

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 LXVII, FASCÍCULO II
Abril-junio, 2014

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.

Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe)¹

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO

Catedrática de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela.

«No artist is ever morbid. The artist can express everything»

Oscar WILDE

The Picture of Dorian Gray (Preface).

RESUMEN

El artículo parte del caso conocido por el Juzgado de lo Penal núm. 8 de Madrid en 2012 contra el cantante y compositor Javier Krahe. El Juzgado tuvo que valorar si el imputado había violado el artículo 525.1 del Código Penal, que sanciona la ofensa pública contra los sentimientos religiosos. El objeto del caso se centraba en el video titulado «Cómo cocinar a un Cristo» que había sido hecho por Krahe y un amigo en 1977 y emitido de nuevo por un canal de televisión en 2004. Pese a que la sentencia no los

¹ Para la elaboración de este trabajo he contado con la Ayuda del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas, subvencionado por la Consellería de Educación y Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia y el FEDER. He tenido también la enorme ventaja que representa el acceso directo a algunas de las bibliotecas más importantes del mundo en la materia tratada; por ello, quiero manifestar mi más profunda gratitud a quienes me dieron todas las facilidades para consultar los fondos bibliográficos del *Institute of Advanced Legal Studies*, la *Sotheby's Institute of Art Library* y la impresionante *British Library*, todas ellas en la ciudad de Londres. Mi sincero agradecimiento también a mis colegas y amigos Miguel Ángel Presno Linera, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Oviedo y Francisco Javier Álvarez, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid, que leyeron una primera versión del trabajo y me ayudaron a mejorarlo notablemente con sus observaciones.

condenó, el caso reabrió el debate sobre la necesidad de establecer los límites entre la libertad de expresión artística y la ofensa a los sentimientos religiosos.

Después de analizar el estado de la cuestión en el ámbito europeo, la autora sostiene que el artículo 525.1 del Código Penal no es conforme con la Constitución en la medida en que limita indebidamente el derecho fundamental a la libertad de expresión artística. Sostiene que esta limitación no puede justificarse por el respeto a las creencias religiosas de otras personas, puesto que este último no está amparado por el derecho fundamental a la libertad religiosa del artículo 16 de la Constitución.

PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión artística; libertad religiosa; arte; límites de los derechos fundamentales; el delito de escarnio; efecto de desaliento; auto-censura.

ABSTRACT

This paper analyses a judgement issued by a Spanish Criminal Court against Javier Krahe, a renowned Spanish singer and composer. In a decision of 2012 the Court had to decide whether the artist had violated article 525.1 of the Spanish Criminal Code, which punishes the public offence against religious beliefs. The matter of the case was focused in a video titled «Cómo cocinar a un Cristo»/ i.e., «How to Cook a Christ» made by Krahe and a friend in 1977, broadcasted again by a TV channel in 2004. Even though the ruling found them both not guilty, the case re opened the debate on the need to establish the frontiers between freedom of artistic expression and the offence to others religious beliefs.

The author discusses the issue in comparative law and supports that article 525.1 of the Spanish Criminal Code does not comply with the Spanish Constitution as it limits unduly the fundamental right to artistic expression. It is sustained that this constraint cannot be justified by virtue of the right to respect for religious beliefs, as this right does not lie within the scope of the right to religious freedom protected by article 16 of the Spanish Constitution.

KEY WORDS

Freedom of artistic expression; religious freedom; art, limits of fundamental rights; the crime of blasphemy; chilling effect; auto-censorship.

SUMARIO. I. *Presentación del caso Krahe. Descripción de los hechos.*—II. *La criminalización de ciertas manifestaciones del arte como constante histórica.* 1. Algunos casos célebres. 2. Valoración.—III. *El equilibrio entre libertad de expresión artística y religión en el Derecho comparado.* 1. Protección constitucional de la libertad artística y de la libertad religiosa. 2. La importancia de la libertad de expresión y, especialmente, la libertad de creación artística. El concepto de arte.—IV. *La jurisprudencia del TEDH en torno a la libertad de expresión, en su manifestación de creación artística, y la libertad religiosa.* V. *Protección penal frente a las ofensas religiosas. Normas y casos.* 1. El derecho español. 1.1 El delito de escarnio en el Código Penal español. 1.2 La sentencia del caso Krahe. 2. Apuntes sobre la situación en el Derecho comparado. 3. Razones por las que la condena penal a la libertad artística no es la solución para resolver este tipo de conflictos. 3.1 La ausencia de un fundamento jurídico firme. 3.2 El efecto de desaliento y el peligro de autocensura. 3.3 El reforzamiento de la idea del artista como mártir.—VI. *Conclusiones.*

I. PRESENTACIÓN DEL CASO KRAHE. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Como seguramente le sucedió a muchas otras personas, hace unos meses me vi sorprendida por una noticia periodística que parecía trasladarnos a otra época que creíamos superada. La agencia EFE daba noticia, y muchos periódicos se hacían eco de ella, de que el siguiente 28 de mayo de 2012 comenzaría, en el Juzgado de lo Penal número 8 de Madrid, el juicio oral contra el cantautor Javier Krahe, por un presunto delito de ofensas a los sentimientos religiosos. El origen del pleito estaba en el vídeo titulado «Cómo cocinar a un Cristo» que había sido realizado por Krahe y un amigo en 1977. Escuetamente se decía que así lo había informado el Centro de Estudios Jurídicos Tomás Moro, desde donde se había interpuesto la querrela contra el cantautor y la productora del programa «Lo más Plus» de Canal Plus, donde se había emitido el vídeo el 15 de diciembre de 2004. Se decía además que el cantante había tenido que depositar una fianza de 192.000 euros.

Bastante sorprendida por el hecho de que un video de un autor que me era bien conocido, hubiera dado lugar a la incoación de un procedimiento penal, hice lo mismo que supongo hicieron la mayoría de los interesados en la noticia: buscar el video en Internet y ver de primera mano cuál era su contenido.

En el video en cuestión se observaba cómo una persona manipulaba un crucifijo acompañándolo de la siguiente descripción: «Calcúlese un Cristo ya macilento para dos personas. Se le extraen las alcayatas y se le separa de la cruz, que dejaremos aparte. Se

desencostra con agua tibia y se seca cuidadosamente». Así empezaba el corto, en el que una voz en *off* iba explicando paso a paso la receta para cocinar un Cristo, aderezado con mantequilla y hierbas aromáticas. Tras meter la fuente de cristal dentro del horno, «se deja tres días y sale solo», concluía la voz.

El 28 de mayo los principales periódicos y otros medios de comunicación publicaron la noticia de la celebración del juicio, de la petición de absolución del Ministerio Fiscal, así como de las declaraciones de las partes y de los testigos. El cantante imputado y su defensa apelaban a la prevalencia de la libertad de expresión sobre la supuesta ofensa a los sentimientos religiosos, poniendo de manifiesto que era la primera vez que un Juzgado aplicaba el artículo 525 CP. Esa circunstancia fue también resaltada por la acusación, quien consideró esa primera aplicación como una «verdadera victoria en defensa de la libertad religiosa»².

En resumen, el controvertido video planteaba un asunto bastante interesante que, según pude comprobar posteriormente, había sido muy poco tratado en la literatura jurídica española, aunque había merecido análisis y estudio por parte de bastantes autores foráneos e incluso había dado lugar a decisiones jurisprudenciales de mayor relieve: el conflicto entre la libre expresión artística y la ofensa a los sentimientos religiosos de otras personas.

La lectura de algunas de estas fuentes me permitió comprobar que el adecuado equilibrio entre la aceptación de que el trabajo artístico necesita un amplio grado de licencia (o una total licencia) y la visceral condena de los productos artísticos que ofenden a otros, sobre todo cuando los ofendidos lo son en sus sentimientos religiosos, no era precisamente fácil de encontrar.

Con un planteamiento maximalista la cuestión admite dos puntos de vista opuestos: según el primero el propósito artístico del autor es la única base fiable para juzgar lo que merece ser protegido como arte, sea cual sea su contenido y las posibles ofensas que este pueda incluir (la llamada «coartada del artista»); a tenor del segundo las imágenes o palabras ofensivas para la religión deben ser censuradas aun cuando, pretendidamente, procedan de trabajos de artista. La impresión general *a priori* es que aunque en los tiempos modernos prevalece el primer punto de vista, el segundo nunca ha desaparecido del todo e incluso se puede decir que está resurgiendo tanto por la revitalización de los sentimientos religiosos, sobre todo de algunas religiones especialmente rígidas en sus planteamientos dogmáticos, como por la

² http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/05/28/actualidad/1338195459_992171.html.

aparición de teorías críticas que disminuyen el significado de la intención del artista en el concepto de arte³.

Es más, de alguna manera la imputación penal de Javier Krahe en el caso descrito pone en evidencia que el ordenamiento jurídico español –y la mayor parte de los vecinos, como veremos más adelante– se sitúa más bien en el segundo de los puntos de vista. Así parece demostrarlo el tenor literal del artículo 525.1 CP que, bajo la rúbrica «De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos»⁴, tiene el siguiente tenor literal

«Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos religiosos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesen o practican»⁵.

En las líneas que siguen trataré de poner de relieve las principales cuestiones que se me han suscitado al hilo del estudio del conflicto más arriba pergeñado. Comenzaré haciendo una breve referencia a los casos históricamente más conocidos en los que determinadas obras artísticas han sido objeto de controversia por su carácter «blasfemo» u ofensivo a la religión o los sentimientos religiosos (II). A continuación aludiré a la libertad de expresión artística y a la libertad religiosa, así como a los textos supranacionales y estatales que la consagran, a fin de determinar su respectivo alcance y sus limitaciones, haciendo referencia expresa al concepto de arte (III). Mención aparte merecen las sentencias del THDE que han abordado de manera directa la cuestión, a las que también dedicaré alguna atención (IV). Seguidamente haré un breve recorrido por las normas de derecho comparado que penalizan las conductas artísticas que hieren los sentimientos religiosos de otros, y trataré de demostrar su inconveniencia técnica e incluso práctica (V). El trabajo se cierra con un capítulo final de Conclusiones (VI) que no pueden ser ni mucho menos definitivas, dada la complejidad de la materia propuesta y el modesto alcance de esta contribución.

³ KADRI, 2007, p. 22.

⁴ Sección 2 del capítulo IV («De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas») del título XXI («Delitos contra la Constitución»), del Libro II del Código Penal.

⁵ En el párrafo 2 se añade «En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna».

II. LA CRIMINALIZACIÓN DE CIERTAS MANIFESTACIONES DEL ARTE COMO CONSTANTE HISTÓRICA

Antes de proseguir en el análisis de la situación actual sobre el modo en que resuelve el derecho, tanto en España como en nuestro entorno jurídico más inmediato, el conflicto entre la libertad de expresión artística de un individuo y el sentimiento religioso de otras personas, permítase hacer un pequeño *excursus* sobre algunos casos célebres que demuestran que este conflicto no es ni mucho menos novedoso y que, a lo largo de la Historia, cuenta con ejemplos muy señalados⁶. Después de describirlos, haré una valoración de conjunto.

1. ALGUNOS CASOS CÉLEBRES

Uno de los casos más conocidos de conflicto entre arte y religión se remonta al siglo XVI y tiene como protagonista al pintor *Il Veronese*. En la primavera de 1573 el prior del convento veneciano de San Giovanni fue interrogado por los tribunales de la Inquisición sobre un gran cuadro relativo a la Última Cena que había sido encargado a Veronés para el refectorio del citado convento. El artista había colocado la escena en un espléndido palacio renacentista, lo cual no era infrecuente en la época. Lo que parecía preocuparles a las autoridades religiosas eran algunos de los personajes que aparecían en el cuadro rodeando a Jesús y a sus discípulos, como varios turcos con sus turbantes, un hombre al que le sangraba la nariz y un enano con un loro. Los inquisidores no sabían cómo interpretar estas figuras, pero estaban dispuestos a averiguarlo.

El pintor fue requerido ante el tribunal de la Inquisición. Nunca antes un artista de esa categoría había sido llamado por los inquisidores para rendir cuentas de su trabajo⁷. En este caso parecía que las motivaciones del artista eran de gran valor para determinar el carácter blasfemo o no de la obra⁸. Los inquisidores le preguntaron inicialmente por las características de la pintura y por qué no aparecían determinadas figuras y sí otras; a continuación se interesaron por la sangre en la nariz de una de las figuras, probablemente

⁶ Algunos de ellos sucintamente recogidos por KADRI, 2007, pp. 20 y ss.; McCLEAN/AVANESSIAN, 2007, p. 54.

⁷ Unos años antes el Concilio de Trento había ordenado el cubrimiento de toda la parte «obscena» de las figuras del Juicio Final, realizadas por Miguel Ángel en la Capilla Sixtina, pero nunca se preguntó al autor por su propósito al pintarlas, probablemente por considerarlo irrelevante para sus propósitos.

⁸ La transcripción del interrogatorio se incluye como Apéndice en el excelente trabajo, donde se expone exhaustivamente el caso en KAPLAN, 1997, pp. 85 y ss.

por la importancia que se había dado a la transubstanciación en el entonces reciente Concilio de Trento; luego le preguntaron por qué había puesto dos soldados alemanes, y por tanto probablemente protestantes, al lado de la mesa. Las respuestas del pintor fueron aparentemente serias, aunque no exentas de sarcasmo. El hombre sangraba por la nariz porque había sufrido un accidente; los alemanes estaban presentes porque sus telas eran las más grandes y las que podían acomodar a un mayor número de personas. «Nosotros los pintores –dijo Veronés– nos tomamos las mismas licencias que los poetas y los locos»⁹. Posteriormente fue cuestionado sobre su intención al pintar las figuras y las decoraciones de sus cuadros¹⁰.

El artista fue declarado culpable, pero la decisión rindió tributo a su talento artístico y a su libertad creativa¹¹. El tribunal, en lugar de ordenar que la pintura fuera destruida, le pidió que la corrigiera en un plazo de tres meses; el Veronés lo hizo, simplemente añadiendo a la tela el título de «Cena en la casa de Levi»¹², con lo que el asunto quedaba saldado.

Otra víctima de la Inquisición fue Goya. Aunque su precedente trabajo en los grabados de «Los Caprichos» eran bastante provocador para la moral de la época y, según parece, ya dieron lugar a algún intento de censura por el Santo Oficio¹³, fue en 1814 cuando las dos «majas» pintadas por el artista, la desnuda y la vestida, que habían sido propiedad de Manuel Godoy, fueron denunciadas a los inquisidores. En marzo de 1815 el Director General de Secuestros comunicó al Inquisidor Fiscal del Santo Oficio que de cinco pinturas obscenas entregadas en el depósito general de secuestros en noviembre del año anterior, dos habían sido realizadas por Goya. El Inquisidor Fiscal mandó comparecer al artista ante el tribunal del Santo Oficio, si bien no existen evidencias de que tal comparecencia llegara a producirse; finalmente la cosa quedó en nada ante el prestigio del autor de las obras¹⁴. Aunque es cierto que existen

⁹ «*We painters ... take the license, which poets and mad men take...*», según recoge KAPLAN, p. 109.

¹⁰ Según la transcripción de Kaplan, 1997, p. 110, «*Are not the ornaments which you the painter are accustomed to place around paintings and pictures supposed to be fitting and proper to the subject and principal figures or are they to be truly... at your pleasure according to what comes to your imagination without any discretion or judgment*»; Veronese respondió: «*I make paintings with that consideration of what is fitting that my intellect can grasp*».

¹¹ McCLEAN/AVANESSIAN, 2007, p. 55.

¹² Banquete descrito en Lucas 5:29, al que fue invitado Jesús por su anfitrión, un rico aduanero judío.

¹³ Como recoge TOMLINSON, 1997, p. 128, reproduciendo una carta del artista.

¹⁴ La historia es brevemente recogida por ROZAL, 2005, pp. 152-153. TOMLINSON, 1997, p. 127 y p. 142, destaca la ausencia del testimonio del artista en los documentos pertenecientes al caso, lo que sugiere que no llegó a sentarse ante el tribunal. Que fue la propia fama del artista la que le salvó de la persecución es la tesis de KADRI, 2007, p. 23.

otras lecturas del episodio que inciden más en su significado político acorde con la restauración conservadora de Fernando VII¹⁵, no se deja de señalar que la polémica tuvo para el pintor aragonés, ya de cierta edad (frisaba los setenta años), un tono amenazador, especulándose que quizá por esa razón procuró a partir de entonces reducir radicalmente los encargos oficiales e iniciar una vida retirada¹⁶. De confirmarse esta hipótesis, estaríamos ante un ejemplo paradigmático del llamado *chilling effect*, sobre el que tendremos ocasión de regresar más adelante¹⁷.

