que no fue sino hasta su conclusión cuando han de considerarse plenamente estabilizadas y consolidadas sus lesiones y secuelas, físicas, psíquicas y estéticas. Procede, en consecuencia aplicar la actualización de las cuantías publicadas por la Dirección General de Seguros para el año 2006, siguiendo la jurisprudencia mencionada. Deben computarse como días de baja desde el 13 de septiembre de 2004 al 4 de agosto de 2006, es decir, 600 días, de los cuales 231 hospitalarios y el resto, 369, impeditivos. Se advierte que la ayuda de otra persona es un factor corrector que la Tabla IV contempla tan solo para los grandes inválidos, que no se corresponde con la situación de la actora, que es independiente para realizar las actividades básicas de la vida diaria e incluso para las instrumentales.

Debido a las singulares circunstancias de este proceso no se hace condena en las costas causadas en ambas instancias, ni en los recursos formulados. (STS de 30 de marzo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Sentencia en que se hace aplicación pedagógica de la denominada *responsabilidad civil sanitaria*, en la que se explica con detalle la función determinante del diagnóstico inicial, en caso de la prestación de asistencia urgente, su finalidad y limitaciones, así como la necesidad de actuar sin dilaciones, obligación que recae sobre la organización sanitaria contratante de un seguro voluntario de asistencia médica. No siempre resulta fácil determinar en qué momento se produjo la negligencia y a quién incumbe, pero la inversión de la carga de la prueba hace recaer ésta en la parte demandada. Parece equitativo excluir la responsabilidad personal de los facultativos en favor de la institucional. Sentencia de aprobar (G.G.C.)

21. Culpa extracontractual: Atropello de conserje de hostel por autor desconocido: Uso doloso de vehículo para cometer delito: Derecho aplicable.—En el presente procedimiento se ha cuestionado la interpretación y consiguiente aplicación de las exclusiones contenidas en los artículos 1.4 del texto refundido de 29 de octubre de 2004, y 3.3 del RD de 12 de enero de 2001, vigentes el 7 de febrero de 2005 cuando ocurrió el accidente. El primero contiene una remisión expresa al desarrollo reglamentario posterior respecto de los conceptos de vehículo a motor y hecho de la circulación, precisando respecto al último que «no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes». Cuando ocurrieron los hechos la norma reglamentaria de referencia era el artículo 3.3 del RD de 12 de enero de 2001, según el cual: «Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. En todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el código penal como constitutivo de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 del CP». En interpretación de ambos preceptos, y respecto de los artículos 1.1, 19, 73 y 76 LCS, en relación con la cobertura de los seguros obligatorios, incluyendo los supuestos en que debe responder el Consorcio de Compensación de Seguros, y la posibilidad de que el asegura-

dor pueda quedar liberado de responsabilidad en caso de dolo también respecto del tercero perjudicado, la Sala 2.^a Tribunal Supremo fijó, por acuerdo adoptado en pleno no jurisdiccional de 14 de abril de 2007, el criterio de que: «no responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor». Este nuevo criterio supuso eliminar la exigencia de que el hecho enjuiciado constituyera una «acción totalmente extraña a la circulación», que se había mantenida hasta entonces por la jurisprudencia penal. El nuevo criterio ha sido recogido por la jurisprudencia penal posterior (SSTS, Sala 2.^a, de 10 de mayo de 2007, 7 de octubre de 2009 y 16 de abril de 2011).

Exoneración del Consorcio.—En el presente caso, ni el Juzgado de Primera Instancia ni la Audiencia Provincial fundaron su razón decisoria sobre la inexistencia de hecho de la circulación, sino que sustentaron sus conclusiones en la prueba documental y testifical practicada en sede civil, de modo que ambos órganos judiciales alcanzaron la convicción de que el atropello no fue imprudente sino intencionado, por haber sido utilizado el vehículo como instrumento delictivo, y que para alcanzar esa conclusión se apoyaron en la libre valoración de la prueba practicada, especialmente el atestado y la declaración testifical, sentando unas premisas de índole fáctica, que no pueden ser desvirtuadas en casación. El motivo del recurso soslaya los hechos probados cuando argumenta subsidiariamente que el vehículo salió y entró de nuevo en el *parking*, y que en su recorrido el conductor no pudo ver a su víctima, lo que convierte el hecho en accidental y resultado del uso del vehículo para el fin propio de desplazarse de un lugar a otro, circunstancias que obligan a la aseguradora a responder frente al tercero perjudicado. Sin embargo, la Audiencia Provincial deja sentado que los testimonios de los testigos y del propio perjudicado fueron coincidentes en lo relativo a que, al menos uno de los ocupantes del vehículo, era uno de los que previamente habían agredido al conserje, y este dato, unido a que la maniobra de salida y entrada en el *parking* fue realizada sin solución de continuidad, permite razonablemente entender, que el conductor desconocido no tuvo intención de desplazarse con el vehículo, sino que fue en todo momento su única intención atropellarle, sirviéndose del vehículo como instrumento para este fin. En su virtud, cabe concluir que la utilización del vehículo para la comisión de un delito doloso contra las personas exonera de responsabilidad al Consorcio en el ámbito del seguro obligatorio, que le es propio. **(STS de 9 de marzo de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Los hechos enjuiciados son el episodio final de un oscuro suceso ocurrido en la puerta de entrada de un Hostal valenciano con intervención de varios sujetos no identificados, componentes, al parecer, de una banda de ciudadanos lituanos que actuaban violentamente. La víctima fue el conserje del Hostal, objeto de graves agresiones físicas a la entrada del mismo, y ulteriormente perseguido por un vehículo que le atropelló y se dio a la fuga. La imposibilidad de descubrir a los autores explica el planteamiento de la demanda ejercitada, en último término, contra el Consorcio, quien, curiosamente, encarga a detectives privados la aclaración de

los hechos realmente ocurridos. En ambas instancias la demanda fue desestimada, y lo mismo ocurrió con el recurso de casación. Parece plenamente conforme a la normativa vigente la s. extractada (G.G.C.)

22. Accidente de circulación: Lesiones graves por colisión frontal de turismo con ciclomotor: Defectos procesales: Incongruencia.—Es doctrina jurisprudencial que no hay incongruencia omisiva cuando el silencio judicial puede, razonablemente, interpretarse como desestimación implícita, y así lo ha venido señalando esta Sala tanto al amparo del artículo 359 LEC 1881, como al de la LEC 2000, de forma que la respuesta judicial solo es incongruente por falta de argumentación concreta acerca de una cuestión cuando «no cabe entender que hay una desestimación implícita derivada claramente de lo razonado en el cuerpo de la resolución» (SSTS de 1 de abril de 2008 y 29 de septiembre de 2010). También se ha declarado reiteradamente que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruentes, al entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito (STS de 18 de marzo de 2010, con cita de otras anteriores).

Deber de motivación: «Fórmula de Balthazard».—Siguiendo la doctrina de la STC de 25 de junio de 1992, la exigencia constitucional de motivación no impone ni una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino únicamente que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate (así SSTS de 26 de mayo, 27 y 30 de junio de 2011, entre las más recientes); y ello al margen de que pueda ser escueta y concisa, de modo que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 CE. Aunque también se ha declarado que si bien la denuncia de la vulneración del artículo 218.2 LEC, sobre el requisito de la motivación de las sentencias, no es precepto adecuado para sustentar la revisión de la valoración probatoria (SSTS de 15 de junio, 2 de julio, 30 de septiembre y 6 de noviembre de 2009), constituye doctrina jurisprudencial que sí resulta posible por ese cauce denunciar una falta de motivación de la valoración probatoria, o una mera apariencia de motivación que la vicie de arbitrariedad (SSTS de 8 de julio de 2009 y 26 de octubre de 2011). La última resolución citada declara expresamente que cuando la sentencia recurrida no explicita suficientemente las razones fácticas y jurídicas que permitieron concluir que no hubo error de derecho en la aplicación de la fórmula legal prevista para el cálculo de la puntuación total para las secuelas concurrentes (usualmente denominada *fórmula de Balthazard*), incurre en un defecto cuya denuncia tiene adecuado encaje en el defecto procesal de la falta de motivación, aun cuando quede reservado al recurso de casación verificar, como cuestión sustantiva que es, si en la fórmula legal para las secuelas concurrentes se respetó o no la referida norma y los criterios de interpretación sentados al respecto por los tribunales.

En el presente caso el motivo debe estimarse con relación a esta cuestión porque, partiendo de la valoración individual que mereció cada secuela —cuestión fáctica, no susceptible de revisión en casación— la parte recurrente centra exclusivamente su discrepancia en la explicación dada por la Audiencia Provincial sobre la inexistencia de error en la aplicación de la norma jurídica contenida en el anexo, por entender que la sentencia no explicita sufi-

cientemente las razones jurídicas que permitieron concluir que no hubo error, lo que tiene adecuado enaje en el defecto procesal de la falta de motivación.

Consignación para recurrir: Doctrina del TEDH.—Constituye jurisprudencia reiterada que la consignación prevista en el artículo 449.3 LEC, no tiene el carácter de abono anticipado de la indemnización, como se deriva de la dicción de la norma, y del hecho de que la consignación es compatible con que pueda procederse a la ejecución provisional de la sentencia, y que dicha consignación tiene carácter de carga para ejercitar un acto procesal con una finalidad de garantía, para hacer posible el cumplimiento inmediato de la sentencia firme y asegurar la seriedad de la acción.