Siguiendo un orden cronológico, otro de los casos más conocidos de enfrentamiento entre arte y religión es el de George Grosz, pintor expresionista alemán que sufrió varios procesos por blasfemia e inmoralidad. Uno de ellos iniciado en 1928¹⁸ en relación con una obra consistente en una serie de láminas, titulada *Hintergrund* y que incluía un dibujo de Jesucristo crucificado, prácticamente desnudo pero con máscara de gas y botas, blandiendo una cruz en su mano derecha y presentado sobre las palabras «Cállate y cumple con tu deber». Tras recibir una denuncia sobre el contenido de alguna de las láminas, el *Landgericht* de Berlín ordenó la confiscación de varias, entre las que estaban la descrita y otras dos igualmente referidas a motivos religiosos, e imputó formalmente a Grosz y al editor de la obra por un delito de blasfemia y ofensas a la religión tipificado en el § 166 del CP alemán.

En el juicio contra Grosz intervino el entonces Ministro del Arte (*Reichskunstwart*) E. Redslob, que ya había declarado a favor del pintor en otros procesos anteriores. Redslob trató de explicar al Tribunal que la condición de artista de Grosz le llevaba inevitablemente a tener conflictos con el derecho; destacó su faceta de «acusador» de la sociedad cuyas obras probablemente solo podrían ser entendidas en su integridad en el futuro. El propio artista reivindicó su condición de flagelo que trataba de representar a una minoría de la sociedad; cuando el juez le preguntó si tenía motivaciones políticas, Grosz respondió que él no era representante de nadie y que no defendía ninguna causa política particular. Grosz y su defensa invocaron el artículo 142 de la Constitución de Weimar que literalmente señalaba que el Arte, la Ciencia y su enseñanza son libres y

¹⁵ TOMLINSON, 1997, p. 144.

¹⁶ ROZAS, 2005, p. 153, quien señala que no eludió completamente los encargos oficiales porque continuaba siendo Pintor del Rey, pero se redujeron de forma drástica.

¹⁷ Aunque el episodio en cuestión se produjo por la creación de dos obras de gran belleza, cabe resaltar, desde otro punto de vista, la importancia que ha adquirido Goya en la Teoría del arte como precursor del arte contemporáneo que puede ser calificado de feo y escandaloso y hasta inmoral, poniéndose como ejemplos desde los Fusilamientos del 3 de mayo de 1808, a los Caprichos, los Desastres de la guerra o las Pinturas negras (FREELAND, 2006, pp. 36 y ss).

¹⁸ La exposición del caso está básicamente tomada de WHITE, 2007, pp. 255 y ss.

que el Estado debe protegerlas y tomar acciones para su cuidado; además apelaron al artículo 102 que abolía la censura y al 135 que reconocía la libertad de conciencia de todos los ciudadanos. Aunque el juez reconoció la contradicción entre el texto constitucional de Weimar y el Código Penal del siglo XIX, consideró que no era misión del tribunal traspasar los límites legales, mientras estos siguieran en vigor. Cuando Grosz fue interrogado sobre la lámina en cuestión, mencionó una novela de la época que incluía una escena en la que dos personajes se quejaban de la guerra y uno decía la frase «Cállate y cumple con tu deber»; dijo que su obra estaba inspirada en ella y por eso había puesto las botas y la máscara en la figura de Jesucristo. Afirmó también que la frase que había incluido estaba dirigida al propio Jesucristo, lo que no convenció al juez. Tanto Grosz como el editor fueron considerados culpables y condenados a pagar una multa de 2000 marcos, cantidad inferior a los beneficios obtenidos con la venta de las láminas.

Aunque la multa fue pagada, hubo un proceso de apelación en el que el nuevo juez, a pesar de venir precedido de fama de ultraconservador, tuvo una actitud completamente distinta a la de su predecesor, declarando que el arte es libre y no puede ser constreñido en una camisa de fuerza¹⁹. Consideró también que el conjunto de la obra *Hintergrund* se caracterizaba por su sentido antibelicista y que en el contexto de los otros dibujos, las láminas controvertidas podían ser consideradas una crítica a la Iglesia por su apoyo a la guerra, pero eso nada tenía que ver con la ofensa a los sentimientos religiosos. Además, el juez introdujo un argumento técnico, al considerar que el tipo delictivo del § 166 CP alemán exigía que hubiera habido «comentarios insultantes» (*beschimpfende Äußerungen*), y que los comentarios solo podía ser verbales o escritos, pero no representaciones pictóricas. El Ministerio Público impugnó la decisión que llegó al *Reichsgericht*, no sin antes ser causa de un acalorado enfrentamiento político entre miembros de la izquierda y la derecha, llegando a ser objeto de debate en el propio parlamento regional prusiano, donde por vez primera un representante del *Deutsche Volkspartei* describió los dibujos de Grosz no solo como blasfemos, sino como típicos de la basura procedente de los intelectuales judíos de las grandes ciudades²⁰. Al mismo tiempo algu-

¹⁹ Aparecieron publicadas dos versiones distintas de la frase. Una en la edición del 11 de abril de 1929 del *Vorsische Zeitung*, «Die Kunst muß frei sein»; en la versión del Deutsche Zeitung de 12 de abril de 1929 la frase fue «Die Kunst is frei»; en ambas se añadía «sie darf nicht in die Zwangsjacke gesteckt werden».

²⁰ «Mehr oder Weniger durch judeten Intellektuellen der Großstädte... auf Markt (brächten)», WHITE, 2007, p. 268, que a su vez cita la reproducción de estas palabras en HUTT. W., *Hintergrund: Mit den Unzuchtigkeits und Gotteslästerungsparagraphen des Strafgesetzbuches gegen Kunst and Künstler*, 1990-1933, Berlin, Henschelverlag, 1990, p. 62.

nas organizaciones de extrema izquierda tomaron la obra de Grosz como estandarte de sus reivindicaciones. Tras muchas dilaciones el *Reichtgericht* rechazó la imputación del artista y el editor por el § 166 CP alemán, aunque ordenó la requisa de las pocas reproducciones de la lámina que quedaban²¹. Posteriormente Grosz fue objeto de la persecución antisemita nazi y su obra «*Christ in a Gasmask*» fue incluida en la exposición *Degenerate Art* de 1937. La pérdida de la confianza en el comunismo y los ataques sufridos por el nazismo, llevaron a Grosz a emigrar a Estados Unidos en 1932; allí en otra colección de dibujos titulada *Interregnum* incluyó una segunda versión del dibujo de Cristo con la máscara de gas, titulado en esta ocasión *Silence!*, que en América, a diferencia de la vez anterior, no dio lugar a controversia alguna.

En las últimas décadas no han desaparecido, ni mucho menos, los ejemplos que ponen en evidencia el enfrentamiento entre la libertad de expresión artística del autor y los sentimientos religiosos de otras personas. Dos casos de los años noventa procedentes de Estados Unidos me interesa destacar especialmente. El primero se refiere a una obra de gran tamaño del fotógrafo Andrés Serrano, denominada *Piss Christ* (1987) que en su apariencia no tenía nada que pudiera ser considerado irreverente, pero que había sido realizada con un material inmerso en orina, y probablemente también sangre y semen, del autor²². El conflicto salió a la luz cuando se dio a conocer que el *National Endowment for the Arts* (NEA) había contribuido con 45.000 dólares a la exposición y difusión de la obra del autor. El resultado fue una ley del Congreso que obligaba a la NEA a subvencionar únicamente las obras que mantuvieran un «*general standard of decency*»²³. La intención de exhibir la obra en 1997 en la *National Gallery* de Victoria en Melbourne provocó el inicio de un proceso contra la Galería, que finalmente fue absuelta²⁴. La exposición fue abierta y el primer día la obra *Piss Christ* sufrió un intento de destrucción; el segundo día la obra fue golpea-

²¹ Para mayores detalles de las vicisitudes del caso WHITE, 2007, pp. 262 y ss.

²² Para algunos críticos en arte, la inmersión en orina nos recuerda que el cuerpo de Jesucristo muerto en la cruz es un cuerpo que sangra y que contiene otros fluidos; además nos remite a la crisis del SIDA, enfermedad que se contagia a través de los fluidos corporales, como la sangre y el semen; además la orina enrojecida era una representación de la sangre infectada (SIMON, 2009, p. 8). Por su parte, FREELAND, 1991, p. 23, pone de relieve que algunas de las obras artísticas más polémicas en los últimos años aluden a la religión, además de a los fluidos corporales; según la autora, la obra artística que utiliza sangre u orina entra en la esfera pública sin el contexto de un significado ritual bien conocido, ni la redención artística a través de la belleza.

²³ En palabras del Senador Jesse Helms, «*If someone wants to write ugly nasty things on the men's room wall, the taxpayers do not provide the crayons*», según recoge KADRI, 2007, p. 30.

²⁴ MORTESEN, 2000, pp. 181 y ss.

da por un menor con un martillo varias veces y la exposición fue clausurada²⁵.

Se planteó una situación similar unos años más tarde, cuando el *Brooklyn Museum of Art* realizó una exposición que incluía la obra de Chris Ofili *Holy Virgin Mary* (1996), en la que la Virgen se mostraba yuxtapuesta a un fondo de contenido claramente pornográfico, lo que provocó la reacción del alcalde de Nueva York, Giuliani, quien decidió multar al museo²⁶. También en esta ocasión la controversia terminó con una decisión judicial que consideró que no era constitucionalmente admisible que las autoridades públicas subvencionaran únicamente el arte que ellas apreciaban adecuado²⁷; pero la polémica significó, por ejemplo, la cancelación de la exposición en otros lugares que habían previsto su exhibición.

Otra obra controvertida por razones religiosas fue la película de M. Scorsese realizada en 1988, «La última tentación de Cristo». Obra de gran belleza técnica y ensalzada por la crítica, la razón básica de la polémica causada fue porque en un momento dado de la película se muestra una supuesta fantasía de Jesús moribundo—cuando éste se hallaba clavado en la cruz, torturado y desangrándose—, acerca de lo que pudo haber sido su vida si en lugar de haber provocado a las autoridades religiosas con su actividad crítica de profeta, por la cual se hallaba crucificado en ese instante, se hubiera decantado por ser un hombre normal, manteniendo su relación amorosa con María Magdalena, casándose y teniendo hijos con ella. El filme sufrió avatares en países católicos diversos²⁸, y llegó a ser objeto central de una sentencia de 5 de febrero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde esta tuvo que decidir si el Estado de Chile había violado los artículos 13 (libertad de pensamiento y de expresión) y 12 (libertad de conciencia y de religión) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la censura judicial impuesta a la exhibición pública de la citada película. Dicha censura había sido decidida en su día con el argumento de que

²⁵ Puede verse un relato más completo de los hechos, con consideraciones sobre la relación entre el arte y obscenidad, en YOUNG, 2007, pp. 207 y ss.

²⁶ También transcribe KADRI, 2007, p. 30, las palabras del alcalde Giuliani: «*If they think it's important to throw feces at national and religious symbols then they should pay for it themselves*».

²⁷ *National Endowment for the Arts v. Finley*, 524 US 569 (1998); *Brooklyn Institute of Arts and Sciences v. City of New York and Rudolph Giuliani*, United States District of New York, 28 february 2001, 99-CV-6071.

²⁸ Por ejemplo, dio lugar a la sentencia del Tribunal de Venecia de 8 de octubre de 1988, que consideró que no se daba la conducta típica de vilipendio a la religión del Estado tipificada en el artículo 402 CP italiano (que sería declarado inconstitucional posteriormente), por falta de voluntad de ofender. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelación de Venecia en 1989 (COSTA, 2007, p. 52).

resultaba ofensiva a la figura de Jesucristo y a su honra, y por lo tanto afectaba a los creyentes y «demás personas que lo consideran como su modelo de vida». La Corte terminó concluyendo que el Estado chileno, al establecer la censura previa de la película, había violado el artículo 13 de la Convención, pero no el 12 relativo a la libertad de conciencia y religión; señaló que debía modificar su ordenamiento interno en un plazo razonable, permitiendo la exhibición de la película y le condenó a pagar los gastos generados a los demandantes y sus representantes.

El último caso que voy a citar procede de mayo de 2008, el Museo de Arte Moderno de Bolzano, en Italia, exhibió una obra escultórica del artista germano Martin Kippenberger «*Zuerst die FüÙe*» realizada en 1990 que mostraba una rana verde crucificada, con un huevo en su mano izquierda y una jarra de cerveza en la derecha. La controversia provocada por la exposición provocó el envío de una carta del Papa Benedicto XVI a las autoridades de la región, denunciando que la obra «dañaba los sentimientos religiosos de mucha gente que ve la cruz como un símbolo del amor de Díos y de nuestra salvación». El museo no retiró ni la obra ni la exposición, que además tuvo un notable éxito de público²⁹.

2. VALORACIÓN

Aunque los casos descritos tienen matices que los hacen diferentes, no cabe duda de que son buena muestra de la tormentosa relación entre la libertad del artista y lo que la religión considera admisible, sobre todo si esa religión es la dominante y la que, en un contexto social concreto, detenta el poder³⁰.

Es también importante resaltar que en los tres primeros casos la figura del autor de la obra cobró especial relieve a la hora de tomar la decisión final sobre su condena. El ingenio de Veronés, la fama de Goya o la honestidad de propósito moral de Grosz permitieron la salvación de la obra y la ausencia de condena penal de su autor. No pudieron evitar, sin embargo, otras consecuencias igualmente penosas para el protagonista, como el desaliento o el exilio.

²⁹ WANG, p. 1.

³⁰ Permítase traer aquí a colación las palabras literales de COETZEE, 1997 (traducción al español, 2007), en el apartado que rubrica precisamente «Cuando se ofenden los poderosos». «Resulta fácil darse cuenta de la impotencia de una secta religiosa o de una minoría étnica que se hallan en situación de subordinación. Sin embargo, cuando, en el otro extremo, un gobierno nacional, una Iglesia dominante o una clase poderosa resultan ofendidos por una u otra doctrina o representación hasta el punto de que se aplican a suprimirla, ¿cómo puedo afirmar que reaccionan por impotencia?».

Los otros casos más recientes ponen de relieve otros efectos colaterales, como la censura previa, la retirada de exposiciones controvertidas o incluso, el «efecto llamada» que este tipo de controversias produce sobre el artista y su obra, hasta el punto de ser considerado como una especie de mártir que termina sacando partido de su martirio.

Todos ellos muestran el difícil equilibrio al que hacía mención al inicio de este trabajo: el conflicto entre la aceptación social y política de que el artista precisa, por naturaleza, de un grado de libertad creativa, y el deseo visceral de condenar los productos de tal libertad de creación cuando causan especial ofensa a los sentimientos religiosos de otros³¹.

Trataré de redesccribir todo ello en términos jurídicos.

III. EL EQUILIBRIO ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA Y RELIGIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

1. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD ARTÍSTICA Y DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno protegen al máximo nivel tanto la libertad de creación y expresión artística, como la libertad religiosa.

Respecto a la primera hay que hacer notar que en algunos países como Alemania (§ 5.3), Austria (§ 17) o Suiza tras la entrada en vigor de la nueva Constitución en 2000 (art. 21), la Constitución respectiva protege directa y expresamente la libertad de creación artística (*Kunstfreiheit*)³². También lo hace ahora la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, como es sabido, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ha dejado de ser mero *soft law* para pasar a ser considerada Derecho primario europeo, al mismo nivel de los Tratados³³. Según el lapidario tenor del

³¹ En similar sentido, con adición de algún caso que no atañe a la religión, KADRI, 2007, p. 23.

³² También la griega (art. 16), la italiana (art. 33) o la portuguesa (art. 42).

³³ Artículo 6.1. TUE. Ha de recordarse asimismo que el artículo 6.2 ordena la adhesión de la UE al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y que el 6.3 establece que los derechos recogidos en el Convenio formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales. Por su parte, el artículo 52.3 de la Carta establece una regla de coherencia entre ambos textos, según la cual «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

artículo 13 de la mencionada Carta, rubricado «Libertad de las artes y de las ciencias»,

«Las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra»³⁴.

De forma diversa, en otros ordenamientos como en del Reino Unido³⁵ la libertad de expresión artística se considera incluida en la protección constitucional de la libertad de expresión³⁶. También lo hace así el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos en los siguientes términos³⁷:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.»

En una posición que podemos considerar intermedia entre las dos señaladas se sitúa la Constitución Española. En su artículo 20.1.b, consagra el derecho «A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica», otorgándole autonomía respecto de la libertad de expresión³⁸, en cuyo concepto amplio lo integra, en gene-

³⁴ Sobre las vicisitudes que sufrió el precepto durante la elaboración de la Carta, hasta llegar a la versión final, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2008, pp. 299-300.

³⁵ También en EE UU, HUGHEY, 1975, pp. 177 y ss.

³⁶ El artículo 12 de la *Human Rights Act* de 1998 del Reino Unido, relativo a la libertad de expresión, alude en el párrafo 4 al material «periodístico, literario o artístico», y señala que el tribunal encargado de pronunciarse sobre él debe tener poner particular atención en si dicho material tiene o puede llegar a tener utilidad pública y si es o puede ser de público interés que sea publicado.

³⁷ BRITZ, 2004, p. 5.

³⁸ Destaca MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, pp. 23 y ss., la escasa atención que el precepto ha merecido a nuestra doctrina, así como el hecho de que tampoco el Tribunal Constitucional haya profundizado en la naturaleza de esta libertad, limitándose a decir en la STC 153/1985, de 7 de noviembre, aplicada a la creación literaria que «no es sino una concreción del derecho... a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones». No obstante la STC 43/2004, de 23 de marzo, afirma lo propio respecto del derecho a la creación y produc-

ral, nuestra doctrina³⁹. Es de resaltar además que tal derecho se halla sometido a idénticos límites constitucionales que esta⁴⁰ y que todas las demás libertades recogidas en el mismo artículo (libertad de cátedra y libertad de información)⁴¹, circunstancia que separa el nuestro del primer grupo de ordenamientos señalados más arriba.

Conviene que nos preguntemos si en todos los casos descritos la protección de libertad artística es idéntica o si, por el contrario, solo existe una protección *tout court* en los sistemas pertenecientes al primer grupo, de modo que la protección de la creación artística encauzada a través de la libertad de expresión resultaría imperfecta. Esta sería la consecuencia lógica si entendemos que la libertad de expresión protege básicamente un discurso racional y tiene un contenido esencialmente político, con lo que su paraguas sería incapaz de proteger suficientemente la creación artística que es, por naturaleza, emocional e irracional⁴². Según otra opinión, sin embargo, la libertad de expresión y opinión debe ser interpretada de modo amplio,

ción científica, si bien añade que «la libertad científica –en lo que ahora interesa, el debate histórico– disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información». Por otro lado, el propio MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, pp. 135 y ss, estima que todos los derechos recogidos en el artículo 20 son manifestaciones del derecho de libertad de conciencia, planteamiento que no comparto.

³⁹ Díez-PICAZO, 2005, p. 345, considera que la libertad del arte y de la ciencia forma parte del mundo de la libertad de expresión e información. Añade también que es un derecho de autonomía individual, pues las actividades de creación artística y de investigación científica son esencialmente libres. Además de señalar que la jurisprudencia constitucional sobre el tema es casi inexistente, añade que ello significa que no solo no cabe imponer sanciones por realizar actividades de esta índole, sino que tampoco es posible someterlas a ningún tipo de autorización ni control previo. Por su parte, considera que la libertad de expresión artística es un derivado natural de la libertad de expresión, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 2006, p. 597.

⁴⁰ Cf. artículo 20.4 CE, de conformidad con el cual «*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*». Como señalan, entre otros, MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, p. 192, y JERICÓ OJER, 2012, p. 106, la existencia de este precepto limitador no implica que, en todo caso, en supuestos de colisión el derecho de libertad de expresión tenga que ceder frente al resto de los derechos mencionados, sino que se trata de una «cláusula de advertencia» que pone de manifiesto que estos derechos son los más susceptibles de entrar en colisión con la libertad de expresión.

⁴¹ En realidad, a pesar del tratamiento uniforme que parece darles el artículo 20.4 CE, los límites a los derechos protegidos por el artículo 20 no son idénticos, pues para que una información se entienda constitucionalmente legítima ha de ser «veraz», cosa que no se exige de la expresión; la veracidad –entendida como diligencia y buena fe en la elaboración de la información– es, pues, un límite explícito o positivo (en el sentido de establecido por la Constitución) a la libertad de información, pero que no afecta a la libertad de expresión ni a la libertad de creación artística; en cuanto a la libertad de cátedra, al estar «funcionalizada» al servicio de la actividad docente, tiene más límites que la libertad de expresión (DÍEZ-PICAZO, 2005, pp. 321 y ss.; VILLAVARDE MENÉNDEZ, 2004, p. 128).

⁴² Este tipo de consideraciones estuvieron en la base de la introducción del artículo 21 de la nueva Constitución suiza, al considerar que la protección indirecta a través de la libertad de expresión, existente en el texto constitucional precedente, era insuficiente (DE WERRA, 2001, p. 144). Por estas mismas razones es también insatisfactoria la jurisprudencia vertida hasta ahora por el TEDH en este tema, en la que más adelante me detendré.

incluyendo también la libertad literaria y artística que resultarían así perfectamente cobijadas en el seno de la primera⁴³.

No obstante, se debe señalar que para algunos autores la libertad artística tiene un ámbito de actuación más amplio que la libertad de expresión *lato sensu*, puesto que además de proteger la creación artística en sí misma, protege también su presentación y su producto; así, con la tutela de esta libertad no se protege únicamente a los artistas, sino también a los intermediarios, es decir, a las personas que participan en la difusión de la obra de arte, como pueden ser el propietario de una galería, el representante de un determinado artista, el editor de un libro o el propietario de un cine⁴⁴. Recordaré, no obstante, que en el caso español, como ha quedado transcrito, la protección constitucional en el texto del artículo 20.b CE se limita a la producción y a la creación artística⁴⁵ y no incluye su comercialización o difusión; con todo, conviene recordar que el artículo 44.1 del propio texto constitucional establece, como obligación positiva del Estado, «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho», lo cual sin duda sí incluye tanto la actividad creativa, como la necesaria para su difusión⁴⁶.

Otra razón que puede llevar a pensar *prima facie* que el primer grupo de ordenamientos protege la libertad artística en una medida superior, es que en todos los textos constitucionales descritos la libertad de expresión resulta expresamente limitada por una serie de razones, mientras que la de expresión artística es, en apariencia, ilimitada. Que tal ilimitación es, sin embargo, aparente se deriva no solo de la afirmación incontestable de que prácticamente ningún derecho fundamental puede tener tal carácter⁴⁷, sino también de

⁴³ En la doctrina española es de esta opinión Díez-PICAZO, 2005, p. 345.

⁴⁴ Argumento barajado por el *Conseil Federal Suizo*, en su *Message relatif à une nouvelle constitution fédérale*, de 20 de noviembre de 1996, p. 166.

⁴⁵ Sin que se pueda obviar tampoco la polémica surgida en nuestra literatura jurídica en torno a si este es el precepto constitucional donde se protege *tout court* el derecho de autor del artista, o si se debe mantener una posición dual que residenciaría en este precepto únicamente los aspectos personales del derecho de autor, dejando los puramente patrimoniales en el artículo 33 CE (por todos, PLAZA PENADÉS, 1997, pp. 235 y ss.).

⁴⁶ Entiende que el artículo 20 1 b) CE consagra el derecho a la creación, emisión y recepción de productos intelectuales, entre otros, MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, pp. 95-98; para este autor esta libertad no puede limitarse a proteger la creación de las obras intelectuales en libertad, sino que debe extenderse su protección al proceso comunicativo que se abre tras la finalización de la fase creativa. Ese precepto constitucional, concluye, también debe amparar la divulgación pública de la obra artística o literaria. Por otro lado, no se debe olvidar que el artículo 9.2 CE ordena a los poderes públicos facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural.

⁴⁷ Como muy bien dice VIVES ANTÓN, 1995, p. 409, «en una Constitución democrática no tienen cabida los derechos absolutos», añadiendo que «la conservación del Estado democrático de Derecho es, ante todo, un problema de límites». Aunque el Tribunal Constitucional ha reconocido que pueden darse «contadas excepciones», como la del derecho a

que tanto la doctrina constitucional del BVerfG como la literatura jurídica más conspicua en la materia estiman que, a pesar de esa formal ilimitación, la libertad de expresión artística debe ser considerada en conjunción con otros derechos constitucionales, como el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana⁴⁸. De este modo, cuando hay una interferencia en la dignidad humana, la libertad artística ha de ceder ante otros derechos derivados del derecho general de la personalidad⁴⁹.

Así se deduce también de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea donde, como todos los demás por ella reconocidos, los derechos y libertades del artículo 13 quedan sometidos a los límites generales establecidos en el artículo 52.1 conforme al cual «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás»⁵⁰.

Es interesante resaltar el matiz introducido por nuestra doctrina, en el sentido de que los posibles límites al derecho fundamental de libertad artística se proyectarán, en su caso, sobre la difusión pública de la obra, pero no sobre el proceso creativo, el cual pertenece a un círculo esencialmente privado e individual, no susceptible de generar conflictos con terceros. En cambio, tal cosa sí podrá

no ser sometido a tortura (STC 151/1997). En la doctrina constitucionalista (*vid.* por todos VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2004, pp. 120 y ss) se distingue entre los límites externos a los derechos fundamentales, que son aquéllos creados por el poder público habilitado a tal fin por la Constitución, y los límites internos que, o bien están dispuestos explícitamente en la Constitución, o derivan de la coexistencia de los derechos fundamentales con otras normas de rango constitucional (límites inmanentes o lógicos); estos límites inmanentes son los que en este punto nos incumben.

⁴⁸ BARENDT, 2005, p. 229, citando jurisprudencia constitucional alemana. En este mismo sentido se pronuncia la opinión disidente de los jueces Spielmann y Jebens en el caso del TEDH *Vereinigung Bildener Künstler v. Austria*, al que me referiré posteriormente.

⁴⁹ Sentencia del BVerfG, de 13 de julio de 2007. En el caso se trataba de una novela donde se describían detalles íntimos de la relación amorosa entre una adolescente y el narrador. La demandante era la madre de una niña de 14 años ya fallecida que alegaba la violación del derecho general de la personalidad *post mortem* de su hija, según ella perfectamente reconocible en la descripción de la novela. Según el alto tribunal, decidir si tal infracción se producía o no, habría de ser analizado desde el punto de vista del arte. De este modo una obra (literaria o artística) debe ser vista en primer lugar como una ficción, aunque se base en hechos reales. Incluso en el caso de que los actores hayan servido como modelos de los personajes de la obra, esto no significa que el lector o el espectador les adscriba todas las acciones y características que aparecen en la obra. Una obra (literaria) basada en hecho reales mezcla realidad y ficción. En el caso en cuestión el tribunal no consideró que el derecho de la personalidad de la hija de la actora hubiera sido invadido.

⁵⁰ Al respecto, BRITZ, 2004, p. 7.

sucedir en la comunicación cultural de la obra creada, pues es entonces, cuando el producto cultural se hace público, se divulga o se difunde, cuando hay intereses sociales (además de los individuales) que pueden entrar en colisión con los intereses del arte⁵¹.

En la otra cara de la moneda que juega en el caso Krahe y en muchos otros de similar tenor se ha querido situar el derecho de los presuntos ofendidos a la libertad religiosa. Veamos si esto es efectivamente así.

Es una constatación que todos los textos constitucionales y convencionales relativos a los derechos humanos protegen la libertad religiosa. Así lo hace por ejemplo el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o el artículo 16 CE⁵². Lo que ya no resulta tan evidente es el alcance que ha de darse a tal libertad. Dejando únicamente apuntada la dificultad para determinar qué es y qué no es religión y centrándonos en el espacio europeo con sociedades plurales y estructuras democráticas, existe cierto consenso en aceptar que la libertad religiosa tiene un aspecto individual y otro más institucional. El primero incluye el derecho a creer y a practicar una determinada religión tanto en el ámbito privado como de manera pública, así como el derecho a cambiar de religión o incluso el de no profesar ninguna⁵³. El segundo se centra el derecho del Estado a definir el papel de la religión en la identidad de la colectividad, sin que esto pueda derivar en el menoscabo

⁵¹ MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, p. 187.

⁵² 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

⁵³ Así se desprende también de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en relación con el contenido de la libertad religiosa protegida por el artículo 16, de la que destaca su bifronte dimensión objetiva y subjetiva. Así, la STC 101/2004, de 2 de junio señala que en su dimensión objetiva la libertad religiosa comporta una doble exigencia: primero la neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; segundo el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias. En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene también, según el Tribunal Constitucional, una doble dimensión, interna y externa; citando decisiones anteriores señala, en el primer sentido que la libertad religiosa «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual», y asimismo «junto a esta dimensión interna, esta libertad... incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros». Se habla también de una faceta positiva y otra negativa de la libertad religiosa; la positiva protege la libertad para tener y manifestar la ideología y creencias que cada persona libremente adopte; la negativa implica que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (DÍEZ PICAZO, 2005, pp. 237 y ss.).

del pluralismo que caracteriza las sociedades democráticas⁵⁴. Pero es también fácilmente constatable que los textos internacionales de derechos humanos y las constituciones de las democracias más avanzadas no incluyen un derecho explícito a que las creencias religiosas de una determinada persona sean respetadas por los otros, ni a no ser ofendido en dichas creencias⁵⁵; tampoco ese presunto derecho puede considerarse derivación alguna de aquella doble dimensión individual e institucional, con lo que lo más sensato es considerar que tal derecho o sencillamente no existe⁵⁶, o si lo hace, desde luego no entra en el ámbito de protección de la libertad religiosa⁵⁷.

Eso no significa que toda expresión referida a la religión sea lícita, pues como se ha dicho más arriba, todos los derechos fundamentales, también el de libertad artística, pueden estar limitados, entre otras cosas, por los derechos fundamentales de los demás.

A mi juicio, una división útil para entender exactamente cuándo las expresiones ofensivas pueden ser realmente contrarias a la libertad religiosa es la recogida por Ahdar y Leigh, quienes distinguen entre expresiones ofensivas que atacan a la religión y expresiones ofensivas que se dirigen a determinados grupos religiosos⁵⁸. La primera categoría claramente cubre las expresiones antirreligiosas, pero no necesariamente afecta a la libertad religiosa; es cierto que estas expresiones pueden tener motivación religiosa en ocasiones, por ejemplo, cuando se quiere decir que determinadas doctrinas religiosas están equivocadas, son incoherentes, o incluso algo peor; en esos casos sí está implicada la libertad religiosa, pero precisamente la libertad religiosa de quien se expresa en esos términos, situación que es tanto más factible cuando más amplio sea el concepto de religión que se adopte, de modo que si este incluye

⁵⁴ McCREA, 2010, p. 105.

⁵⁵ TAYLOR, 2005, p. 84.

⁵⁶ LETSAS, 2012, p. 242, pone el énfasis en dos consecuencias que se derivarían del reconocimiento de tal derecho: por un lado, que la ofensa a una persona estaría sirviendo para el ejercicio de una acción de naturaleza pública, y no solo para una acción individual; la segunda, que únicamente las ofensas religiosas servirían de detonante de esa acción pública, lo cual no sería extensivo a otro tipo de ofensas (por ejemplo, señala el autor, la ofensa al equipo de fútbol del ofendido).

⁵⁷ Desde luego no se enuncia entre los derechos comprendidos por la libertad religiosa garantizada por nuestra Constitución en el artículo 2 de la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. Entre los autores españoles, señala RUBIO FERNÁNDEZ, 2006, p. 215 que las ideas o informaciones sobre una determinada religión que choquen, incluso que ultrajen, a sus creyentes no son por sí mismas violaciones de la libertad religiosa. Por el contrario, califica los sentimientos religiosos de «auténtica secuela de la (expresada) libertad de religión», MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 2006, p. 597.

⁵⁸ AHDAR/LEIGH, 2005, p. 364.

creencias como el humanismo y el ateísmo, las posibilidades de conflictos de este tipo se incrementan notablemente⁵⁹.

Sin embargo, cuando las expresiones ofensivas se dirigen a grupos religiosos, sobre todo minoritarios, que son atacados u ofendidos por sus particulares creencias o prácticas, su libertad religiosa sí puede ser potencialmente amenazada, sobre todo cuando los ataques son graves e incitan a la confrontación entre comunidades. No obstante, este tipo de ataques están mucho más ligados al racismo (ataques antisemitas, contra el Islam, etc.) y al odio religioso, que a situaciones que puedan y deban ser reconducidas a imputaciones de blasfemia, escarnio o similares⁶⁰, por lo que quedan fuera de este trabajo⁶¹.