Las SSTEDH de 21 de septiembre de 1994 (*asunto Fayed contra el Reino Unido*), 16 de noviembre de 2006 (*asunto Bellet contra Francia*), y de 16 de noviembre de 2009 (*asunto Ferré Gisbert contra España*) han establecido una doctrina según la cual, si bien el derecho de acceso a los Tribunales no es absoluto y puede estar sujeto a limitaciones implícitamente admitidas, particularmente en cuando a las condiciones de admisibilidad de un recurso, estas limitaciones no deben restringir el acceso que se permite a cada persona de tal manera o hasta tal punto que perjudique a la misma esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que se traduce en que se entiendan justificadas solo si tienden a un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende alcanzar (doctrina de la que se ha hecho eco la STS de 3 de febrero de 2011). También ha declarado la STDH de 11 de octubre de 2001 (*asunto Rodríguez Valín contra España*) que la regulación relativa a la interposición de un recurso trata de garantizar la buena administración de la justicia y el respeto, en particular, del principio de la seguridad jurídica; aunque en ocasiones la aplicación por los tribunales internos de formalidades a respetar para interponer un recurso puede vulnerar el derecho de acceso a un tribunal cuando la interpretación de la legalidad ordinaria es demasiado formalista y llega a impedir, de hecho, el examen a fondo del recurso ejercido por el interesado (STDH de 13 de octubre de 2009, *asunto Ferré Gisbert contra España*).

Desde esta óptica debe interpretarse la carga procesal de consignar para recurrir en los procesos seguidos para la reclamación de las indemnizaciones de accidentes de la circulación, previsto en el artículo 449.3 LEC, cuyo precedente inmediato se encontraba en la DA primera 4, LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal. Dicha carga se enmarca en las tendencias internacionales de protección a la víctima, y según ha declarado esta Sala, tiene la finalidad de conseguir la agilización de esta clase de procesos civiles evitando, en lo posible, la formulación de recursos infundados o meramente dilatorios que alarguen, en perjuicio de las víctimas, el abono de las cantidades que les han sido reconocidos por sentencia, de manera que se disminuyan los efectos que en el tiempo ocasiona la tramitación de los recursos devolutivos. Esta función justifica la compatibilidad de la consignación previa con el espíritu del artículo 24 CE siempre que su interpretación sea ponderada atendiendo en cada caso a las circunstancias concurrentes para evitar una mecánica aplicación del mismo que lo convierta en un obstáculo formalista y desproporcionado en sus consecuencias, con relación a su propia finalidad (SSTC de 25 de abril de 1994, 30 de junio de 1998 y 13 de diciembre de 1999).

Nueva sentencia sobre el fondo por estimación parcial del recurso extraordinario por infracción procesal.—La sentencia ratifica la decisión del Juzgado de Primera Instancia de computar por separado las secuelas que

no se localizaron en la cabeza (cadera dolorosa, protusión discal y síndrome postraumático cervical), en cuanto que entiende que se habrían producido igual de llevar el casco, y las secuelas de la cabeza (alteración de la respiración nasal por fractura de tabique, hipoacusia bilateral, pérdida de agudeza visual, epilepsia postraumática, trastorno orgánico de la personalidad de carácter moderado, fractura de cuatro incisivos, limitación de la apertura de la articulación temporomandibular de carácter leve), que, por el contrario, se vieron agravadas por no llevarlo, y por consecuencia, entiende que son las únicas a las que debe afectar el porcentaje reductor del 25%, por culpa de la víctima. En aplicación de este criterio, la Audiencia Provincial confirma la decisión de primera instancia de fijar la puntuación global de las secuelas situadas en la zona alta de la cabeza, afectadas por la reducción (incluyendo los 15 puntos de perjuicios estéticos), en un total de 86 puntos, y en 13 puntos, las producidas en el resto del cuerpo. Con este modo de proceder, que carece de amparo legal o jurisprudencial, se lesionan los intereses del perjudicado, directamente, porque la aplicación de la *fórmula de Balthazard* tal y como se desprende del sistema, esto es, sobre el conjunto de secuelas, sin hacer distinción por razón de su localización corporal, permite obtener un resultado superior al que resulta de su puntuación por separado, e indirectamente, porque dicho criterio impide aplicar el factor corrector de daños morales complementarios, al no superarse los 90 puntos de puntuación global, mientras que de no hacerse tal distinción, sí concurre el referido supuesto de hecho normativo del que depende su aplicación.

Perjuicios estéticos.—La sentencia infringe igualmente el Sistema de Valoración por omitir el debido redondeo al alza y por adicionar los puntos por perjuicios estéticos únicamente a la puntuación resultante de las secuelas localizadas en la cabeza. En este último aspecto resulta de aplicación la doctrina dictada sobre el régimen vigente anterior a 2003, que declaró procedente sumar aritméticamente los puntos por perjuicios estéticos a la puntuación global de la totalidad de las secuelas fisiológicas concurrentes, obtenida mediante la correcta aplicación de la fórmula legal.

Daño moral complementario.—Por lo general la indemnización del daño moral queda comprendida en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos susceptibles de indemnización con arreglo al Sistema de Valoración. Su indemnización por separado sólo es posible en aquellos supuestos en que la ley lo concibe expresamente como un concepto independiente. Tal es el caso de daños morales complementarios mencionados en la Tabla IV, para el supuesto de que una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos, lo que ocurre en este caso; a la suma procede aplicar el porcentaje reductor del 25% por culpa de la víctima.

Doctrina jurisprudencial sobre la consideración como deuda de valor de la indemnización derivada de los accidentes de circulación.—A partir de las SSTS, del Pleno, de 17 de abril de 2007, números 429 y 430/2007, es doctrina jurisprudencial que *los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado*. Doctrina que se ha reiterado por la jurisprudencia posterior (últimamente en SSTS de 9 de febrero, 19 de mayo y 26 de octubre de 2011).

(STS de 30 de abril de 2012; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Sentencia importante por la invocación de la doctrina del TEDH en relación con la *ratio* de la consignación previa para recurrir en casación que se trata de reforzar, por el elevado *quantum* de las indemnizaciones reclamadas y concedidas definitivamente, así como por la notable y reiterada presencia de operaciones y fórmulas matemáticas en los FD (id est, *fórmula Balthazard*: sobre ésta véase el comentario de Del Olmo García, a STS de 26 de octubre de 2011, en ADC, 2012, pp. 1420 y ss.), sin olvidar la minuciosa descripción médica de las secuelas derivadas de la colisión del turismo con la moto, originando una resolución densa y compleja, desusadamente extensa (28 pp.), plagada de tecnicismos, de la Sala 1.^a Fallo, por lo demás, convincente en su argumentación jurídica (G.G.C.)

23. Aplicación del factor corrector por perjuicios económicos de la tabla V del baremo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.—A diferencia de lo que ocurre con el caso de las secuelas, donde la Tabla IV del baremo impone aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos a toda víctima en edad laboral, aunque no se prueben ingresos, esta previsión no aparece en relación a los perjuicios económicos ligados a incapacidad temporal de la Tabla V. Sin embargo, el Tribunal Supremo (SSTS de 18 de junio de 2009 y 20 de julio de 2011) ha considerado que, por analogía, debe aplicarse a los días de baja el factor de corrección en el grado mínimo de la escala correspondiente al factor de corrección por perjuicios económicos en caso de lesiones permanentes respecto de la víctima en edad laboral que no acredita ingresos. No obstante, dado que el factor corrector señalado por la Ley tiene carácter máximo, y que no se establece limitación alguna dentro del abanico fijado por el legislador, dicha analogía no justifica que el porcentaje aplicado deba ser el máximo correspondiente a dicho grado, sino que cabe que el tribunal conceda un porcentaje inferior, valorando las circunstancias concurrentes en el caso examinado y los perjuicios económicos de diversa índole que puedan presumirse o haberse acreditado, en aras al principio de total indemnización de los daños causados consagrado en el Anexo primero.⁷, en que se inspira el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. No es necesario, por tanto, la prueba de existencia de ingresos en el momento del accidente, siendo suficiente con la mera circunstancia de que la víctima se encontrara en edad laboral en el momento del accidente. (STS de 30 de abril de 2012; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Producido accidente de circulación, el damnificado, de cuarenta y dos años de edad, ejercita la acción directa del artículo 76 LCS. La compañía aseguradora demandada reconoce la forma de producción del accidente y el aseguramiento por su parte, pero se muestra disconforme en cuanto al importe de la indemnización solicitada. Quedando acreditado en el pleito que el demandante se encontraba, en el momento de la producción del accidente, en

situación de desempleo, y que percibía subsidio derivado de su actividad como especialista en construcción; que había desempeñado temporalmente funciones de monitor de pintura, sin percibir, voluntariamente, ingresos por ello; y que, finalmente, había percibido con posterioridad al accidente una pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual (la relacionada con la construcción), la cuestión que plantea la aseguradora sobre la cuantía indemnizatoria se centra en determinar cómo debe aplicarse el factor de corrección por secuelas permanentes que impiden totalmente la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado, dada su situación de desempleo en el momento de la producción del accidente (Tabla V del baremo del anexo del texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor).