2. LA IMPORTANCIA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y, ESPECIALMENTE, LA LIBERTAD DE CREACIÓN ARTÍSTICA. EL CONCEPTO DE ARTE

Como ya he recordado más arriba, la libertad de expresión en sus diferentes modalidades, incluida la expresión artística, está considerada una libertad fundamental en todos los textos internos, supranacionales e internacionales que protegen los derechos humanos.

Numerosos son los argumentos barajados por filósofos y juristas para justificar la alta protección que ha de merecer en cualquier sociedad evolucionada la libertad de expresión. De entre ellos, cuatro son a mi juicio especialmente destacables⁶². El primero puede ser denominado argumento del descubrimiento de la verdad y se trata de la justificación más antigua de la libertad de expresión. Aunque se pueden rastrear precedentes más remotos, está basada en los postulados de J.S. Mill, según el cual la verdad como mejor emerge es con el debate sobre las ideas, para lo cual resulta imprescindible que la libertad de expresión no contenga restricción alguna. El segundo es el argumento de la plenitud individual; a tenor de este, un individuo no se desarrolla plenamente en el plano moral e intelectual si no es libre para acceder a las ideas y debatir libremente sobre ellas, de modo que cualquier restricción sobre lo que pode-

⁵⁹ En el caso que dio origen a este trabajo, la libertad religiosa violada sería la de J. Krahe y no la de los demandantes.

⁶⁰ AHDAR/LEIGH, 2005, p. 365, quienes además ponen de manifiesto que el TEDH, del que me ocuparé inmediatamente, incurre en la confusión entre ambos tipos de ataques.

⁶¹ En este tipo de casos, como señala LETSAS, 2012, p. 243, el hecho de haber sido ofendido en los sentimientos religiosos es incidental y no constitutivo de la explicación normativa que justifica la acción penal.

⁶² BARENDT, 2005, pp. 7 y ss.; FENWICK, 2011, pp. 300 y ss.

mos decir, escribir, oír o leer, inhibe nuestra personalidad y nuestra capacidad de crecer intelectualmente. El tercero sería el argumento de la participación en democracia y es el más utilizado en la actualidad⁶³; en su versión más extendida esta justificación viene a decir que sin libertad de expresión los ciudadanos no pueden acceder a todas las opciones políticas y, en consecuencia, la democracia no puede funcionar, razón por la que ocupa una posición preferente entre los derechos humanos⁶⁴. Así entendida parece que el argumento sólo sería válido en relación con la libertad de expresión de corte político, lo que dejaría poco margen a la libertad científica, literaria o artística. Finalmente, el cuarto argumento es, a diferencia de los anteriores, puramente negativo: dada la natural tendencia del poder (político, religioso, etc.) a reprimirla, debe asegurarse constitucionalmente el respeto a la libertad de expresión como mejor garantía de indemnidad.

Las dos primeras justificaciones de la libertad de expresión, que tienen un fuerte componente individual, han sido destacadas en particular como argumentos a favor de la libertad de expresión artística⁶⁵. Ello no impide, sin embargo, que se resalte también el beneficio social que genera la producción artística, en la medida en la que la creatividad es un ejercicio particularmente noble y humano y en sus mejores expresiones conduce a los demás a las más altas cotas de emoción y placer, contribuyendo con ello el desarrollo de la civilización⁶⁶. Además es un revulsivo para el pensamiento dominante y, en ese sentido, un componente crítico esencial de la sociedad democrática⁶⁷, lo que entroncaría con el tercer argumento señalado.

Todo ello me obliga a preguntar qué es el arte, cuestión cuya resolución queda más allá de mis capacidades y sobre la que apenas podré dar unos apuntes escasamente rigurosos. Dejo constancia, eso sí, que no me estoy preguntando qué es el arte para el derecho, toda vez que no existe una unívoca precomprensión del arte en el mundo jurídico y que puede que nada o muy poco tenga que ver

⁶³ Está basado inicialmente en el escritor americano A. MEIKLEJOHM, cuyas obras proceden de mediados del siglo XX.

⁶⁴ Es la tesis que asumió desde su inicio el Tribunal Constitucional español, que ya en su STC 12/1982, de 31 de marzo justificaba la preeminencia de las libertades de expresión e información porque constituirían «la garantía de una institución política fundamental que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático». De modo reiterado el penalista VIVES ANTÓN, también magistrado del Tribunal Constitucional, ha puesto de relieve cómo esa aparente posición preferente, lejos de reforzar estas libertades, las ha desnaturalizado colocándolas al borde del colapso; así por ejemplo, en 1995, pp. 404 y ss.

⁶⁵ KEARNS, 2010, p. 95.

⁶⁶ KEARNS, 2010, p. 95; en nuestra doctrina DíEZ-PICAZO, 2005, p. 345.

⁶⁷ BRADNEY, 1993, p. 94, entre muchos otros.

el concepto de arte, por ejemplo, a efectos fiscales o incluso de propiedad intelectual, con el que aquí tratamos de dilucidar con el fin de intentar comprender el alcance de la protección jurídica de la libertad de expresión artística. Además, de conformidad con los teóricos del arte, el concepto de arte es necesariamente autónomo y no puede ser aprehendido por el derecho⁶⁸, ya que si este lo hace no respeta la radical independencia del arte⁶⁹.

Superadas, por insuficientes, variadas teorías que intentan mostrar con afán totalizador qué es arte (las bellas artes)⁷⁰, en su visión postmoderna, o este escapa a cualquier intento de definición o aquellas que se proponen son puramente tautológicas: arte es lo que hace un artista o arte es lo que se exhibe en una galería de arte, lo que es comprado por museos o galerías y sobre lo que se escribe en las revistas especializadas. Esta última es la llamada definición institucional, que permite incluir el arte conceptual, el representativo u otras modalidades de expresión artística que no tienen previa definición⁷¹. La vaguedad del término ha alcanzado ya tales cotas que se ha llegado a afirmar, no sin cierto cinismo, que «arte ha venido a significar ya tantas cosas que ya no significa nada»⁷².

No obstante, existe un cierto acuerdo en considerar que una de las múltiples funciones que puede cumplir el arte es provocar a través de nuevas visiones artísticas del mundo y con ello cuestionar las reglas establecidas⁷³. Evidentemente tal característica hace chocar la obra artística con el carácter esencialmente conservador del derecho. El arte es una fuerza dinámica. Se ha dicho que la

⁶⁸ KEARNS, 2010, p. 95; DE WERRA, 2001, p. 144

⁶⁹ KEARNS, 1998, p. 176. Por ello un juez o cualquier otro aplicador del derecho no es quien para decir qué es y qué no es arte.

⁷⁰ Una exposición breve pero esclarecedora para los legos de las teorías básicas sobre el arte, con mención expresa de la teoría del ritual, teoría del gusto y la belleza, la teoría de la imitación, y de las teorías que hacen hincapié en la comunicación, ya sea para fines de expresión, ya de cognición, puede verse en FREELAND, 2006, *passim*. En particular, sobre la relación entre la belleza y el arte, es muy recomendable –y de gran belleza– la consulta del libro de UMBERTO ECCO, *Historia de la Belleza*, trad. Española de M. Pons, Lumen, 2004 y sigue siendo de interés la lectura del conocido texto de LEON TOLSTOI «Qué es el arte», donde se analizan los profundos vínculos entre arte, moral, belleza y verdad.

⁷¹ ELKINS, 2004, p. 1. La teoría institucional del arte tiene su origen en los trabajos de los filósofos A. Danto y G. Dickie, elaborada, sobre todo a partir de ciertas obras de Andy Warhol (FREELAND, 2006, pp. 66 y ss.)

⁷² FREELAND, 2006, p. 214, poniéndolo en boca del artista medioambiental Robert Irwin.

⁷³ Entonces, como dice LETSAS, 2012, p. 256, si la provocación es constitutiva de un tipo valioso de arte, no se debe penalizar a las personas que tratan de producirla. Ello nos obliga a reflexionar sobre el uso la fuerza coercitiva del Estado para obligar a algunas personas a abandonar una práctica éticamente valiosa porque a otros les resulta objetable; como dice el autor citado, tal uso de la fuerza colectiva no cuadra con la exigencia de los Estados liberales de tratar a los ciudadanos como libres e iguales, y como responsables de elegir sus propios ideales éticos.

honestidad del arte es únicamente la sinceridad de la imaginación; por ello tratar la obra artística como cualquier otro objeto y decir que es obscena o blasfema es desconocer la naturaleza del arte⁷⁴. El arte requiere una observación sobria y además una respuesta contemplativa igualmente sobria. Decir que «esto me molesta» es decir algo en el ámbito de la respuesta personal, más que decir algo sobre la falta de adecuación del arte o su culpabilidad. No pocos teóricos del arte estiman que la respuesta adecuada a la reacción de «esto me molesta» hubiera debido ser «esto debe haber sido hecho para provocar» (reflexiva), y no interponer una acción judicial como respuesta al choque emocional del espectador⁷⁵. El arte es una opción para el espectador, nunca una imposición⁷⁶.

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN TORNO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, EN SU MANIFESTACIÓN DE CREACIÓN ARTÍSTICA Y LA LIBERTAD RELIGIOSA

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema del conflicto entre arte y religión. Varias son las decisiones vertidas al respecto, aunque las dos primeras que voy a tratar son sin lugar a dudas las más conocidas.

Probablemente el caso más importante sobre la materia que ha llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el *Otto-Pre-minger Institut v. Austria*⁷⁷. El problema surgió por la emisión de una orden de retirada de la película *Das Liebeskonzil* (Consejo en el Cielo) de W. Schroeter, que el Instituto en cuestión pretendía proyectar en su sede, en la ciudad de Innsbruck.

⁷⁴ Como señala BRENT PLATE, 2006, p. 50 ninguna obra de arte es blasfema por sí misma, ha de ser declarada como tal por una autoridad política o religiosa, a pequeña o a gran escala; de hecho, hay numerosos ejemplos en los que una obra ha sido exhibida sin ningún problema en un lugar y sin embargo ha causado controversia en otro. La imagen, para ser blasfema necesita de ambos, del artista y del acusador.

⁷⁵ KEARNS, 1998, p. 177; este mismo autor insiste en p. 205 en que el arte no es necesariamente lógico y hay algo siempre en él que escapa a toda definición. Si uno puede definir completamente una obra de arte, es que no es una obra de arte: una pila de ladrillos es siempre una pila de ladrillos. El arte es creativo, no destructivo, es la antítesis de la destrucción. Promueve ideas pero no puede ser violenta u obscena o blasfema, aunque pueda comunicar ese tipo de sensaciones. El arte no es racional, en cierta medida es como la fe, existe en la mente subjetiva (del artista), aunque a diferencia de la fe, siempre tiene una forma externa concreta. El arte es un punto medio entre la mente y el espíritu, es una cosa pero no es una cosa, es algo más que una cosa.

⁷⁶ KEARNS, 1998, p. 27

⁷⁷ STEDH de 24 de septiembre de 1994.

La película se basaba en una obra satírica de Oscar Panizza, publicada en 1894⁷⁸. Esta partía de la asunción de que la sífilis había sido el castigo de Dios por la fornicación del hombre y por la perversión en el tiempo del Renacimiento. La película empieza y termina con una caracterización del juicio contra Panizza por blasfemia en 1895; escenifica la representación de la obra en el Teatro Belli de Roma, que muestra a Dios como un anciano postrado ante el diablo y Jesús se representa como un retrasado mental, besando los pechos de su madre. Dios, Jesús y la Virgen están de acuerdo en castigar al mundo; por su parte el diablo sugiere infestar al mundo con una enfermedad de transmisión sexual; como recompensa pide la libertad de pensamiento. Aparte de satirizar aspectos de las creencias religiosas, la película explora la idea de los límites de la libertad artística, explícitamente en relación con el juicio, e implícitamente (en el contexto del juicio) en el caso de la obra. El anuncio de la proyección que se iba a realizar a las diez de la noche (salvo en una de las seis exhibiciones que sería a las cuatro de la tarde), también incluía la mención de que el film, de acuerdo con la normativa regional, estaba prohibido para menores de diecisiete años.

Por requerimiento de la diócesis de la Iglesia Católico-Romana de Innsbruck, se inició un procedimiento penal contra el director del Instituto Otto-Preminger, el Sr. Zingl, por «desprecio a las doctrinas religiosas», tipificado en el artículo 188 del CP austriaco. Después de un pase privado de la película, el juez dictó una orden de retirada, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelación al considerar que la libertad artística estaba necesariamente limitada por los derechos de otros a la libertad de religión y por el deber del Estado de salvaguardar una sociedad basada en el orden y la tolerancia. En la sucesiva decisión, el Tribunal Regional ordenó la incautación de la copia del film. El recurso de Sr. Zingl fue desestimado. La solicitud por parte del Ministro de Educación, Arte y Deportes, pidiendo al Abogado General que declarara nula la decisión fue igualmente desestimada. El caso fue llevado al Tribunal por la Comisión Europea de Derechos Humanos que alegó la violación del artículo 10 de la Convención Europea. Al preguntarse si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática para proteger la libertad de religión recogida por el artículo 9, la Comisión tuvo en cuenta el papel de las obras de arte en una sociedad democrática y recogió las palabras

⁷⁸ Que ya había provocado la condena por blasfemia de su autor, penado en 1985 con doce meses de cárcel, según ilustra LETSAS, 2012, p. 244.

de otra decisión anterior⁷⁹, según la cual «aquellos que crean, representan, exhiben o distribuyen obras de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones lo cual es esencial en una sociedad democrática. De ahí la obligación del Estado de no usurpar su libertad de expresión»⁸⁰. La Comisión consideró que el recurso a ciertos métodos artísticos (sátira o caricatura) no justificaban la prohibición o la restricción de una obra de arte, incluso tratándose de religión, y que «una completa prohibición que excluya la posibilidad de discutir el mensaje del film debe ser considerada una medida desproporcionada»

El Gobierno austriaco mantenía, y el Tribunal aceptó, que la retirada e incautación estaban dirigidas a proteger «los derechos de otros» en los términos del artículo 10 (2) de la Convención y que por tanto no había habido violación del precepto. El Tribunal consideró que la forma en la que las doctrinas religiosas son negadas o contradichas era una cuestión perteneciente a la responsabilidad del Estado, y que era también su responsabilidad asegurar el pacífico goce del derecho reconocido en el artículo 9 de la Convención. El Tribunal estimó que si bien el derecho a la libertad de expresión era aplicable no solo a la información o a las ideas inofensivas o que causan indiferencia, sino también a las que ofenden o molestan al Estado o a un sector de la población⁸¹, la responsabilidad de los que la ejercen incluye la obligación de evitar, en la medida posible, expresiones que sean gratuitamente ofensivas para otros, que supongan una infracción de sus derechos y que no contribuyan de ninguna forma a un debate capaz de hacer progresar a la humanidad («*and which therefore do not contribute to any form of public debate capable of furthering progress in human affairs*»), lo cual parecía ser ya toda una declaración de principios⁸².

A continuación el Tribunal apuntó la falta de una concepción uniforme en Europa sobre el significado de la religión en la sociedad, llegando a la conclusión de que no era posible dar una definición comprensiva de lo que constituye una interferencia permisible con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión cuando esta se dirige contra los sentimientos religiosos de otros, por lo que estimó que se debía dejar un margen de apreciación a los Estados res-

⁷⁹ *Müller and others v. Switzerland*, de 24 de mayo de 1988,

⁸⁰ Las mismas palabras y consideraciones se recogen en la más reciente STEDH de 25 de abril de 2007, *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*.

⁸¹ Afirmación que proviene de la STEDH *Handyside v. U.K* (1976)

⁸² La distinción entre los insultos gratuitos y las expresiones provocativas que contribuyen al debate público, ha sido recogida en casos posteriores del propio TEDH en los que determinadas expresiones pueden ofender las creencias religiosas, como *I.A. v. Turkey* y *Giniewski v. France*.

pecto a la extensión de la interferencia necesaria. Consideró, no obstante, que la necesidad de la restricción debía ser convenientemente establecida.

El Tribunal entendió que en el caso se producía un conflicto entre dos libertades fundamentales recogidas en la Convención: la libertad de expresión por un lado, y la libertad religiosa, por otro. Con este planteamiento, aceptó el punto de vista de las autoridades austriacas, según el cual la ofensiva naturaleza del film no quedaba superada por sus méritos artísticos y dejó al Gobierno austriaco un amplio margen de apreciación para determinar las medidas necesarias para limitar la libertad de expresión a la luz de la situación local, tomando en consideración que la religión católica era la dominante en la región del Tyrol. El Tribunal no dio una razón específica para entender que las medidas de incautación y retirada de la película habían estado adecuadamente establecidas, simplemente consideró que las autoridades austriacas no habían sobrepasado su margen de apreciación y no apreció la violación del artículo 10 de la Convención.