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando la demanda, pero no concede indemnización por perjuicios económicos ligados a la incapacidad temporal, pues, aunque la víctima estaba en edad laboral al ocurrir el accidente, se encontraba ya en situación de desempleo y, si bien desempeñaba actividades de pintura a tiempo parcial, no recibía remuneración alguna por las mismas, por lo que aprecia la sentencia que no concurren circunstancias que justifiquen la fijación de una indemnización en mayor importe. Interpuesto recurso de apelación por el demandante y por la entidad aseguradora, la Audiencia Provincial estima parcialmente el primero y desestima el segundo, incrementando la cuantía indemnizatoria en atención a los gastos farmacéuticos, de desplazamiento y de manutención del damnificado. Considera, sin embargo, que no procede fijar indemnización en concepto de factor de corrección por incapacidad temporal, puesto que tal factor no se devenga automáticamente, sino que exige que se acrediten ingresos, y porque, encontrándose la víctima en situación de desempleo cuando se produjo el siniestro, no ha resultado acreditado que, en ese momento, sus ingresos económicos fueran superiores a la indemnización básica que contempla el baremo ya referido por este concepto.

Contra esta sentencia interpone recurso de casación el demandante en primera instancia, alegando la incorrecta aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos contenido en la Tabla V del baremo, al estimar que su aplicación procede automáticamente, por encontrarse la víctima en edad laboral, aún cuando no haya acreditado ingresos.

NOTA.—Téngase en cuenta la STC 181/2000 que se refiere a la posibilidad de prescindir del apartado B de la Tabla V del mencionado baremo en supuestos de culpa relevante. La mencionada sentencia declaró la inconstitucionalidad del apartado señalado, entre otras razones, por no ser apto para atender la pretensión de resarcimiento por lucro cesante de las víctimas con arreglo a la prueba suministrada en el proceso e infringirse, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva. Tal inconstitucionalidad, no obstante, sólo afecta a los supuestos en que se acredite que el conductor responde en virtud de culpa relevante. Por tanto, allí donde no haya culpa relevante, la indemnización por perjuicios económicos quedará limitada por lo establecido en el apartado B de la Tabla V del bare-

mo; donde tal culpa concorra, por el contrario, el importe de la indemnización vendrá determinado por los perjuicios efectivamente probados, si son superiores. (A. M. M.)

24. Culpa extracontractual: Colisión de trailer con motocicleta: Muerte de los ocupantes de ésta: Demanda contra aseguradora de la moto: Legitimación para reclamar indemnización: Atribución por vía analógica de la condición de perjudicado al menor, primo hermano de la víctima, que convivía con ella en acogimiento familiar permanente.—Para no excluir del derecho a recibir indemnización a los perjudicados no comprendidos en las tablas de los baremos, doctrina y jurisprudencia han resuelto amparar la reclamación de tales perjudicados atípicos en atención a diversos criterios que van, desde considerar que el Sistema de Valoración (SV) sólo vincula en la cuantificación pero no contiene una lista cerrada de todos los posibles perjudicados con derecho a indemnización, a entender que cabe tomar en consideración circunstancias excepcionales para acordar indemnizaciones a su favor, o a considerar que cabe eludir la preterición de perjudicados a través de una interpretación sistemática o incluso analógica, del SV.

En cuanto a la posible interpretación analógica, pese a que el SV omite cualquier referencia a los criterios clásicos de interpretación, no puede obviarse que el propio texto legal contiene dos referencias indirectas a la analogía, en un caso para prohibirla y en otro para admitirla. Así en la Tabla IV se prohíbe aplicar analógicamente el factor corrector de daños morales complementarios a toda secuela o conjunto de secuelas concurrentes que, sin alcanzar la puntuación exigida, tengan una importancia tal que permita apreciar identidad de razón. Por el contrario, en la nota 2 de la Tabla I se afirma que «las uniones conyugales de hecho consolidadas se asimilarán a las situaciones de derecho». De ambos preceptos cabe extraer la conclusión que, como toda norma jurídica, el SV es susceptible de interpretación acudiendo a los criterios del artículo 3 CC y, en su caso, a la integración analógica de las normas que admite el artículo 4.1 CC. Por tanto, lejos de no ser posible, la integración analógica resulta obligada, siempre que no se trate de normas prohibitivas o imperativas, pues sin dicha aplicación analógica resultaría ineficaz el principio de la total indemnidad que constituye la base del CV y el mismo programa en el Anexo 1.º, 7 de la Ley de Circulación de Vehículos a Motor.

En el caso que nos ocupa (Grupo IV de la Tabla I, víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes) la analogía abre la posibilidad de equiparar por identidad de razón, la situación legal de los hermanos menores de edad convivientes con la del primo hermano que convivía con la víctima en régimen de acogimiento, siempre que se demuestre o no se cuestione tal convivencia. De conformidad con el artículo 173.1.º CC, el acogimiento familiar «produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral». Por su parte, el artículo 172.4 CC, en relación con las medidas de protección, establece que se buscará siempre el interés del menor, sintagma de carácter absoluto que refleja la superior jerarquía que el ordenamiento, tanto constitucional como internacional, atribuye al principio *favor minoris*, que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores. En consecuencia, ha de estarse a ese fin protector, que se predica de todo menor por igual y sin distinción,

como factor a considerar para apreciar la identidad de razón que permita equiparar la situación del hijo menor de edad con la del menor acogido en orden a reconocerle una indemnización por fallecimiento de un familiar. Los vínculos afectivos resultan más acusados cuando de menores se trata, por la importancia que para el desarrollo de su personalidad tienen los referentes paternos y familiares, y esos vínculos, en particular con los hermanos, resultan más estrechos cuando se trata de alguien que ha perdido a sus padres biológicos. No existen razones objetivas para considerar que tales vínculos, que la ley presume respecto de la víctima para los hermanos menores de edad, no se traben con la misma intensidad por quien vive en régimen de acogimiento en análoga relación de afectividad, lo que permite presumir la condición de sujeto pasivo de un daño moral ligado a la pérdida del ser querido.

En el presente caso se declara que el reclamante era menor de edad en el momento de fallecer su primo hermano biológico, que desde que nació (20 de enero de 1995) se encontró sometido a la guarda de hecho de sus tíos, y en el momento del accidente figuraba en régimen de acogimiento familiar permanente (administrativamente formalizado), y, además, convivía en unidad familiar con sus tíos acogedores y con todos sus primos, entre los que se encontraba el fallecido en el accidente. Consta acreditada también una convivencia continuada con este primo desde el nacimiento, que subsistía al tiempo del accidente. Cabe añadir una relación de afectividad equiparable analógicamente a la que surge entre hermanos, que por esta razón se presume, y que fue alimentada por la convivencia derivada de la situación de desamparo, teniendo en cuenta la necesaria búsqueda de referentes familiares que suplan la ausencia de padres biológicos, y, en suma, por la dependencia del menor desde los puntos de vista afectivo y material.

Todos estos factores determinan que se tenga por existente el perjuicio moral del reclamante derivado de la muerte de su primo hermano, y que, por mor de su convivencia y vinculación afectiva *more fraterno* con la víctima del accidente de circulación, no exista obstáculo para reconocerle, por vía de interpretación analógica, idéntica legitimación activa como perjudicado que la que se reconoce a los hermanos menores de edad que convivan con la víctima en el Grupo IV de la Tabla I, respecto de víctimas fallecidas sin cónyuge ni hijos con ascendientes.

Concurrencia de culpas: Ocupante de moto sin casco: Reducción del 50% de la cuantía de la indemnización a familiares.—Constituye jurisprudencia reiterada que corresponde al Tribunal de instancia fijar el grado de participación de los distintos agentes en la producción del resultado dañoso a los efectos de determinar las cuotas de responsabilidad por concurrencia de culpas, estando constreñida su revisión en casación a los supuestos de grave desproporción o defectuosa apreciación del nexo causal; en dicha labor el tribunal debe partir de los hechos probados, los cuales no pueden ser alterados en casación.

El motivo no puede prosperar porque según los hechos probados, las lesiones que desencadenaron el fatal desenlace fueron las que incidieron en la cabeza (traumatismo craneo-encefálico abierto), siendo las restantes lesiones en otras partes del cuerpo, aunque gravísimas, no causalmente determinantes del fallecimiento, en opinión del médico forense. De esta base fáctica, de la que debe partirse en casación, no se desprende ni que la Audiencia Provincial se equivocase a la hora de vincular el fallecimiento con el no uso del casco —en la medida en que uso podría haber evitado las lesiones que lo

determinaron desde el punto de vista médico-, ni que, en tales circunstancias, la responsabilidad por mitad de la responsabilidad entre conductor y ocupante incurra en una desproporción tan grave que justifique su revisión por esta Sala.

Recargo por intereses moratorios.—Fue correcta la decisión de la Audiencia Provincial de no imponer el recargo por mora del artículo 20 LCS, ante la existencia de razones que permiten reputar justificada la negativa de la aseguradora a cumplir su deber de satisfacer la prestación en plazo:

a) incluso aunque se entienda que el pleito civil no ha resultado imprescindible para eliminar una incertidumbre racional sobre la verdadera causa del siniestro —en tanto que desde un primer momento se apreció la incidencia en el resultado de la conducción negligente del conductor de la motocicleta asegurada—, no puede obviarse que al fallecer éste por el accidente, y extinguirse con su muerte su posible responsabilidad criminal, el procedimiento penal no se dirigió contra dicho conductor sino únicamente contra el del camión contrario, de forma que Seguros Vitalicio no se personó en las actuaciones penales, ni, consecuentemente, tampoco se dictó título ejecutivo contra dicha entidad aseguradora sino contra el Consorcio de Compensación de Seguros, al creerse, equivocadamente, que la moto carecía de seguro en el momento del siniestro por encontrarse suspendido debida al impago de la prima;

b) Esta última cuestión resultó igualmente controvertida en el pleito civil en el que se dirigió por primera vez demanda contra la aseguradora recurrida, cuya tramitación, en consecuencia, y en vista de las razones esgrimidas, debe reputarse necesaria para acabar con la incertidumbre suscitada respecto del derecho de los familiares del ocupante a reclamar la indemnización que legalmente les correspondía de ser considerados perjudicados, pues solo con la sentencia de apelación quedó descartado el impago de la prima y pudo descartarse la excepción personal determinante de la suspensión de cobertura que la aseguradora entendía oponible al asegurado fallecido y a sus familiares; y

c) Todo lo cual permite concluir que si la aseguradora se negó a cumplir o demoró en exceso el cumplimiento de sus obligaciones no fue únicamente por considerar excesiva la indemnización solicitada, o por discrepar del grado de culpabilidad atribuido, sino que puede afirmarse que su negativa se asentó en una duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar, que lejos de derivar de una confusa u oscura redacción de las cláusulas de la póliza —pues de ser así tampoco había razón para justificar su conducta— trae causa directa del cuestionamiento mantenido en la instancia respecto de la vigencia de la póliza suscrita al tiempo de ocurrir el accidente. (STS de 26 de marzo de 2012; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Aunque hay varios protagonistas en el hecho lucrativo la acción ejercitada se concreta sólo respecto de algunos eventuales responsables. Hay una colisión entre un camión-trailer y una moto con dos ocupantes que fallecen en el accidente. En el juicio de faltas se absuelve al conductor del camión. Se observa indecisión posterior de los familiares del ocupante de la moto, propietario de ésta, causada por una información inexacta del FIVA relativa a la suspensión del seguro por impago de la prima; lo que

explica la demanda inicial acumulada contra el Consorcio, quien resulta absuelto. Finalmente el recurso de casación se dilucida entre la aseguradora de la moto y los familiares del ocupante.

NOTA.—Es una novedad atribuir la condición de perjudicado, a efectos de la aplicación del Sistema de Valoración en materia de indemnización por accidentes de circulación, al menor acogido por la familia del fallecido propietario de la moto. El TS *ex abundantia* acumula argumentos para justificar la legitimación de aquel por vía analógica. [En la doctrina reciente *cfr.* Cerdeira Bravo de Mansilla, *Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines*, ADC, 2012, p. 1001 y ss.]. También hace aplicación del novedoso concepto de *vinculación afectiva* «*more fraterno*», acaso innecesario porque en el caso se trataría más bien de la relación entre hermano mayor y hermano menor, en la que aquél parece «hacer de padre» en el seno de una familia acogedora. Cierta novedad, por su poca frecuencia en la práctica casuística, es negar en el caso los intereses moratorios dada la concurrencia de circunstancias justificativas de la conducta de la aseguradora, solución de aprobar (*G.G.C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

25. Legitimación activa del Presidente para instar acciones judiciales en defensa de la Comunidad de propietarios.—La representación del Presidente de una Comunidad tiene por base la ejecución de acuerdos de la Junta sobre asuntos de interés general para los propietarios (art. 13.3 LPH). La voluntad del Presidente no suple, corrige o anula la de la Junta. Ello, junto con el carácter imperativo de las normas sobre Propiedad Horizontal, trata de impedir que su voluntad personal sea la que vincule a la Comunidad.

La LPH únicamente exige, de modo expreso, el acuerdo previo para que el Presidente pueda ejercitar acciones judiciales en defensa de la Comunidad de Propietarios en los supuestos concretos de acción de cesación de actividades prohibidas por los estatutos que resulten dañosas para la finca (art. 7.2 LPH) y de reclamación de cuotas impagadas (art. 21 LPH). Ahora bien, eso no significa que dicha facultad de representación que se atribuye de modo genérico al Presidente le permita decidir unilateralmente sobre otros asuntos (ej.: la realización de obras en elementos privativos de un comunero que comporten alteración o afectación de los elementos comunes). Por tanto, el acuerdo previo también será necesario en los casos en los que los estatutos de la Comunidad expresamente lo prevean o en el supuesto en el que el Presidente ejercite acciones judiciales no en calidad de tal, sino individualmente como copropietario. (**STS de 27 de marzo de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una Comunidad de Propietarios formula demanda solicitando que se declarase que las obras de ampliación ejecutadas por la demandada en su vivienda ático (supresión del muro de cerramiento y sustitución de éste por una gran cristalera) alteran la fachada, y la condenase a deshacer todo lo realizado. La demandada excepcionó falta de legitimación activa del Presidente de la

Comunidad, y, en cuanto al fondo del asunto, alegó que no se había ampliado la vivienda incorporando a la misma parte de la terraza común y que tal cerramiento no afectaba a la estética del edificio.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Concluyó que el Presidente se hallaba legitimado activamente para accionar en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios demandante y que las obras realizadas por la demandada eran contrarias a Derecho al no haber sido autorizadas previamente por la Comunidad.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmó íntegramente la sentencia recurrida. Por lo que respecta a la falta de legitimación activa del Presidente, entendió que, pese a que la Comunidad no había autorizado mediante acuerdo al Presidente para ejercitar acción frente a la demandada, no se precisaba de tal acuerdo para que éste actuase en defensa de aquélla. En cuanto al fondo del asunto consideró que las obras objeto del pleito eran ilegales al afectar a elementos comunes y no estar autorizadas.

El recurso de casación se interpuso por la parte demandada, alegando la infracción de los artículos 14.e), 13.3 y 7.1 LPH y 7 CC. El Tribunal Supremo entiende que el Presidente, para ejercitar acciones en defensa de la comunidad, tendrá que estar autorizado por acuerdo válidamente adoptado en Junta, salvo que actúe como copropietario o los estatutos expresamente le legitimen, supuestos no concurrentes en el presente caso. Ante la falta de acuerdo que sustente la actuación del Presidente, la conclusión ha de ser la de falta de legitimación activa de éste para formular la demanda interpuesta en defensa de la Comunidad. Al declarar esta falta de legitimación, el Tribunal Supremo no entra a conocer el fondo del asunto.

NOTA.—El artículo 13.3 LPH establece que el Presidente ostenta por Ley la representación de la Comunidad en todos los asuntos que la afecten. Sin embargo, es necesario que el Presidente obtenga el acuerdo de la Junta para actuar en tales asuntos. El Tribunal Supremo tradicionalmente ha venido negando que la falta de autorización de la Junta pueda invalidar la eficacia de la actuación del Presidente frente a terceros. Ahora bien, sí ha entendido necesario el acuerdo de la Junta cuando la actuación del Presidente tenga como consecuencia la alteración de elementos comunes o la modificación del título constitutivo o de los Estatutos. En el ámbito procesal, la jurisprudencia anterior a la Ley 8/1999 ha adoptado distintas posturas: 1) unas veces ha desestimado la excepción de falta de legitimación del Presidente actor en base al artículo 12 de la Ley de 1960 (SSTS de 3 de febrero de 1983, de 29 de abril de 1985 y de 15 de enero de 1988 y); 2) otras veces, valorando previamente el resultado favorable de la acción entablada, ha basado la legitimación del Presidente sin acuerdo de la Junta en su condición de copropietario y en que dicha actuación redundaba en beneficio de la comunidad (SSTS de 10 de junio de 1981, de 28 de marzo de 1985, de 9 de julio de 1986, de 23 de mayo de 1989 y de 28 de octubre de 1991). La evolución posterior de la jurisprudencia ha ido en el sentido de limitar ese poder representativo del Presidente y en exigir, cada vez con mayor extensión, el acuerdo de la Junta como

requisito para su legitimación, incluso en aquellos supuestos en los que anteriormente no era necesario. Además, el Tribunal Supremo ha indicado en varias ocasiones que la representación del Presidente no tiene un contenido en blanco que supla la voluntad de la Junta ni implica un vacío de competencias de ésta. Entre otras, cabe destacar: SSTS de 6 de marzo de 2000, 11 de diciembre de 2000, de 20 de octubre de 2004, 19 de octubre de 2011 y 27 de marzo de 2012. (S.L.M.)

26. Ámbito de aplicación del límite sobre reproducciones provisionales (art. 31.1 LPI).—El artículo 31.1 LPI contiene un límite al derecho exclusivo de reproducción de los autores. El mismo estaba establecido en el artículo 5.1 de la Directiva 2001/29, de derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI), como un límite de transposición obligatoria en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Según este precepto, no necesitarán autorización del autor las reproducciones que carezcan de significado económico independiente, que sean transitorias o accesorias, y que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad sea facilitar la transmisión en red entre terceras personas por un intermediario o bien una utilización lícita de una obra. La navegación por Internet supone la realización de copias caché de las páginas web accedidas. Algunas veces son tan transitorias y provisionales, que cabe ampararlas en este precepto.

El sistema cerrado de límites a los derechos de autor.—El legislador español ha previsto una enumeración cerrada de límites a los derechos de autor, sin que quepan más de los que allí la LPI establece. El artículo 40bis LPI contiene la llamada «regla de los tres pasos». Según esta norma, los límites sólo cabe aplicarlos en ciertos casos especiales, siempre que no causen un perjuicio a la explotación normal de la obra y no atenten contra los intereses legítimos de los titulares de derechos. Como disposición común a todas las del Capítulo I del Título III, en el que se encuadra el artículo 31, el TS la considera como una manifestación en la LPI de la doctrina del *ius usus ino-cui*, del principio general del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC), del principio general de la prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC) y de la configuración constitucional del derecho de propiedad como un derecho limitado. Habrá que analizar la concreta pretensión del autor para comprobar si en verdad la reproducción de su obra puede causar algún perjuicio a sus intereses legítimos, por remoto o indirecto que sea este perjuicio, o bien atentar contra la explotación normal de su obra, o por el contrario favorece esos mismos intereses y esa misma explotación, amparándose en ese caso en el límite del artículo 31 LPI.