La sentencia contó con la opinión disidente de tres de los nueve jueces. En ellas estaban presentes algunos de los criterios mantenidos por la Comisión. Así, además de entender que el margen de apreciación del Estado para permitir límites a la libertad de expresión no debe ser tan amplio y que, desde luego, el tribunal no está legitimado para decidir si una obra de arte en concreto contribuye al debate público capaz de favorecer el progreso humano, los jueces disidentes afirmaron que el artículo 9 de la Convención donde se consagra la libertad religiosa no garantiza el derecho a la protección de los sentimientos religiosos; en cambio, sí incluye el derecho a expresar puntos de vista críticos sobre las opiniones religiosas de otras personas. Ello no significa, según la opinión disidente, que pueda ser legítimo, para los propósitos del artículo 10, proteger los sentimientos religiosos de ciertos miembros de la sociedad limitando la libertad de expresión; esto solo justificaría medidas del Estado que fueran «proporcionadas al fin legítimo perseguido», lo cual implica que no se debe tomar una medida limitativa cuando sea posible otra menos restrictiva. En su opinión, las cautelas tomadas para la exhibición de la película (lugar, horario, prohibición de entrada a menores de diecisiete años, etc.) suponían protección suficiente de los sentimientos religiosos de otros, por lo que la retirada e incautación no era una medida justificada.

La sentencia del Caso *Otto-Preminger Institut v. Austria* ha sido muy criticada por la literatura jurídica⁸³, en general más conforme con los argumentos de la Comisión y del voto disidente⁸⁴.

Varias son las razones que justifican la crítica a la decisión⁸⁵. La afirmación según la cual la película no contribuía de ninguna forma a un debate capaz de hacer progresar los asuntos humanos supone una falta de entendimiento del principio de autonomía moral que exige que los ciudadanos sean libres no solo para elegir ver, por ejemplo, determinadas obras de arte consagrado, sino para decidir por sí mismos si tienen o no tienen valor artístico. Además supone una interferencia del Estado sobre lo que tiene o no tiene relevancia para el progreso humano que no es legítima, en la medida en que niega el derecho de todos los ciudadanos a participar como iguales en la conformación de ese mismo progreso, al menospreciar y desvalorizar determinados puntos de vista éticos o estéticos; tal planteamiento resulta totalmente incompatible con una democracia que considere a todos sus ciudadanos libres e iguales.

Desde otro punto de vista, la mencionada afirmación evidencia una absoluta falta de valoración de todo lo que no sea argumentación racional, olvidando de nuevo que el arte no tiene por qué serlo y que habitualmente no lo es⁸⁶.

La sentencia también muestra una falta de comprensión de la naturaleza de la libertad de expresión y de su justificación a través del más arriba referido «argumento de la verdad», pues excluye la posibilidad de que el mensaje de la obra pueda ser considerado en el futuro un producto exitoso en el mercado de las ideas. Claramente ni el TEDH ni ningún otro tribunal tienen capacidad para decidir sobre el valor artístico de la película, ya que responder a la pregunta sobre qué es arte y qué no es arte queda fuera de la competencia de los tribunales de justicia.

Además, atacando la forma de disentir de las ideas religiosas establecidas, la decisión del Tribunal, a diferencia de la opinión de la Comisión y de la de los jueces disidentes, no entiende la natura-

⁸³ Incluida, por supuesto, la española. Así Díez-PICAZO, 2005, p. 241, la menciona como paradigma de lo que califica como «decisiones inquietantes», puesto que en el fondo lo que afirman es que la manifestación de ciertas creencias, odiosas para una amplia mayoría de la sociedad, puede ser limitada para proteger las creencias mayoritarias o, con más precisión, para proteger la tranquilidad moral de la mayoría. Tampoco comparte el criterio del TEDH, RUBIO FERNÁNDEZ, 2006, pp. 217-219.

⁸⁴ No sin excepciones, por supuesto. Así, entre los autores españoles, muestra su conformidad con el criterio del TEDH tanto en esta decisión como en el caso *Wingrove v. UK*, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 2006, p. 602.

⁸⁵ FENWICK, 2011, p. 489.

⁸⁶ Como reconoce LETSAS, 2012, p. 252, las representaciones provocativas y satíricas de objetos y doctrinas religiosos no requieren mantener determinados puntos de vista sobre la política y la cultura, ni sobre el papel que en ellas tiene la religión.

leza del trabajo artístico, que a menudo usa técnicas como la sátira para tener un impacto mayor en el público. De esta manera contradice la propia declaración del TEDH según la cual el artículo 10 de la Convención protege no solo la sustancia de las ideas y la información, sino también la forma en que son transmitidas.

A mayores, la sentencia es insatisfactoria en sus propios términos técnicos, pues, planteando equivocadamente la cuestión como un conflicto de derechos entre la libertad de expresión y la libertad religiosa, se limita a considerar adecuada la limitación a la primera realizada por el Estado, sin hacer una estricta evaluación sobre si la restricción estaba o no convenientemente establecida y era proporcionada, lo que dadas las circunstancias del caso resultaba muy difícil de mantener⁸⁷.

Pero sobre todo, y a mi juicio esto es lo más importante, la sentencia yerra al razonar sobre la base del conflicto de derechos entre libertad de expresión y libertad religiosa. Se equivoca porque considera que las medidas de retirada e incautación de la película eran proporcionadas, cuando evidentemente había medidas menos restrictivas de la libertad de expresión que podrían haber sido tomadas (y de hecho algunas fueron tomadas por el Instituto) para proteger los sentimientos de los católicos de la zona; pero sobre todo el TEDH se equivoca cuando implícitamente estima que la libertad religiosa protege el derecho a no ser insultado sobre las propias ideas religiosas, haciéndolo además sin ningún tipo de argumentación⁸⁸. Como ya he apuntado, según la opinión mas extendida y que comparto, ese derecho no forma parte del halo reconocido en el artículo 9 de la Convención⁸⁹. Es más, ni siquiera creo que, a pesar de que así lo haya afirmado el propio TEDH en el caso *Murphy v. Ireland* de 3 de diciembre de 2003⁹⁰, pueda defenderse sensatamente que tal derecho a no ser insultado u ofendido en las propias ideas religiosas constituya *per se* un límite derivado de los derechos y responsabilidades que impone el ejercicio de la libertad de expresión y mucho menos aún la libertad de expresión artística. No hay fundamento alguno que justifique el derecho a no ser insultado

⁸⁷ Pues como señala LETSAS, 2012, p. 247, posiblemente había maneras más proporcionadas de ponderar ambos derechos.

⁸⁸ Como pone de manifiesto BARENDT, 2005, p. 192; también TAYLOR, 2005, p. 87.

⁸⁹ BARENDT, 2005, p. 192; también TAYLOR, 2005, p. 87; MCCREA, 2010, 138; LETSAS, 2012, pp. 244 y ss.

⁹⁰ «*The Court recalls that freedom of expression constitutes one of the essentials foundations of a democratic society. As paragraph 2 of Article 10 expressly recognizes, however, the exercise of that freedom carries with it duties and responsibilities. Amongst them, in the context of religious beliefs, is the general requirement to ensure the peaceful enjoyment of the rights guaranteed under Article 9 to the Holders of such beliefs including a duty to avoid as far as possible an expression that is, in regard to objects of veneration, gratuitously offensive to others and profane*».

tado en las propias creencias religiosas, ni a que este tipo de creencias o sentimientos reciban un trato preferente respecto a otras creencias o sentimientos, de tipo político, ideológico, deportivo o musical, por poner algunos ejemplos. Más bien al contrario, como señala Letsas, la moralidad de los derechos humanos como límites igualitarios al uso de la fuerza colectiva, otorga fuertes argumentos contra el reconocimiento de tal derecho privilegiado⁹¹. Si tal derecho no existe, ya no hay conflicto posible y todo el razonamiento del TEDH resulta profundamente equivocado.

En resumen, la sentencia *Otto-Preminger Institut* es una decisión poco convincente, poco justificada desde el punto de vista teórico y que está muy por debajo de la jurisprudencia sobre la libertad de expresión del propio TEDH⁹².

A pesar de las abundantes críticas, el mismo razonamiento de la *Sentencia Otto-Preminger Institut* fue utilizado posteriormente en el caso *Wingrove v. UK* de 25 de noviembre de 1996. En esta ocasión el TEDH tuvo que decidir si el rechazo del órgano administrativo competente para conceder la licencia necesaria para su comercialización al video de N. Wingrove titulado «*Visions of Ecstasy*», constituía o no una violación del artículo 10 de la Convención. La película mostraba visiones eróticas experimentadas por S. Teresa de Ávila, en parte de las cuales estaba implicada la figura de Jesucristo crucificado. La negativa a otorgar la licencia, y por tanto la prohibición de exhibición y comercialización del vídeo, se basó en el argumento de que si otorgaba el certificado, su autor podía ser imputado por «*blasphemous libel*».

La Comisión entendió que había habido violación del artículo 10 de la Convención, pero el Tribunal estimó mayoritariamente que la restricción estaba amparada por la ley. Según la sentencia, el rechazo del certificado tenía el fin de proteger los derechos de otros en los términos del artículo 10.2 y estaba en consonancia con el artículo 9 que protege la libertad religiosa. El hecho de que la ley inglesa sobre blasfemia solo protegiera las religiones cristianas y más en concreto, la de la Iglesia de Inglaterra, no fue considerado relevante para el caso. Al analizar la necesidad y proporcionalidad de la restricción, la Corte consideró que el margen de apreciación permitido a los Estados podía ser más estrecho en el ámbito de la expresión política, pero podía ser más amplio cuando ofendía las convicciones personales e íntimas relativas a la moral o, especialmente, a la religión; se basaba en que no había todavía suficiente consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa para

⁹¹ LETSAS, 2012, p. 257.

⁹² En tal sentido, KEARNS, 2010, p. 91.

decidir si las normas sobre blasfemia eran innecesarias en una sociedad democrática y por tanto incompatibles con la Convención⁹³. Por todo ello el TEDH entendió que la decisión de no otorgar la licencia al vídeo no podía ser considerada arbitraria o excesiva y que las autoridades nacionales no habían superado el margen de apreciación permitido, por lo que no había habido violación del artículo 10 de la Convención.

También en esta ocasión hubo votos particulares, aunque aquí tanto concurrentes como disidentes. En la concurrente opinión del juez Pettiti, entendió este que el artículo 9 de la Convención no venía al caso y no debía ser invocado, si bien a la misma conclusión de la sentencia se hubiera llegado invocando únicamente el artículo 10 (2) con base en argumentos como la profanación de símbolos o el perjuicio al orden público. La opinión disidente del juez Meyer cuestionaba la necesidad de las normas sobre blasfemia. Por su parte la del juez Lohmus criticaba el paternalismo de la decisión al proteger preventivamente a miembros de la sociedad que todavía no habían manifestado su opinión sobre el film; añadía también que el propio TEDH había considerado que las garantías del artículo 10 de la Convención eran aplicables no solo a las informaciones que tuviesen un impacto favorable o inofensivo en la población, sino también a aquellas que pudieran ser chocantes u ofensivas, considerando sobremanera que las expresiones artísticas se comunican frecuentemente a través de imágenes y situaciones que pueden chocar o herir los sentimientos de una persona de sensibilidad media. Además criticaba que el TEDH hubiera dicho que el margen de apreciación de los Estados para establecer límites a la libertad de expresión era en unos casos estrecho y en otros mucho más ancho, sin establecer al mismo tiempo los principios que habían de determinar dicho margen.

Sin duda la sentencia *Windrove* está muy inspirada en la precedente *Otto-Preminger*, por lo que no resulta extraño que haya sido objeto de críticas similares a las vertidas sobre esta. Así, se ha dicho⁹⁴ que revela un extraño déficit en un tribunal de derechos humanos sobre la comprensión del peso y significado de la libertad de expresión. Sin duda la completa prohibición de una película es muy difícil de defender si se le da alguna importancia al principio de autonomía moral. Falla además la sentencia en la comprensión

⁹³ A pesar de que la propia sentencia del TEDH incluía la constatación de que si bien la penalización de la blasfemia se mantenía en varios países de Europa, su aplicación era extraordinariamente rara, además de que era en algunos casos discriminatoria con algunas creencias religiosas y no parecía el mecanismo más adecuado para tratar con cuestiones de fe y creencias (n. 57)

⁹⁴ FENWICK, 2011, p. 490.

del valor de la disidencia en las sociedades democráticas, en este caso para poner de manifiesto formas de ver el fenómeno religioso. Además, poniendo tanto énfasis en el tipo de representación, muestra una lectura que restringe la iniciativa artística, poniendo trabas al libre debate de las ideas e impidiendo, o al menos restringiendo de forma muy importante, que se alcancen nuevos resultados en términos de exploración artística. En resumen, está tan pobremente argumentada como su precedente y por ello hace dudar seriamente sobre la adecuación de su decisión final⁹⁵.

La siguiente decisión que me interesa destacar es el caso *I.A. v. Turkey*, de 13 de septiembre de 2005. No está en causa en ella la libertad artística en sentido estricto, aunque sí la libertad de expresión literaria⁹⁶. El propietario y director de una editorial había sido condenado en Turquía por la publicación de un libro de un autor que vertía sus puntos de vista teológicos y filosóficos, de corte escéptico e incluso ateo, en forma novelada. Después de solicitar la opinión de dos informes de expertos teólogos procedentes de universidades del país, el editor fue condenado a dos años de prisión, pena posteriormente conmutada por una multa equivalente a 16 dólares por haber cometido un delito de blasfemia tipificado en el artículo 175 del CP de Turquía. En esta ocasión el TEDH vuelve a recoger la doctrina de los dos casos precedentes, y considera que se trata de un supuesto de conflicto de intereses en el ejercicio de dos libertades fundamentales, por un lado el derecho del recurrente a dar publicidad a sus puntos de vista en materia religiosa y por otro el derecho de otros al respeto de su libertad de pensamiento, conciencia y religión. Añade que aquellos que deciden ejercitar su libertad de manifestar su religión, sean miembros de una mayoritaria o de una minoritaria, no pueden esperar razonablemente no ser objeto de crítica alguna. Deben aceptar y tolerar que otros nieguen sus creencias religiosas e incluso la propagación por otros de ideas hostiles a su fe. Sin embargo, la Corte estimó que el libro cuestionado no contenía únicamente comentarios ofensivos u opiniones provocativas, sino también ataques abusivos contra el profeta del Islam, y que sobre todo en algunos de sus pasajes, los creyentes podían considerarse legítimamente ofendidos⁹⁷. Añade además

⁹⁵ BARENDT, 2005, p. 192, en relación a ambas sentencias del TEDH.

⁹⁶ Pone de manifiesto MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 2006, pp. 599-600, como el TEDH trata con mayor dureza las expresiones gráficas que cuando se trata de críticas a través de la palabra, efecto que el autor atribuye a lo que denomina «la fuerza de las imágenes».

⁹⁷ La sentencia transcribe, concretamente, los siguientes pasajes «*Some of these words were, moreover, inspired in a surge of exultation, in Aisha's arms.... God's Messenger broke his fast through sexual intercourse, after dinner and before prayer. Muhammad did not forbid sexual intercourse with a dead person or a live animal*».

que las medidas penales adoptadas por el Estado eran razonables y proporcionadas; lo primero, porque había sido tenida en cuenta la presión social ("*the measure may reasonably be held to have met a pressing social need*"); lo segundo porque no se había ordenado la retirada del libro y la multa impuesta era insignificante.

A todas las críticas sobre los dos casos anteriores, debemos sumar en este las de los dos últimos argumentos, el primero de los cuales también está presente de alguna manera en el caso *Otto Pre-minger*. Parece claro que al valorar la presión social como un argumento que justifica la mayor intervención del Estado en la libertad de expresión sobre cuestiones religiosas, la Corte está claramente discriminando no solo a quienes no comparten ideas de este tipo, sino también a las religiones minoritarias, cuya presión social es, evidentemente, mucho menos intensa que la de la religión «oficial» o tradicional de un determinado país, por hipótesis, mayoritaria. Respecto a la proporcionalidad de la medida, lo ridículo de la multa no puede servir para justificar una decisión injusta; sí lo era, la multa también, fuera cual fuera su cuantía⁹⁸; aunque tengo que reconocer que el montante de la multa puede tener relevancia ante el llamado efecto de desaliento en el que me detendré más adelante.