Cuando el uso de una obra no pueda ampararse en ninguno de los límites previstos en la LPI, habrá que ver si cabe incluirlo en la cláusula general del artículo 40bis LPI, por no incumplirse ninguno de los tres requisitos. Así, los buscadores de Internet facilitan en general el acceso a las páginas web y el conocimiento de su contenido, que es la intención de los autores respecto de sus obras. Si un buscador utiliza una obra sin el consentimiento del autor, éste no puede solicitar el cierre del buscador, pues constituiría un abuso del derecho. Lo correcto a estos efectos sería solicitar la eliminación de la copia

caché o de los fragmentos de página web reproducidos en los resultados de la búsqueda.

Por otro lado, el sistema americano de límites, denominado *fair use*, es, al contrario que el español, un sistema abierto. No hay un listado cerrado de límites, sino una cláusula general donde cabe hacer uso de las obras sin consentimiento del autor siempre y cuando se respeten los requisitos apuntados en la Sección 107 de la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA). El Tribunal Supremo utiliza este precepto para amparar las copias de partes de páginas web realizadas por un buscador de Internet, dada la imposibilidad de aplicar ninguno de los límites de la Ley española. En este sentido, entiende que la aplicación en España de la doctrina del *fair use* no altera el sistema de fuentes, pues de otra manera tendría que entenderse que la doctrina del levantamiento del velo en materia de sociedades también vulnera ese sistema de fuentes por no tener su origen en España. (STS 3 de abril de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El actor ha creado una página web de apuestas *on line*. Interpone demanda contra *Google Spain* por haber reproducido de forma no autorizada dicha página web en su motor de búsquedas (copias caché y fragmentos de la página web), obteniendo la demandada beneficios a cambio. Se solicita el cierre de *Google*, el pago de una indemnización y la publicación de la sentencia en un diario nacional.

El Juzgado Mercantil desestimó la demanda, realizando las siguientes consideraciones: 1) al ser un motor de búsqueda, sólo quedaba reproducida una pequeña parte del contenido de la página web, al objeto de orientar al usuario; 2) la reproducción por *Google* podía quedar amparada por el límite del artículo 31.1 LPI, por ser temporal y transitoria; 3) el actor, al hacer una página web, persigue su máxima difusión, algo a lo que contribuye la demandada; 4) se trata de una utilización encuadrable entre los usos sociales tolerados; 5) *Google* pone a disposición de los titulares de páginas web un procedimiento de simple solicitud por el que excluir de modo definitivo su página web de la base de datos; 6) el artículo 15 Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) excluye de responsabilidad a este prestador de servicios de intermediación.

La Audiencia Provincial confirma el fallo de la sentencia de instancia, pero utilizando distintos argumentos: *a)* cabe la aplicación del límite del artículo 31.1 LPI, al menos respecto de las copias realizadas por los robots de búsqueda de *Google* del código HTML de las páginas web visitadas periódicamente, en la medida en que se realiza para indexar la información y facilitar después las búsquedas solicitadas; *b)* en cuanto a la reproducción parcial de la página web, se trata de reproducciones tan efímeras, incidentales y mínimas, que carecen de relevancia infractora, pues se trata de facilitar al usuario la búsqueda entre los resultados obtenidos; *c)* las copias caché realizadas en los ordenadores de *Google* resultan necesarias para el funcionamiento de Internet; *d)* a la demandada se le aplicaría el artículo 17 LSSI, y no el artículo 15 LSSI; *e)* a las copias caché no les sería aplicable el artículo 31.1 LPI, pues el servicio caché no es necesario para la búsqueda, que queda cumplida con la relación de hipervínculos, si bien hay que entender que tales

actos carecen de entidad suficiente como para considerarlas infractoras de los derechos de autor; *f*) el artículo 40bis LPI permite cuestionar los límites más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan; *g*) cabría aplicar la doctrina anglosajona del *fair use*, utilizando sus cuatro criterios (Sección 107 DMCA); *h*) se trata de trasladar a la propiedad intelectual el *ius usus inocui* para evitar extralimitaciones absolutas; *i*) no cabe sancionar y prohibir una actividad que no sólo no perjudica al titular de derechos sobre un sitio web, sino que le beneficia; *j*) el autor ha puesto su página web a disposición del público sin restringir el acceso.

El demandante recurre en casación, recurso que es desestimado por el Tribunal Supremo sobre la base de los siguientes argumentos: 1) hay que tener en cuenta que lo pretendido por el recurrente no es que *Google* elimine de su buscador la copia caché de la página, ni los fragmentos de la página visibles al mostrarse los resultados de la búsqueda, sino el cese absoluto del funcionamiento del propio motor de búsqueda; 2) las actividades de *Google* cuestionadas se ajustan a los usos sociales tolerados; 3) de aceptarse los argumentos del demandante, impediría incluso actividades de difusión de su página web que le benefician, sin causarle ningún perjuicio, por la sola circunstancia de que se obtienen ingresos mediante enlaces patrocinados; 4) la pretensión del actor de que se cierre el buscador de *Google* se considera prohibida por el artículo 7.2 CC, como abuso del derecho de autor o ejercicio antisocial del mismo, por cuanto al amparo de la interpretación restrictiva de los límites al derecho de autor pretende perjudicar a *Google* sin obtener ningún beneficio propio, sino fama o notoriedad; 5) la existencia de enlaces patrocinados no impide la aplicación del artículo 31.1 LPI, pues la ausencia de significación económica independiente se refiere a los propios actos de reproducción; 6) la desestimación del recurso no supone la creación de una nueva excepción no contemplada en la LPI ni legitimar las actividades de *Google* por la excepción del artículo 31.1 LPI.

NOTA.—El Tribunal Supremo hace una interpretación incorrecta del sistema español de límites al derecho de autor. Como bien indica, tenemos un sistema cerrado de límites, por lo que no cabe incluir ningún otro adicional ni siquiera a través de la regla de los tres pasos (art. 40bis LPI). Tal precepto no sirve para declarar lícitos actos que no atentan contra los derechos de los autores y que no pueden cobijarse bajo ningún límite ya creado, sino para interpretar los límites que ya existen. Las copias, tanto caché como de partes de una página web, realizadas por el buscador *Google*, y por extensión por cualquier otro, no cumplen los requisitos del artículo 31.1 LPI, sobre todo porque tienen un significado independiente, que se traduce en los ingresos por publicidad que recibe el citado buscador. Ahora bien, lo anterior no significa que el autor cuya página web ha sido reproducida por *Google* pueda solicitar el cierre del buscador, algo totalmente fuera de lugar, sino que podrá solicitarle que retire de sus búsquedas la obra en cuestión. Lo normal es que los autores quieran aparecer en las búsquedas que realizan estos motores de Internet, pues permiten que las obras sean más fácil y rápidamente difundidas. Por otro lado, no cabe hacer uso de la doc-

trina americana del *fair use*, dado su carácter abierto en cuanto a los límites al derecho de autor, totalmente incompatible con nuestro sistema, como he señalado. (S.L.M.)

27. Usufructo sobre participaciones sociales. Derecho del usufructuario frente a la nuda propiedad. Prohibición de enriquecimiento injusto del nudo propietario a costa del usufructuario cuando repetidamente dejen de repartirse los dividendos. Beneficios destinados a reservas.—No cabe duda, de que el sentido general de la jurisprudencia en cuanto al derecho del usufructuario frente a la nuda propiedad, es que, el derecho del usufructuario no puede quedar vacío de contenido por el abuso de derecho del nudo propietario, y ello aun cuando la decisión de aplicar los beneficios a reservas favoreciera los intereses sociales y la acción del usufructuario se fundara bien en la prohibición del enriquecimiento injusto, bien en el artículo 1258 CC o bien en su artículo 1256 CC, que prohíbe que el cumplimiento de los contratos se deje al arbitrio de una de las partes. Este ha sido pues el fundamento del Tribunal Supremo para el presente caso, apoyado en reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 19 de diciembre de 1974, 16 de julio de 1990, 28 de mayo de 1998 y 27 de julio de 2010). Así pues, la doble circunstancia que envuelve al presente contrato: constitución del usufructo sobre «dividendos distribuidos» y exclusión de las reglas de liquidación previstas con carácter general en el artículo 68 LSA de 1989, prescribe que, en caso de conflicto, los tribunales deban interpretar el título constitutivo del usufructo, en este caso —la escritura pública de 29 de octubre de 2000—, de un modo que el derecho del usufructuario no quede absolutamente vacío de contenido, pues según el ya mencionado artículo 1258 CC los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también, a todas las consecuencias que, «según su naturaleza, sean conformes a la buena fe»; conforme al artículo 1289 CC «si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses», y en fin, según la jurisprudencia, tanto el artículo 1258 CC como su artículo 1256 impiden que el nudo propietario pueda de hecho, mediante su voto exclusivamente o uniendo el suyo a los de otros en contra del usufructuario, vaciar de contenido el derecho del usufructo. (STS de 20 de marzo de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—G. demanda a su anterior pareja M., alegando enriquecimiento injusto en perjuicio de su derecho como usufructuario de participaciones sociales. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando al pago del monto solicitado por la parte actora. Recurrída ante la Audiencia Provincial la anterior sentencia por la parte demandada, se estimó parcialmente, revocando en el único sentido de reducir en un 25% el importe de la condena, y manteniendo los demás pronunciamientos de la misma.