De nuevo en este caso hubo opiniones discrepantes de la decisión mayoritaria. Los jueces Costa, Cabral Barreto y Jungwiert vuelven a recordar la frase tantas veces repetida, procedente de la sentencia *Handyside v. United Kingdom* de 7 de diciembre de 1976, según la cual la libertad de expresión es aplicable no solo a las ideas que se reciben de modo favorable o que son inofensivas, sino también a las que chocan, ofenden o molestan al Estado o a un sector de la población, señalando que tal afirmación debe inspirar las decisiones de la Corte. Entienden que en una sociedad altamente religiosa, como es la turca, donde hay relativamente pocos ateos materialistas, este punto de vista puede fácilmente chocar y ofender a la mayoría de la población, si bien eso no es suficiente razón para condenar al editor de un libro ofensivo, so pena de dejar privada de todo efecto la reiterada frase del caso *Handyside*. Entienden también que efectivamente, algunas frases del libro, como las reproducidas en la sentencia, pueden ofender profundamente a los musulmanes, pero esas frases no pueden tomarse de manera aislada y no justifican la condena de todo el libro y la imposición de sanciones penales. Recuerdan que una sociedad democrática no puede ser una sociedad teocrática y que las autoridades del Estado no pueden hablar en nombre de Dios, la religión o los profetas. Mencionan también el argumento de lo irrisorio de la multa; estiman que a pesar de ello, cualquier

⁹⁸ En similar sentido, LETSAS, 2012, p. 260.

tipo de sanción puede desincentivar la publicación de libros que puedan ser política o religiosamente incorrectos (el llamado «*chilling effect*»), lo que es un riesgo grave y peligroso para la democracia⁹⁹. En definitiva, y este es el punto que más me interesa destacar del voto discrepante, estos jueces terminan diciendo que la decisión de la Corte está en la línea de sus precedentes *Otto-Preminger Institut* y *Wingrove*, pero ponen de relieve que tales casos ya fueron muy controvertidos en su tiempo y que tal vez ha llegado el momento de revisar sus postulados; a su juicio estos precedentes ponen mucho énfasis en el conformismo o uniformidad de pensamiento y reflejan una actitud de sobreprotección de la religión y una tímida concepción de la libertad de expresión¹⁰⁰.

Aunque sea un caso de libertad de expresión puro, sin connotaciones literarias o artísticas, por el interés que presenta destaca también a continuación la STEDH *Giniewski v. France*, de 31 de enero de 2006. El recurrente era autor de un artículo periodístico publicado en *Le Quotidien de Paris* en 1994, a propósito de una encíclica papal de 1993. El mensaje básico del artículo, que aparece íntegramente transcrito en la sentencia, era que la visión de los judíos que otorga el Nuevo Testamento había propiciado de forma importante el sentimiento antisemita y contribuido al Holocausto. Una asociación cristiana francesa instó la condena por difamación prevista en la ley francesa de libertad de prensa. El tribunal penal lo condenó, pero la Corte de apelación de París estimó que la crítica contenida en el artículo concernía exclusivamente a un debate doctrinal y no constituía difamación. La asociación recurrió a la Corte de Casación que admitió la demanda, pero solo en lo concerniente a la acción civil, y terminó condenando al articulista a un franco en concepto de daños causados por la difamación pública a un grupo de personas en su condición de miembros de una religión. El articulista acudió a la Corte europea de Derechos humanos alegando la violación del artículo 10 de la Convención.

La decisión analiza si la interferencia de las autoridades judiciales francesas en la libertad de expresión protegida en el artículo 10 de la Convención cumple o no con los requerimientos del párrafo segundo. En concreto, estando prevista por la ley francesa, entra a considerar si cumplió un propósito legítimo y si era necesaria en una sociedad democrática. Respecto a lo primero estima que la protección de las personas frente a la difamación por ser miem-

⁹⁹ Volveré posteriormente sobre este tema.

¹⁰⁰ Posición que, en opinión de RUBIO FERNÁNDEZ, 2006, p. 219, alimenta la esperanza de que en un futuro no muy lejano pudiese producirse un cambio jurisprudencial que llevase a considerar la condena o sanción por blasfemia como una interferencia no permitida por la Convención Europea.

bros de una específica religión se corresponde con «la protección de los derechos de otros» prevista específicamente en el artículo 10.2 y de nuevo, reiterando el error de los casos *Otto-Preminger Institut y Wingrove*, estima que es enteramente consonante con el fin de protección de la libertad religiosa previsto en el artículo 9.

Por lo que atañe a la necesidad en una sociedad democrática, la sentencia recuerda que los Estados gozan de un cierto margen de apreciación, que siguiendo a sus precedentes, estiman que es más amplio en el caso de las expresiones que atañen a la esfera de la moral y la religión. Sin embargo, en el caso entiende que el recurrente en su artículo estaba desarrollando un argumento sobre los posibles vínculos entre una doctrina religiosa y los orígenes del Holocausto, haciendo con ello una contribución, por definición, abierta a la discusión y al debate. Con ello el artículo en cuestión contribuía a la discusión sobre las posibles razones existentes tras la exterminación de los judíos en Europa, cuestión de indudable público interés en una sociedad democrática. Añade que, a pesar de referirse a una cuestión religiosa, un análisis del artículo muestra que no contenía ataques a los sentimientos religiosos como tales, sino que mostraba el punto de vista del autor que se deseaba expresar como periodista y como historiador. La Corte entiende que aunque fuera susceptible de ofender a algunas personas, el texto ni era gratuitamente ofensivo como en el caso *Otto-Preminger*, ni insultante, como en el *I.A. v. Turquía*. Entra también en la escasa severidad de la sanción impuesta, a pesar de lo cual reitera el peligro que este tipo de condenas tienen al producir un efecto preventivo que evitaría *ex ante* la publicación de ideas que pudieran ser objeto de condena, con el consiguiente peligro para la libertad de expresión¹⁰¹.

A pesar del indudable avance que supone esta sentencia, su contenido tampoco es satisfactorio desde el punto de vista argumentativo. La interferencia en la libertad de expresión no se considera legítima porque la publicación aludiese a una cuestión de público interés para una sociedad democrática. Con ello la Corte no solo se convierte en árbitro acerca de lo que es o no es de público interés, sino que además limita el alcance de la libertad de expresión de todos aquellos que expresan ideas propias que no sean de público interés. Como dice un autor, la concepción de la democracia que subyace en esta sentencia condena a los censores de expresiones políticas, pero no a los de otros aspectos de nuestras vidas que no están regidos por la discusión racional¹⁰². Es una evidencia que la jurisprudencia del TEDH, sin base cierta para ello,

¹⁰¹ Sobre todo si se trata de condenas penales, lo que no era el caso.

¹⁰² LETSAS, 2012, p. 250

protege mucho más la libertad de expresión política, que otro tipo de expresiones no racionales, como las puramente estéticas o artísticas, lo cual es sumamente criticable.

Otra resolución del TEDH que merece traerse aquí es el caso *Klein v. Slovakia*, de 31 de octubre de 2006. El demandante, Martin Klein, era un periodista y crítico de cine de nacionalidad eslovaca. En marzo de 1997 la revista semana Domino Efekt publicó un artículo del Sr. Klein en el que criticaba al Arzobispo Ján Sokol por las declaraciones que este había hecho en un programa de televisión, proponiendo que la película «*The people v. Larry Flint*» y el póster donde se publicitaba esta, fueran retirados y no se exhibieran en Eslovaquia; el poster, representaba al protagonista del film crucificado, desnudo, con la bandera de Estados Unidos rodeándole la cintura, habiéndose además situado la cruz en la zona pública de una mujer en bikini. La revista donde se publicó el texto del Sr. Klein tenía una distribución de 8.000 ejemplares y estaba orientado a unos lectores de cierto nivel intelectual. El autor describió el artículo como un juego literario con ideas y asociaciones que podían ser apreciados por algunos intelectuales. El artículo en cuestión contenía fuertes referencias a actos de incesto cometidos entre un alto dignatario de la iglesia y su propia madre. También se aludía a la presunta cooperación del arzobispo con la policía secreta del anterior régimen comunista. Finalmente, invitaba a los miembros de la Iglesia Católica a abandonar esta si se consideraban decentes y alegaba que su representante era un ogro.

Posteriormente dos asociaciones acudieron a los tribunales al considerar que los sentimientos religiosos de su miembros habían sido ofendidos por el artículo. Inicialmente el arzobispo Sokol se unió al procedimiento como parte agraviada, pero más tarde se retiró y renunció a cualquier derecho a compensación. Se sustanció un proceso criminal contra el Sr. Klein quien fue condenado, sentenciado a una multa o a un mes de prisión. El tribunal eslovaco entendió que había difamado al más alto representante de la Iglesia Católica Eslovaca y que había ofendido a sus miembros. Este punto de vista fue mantenido por el tribunal de apelación que consideró que el Sr. Klein había violado los derechos, garantizados por la Constitución, de un grupo de fieles cristianos.

En esta ocasión, contra lo sostenido por los tribunales nacionales, el TEDH estimó que el autor no había desacreditado y menospreciado a un sector de la población por su fe católica. Si entendió que vertió opiniones muy peyorativas sobre el arzobispo Sokol, pero consideró que el hecho de que algunos miembros de la Iglesia Católica se hubieran sentido ofendidos por la crítica al arzobispo y

por la afirmación de que no entendía por qué los católicos decentes no abandonaban la iglesia, no alteraba esa posición del tribunal.

Por ello, y aunque reconoció que el tono del artículo contenía expresiones indebidas, vulgares y fuertemente sexuales, el TEDH estimó que no podía concluirse que la publicación del artículo interfiriera en la libertad de religión de otros, de manera que justificase las sanción impuesta por los tribunales eslovacos. Es de resaltar que el Tribunal, siguiendo el caso ya citado *Giniewski v. France*, aceptó el argumento del demandante en el sentido de que su artículo no interfería con el derecho de los creyentes a expresar y ejercer su religión, ni denigraba el contenido de su fe religiosa. En consecuencia, el TEDH consideró que la interferencia que en el derecho a la libertad de expresión suponía dicha sanción no era «necesaria en una sociedad democrática» y, en consecuencia, estimó por unanimidad que se había producido una violación del artículo 10 del Convenio.

La última sentencia del TEDH que quiero traer a colación no afecta propiamente a los sentimientos religiosos, aunque la obra controvertida tenía algunos elementos de tal carácter, si bien fue considerada obscena y particularmente provocadora. Se trata de la decisión *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria* de 25 de enero de 2007. Una asociación de arte experimental realizó una exposición para celebrar su centenario en una importante galería de Viena. Entre las obras exhibidas figuraba una titulada «*Apocalypse*» del pintor austriaco Otto Mühl. Se trataba de un gran collage que incluía figuras como la Madre Teresa, el cardenal Groer y del que fuera líder del FPÖ J. Haider; el FPÖ era un partido austriaco de extrema derecha que había sido enormemente crítico con la obra de Mühl. Las figuras estaban formadas por una foto de la cabeza de los personajes con los ojos tapados por una cinta negra y los cuerpos pintados de forma no realista y exagerada; todas las figuras se hallaban en posiciones de fuerte contenido sexual. Entrás las figuras estaba también el que había sido hasta 1995 secretario general del FPÖ, Sr. Meischberger, que se mostraba agarrando el pene del Sr. Heider y eyaculando sobre la Madre Teresa.

La exposición se abrió al público y un día más tarde el mural fue dañado por un visitante que arrojó pintura roja sobre las figuras; la del Sr Meischberger quedó parcialmente cubierta. El suceso tuvo un amplio eco en la prensa austriaca. El Sr. Meischberger solicitó la prohibición de la exhibición del mural y una compensación por daños a su imagen. La acción fue rechazada en el tribunal comercial de Viena, que consideró prevalente el interés de la asociación en su libertad de expresión, sobre el interés personal del Sr. Meischberger. Este obtuvo en cambio la orden de retirada de la obra en la

sentencia de apelación y en 2000, el Tribunal Supremo austriaco rechazó el recurso de la asociación responsable de la exhibición de la obra. La asociación llevó el caso al TEDH.

En su decisión el Tribunal vuelve a reiterar la mención, contenida en sentencias precedentes, de que la garantía de la libertad de expresión recogida en el artículo 10 de la Convención se aplica no solo a las informaciones e ideas inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que puedan perturbar u ofender al Estado o a una parte de la población. Ello es demandado por el pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras que caracteriza a una sociedad democrática. Vuelve a repetir la frase de sentencias precedentes donde se dice que quienes crean, representan, distribuyen o exhiben obras de arte contribuyen al intercambio de ideas y opiniones que son esenciales para una sociedad democrática, por lo que es obligación del Estado no coartar indebidamente su libertad de expresión, lo que no quiere decir que esta no esté sometida a las limitación del artículo 10 (2).

A diferencia de los casos *Otto-Preminger* y *Windrove*, en esta ocasión el TEDH dice que la decisión de los tribunales austriacos no protege ningún interés público, sino únicamente los intereses del Sr. Meischberger. Señala que el mural hace una caricatura de las personas en él reflejadas, usando elementos satíricos. Hace notar que la sátira es una forma de expresión artística y de comentario social y, por su inherente componente de exageración y distorsión de la realidad, naturalmente pretende provocar y agitar. Lo que significa que cualquier interferencia con el derecho del artista a tal tipo de expresiones debe ser examinada con particular cuidado. Estima que de alguna manera la obra es una contraataque del artista al partido que había criticado fuertemente sus obras. Pone también énfasis en que el Sr. Meischberger era, de entre los reflejados en la obra, uno de los personajes menos conocidos, así como en el hecho de que la orden de retirada de la obra no estaba limitada ni el tiempo ni en el espacio. Por todo ello estima que la medida de prohibición de la exhibición era desproporcionada y no se ajustaba al artículo 10 (2).

Claramente la sentencia *Meischberger* cambia el punto de vista de sus más conocidas antecesoras, dándole mucho más peso a la libertad de expresión artística, al tomar en consideración el valor ético del componente provocativo del arte. No obstante, también en esta ocasión existen votos particulares disidentes de la decisión mayoritaria. El Juez Locaides discrepó de la opinión de que se trataba de una pintura artística y satírica, pues en su opinión el hecho de que la imagen haya sido producida por un artista no da siempre

como resultado que se trate de una obra artística, a la vez que entendía que una imagen no se transforma en satírica si el observador no comprende o detecta el mensaje crítico que pretende transmitir. Por su parte, los jueces Spielmann y Jebens, siguiendo las tesis de Barendt, estimaron que si bien la libertad artística no está limitada genéricamente por «los derechos de otros», si ha de estarlo por la «fundamental dignidad personal de los otros», lo que excluiría la protección de obras profundamente humillantes y degradantes como la del caso. Es interesante resaltar que estos dos jueces traen a colación la jurisprudencia constitucional alemana sobre la materia, poniendo de relieve que no se trata de realizar un control sobre la calidad de la obra, ni de diferenciar entre arte superior y arte inferior, o de arte bueno y malo, sino de subordinar la libertad artística a los derechos de la personalidad cuando ello sea adecuado.

Como se puede observar, de los casos expuestos se desprende que la actitud del TEDH en el tema que nos ocupa dista mucho de ser satisfactoria. Por una lado, como ya se ha denunciado, las sentencias *Otto Preminger Institut* y *Wingrove* parecen más propias de una Europa de convicciones religiosas monolíticas que de una sociedad enormemente plural que ha de respetar la libertad individual y la autonomía en relación con la identidad religiosa, lo que entre otras cosas significa que los Estados han de ser religiosamente neutrales y han de usar las mínimas medidas coercitivas de esa libertad. Los pasos dados por las otras sentencias citadas, yendo en la buena dirección, son todavía claramente insuficientes. En ninguna de ellas existe una precomprensión suficiente del significado la expresión artística y del alcance de la radical autonomía del arte.

V. PROTECCIÓN PENAL FRENTE A LAS OFENSAS RELIGIOSAS. NORMAS Y CASOS

1. EL DERECHO ESPAÑOL

1.1 El delito de escarnio en el CP español

Al inicio de este trabajo aludí al artículo 525.1 del CP español en el que se basaba la imputación del video de J. Krahe y dejé constancia de su tenor literal. Conviene señalar que finalmente la sentencia que lo aplicó al caso absolvió tanto al artista como a la productora del programa donde se emitió alguno de los pasajes del

video. Es el momento de hacer algunos apuntes sobre el contenido tanto de la norma legal como de la sentencia que nos ocupan.

Según la doctrina penalista española el precepto reproducido, de larga raigambre histórica, tipifica el llamado delito de escarnio. No es escasa la literatura surgida en torno al bien jurídico protegido por este tipo de normas penales. Aunque existen teorías que en abstracto identifican como bien jurídico merecedor de protección bien la religión misma, bien el sentimiento religioso en su dimensión colectiva o individual¹⁰³, un sector de la doctrina al que me adhiero considera que el único bien jurídico que ha de ser protegido en este tipo de casos mediante la norma penal es precisamente el derecho de libertad religiosa de cada individuo concreto; si ello fuera así el artículo 525 CP debería desaparecer, puesto que como ya ha quedado expuesto más arriba, no parece que tal derecho fundamental incluya el derecho a no ser insultado en las propias creencias religiosas, posición que también mantiene la literatura jurídica más representativa en la materia¹⁰⁴.

Como he señalado, la doctrina española, no unánime pero si mayoritaria, estima que el bien jurídico protegido en el artículo 525.1 CP no es la libertad religiosa, sino los sentimientos religiosos de naturaleza individual¹⁰⁵, con lo que ya desde el principio serían aquí pertinentes todas las críticas que se hacen a la consideración de los sentimientos religiosos como bien jurídico protegible por la norma penal¹⁰⁶, la no menos importante de las cuales es, a mi juicio, la de su carácter claramente discriminatorio, puesto que, como ya tuve ocasión de enfatizar precedentemente, no existen razones sensatas que avalen la protección reforzada del sentimiento religioso por encima de otro tipo de sentimientos del tipo que

¹⁰³ Tanto las diferentes teorías como su crítica aparecen expuestas en MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, pp. 215 y ss.; también en JERICÓ OJER, 2012, pp. 113 y ss.

¹⁰⁴ MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, pp. 227 estima que el fundamento constitucional de la protección de los sentimientos religiosos no procede de la libertad para conformar la conciencia y para mantener unas convicciones, sean estas religiosas o no. Más adelante (p. 230) añade que el supuesto de hecho y la finalidad de que aquellos preceptos que tutelan los sentimientos están cercanos a protección que el legislador concede a la persona y a su honor, con los que la base constitucional estaría en el artículo 18 CE.

¹⁰⁵ JERICÓ OJER, 2012, p. 129.

Una buena síntesis de este punto de vista la hace recientemente el Auto 809/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de julio, donde expresamente se dice «Superadas concepciones anteriores, en las que el Estado trataba de proteger mediante los denominados delitos religiosos a una determinada confesión religiosa oficial, al considerar que el Estado, por su confesionalidad, tenía el deber de proteger esos sentimientos profesados por la mayoría de los integrantes de la población, lo que el legislador actualmente protege son los atentados contra el derecho individual que cada uno tiene de profesar las ideas religiosas que mejor se acomoden a la conciencia de cada cual, como una manifestación de la libertad religiosa».

¹⁰⁶ De concepto «difuso y difícil de precisar» lo califica MUÑOZ CONDE, 2010, p. 853.

sean y que serían igualmente merecedores de tutela¹⁰⁷. Por consiguiente, también con este planteamiento, parece que la derogación del artículo 525 CP sería la más correcta de las soluciones¹⁰⁸.

1.2 La sentencia del caso Krahe

La Sentencia 235/2012, del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Madrid, de 8 de junio de 2012, considera probado que la acusada, productora del programa, conocía y decidió emitir el programa con el video que mostraba cómo se cocinaba un Cristo. Estima también que fue el acusado, J. Krahe, quien lo ideó, solo o junto con otros, si bien considera ese hecho irrelevante por su lejanía en el tiempo y porque la imputación se refiere a la emisión de la obra y no a su autoría¹⁰⁹. De un modo un tanto sorprendente el juez afirma que no se ha probado que el Sr. Krahe conociera que durante la entrevista se iba a emitir el fragmento del video controvertido y añade que tampoco se ha probado que concurriera en ninguno de los acusados la intención de menoscabar, humillar o herir los sentimientos religiosos de terceros. En conclusión, según la sentencia no se pudo deducir que concurriera en los acusados la específica intención de ofender, herir o perturbar sentimientos religiosos ajenos. Sin duda, circunloquios más o menos atinados para evitar la respuesta condenatoria¹¹⁰.

Por ende en la sentencia citada, además de señalar que el bien jurídico protegido por el tipo del artículo 525 CP es un bien colectivo –lo que no es ni mucho menos la opinión mejor argumentada, como ya he señalado–, se dice que con él «se protege la libertad de conciencia, en su manifestación libertad religiosa, consagrada en el artículo 16 de la CE», añadiéndose a continuación «En la tutela de libertad religiosa el Código Penal quiere proteger no solo su ejercicio material sino también los íntimos sentimientos que a la misma se asocian. No se trata de defender a un determinado grupo religioso, sino de proteger la libertad de los individuos, religiosos o laicos

¹⁰⁷ Con carácter general, LETSAS, 2012, *passim*; en relación con la norma española CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, 1996, pp. 2019-2020 y VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, 2010, pp. 760-761; GARCÍA AMADO, 2012.

¹⁰⁸ Además de que con la derogación del todo el artículo 525 CP desaparecería la injustificable diferencia de trato entre creyentes y no creyentes que mantiene el texto legal, a pesar de la introducción en 1995 el párrafo segundo que tipifica la conducta de quienes hagan públicamente escarnio de quienes no profesen religión o creencia alguna, protección penal que no es equiparable a la de quienes profesan sentimientos religiosos, como señala, por ejemplo, MAGALDI PATERNOSTRO, 2004, p. 2469.

¹⁰⁹ Literalmente «La cuestión de si el Sr. Krahe participó o no en su día en la concepción o realización del cortometraje, no forma parte del objeto del proceso. Sin embargo, a efectos de una mejor claridad expositiva, hemos querido considerar también este extremo probado».

¹¹⁰ GARCÍA AMADO, 2012.

(ver art. 525.2), en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Se reconoce además que esta libertad religiosa se integra no solo por la realización de actos materiales que la exterioricen, sino también, y en ocasiones principalmente, por el respeto a los sentimientos que conforman su esfera íntima». De lo que he expuesto hasta ahora se puede deducir fácilmente mi falta de acuerdo con este pasaje de la sentencia. La libertad religiosa no está en cuestión porque esta no incluye el derecho a que los sentimientos religiosos de una persona no sean objeto de burla, escarnio o desprecio; ese especial derecho o no existe más allá de lo que derive de la protección general a no ser ofendido o insultado¹¹¹, o si lo hace es precisamente porque el precepto en cuestión lo crea, protegiendo de manera discriminatoria los sentimientos religiosos de las personas frente a otro tipo de sentimientos igualmente merecedores de protección. Es más, si alguna libertad religiosa está aquí amenazada, es la de quien emite sus opiniones antirreligiosas, no la de quien se siente ofendido, pues la mencionada libertad sí contiene el derecho a expresar las propias ideas religiosas, incluyendo las que sean contrarias a la religión.

La sentencia incluye también alguna reflexión sobre la expresión artística, lo que toca uno de los conceptos centrales de esta contribución. Afirma literalmente el juez que «la creación artística, y el Sr. Krahe es un creador reconocido, tiene en ocasiones una dosis de provocación. La sátira y el recurso a lo irreverente han sido en no pocas ocasiones un recurso artístico para hacer crítica social, mostrando la oposición del creador a determinados modelos. Esta sátira se ha dirigido en especial a las distintas manifestaciones del poder. La religión, especialmente por cuanto se refiere a la mayoritaria en España, la Iglesia como institución, han estado asociadas en la historia al poder y han sido por tanto también objeto de crítica legítima. No son infrecuentes en distintos ámbitos de la expresión, referencias críticas a símbolos o creencias religiosas. Si esto es así en la actualidad, lo fue especialmente en la época en la que el cortometraje en cuestión se elaboró». Lo más destacable del párrafo transcrito es que ese carácter satírico, de naturaleza artística, sirve al juez para razonar que no se produce el elemento subjetivo del tipo, pues entiende que «escarnio no es solo una burla, sino que se trata de una burla cualificada con el término tenaz, que tiene una manifiesta intención ofensiva. Hay en el corto emitido un inequívoco sentido satírico, provocador y crítico, pero no el de ofender que pre-

¹¹¹ Según la sentencia «se trata de reconocer que existe un sentimiento religioso colectivo de quienes profesan, en este caso, la religión católica, sentimiento que es digno de protección también para el Estado laico». Vuelvo a preguntar ¿por qué es digno de protección el sentimiento religioso, y no el patriótico, o el futbolístico, o el cinematográfico?

tende la acusación»¹¹². Luego, según este razonamiento, el carácter satírico, provocador y crítico (de la obra artística) excluiría objetivamente su naturaleza ofensiva y por tanto delictiva.

Merece la pena que nos detengamos en este último razonamiento. Para empezar porque es plenamente conforme con la tesis de la autonomía del arte y toma en consideración el hecho artístico como entidad propia y distinta de otro tipo de expresiones. Pero es que también gran parte de la doctrina penalista estima que la crítica o la sátira, por mucho que sea burda e innecesaria, es lícita, si bien considera, siguiendo la tesis elaborada con relación a los delitos de calumnias e injurias, que lo que falta en estos casos es la intención de ofender y, por lo tanto, el elemento subjetivo del tipo¹¹³. Precisamente por esta razón en esta clase de pleitos se contabilizan en nuestra jurisprudencia una mayoría de pronunciamientos absolutorios, al entenderse con mucha frecuencia que no hubo intención de ofender en el acusado. Tal es el caso, por ejemplo, de la STS de 25 de marzo de 1993¹¹⁴; en el caso se invocaba el artículo 208 del CP previgente, antecedente del actual 525, para instar la condena penal por un delito de profanación al haberse emitido en un programa de televisión un video en el que aparecía una cruz sin la parte superior del madero vertical y en el que la figura humana crucificada tenía la cabeza de un animal; la resolución estimó que en el caso faltaba el ánimo de ofender los sentimientos religiosos de los cristianos al no poderse deducir de los hechos que había concurrido la intención de ofender, ya que la proyección del video se hallaba enmarcada en la actuación de un grupo musical que intervenía en un programa realizado con la finalidad de dar a conocer las tendencias musicales de vanguardia¹¹⁵. Es cierto que también existen decisiones judiciales que mantienen la postura contraria; entre las más recientes, destaco el Auto 438/2011 de 25 de julio, de la Audiencia Provincial de Sevilla¹¹⁶, en el que el tribunal contradice la opinión de la jueza instructora y del Ministerio Fiscal, quienes consideraban que la realización del video elaborado por los querrelados imitando el

¹¹² Dice también «No negamos que los denunciantes se hayan sentido sinceramente ofendidos. Sin embargo, lo que debemos rechazar aquí, es que la conducta enjuiciada sea objetivamente ofensiva, al menos en el sentido reforzado que exige el tipo».

¹¹³ JERICÓ OJER, 2012, p. 136. Para la sentencia citada también falta en el caso el elemento subjetivo del tipo, pero simplemente porque «la intención de los acusados no fue la de herir o menoscabar tales (religiosos) sentimientos».

¹¹⁴ RJ\1993\3152.

¹¹⁵ Sin embargo, en otro punto de la sentencia, se alude a que el artículo 208 CP entonces vigente otorga protección penal a un «derecho fundamentalísimo» en todo Estado democrático de Derecho, como es el de respeto a un sentimiento, para algunos quizás el más profundo y querido, como es el religioso. Como ya he dicho varias veces en el texto, no creo que tal derecho exista, y mucho menos que haya de ser calificado de «fundamentalísimo».

¹¹⁶ JUR\2011\368508.

ritual de la consagración de la Iglesia Católica en una campaña destinada a prevenir el contagio del SIDA, donde un preservativo era colocado en el lugar de la «Sagrada Forma», no podía considerarse delictivo porque faltaba la intención de ultrajar, ya que el propósito del mensaje no era zaherir los sentimientos religiosos, sino alertar sobre los males de la enfermedad. La Audiencia, por el contrario, entiende que el paralelismo entre la liturgia religiosa y el mensaje resulta por completo innecesario para conseguir el fin deseado y de ello deriva indiciariamente el propósito de ultrajar, añadiendo a continuación, de un modo bastante sorprendente, que «dado lo innecesario del mensaje así elaborado, no cabe afirmar de plano y *a priori* que no existe propósito de haber burla, mofa y befa de los sentimientos religiosos de una parte de la sociedad».

Lo cierto es que incluso en algunos casos en los que puede concurrir la intención de ofender y otro tipo de ánimos, parece que la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión y la evitación del ya aludido *chilling effect* o efecto de desaliento, justifican la no penalización¹¹⁷. Volveré sobre esta cuestión posteriormente.

En resumen, aunque estoy de acuerdo con la decisión final, no comparto alguno de los argumentos que la sustentan, aunque sí considero muy positivo el énfasis que la sentencia pone en el peculiar carácter de la obra artística; no obstante, hubiera sido deseable una mayor profundización en este último aspecto y en su conexión con el derecho fundamental a la libertad de expresión artística.

2. APUNTES SOBRE LA SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

No es, desde luego, el español el único sistema que posee una protección penal directa a las ofensas de naturaleza religiosa, sean estas de la procedencia que sean (artística o no). Otros muchos ordenamientos cuentan o contaban con tipificaciones penales de diversa naturaleza y alcance que actúan como límites a la libertad de expresión y que desde luego no son reducibles a un mismo tipo delictivo, si bien tienen en común la protección de la religión y/o de los sentimientos religiosos¹¹⁸.

¹¹⁷ CUERDA ARNAU, 2007, pp. 17 y ss.; JERICÓ OJER, 2012, pp. 138-139.

¹¹⁸ Como pone de relieve LETSAS, 2012, p. 248, la existencia en Europa de un larga historia de normas que penalizan la blasfemia, la mayor parte de ellas destinadas a proteger a las mayorías religiosas, no es un argumento sobre su corrección moral; la Historia está repleta de errores morales, incluso de atrocidades, y probablemente Europa tiene la participación más amplia en este tipo de errores. No es un buen argumento decir que hay un derecho a no ser insultado en los sentimientos religiosos porque la mayor parte de los ordenamientos europeos repriman las expresiones ofensivas contra este tipo de sentimientos.

Es muy significativo el caso del Reino Unido donde la existencia del delito de «*blasphemy*» se remonta al siglo XVII, cuando estaba en manos de los tribunales religiosos y se consideraba una forma de sedición debido a la relación entre la Iglesia y el Estado¹¹⁹. En ese momento únicamente se protegía la religión anglicana. Tras algunas sentencias significativas, el fundamento del delito cambió a mediados del siglo diecinueve, donde se requería para cometerlo un ataque difamatorio contra el cristianismo, pero no se extendía a otro tipo de creencias religiosas. Progresivamente el delito fue cayendo en el olvido, hasta el punto de que hacia 1950 Sir Alfred Denning afirmó tajantemente que «*the offence of blasphemy is dead letter*»¹²⁰. Sin embargo, en 1979 resucitó con el caso *Lemon* (1979) AC 617. La revista *Gay News* publicó un poema «*The love that dares to speak its name*» de un profesor de literatura, James Kirkup, que trataba la conversión de un homosexual al cristianismo y describía prácticas homosexuales entre Jesús y los apóstoles. Mary Whitehouse denunció a *Gay News*, y tanto el editor como la editorial fueron condenados por delito de blasfemia.

La Corte de apelación consideró que los motivos o intenciones de los acusados eran irrelevantes, porque la blasfemia era un delito de *strict liability* (no se necesitaba una concreta intención de blasfemar, bastando con la intencionalidad de la publicación y que la materia fuera objetivamente blasfema) podía ser cometido por un cristiano, no había eximente de público interés y el trabajo no tenía por qué ser considerado como un todo. Lo único que se necesitaba probar era que el material en cuestión, que había sido publicado con el conocimiento del acusado, había cruzado la línea entre la crítica moderada y el trato ofensivo e inmoderado de la cristiandad; ni siquiera hacía falta probar que efectivamente había habido ofensa, bastaba con que pudiera ser ofensivo. La *House of Lords* confirmó la decisión.

La sentencia fue objeto de fuertes críticas doctrinales. *Gay News* recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero su recurso no fue admitido¹²¹. En 2002, como un acto conmemorativo de la primera condena por el caso a *Gay News*, el poema fue leído en *Trafalgar Square* por once personas, incluyendo escritores, académicos y parlamentarios. Fue un acto de desobediencia civil para protestar contra el atentado a la libertad de expresión que significó en su día la condena; también para desafiar a las autoridades a iniciar una nueva persecución o declarar el delito estaba efectivamen-

¹¹⁹ Una mas extensa exposición del «*Blasphemous and seditious libel*» en FENWICK, 2011, pp. 484 y ss. También en BARENDT, 2005, p. 188.