Ambas partes recurrieron de casación, fundamentándose la del demandante en un solo motivo, con la finalidad de que se mantenga la cantidad acordada a su favor por la sentencia de Primera Instancia. Por su parte, la nuda propietaria demandada, interpuso recurso de casación, articulado en tres motivos, todos con la finalidad de que se desestime totalmente la demanda, a razón de lo pactado en el contrato de usufructo celebrado entre ella y el demandante, en el

que básicamente se pacta; el usufructo de las participaciones del demandante se extiende, entre otras únicamente, a las participaciones referidas, pero no a los derechos de asunción preferente que acompañan a las mismas. Ni a las nuevas participaciones sociales que la propietaria suscriba haciendo uso de dichos derechos de asunción. El usufructo otorga al usufructuario, exclusivamente, el derecho a los dividendos distribuidos por las sociedades durante el usufructo. Todos los demás derechos inherentes a la cualidad de socio corresponderán a la propietaria, particularmente los de asistencia y voto en las Juntas Generales y de asunción de nuevas participaciones en las ampliaciones de capital. Y por último, No tendrá derecho el usufructuario, en el momento de la extinción del usufructo o en el caso de liquidación de la sociedad, a participar en las reservas acumuladas por estas sociedades, durante el período de duración del usufructo. El Tribunal Supremo desestimó dicho recurso, considerando que la sentencia recurrida brinda una solución equilibrada y razonable en atención, primero, a que después de constituido el usufructo el demandante aún consintió la aplicación a reservas de los beneficios sociales del ejercicio 2000 y, segundo, al hecho probado de la conveniencia objetiva de aplicar beneficios a reservas por la política de crecimiento de las sociedades, teniendo en cuenta las reglas de extensión del usufructo sobre las participaciones sociales anteriormente señaladas.

NOTA.—El Tribunal Supremo, ha considerado aun de validez la LSA de 1951, permaneciendo intacto su sentido general de que el usufructo no puede quedar absolutamente vacío de contenido. Lo que en la realidad sucede, es que, la jurisprudencia de esa Sala hubo de suplir la imprevisión de la LSA de 1951 interpretándola conforme a las normas generales de las obligaciones y contratos en relación con las reglas del usufructo. Y si bien es cierto que la LSA de 1989 y LSRL de 1995, por remisión, arbitró un remedio expreso en el artículo 68 de la LSA de 1989, este se ha revelado insuficiente frente a actuaciones abusivas o de mala fe del nudo propietario, que deben seguir siendo evitadas por los tribunales si conducen a que el usufructo quede, de hecho, vacío de contenido. (G.A.L.)

DERECHO DE FAMILIA

28. Separación matrimonial: Pensión pactada en convenio regulador: Infracción procesal: Denegación de prueba: Indefensión.—Dice la STS de 22 de febrero de 2012 que el derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba debe entenderse incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, pero este derecho no configura un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ni desapodera al Juez de su derecho a enjuiciar su pertinencia y sus consecuencias para la solución de la cuestión planteada. Corolario de eso es que en ningún caso podrá considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente [...] en aplicación estricta de normas legales, cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda.

En este caso, la denegación de la prueba en la segunda instancia debe considerarse correcta porque las pruebas pedidas en primera instancia y no practicadas por causa imputada a quien las solicitó (art. 460, 2, 2 LEC) no son definitivas para determinar la extinción de la pensión compensatoria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 101 CC, porque la prueba debía referirse a la fijación de la causa que motivó la pensión y no la constituye la prueba de los ingresos del marido deudor. En definitiva, no se trataba de discutir si había o no participación en los ingresos, sino si había desequilibrio: Tal como se argumentará en el examen del recurso de casación, la pensión que aquí se discute no era en puridad una pensión compensatoria, porque tiene que ver con la liquidación de los bienes gananciales, por lo que la prueba pedida no hubiera añadido ningún elemento nuevo que permitiera la alteración del resultado probatorio, en cuyo caso sí hubiera producido indefensión.

Naturaleza jurídica del convenio regulador y de la pensión pactada.–

En 2002 se dicta entre las partes una sentencia de separación, con convenio regulador, que contenía la siguiente: *«Cláusula séptima.–Por el notorio desequilibrio económico que esta separación produce a la esposa, en relación con el nivel de vida que venía disfrutando constante el matrimonio, el marido se compromete a abonarle por el concepto de pensión compensatoria la cantidad de doscientas cincuenta mil pesetas mensuales [...]. Teniendo en cuenta que la esposa percibirá una remuneración mensual de aproximadamente doscientas mil pesetas (200.000) por su participación (33,33%) en la comisión del seguro de accidentes laborales contratado por MAPFRE con la compañía mercantil ALTADIS, S.A., esta situación no altera en absoluto la cuantía por pensión compensatoria que se ha fijado en su favor. Con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo».*

Independientemente de la denominación que las partes hayan establecido para el derecho pactado en el convenio regulador, debe partirse de dos elementos reiterados en la doctrina de esta Sala: 1.º) La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien puede afectar; se rige por el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración. 2.º) Los cónyuges pueden pactar además lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación (la STS de 31 de marzo de 2011 confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental STS de 2 de abril de 1997).

El convenio regulador es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos, como es el que ahora nos ocupa (un supuesto parecido en STS de 4 de noviembre de 2011), por lo que debe examinarse si se ha aplicado por parte de la sentencia recurrida el completo acuerdo de las partes.

De acuerdo con lo dicho hasta aquí hay que reconocer que el pacto contenido en la cláusula séptima del convenio regulador, relativo al pago de una pensión compensatoria no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico que pudiera surgir como consecuencia de la separación, sino que tuvo otra función que aparece en dicha cláusula al decir que «con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e ini-

ciar otra vida, vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo». Esta parte del pacto no ha sido tenida en cuenta por la sentencia recurrida y constituye una expresión clara de que era voluntad expresa de ambos que la denominada pensión debía abonarse a pesar de la actividad laboral o negocial de la acreedora de dicha pensión.

De ahí se concluye que fuera cual fuera la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, la entrada en el mercado de trabajo de la esposa no permite la extinción de la pensión compensatoria pactada con estas condiciones, porque en dicho pacto no se contempla el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa.

En este punto la Sala debe asumir la instancia y declarar que se mantiene la pensión pactada a favor de la esposa en el convenio regulador homologado en la sentencia de 22 de enero de 2002 en el procedimiento de separación consensual. En lo demás se mantiene la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de septiembre de 2010. (**STS de 20 de abril de 2012**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Hay cierta confusión en los hechos de la demanda interpuesta por el marido pues dice que «se acuerde la extinción de la pensión compensatoria a favor de la esposa desde la fecha de *nulidad del matrimonio* y subsidiariamente desde la fecha de la presentación de esta demanda» (Antecedente de Hecho 1.º). Como resulta inimaginable que se confundan los efectos de la separación con la nulidad, cabría preguntar: ¿ha habido, además, entre los cónyuges un proceso canónico o civil de nulidad del matrimonio? Lo cierto es que en ningún otro lugar de los autos se vuelva a aludir a tal eventualidad, lo que cabría atribuirlo, por tanto, a un *lapsus calami*; es curioso que tampoco los cónyuges hayan transformado su separación consensual en divorcio. Aquí estamos formalmente ante un proceso de modificación de medidas provisionales, de las que llama la atención la cuantía de la, supuesta, aparente (¿o simulada?) pensión compensatoria; la reconvencción de la esposa sobre la cuantía de la pensión alimenticia del hijo, se desestima en la instancia, y no se recurre en casación. El resultado final es dejar las cosas tal como se resolvió en la sentencia de 2002, pero con una importante aclaración técnica: No es un caso de pensión o prestación compensatoria, sino una cláusula atípica del convenio regulador; parece que se trata de un caso de alimentos pactados aludidos en la fórmula general del artículo 153 CC; aunque de no fácil encaje, por otra parte, en el contrato contemplado en los nuevos artículos 1.791 y ss. CC. Parece que existe cierta relación con los *Agreements marriage* del derecho anglosajón. El tema en profundidad no se debate en casación, aunque la aludida cláusula 7.^a del convenio parece insinuar o encubrir importantes relaciones económicas —antes y después de la sentencia— que las partes concuerdan en no desvelar en este proceso. En todo caso, la hipótesis fáctica aquí contemplada resulta poco frecuente en las crisis matrimoniales que llegan a los tribunales, y podría calificarse de que va a *contracorriente* la pactada en la citada cláusula del convenio regulador (en

la práctica suele tratarse, más bien, de *blindar* anticipadamente a una de las partes respecto a las consecuencias económicas de una futura crisis, y así se pactan minuciosamente renunciaciones anticipadas a la pensión compensatoria, o se fijan topes cuantitativos o temporales a la misma etc.) Sobre la aquí cit. STS de 31 de marzo de 2011, en un caso similar, v. su extracto y anotación en ADC, 2012, p. 962-965. Puede hablarse, por tanto, de reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial sobre la validez de tales acuerdos (*G.G.C.*)

29. Divorcio: Guarda y custodia compartida: Interés del menor: Doctrina jurisprudencial.—Los criterios que han de valorarse en la atribución de la guarda y custodia compartida, han sido analizados por la STS de 8 de octubre de 2009, según la cual el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Del estudio del Derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de los respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Estos criterios deben atender a la protección del interés del menor, y así el artículo 92 debe ser interpretado con esta finalidad, sin perjuicio de que la medida que se acuerde pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior.

La revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el Juez ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS de 21 y 22 de julio de 2011), pues el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor en interés de éste.

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al caso conduce a la desestimación del recurso por las siguientes razones: El recurrente no alega la vulneración del principio del interés del menor, único supuesto en que procede la revisión en casación. Alega que la custodia compartida puede ser solicitada también únicamente por uno de los progenitores, lo que también recoge la recurrida que requiere además el informe favorable del Ministerio Fiscal. (*NOTA: Aunque la sentencia dice que el punto está pendiente de decidir por el TC, en el momento de extractarla ha recaído ya sentencia estimatoria que elimina la regla de que el informe favorable del Ministerio Fiscal sea condicionante*). Además en el caso aquí tratado tal cuestión no resulta determinante ya que la desestimación se basó en la conflictividad entre los cónyuges para denegar la custodia. Esta última circunstancia es negada, sin más por el

recurrente, lo que supone una alteración de la base fáctica basada en que aquellos se comunican exclusivamente por mensajes de «sms». La STS de 22 de julio de 2011 ha declarado que las relaciones entre los cónyuges son relevantes para el tema cuando afectan, perjudicándolo, el interés del menor. En el presente caso la valoración conjunta de la prueba determinó que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y por confirmación la de la Audiencia Provincial, consideraran que *era más conveniente para la pequeña la atribución a la madre de la guarda y custodia, estableciendo un régimen de visitas amplio a favor del padre*. La resolución se basa, por tanto en el interés de la menor en atención a la prueba practicada. Como se señala en la STS de 3 de octubre de 2011, este Tribunal no puede entrar a valorar de nuevo la prueba practicada, sino sólo comprobar si se ha decidido teniendo en cuenta el interés del menor. Al haberse atendido en el caso planteado al interés del menor, y no haberse justificado que se haya atendido incorrectamente a este interés en función de la prueba practicada, el motivo debe desestimarse, sin perjuicio de que pueda volver a plantearse un procedimiento de modificación de medidas si concurren circunstancias para ello. (STS de 9 de marzo de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Puede verse la anotación de la STS de 7 de abril de 2011, extractada en ADC, 2012, p. 952-955, sobre la controvertida figura de la custodia compartida en el CC, que algún autor se ha apresurado a calificar de *malograda* [Tena Piazuelo, *Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿Niños «de primera»?*, en «Revista Aranzadi Civil», 2011, p. 82 y ss. pregunta razonablemente: ¿Por qué, transcurrido un lustro, las decisiones de los tribunales han conseguido alterar tan poco la realidad? La custodia de la madre es prácticamente automática, y en los casos en que se otorga al varón (9,7% de las rupturas, según el INE, para 2009) es por demérito de la mujer] (G.G.C.)

30. Divorcio: Atribución del uso de la vivienda: Derecho de las hijas mayores de edad: artículo 96 CC: Doctrina jurisprudencial.—La STS 624/2011, de 5 de septiembre, del Pleno de esta Sala distingue los dos párrafos del artículo 96 CC en relación a la atribución de la vivienda que constituye el domicilio familiar cuando los hijos sean mayores de edad. Dice que en el primer párrafo se atribuye el uso de la vivienda a los hijos «como concreción del principio *favor filii*», pero que cuando sean mayores de edad, rigen otras reglas.

Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1 CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiéndose que el artículo 96 CC no depara la misma protección a los mayores.

Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1 CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplado en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y ss. CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquélla, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y ss. CC. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, con base en los preceptos indicados, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse no a tenor del párrafo 1.º, sino del párrafo 3.º del artículo 96 CC, según el cual: «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

Aplicando esta doctrina procede estimar el recurso interpuesto por el ex marido y progenitor de las hijas, dado que: 1.º La vivienda se atribuye a las hijas mayores de edad, sin limitación de plazo, forzando el artículo 96.3 en una especie de interpretación analógica con el artículo 96.1; 2.º La vivienda que constituyó el domicilio conyugal podría haberse atribuido a la ex-esposa con base en su propia necesidad e interés, debidamente probado, pero no se hizo; 3.º No constituye un interés digno de protección conforme al artículo 96.3 el hecho de la convivencia de la madre con sus hijas mayores, ya que éstas no tienen derecho a ocupar la vivienda que fue vivienda habitual durante el matrimonio de sus padres; 4.º En el supuesto de que las hijas mayores precisaran alimentos legales, incluyendo la vivienda, el obligado a prestarlos puede efectuar la elección del artículo 149 CC. (**STS de 30 de marzo de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—La sentencia extractada hace un profundo análisis del artículo 96 CC en relación con la denegación de la atribución *ratione matrimonii* al cónyuge no titular de la vivienda cuando los hijos son mayores, que es plenamente de aprobar ya que hasta podría configurar un verdadero abuso de derecho (como para otro supuesto lo calificó la STS de 29 de marzo de 2011, extr. en ADC, 2012, pp. 955 y ss.). En caso de necesidad de vivienda los hijos mayores disponen de la acción de alimentos legales, pero resulta preferente la protección de los menores mientras conservan esta cualidad, fundamentada en la convivencia familiar. Si con arreglo al artícu-

lo 96.3 CC el juez atribuye la vivienda al cónyuge no titular, en mi opinión el otro cónyuge no podría oponerse legalmente a que, de hecho, convivieran con el progenitor judicialmente adjudicatario, pues la dicción legal hay que entenderla así: No habiendo hijos *menores ... (G.G.C.)*

31. Régimen matrimonial primario: *Litis expensas*: Régimen vigente: Requisitos.—Las *litis expensas* aparecen reguladas en el artículo 1318.3 CC dentro de la regulación de las cargas del matrimonio. Tienen un origen jurisprudencial, derivadas del deber de alimentos entre cónyuges y justificadas en un régimen de comunidad de bienes para facilitar que la mujer pudiera litigar tanto en pleitos de separación o nulidad contra su propio marido, y también en pleitos contra terceros, siempre que redunden en beneficio de la propia comunidad. El artículo 1.318.3 CC contiene una redacción poco clara que, además, debe complementarse con el artículo 3.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que establece que los medios económicos del solicitante de justicia gratuita serán valorados individualmente, cuando «dicho solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia».

De la interpretación conjunta de ambas disposiciones, hay que llegar a las siguientes conclusiones en lo que se refiere a la aplicación del beneficio cuando un cónyuge litiga en contra del otro: 1.º Los gastos que el cónyuge acredite para seguir un litigio que sostenga contra el otro cónyuge, deben ser costeados por el caudal común. 2.º A falta de caudal común, el cónyuge que no tenga bienes propios debe acudir al beneficio de la justicia gratuita, porque sólo hay derecho a *litis expensas* a costa del otro cónyuge cuando la posición de éste impida al litigante obtener el beneficio y a la vista de lo que dispone el artículo 3.3 Ley 1/1996; en este caso la existencia de intereses familiares contrapuestos permite la valoración individual de los medios económicos del litigante, por lo que la posición económica del cónyuge «rico» no va a impedir la obtención del beneficio de la justicia gratuita. 3.º Subsidiariamente, cuando ello no sea posible, deberá aplicarse la última parte del artículo 1.318.3 CC, de modo que los gastos judiciales se «sufragarán a costa de los bienes del otro cónyuge». Es en este momento en que interviene la previsión del artículo 36.4 de la Ley 1/1996, que prevé la coexistencia de las *litis expensas* y del beneficio de justicia gratuita.

Aplicando esta doctrina al caso, debe advertirse que no consta la existencia de bienes comunes, a pesar de que las sentencias recaídas en este procedimiento parten de que no se ha procedido a la liquidación de los bienes gananciales. En el caso de que no haya bienes comunes, de lo que debemos partir, sólo debe pagar el marido si la computación de los recursos e ingresos «por unidad familiar» impidiera que la esposa pudiera obtener el beneficio de justicia gratuita, pero ello no ocurre aquí, porque: i) de acuerdo con el artículo 3.3 de la Ley 1/1996, se computan individualmente los recursos del solicitante y por ello, sólo deben tenerse en cuenta los medios propios de la esposa, y ii) partiendo de que no hay bienes comunes, debe aplicarse el segundo supuesto del artículo 1.318.3 CC y, como al objeto de obtener el beneficio de justicia gratuita sólo se valoran sus bienes, debería haberlo solicitado, lo que no efectuó.

Efectivamente, sólo hay derecho a *litis expensas* con cargo a bienes privativos del otro cónyuge cuando la posición de éste impida al litigante solicitar el beneficio de justicia gratuita, y como se aprecian separadamente los

valores y recursos de ambos cónyuges, no hay derecho a demandar *litis expensas* en este caso y ello, sin perjuicio de la liquidación de gananciales. No es que se condicione el derecho a las *litis expensas*, sino que sólo hay derecho a obtenerlas cuando se dan las circunstancias previstas en el artículo 1.318, cosa que en este caso no ha ocurrido. (STS de 2 de abril de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Al contestar la esposa a la demanda de divorcio, por vía reconvenicional solicita la suma de 2.300 euros en concepto de *litis expensas*, señalando una cuenta común a plazo para obtenerla en su caso. Tanto el Juzgado de Primera Instancia de Cieza en 2009, como la Audiencia Provincial de Murcia en 2010, desestiman la reconvenición basándose en no haber solicitado previamente la asistencia judicial gratuita. Se recurre por concurrir interés casacional, al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. La desestimación del recurso desautoriza, en consecuencia, el criterio sustentado por la Audiencia Provincial de Alicante en sus sentencias de la sec. 4.ª de 14 de diciembre de 2005 y 31 de enero de 2008, y ratifica el sustentado por la sec. 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia en SS. de 8 de enero y 3 de junio de 2010.

NOTA.—Sobre la base sustancial de lo escrito por De los Mozos (*Comentarios Albaladejo*, XVIII-1, 2.ª ed., Madrid 1982, p. 108-111), he sostenido en 1994 (CASTÁN, V-1.º, 12.ª ed.) que en el 1318.3 CC se normativiza y generaliza la figura de la *litis expensas* (l.e.) como resultado de una larga evolución que tuvo en la labor creadora de la jurisprudencia de la Sala 1.ª TS, su punto de partida y una de sus fases en el derogado artículo 68-6.º CC. Era un evidente logro legislativo dejar claro que el derecho de cada cónyuge a solicitar las l.e. es independiente del régimen económico del matrimonio, y que los procesos para los que se pidan pueden ser de cualquier clase. Pero tal éxito está a punto de disolverse por ciertas circunstancias concurrentes: su naturaleza mixta sustantivo-procesal, y la evolución posterior de la última normativa, lo está oscureciendo gradualmente. ¿Con qué previsiones de éxito pueden solicitarse las l.e. en las relaciones conyugales? La Ley de 1996 omitió todo intento de coordinarse con el Código Civil, y la reforma de la LEC 2000 siguió línea idéntica, incrementando la oscuridad del régimen legal vigente. Por un lado, la imprescindible y constitucional asistencia judicial gratuita no pasa por sus mejores momentos organizativos ni financieros, y por otro la nueva ley de tasas judiciales puede ralentizar, en la práctica, la interposición de procesos no matrimoniales aunque, eventualmente, reviertan en interés de la familia. Tampoco esta sentencia aporta luz excesiva sobre una institución que, tal como está regulada, suscita, al parecer, escasas simpatías en el foro (*G.G.C.*)



ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXVI, 2013

FASCÍCULO I enero-marzo

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
C. BALDUS: «“Perspectivas de la ciencia jurídica en Alemania”. A propósito del informe del Wissenschaftsrat»	5
A. GARCÍA PONS: «El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España»	59
J. L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO: «Régimen de gananciales y concurso de acreedores: Estudio de la situación del cónyuge in bonis y de sus acreedores»	149
A. DE LAMA AYMÀ: «Discriminación múltiple»	271
Crónica de Derecho Privado Europeo	
Coordinación: E. Arroyo Amayuelas; Colaboran: M. Anderson, B. Añoveros Terradas, L. Arnau Raventós, E. Arroyo Amayuelas, G. Cano Palomares, M. Ebers, M. Faccioli, M.ª P. García Rubio, C. González Beilfuss, C. Hornero Méndez, A. de Lama Aymà, J. A. Martín Pérez, S. Martín Santisteban, B. Pasa, J. Pou de Avilés Sans, P. Saborido Sánchez, H. Simón Moreno, B. Trigo García, S. Troiano	321
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: B. Rodríguez-Rosado	
ALLI TURRILLAS, J. C.: «La fundación ¿una casa sin dueño? (Gobierno, responsabilidad y control público de fundaciones en Inglaterra, EE.UU., Alemania y Francia)», por José Poveda Díaz	425

	<u>Pág.</u>
CABANAS TREJO, R.: «Régimen de gananciales y concurso de la persona física. La división de masas en la Ley Concursal 38/2011», por Matilde Cuenca Casas	429
VALÉS DUQUE, P.: «La responsabilidad precontractual», por Carlos Cuadrado Pérez	432
VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: «La disciplina constitucional de la familia en la experiencia Europea», por Teodora F. Torres García	435
ZUMAQUERO GIL, L.: «El derecho de acrecer entre coherederos», por Manuel Espejo Lerdo de Tejada	440
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por I. ARANA DE LA FUENTE	443
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
A cargo de: A. CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: I. DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, G. GARCÍA CANTERO, L. A. GODOY DOMÍNGUEZ, B. GREGORACI FERNÁNDEZ, F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, S. LÓPEZ MAZA, A. MACÍA MORILLO, G. MINERO ALEJANDRE, C. ORTEGA MELIÁN	475
FASCÍCULO II	
abril-junio	
Estudios monográficos	
C. PETIT: «España y el <i>Código civil portuguez (1867)</i> »	529
J. M. de TORRES PEREA: «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»	587
I. HEREDIA CERVANTES: «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución»	687
N. FENOY PICÓN: «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores»	717
Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias	
Por M. REQUEJO ISIDRO y M. OTERO CRESPO	837
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: B. Rodríguez-Rosado	
TREITEL, G./PEEL, E.: «The Law of contract», por Bruno Rodríguez-Rosado	891
YANGUAS GÓMEZ, R.: «Contratos de conexión a Internet, “hosting” y búsqueda. Servicios de intermediación en Red con Consumidores», por Juan Pablo Aparicio Vaquero	892

REVISTAS EXTRANJERAS

Por R. ARANDA RODRÍGUEZ, M. ^a del R. DÍAZ ROMERO, A. FERRANTE, M. GARCÍA-RIPOLL, C. JEREZ DELGADO, A. RODRÍGUEZ GUITIÁN, I. SIERRA PÉREZ	897
---	-----

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: A. CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: G. GARCÍA CANTERO, B. GREGORACI FERNÁNDEZ, S. LÓPEZ MAZA, A. MACÍA MORILLO, G. MINERO ALEJANDRE, L. P. SAN MIGUEL PRADEIRA	941
--	-----

**FASCÍCULO III
julio-septiembre**

Estudios monográficos

J. ESTRUCH ESTRUCH: «Eficacia e ineficacia del autocontrato»	985
A. LÓPEZ AZCONA: «La protección de los menores en situación de desamparo (o abandono) en los Derechos español y marroquí»	1045
M. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA: «Un estudio sobre la hipoteca recargable: perspectiva actual y su reconversión en instrumento de refinanciación junto con la hipoteca flotante. Sus diferencias»	1109
A. MARTÍN LEÓN: «Negocios fiduciarios y usucapión»	1163

Crónica de Derecho Privado Europeo

A cargo de: E. ARROYO AMAYUELAS; Colaboran: M. ANDERSON, F. J. ANDRÉS SANTOS, B. AÑOVEROS TERRADAS, L. ARNAU RAVENTÓS, E. ARROYO I AMAYUELAS, L. BAIKATI, G. CANO PALOMARES, A. M. COSIALLS UBACH, M. EBERS, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, B. GREGORACI FERNÁNDEZ, C. HORNERO MÉNDEZ, A. DE LAMA AYMÀ, Ch. MOLL DE ALBA LACUVE, J. NIEVA FENOLL, B. PASA, J. POU DE AVILÉS SANS, H. SIMÓN MORENO, B. TRIGO GARCÍA	1277
---	------

Bibliografía

LIBROS

A cargo de: B. Rodríguez-Rosado	
BARRIO GALLARDO, A.: «El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos», por C. Díaz Teijeiro	1399
BERNAD SEGARRA, L.: «La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio de prioridad temporal en Derecho Romano y en el Derecho Civil español», por F. J. Andrés Santos	1402
PEÑA ROMERO, K.: «El pacto de exclusiva», por F. Pertíñez Vilchez	1405

	<u>Pág.</u>
TORRES GARCÍA, T. F. (coord.): «Tratado de legítimas», por A. Lamarca Marquès	1408
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por I. ARANA DE LA FUENTE	1413
Jurisprudencias del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: A. CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: N. DÍAZ DE LEZCANO, G. GARCÍA CANTERO, B. GREGORACI FERNÁNDEZ, C. JEREZ DELGADO, S. LÓPEZ MAZA, G. MINERO ALEJANDRE	1447
FASCÍCULO IV	
octubre-diciembre	
In memoriam	
Rosario Valpuesta Fernández, por Ángel M. López y López	1501
Estudios monográficos	
M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO: «La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil»	1503
P. DE BARRÓN ARNICHES: «La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad. Estudio comparativo con el modelo italiano»	1605
L. HERNANDO CEBRIÁ: «Una aproximación a los contratos de instalación industrial “llave en mano” en el marco de la contratación contemporánea»	1665
Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias	
Por M. OTERO CRESPO	1713
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: B. Rodríguez-Rosado	
BERENGUER ALBALADEJO, C.: «El contrato de alimentos», por Isabel Zurita Martín	1775
CUCARELLA GALIANA, L. A.: «Incapacitación, tribunales y esterilización de disminuidos psíquicos», por Rafael Verdera Server	1777
GALICIA AIZPURUA, G.: «Causa y garantía fiduciaria», por José Ramón García Vicente	1781
NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: «Obligaciones y responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral», por Iris Beluche Rincón	1787

REVISTAS EXTRANJERAS

Por R. ARANDA RODRÍGUEZ, M. ^a del R. DÍAZ ROMERO, A. FERRANTE, M. GARCÍA-RIPOLL, A. RODRÍGUEZ GUITIÁN	1791
--	------

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

SENTENCIAS (año 2012)

Por R. CASAS VALLÉS y C. VENDRELL CERVANTES	1825
---	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS

A cargo de: A. CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: G. ALVEAR LARA, G. GARCÍA CANTERO, S. LÓPEZ MAZA, M. ^a C. LUQUE JIMÉNEZ, A. MACÍA MORILLO, G. MINERO ALEJANDRE, L. ZUMAQUERO GIL	1875
---	------