¹²⁰ *Freedom Under Law*, 1949, p. 46.

¹²¹ (1979) 5 EHRR 123.

te «*dead*». La policía no actuó, el acto fue filmado por la autoridad pública, que no inició el procedimiento penal, pero tampoco declaró abolido el delito de *blasfemy*. En 2005, en una respuesta escrita, un representante del Gobierno dijo que si el material o la conducta eran deliberadamente ofensivos y sus autores eran condenados por blasfemia, esto era conforme con el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, en el debate sobre el *Religious Hatred Bill* en 2005 el Gobierno estimó que había que meditar seriamente la abolición de la norma de blasfemia, si bien añadiendo que no era ese el momento porque se necesitaban más consultas y mayor reflexión¹²².

Posterior y muy conocida fue la controversia social y política provocada en 1988 a raíz de la publicación de la novela de Salman Rushdie, *Los Versos Satánicos*, considerada ofensiva y blasfemia por la mayor parte de la comunidad musulmana y que, entre otras reacciones, provocó una *fatwa* del Ayatollah Khomeini que contenía una sentencia de muerte tanto para el autor del libro, como para las personas implicadas en su publicación, a la vez que ordenaba que cualquier musulmán podía ejecutar la sentencia. Todo ello provocó el creciente interés de la literatura jurídica inglesa por el delito de blasfemia y las implicaciones del mismo en relación con la libertad de expresión. Hemos de recordar que, tal y como se aplicaba en los tribunales ingleses, el delito en cuestión solo protegía a las religiones cristianas. En general, los autores que abordaban el problema se mostraban más partidarios de la abolición absoluta del delito que de su extensión al resto de las religiones¹²³. El penúltimo eslabón de la cadena que conduce a la desaparición del delito de blasfemia lo constituye la sentencia británica *R. Green v. City of Westminster Magistrates' Court* de 2007 (*Jerry Springer case*), donde se dice que no parece que insultar los sentimientos religiosos de una persona pueda representar una violación del artículo 9 de la CEDH, puesto que el derecho a mantener y practicar su religión no resulta en general afectado por tales insultos»¹²⁴. Finalmente, los delitos de *blas-*

¹²² Conviene hacer notar que nunca se ha extendido el delito de *blasphemy* más allá de la religión cristiana. En 2006 la *Religious Hatred Bill* introdujo el delito de incitación al odio religioso.

¹²³ BRADNEY, 1993, p. 97; AHDAR/LEIGH, 2005, pp. 373-374; FENWICK, 2011, p. 496, tras constatar que ninguna de las razones aducidas para su permanencia le parecen convincentes. Menos convencido se muestra, BARENDT, 2005, p. 188.

¹²⁴ SANDBERG, 2011, p. 138. En 2005 la televisión británica emitió la obra *Jerry Springer: The Opera*, originando un gran número de quejas; dos años más tarde un grupo cristiano solicitó la imputación por blasfemia del productor de la obra y del Director General de la BBC, el juez del distrito rechazó la reclamación y Green solicitó la revisión judicial. La *Divisional Court* rechazó la demanda, y el juez Hughes hizo notar que el delito de blasfemia todavía existía, que era conforme con el Convenio Europeo de Derechos huma-

phemy y *blasphemous libel* fueron abolidos en Inglaterra y Gales en 2008¹²⁵.

Por su parte, como sucede en el caso del artículo 525.1 del CP español, en el sistema continental existen varios códigos penales europeos que tipifican de forma diversa la ofensa a la religión o a los sentimientos religiosos¹²⁶. No obstante es de resaltar que, en general, actualmente las imputaciones son escasas y las condenas extraordinariamente infrecuentes¹²⁷, si bien hay que decir que nunca han desaparecido del todo. No deja de ser curiosa la constatación de que dentro de la escasez de causas penales por ofensa a los sentimientos religiosos existentes en la práctica comparada en las últimas décadas¹²⁸, la mayor parte de las que han llegado a las más altas instancias de protección de los derechos humanos han sido derivadas precisamente de la apropiación artística de figuras religiosas¹²⁹. Por la repercusión mediática que tuvo en su día quiero citar los dibujos sobre el Profeta Mahoma que fueron publicados en un diario danés en 2005. Basándose en la importancia de la libertad de expresión las autoridades del país decidieron no imputar ni a los autores ni a la revista por su publicación, aun cuando era evidente que gran parte de la comunidad musulmana se sintió agredida y que el artículo 140 del CP danés condenaba el público ridículo e insulto a cualquier comunidad religiosa¹³⁰. Quiero destacar que en todos estos casos de tipificación

nos porque el artículo 10.2 permitía limitaciones a la libertad de expresión, y que no había interferencia con el artículo 9 relativo a la libertad religiosa, porque el derecho a tener y practicar una religión no resultaba afectado por los insultos.

¹²⁵ Sección 19 de la *Criminal Justice and Immigration Act*. Ello no obstante, en las últimas décadas han aparecido nuevas ofensas como la incitación al odio religioso (2006) u otros delitos agravados por razones religiosas que siguen conectando la religión con el Derecho penal (SANDBERG, 2011, pp. 141 y ss.)

¹²⁶ Así, por ejemplo, artículo 147 CP holandés; artículo 166 CP alemán; artículo 188 CP austriaco; artículo 261 CP suizo; artículo 140 CP danés; artículo 142 CP noruego; por su parte, el Cap. 1 del Título IV del Libro Segundo del CP italiano se rubrica «De los delitos contra las confesiones religiosas» y ha sido objeto de una nueva redacción por Ley de 24 de febrero de 2006, después de que la sentencia de la *Corte Costituzionale* 508/2000, hubiera declarado la ilegitimidad constitucional del artículo 402 CP que consideraba delito el vilipendio de la religión del Estado; tras la reforma el artículo ha quedado sin contenido, aunque se mantienen tipificaciones cualificadas de las ofensas a los sentimientos religiosos, en consonancia con la sentencia de la misma Corte constitucional de 8 de julio 1988, que mantuvo la legitimidad constitucional del delito de blasfemia.

¹²⁷ Se ha dicho que las normas que prohíben la blasfemia tienen una importancia más simbólica que práctica (AHDAR/LEIGH, 2005, p. 369)

¹²⁸ No deja de ser relevante señalar también cómo el escaso número de casos por blasfemia existentes en las sociedades democráticas hace que los legisladores no se vean en la necesidad de suprimir las reglas que la penalizan, lo que de manera indirecta, contribuye a su perpetuación, como señala certeramente MORTENSEN, 2000, p. 190.

¹²⁹ AHDAR/LEIGH, 2005, p. 370.

¹³⁰ Los datos generales del caso, así como la mención del eco que rápidamente tuvo en todo el mundo, en DREIER, 2010, pp. 178 y ss.

penal se trata de normas que protegen ataques contra la religión, no contra grupos religiosos concretos, lo que según he señalado más arriba implica que no está en causa la libertad religiosa del ofendido¹³¹.

A la hora de analizar el bien jurídico protegido en esas normas penales se observa que, tras la aparente protección de la identidad o el sentimiento religioso, muchos son los que consideran que en una sociedad multicultural como la de nuestros días lo que en realidad se trata de proteger es la convivencia entre creencias e identidades culturales diversas, y en definitiva la paz social¹³². Es lo que sucede, por ejemplo, con el § 166 CP alemán (*StGB*) que tipifica el ultraje del credo religioso e ideológico de otro, pero con la exigencia adicional de que con esas actuaciones se altere la paz pública¹³³. Sin embargo, este planteamiento deriva en una obvia objeción a la permanencia de esta clase de delitos, ya que claramente suponen una discriminación entre ideologías y convicciones religiosas mayoritarias y minoritarias, pues difícilmente estas últimas resultan idóneas para producir esa alteración de la paz social en la misma medida que las primeras.

Indicaré, finalmente, que no existe nada similar al delito de blasfemia o escarnio ni en el CP francés¹³⁴ ni en EEUU¹³⁵. Por su parte, en Irlanda, la Corte Suprema ha señalado en la sentencia *Corwaw v. Independent Newspaper (Ireland) Ltd* (1999) que una imputación por el delito de blasfemia no podría prosperar en este país por ser contraria a la libertad religiosa y al principio de seguridad jurídica¹³⁶.

¹³¹ Mantiene una postura contraria a la señalada en el texto Corte costituzionale italiana en la ya citada 508/2000, que a su vez reproduciendo un párrafo de la precedente decisión del mismo tribunal 329/1997, aprecia que «*la protezione del sentimento religioso è venuta ad assumere il significato di un corollario del diritto costituzionale di libertà di religione, corollario che, naturalmente, deve abbracciare allo stesso modo l'esperienza religiosa di tutti coloro che la vivono...*».

¹³² COSTA, 2007, p. 55, que apela a los medios para que faciliten la coexistencia entre identidades colectivas diversas, a través de una política de respeto al credo religioso y la cultura de las minorías.

¹³³ El texto original y traducido del precepto alemán, así como un análisis el mismo, con cita de doctrina germana y española sobre su interpretación, en MINTEGUÍA ARREGUI, 2006, pp. 236 y ss.

¹³⁴ Aunque el artículo 32.2 de la Ley de libertad de prensa de 29 de julio de 1881 considera punible la difamación, a través de los medios señalados en el artículo 23 de la misma ley, de una persona o grupo de personas por su origen o por su pertenencia o no pertenencia a un específico grupo étnico, nación, raza o religión. Después de la Ley de 30 de diciembre de 2004, también lo será la difamación dirigida a una persona o grupo de personas por razón de su sexo, de su orientación sexual o de su discapacidad.

¹³⁵ En este último caso se considera que probablemente una regla penal de este tipo sería contraria a la Primera Enmienda de la Constitución americana (KEARNS, 2010, p. 87).

¹³⁶ SANDBERG, 2011, pp. 135-136.

3. RAZONES POR LAS QUE LA CONDENA PENAL A LA LIBERTAD ARTÍSTICA NO ES LA SOLUCIÓN PARA RESOLVER ESTE TIPO DE CONFLICTOS

3.1 La ausencia de un fundamento jurídico firme

Todo lo dicho hasta ahora pone de relieve la escasa fundamentación que tiene el mantener tipos penales que castiguen las conductas de aquellos que ofenden la religión o los sentimientos religiosos de otros; si, de acuerdo con lo dicho, estos tipos están escasamente justificados, menos lo están aun cuando los actores lo hacen en el ejercicio de su libertad artística; ello a pesar de lo extendidas que están este tipo de normas en los ordenamientos vigentes.

La mayor parte de la literatura jurídica que hemos consultado referida a los sistemas jurídicos más próximos al nuestro, apuesta por la desaparición de este tipo de delitos. Así, por ejemplo, ya antes de 2008, fecha de su efectiva abolición, los autores británicos abogaban por la derogación del delito de blasfemia, al menos por las siguientes razones¹³⁷: en primer lugar, por la dificultad de identificar lo que es religión, tomando en consideración que se han de incluir tanto religiones deístas como no deístas y el término ha de dar cabida a todas las nuevas formas de expresión religiosa que actualmente se extienden por el mundo occidental. En segundo, por la dificultad de identificar las comunidades religiosas que merecen protección y de decidir cómo se protegen los iconos religiosos comunes a varias religiones¹³⁸. Sobremanera, porque los iconos religiosos son muchas veces bienes culturales, también para las personas no religiosas, lo que obliga a cuestionarnos si sólo merecen protección en el sentido atribuido por los primeros, o si también ha de protegerse el sentimiento de los segundos respecto a ellos.

Otro de los problemas que suscita la interferencia entre libertad de expresión artística y religión denunciados por la literatura comparada radica en la dificultad para medir la ofensa. La experiencia demuestra que algunas comunidades religiosas se pueden sentir insultadas por las expresiones de otros (artísticas o no) por los mismos actos que para otras religiones provocan únicamente indiferencia¹³⁹. Profundizando en esta idea, si se opta por limitar la liber-

¹³⁷ BRADNEY, 1993, p. 92.

¹³⁸ Por ejemplo, Jesucristo ¿debe respetarse su mesiánico status (cristianos) o su profético status (musulmán)?

¹³⁹ BARENDT, 2005, p. 190; este autor pone, sin embargo un ejemplo que no resulta totalmente ajustado, al decir que cuesta imaginar, por ejemplo, que los cristianos en Inglaterra, Francia, o los Estados Unidos, puedan reaccionar a la publicación de un libro satírico o abusivo sobre Jesucristo y su familia de la misma forma que los musulmanes han hecho

tad de expresión cuando dañe los sentimientos religiosos de otras personas, no resulta fácil determinar cuál es el nivel de tolerancia que ha de señalar la norma jurídica, y no parece de recibo que ese nivel sea diferente en función de las diversas creencias de los otros, lo que produciría una indeseable y a todas luces rechazable subjetivación de las conductas injustas¹⁴⁰.

En el caso del Derecho español, y en concreto en relación con las críticas vertidas sobre el delito de escarnio tipificado en el artículo 525.1 CP, ya he señalado que la mejor doctrina estima que no existe justificación para considerar como bien jurídico protegible los sentimientos religiosos y que por tanto tal precepto (en realidad tanto el artículo 524 como el 525 CP) debería desaparecer. Esta misma doctrina considera que solo se debe proteger penalmente el derecho fundamental a la libertad religiosa y que además solo se justifica una protección autónoma a través de tipos específicos en los supuestos en los que se argumente razonablemente la necesidad de una incriminación expresa¹⁴¹. En consecuencia, la opción más adecuada para proteger a las personas con sentimientos religiosos es hacerlo a través de la remisión a los tipos genéricos¹⁴².

No puedo sino estar de acuerdo con esta tesis; es más, según mi parecer, el legislador penal en preceptos como los citados está empleando los sentimientos religiosos, que carecen de protección constitucional, como un límite a un derecho constitucional cual es la libertad de expresión, cosa que no puede lícitamente hacer¹⁴³.

con el libro de Salmand Rushdie; a continuación pone como ejemplo que la película «La última tentación de Cristo» y su subsecuente exhibición en televisión provocó quejas, pero no dio lugar a ninguna imputación. El autor desconoce la situación en otros países distintos de los nombrados por él, y en concreto desconoce la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2001 de la que me he ocupado precedentemente en el texto, así como de las sentencias italianas citadas en notas 126 y 131.

¹⁴⁰ Razón por la cual, según señala BARENDET, 2005, p. 191, la regulación de EEUU hace prevalecer la libertad de expresión individual, que solo ha de quedar limitada constitucionalmente cuando incite a la violencia o suponga abuso frente a otras personas.

¹⁴¹ JERICÓ OJER, 2012, p. 142.

¹⁴² JERICÓ OJER, 2012, p. 145 y doctrina allí citada.

¹⁴³ Como muy bien señala VILLAVERDE MENÉNDEZ, 2004, p. 129, cuando dice que ni el legislador, ni un juez ni la Administración Pública pueden crear límites internos a los derechos fundamentales que no estén ya en la propia Constitución, ni pueden elevar el rango de derechos, bienes o intereses infra constitucionales para emplearlos como límites a derechos fundamentales, ni pueden descubrir límites positivos donde la propia Constitución no los establece expresamente. Años antes ÁLVAREZ GARCÍA, 1999, p. 15, basándose en las razones y palabras de I de Otto y Pardo, después de recoger la doctrina constitucional que rechazaba la llamada «cláusula de comunidad», circunscribía la limitación inmanente de los derechos fundamentales la que resulta de otros bienes constitucionalmente protegidos, excluyendo la que sirve a bienes objeto de una protección jurídica infraconstitucional, por muy importantes que sean socialmente, concluye que frente a la prevalencia de los bienes y valores constitucionales ... no puede prevalecer idea ninguna de «necesidad social» de tutela, a riesgo de «reducir a la nada la garantía de los derechos».

Finalmente quiero destacar otras dos razones concretas que aconsejan la desaparición de este tipo de normas represivas y que voy a referir particularmente a las expresiones artísticas. Son, en concreto, el peligro de autocensura y lo que podemos llamar el reforzamiento de la figura del artista como mártir.

3.2 El efecto de desaliento y el peligro de autocensura

El conocido como «*chilling effect*» o efecto de desaliento es una repercusión bien conocida y estudiada cuando se analizan los límites de la libertad de expresión. Procedente de la jurisprudencia constitucional americana, ha sido definido en la doctrina española como aquel desaliento que se produce en un derecho fundamental a consecuencia de la sanción con que se conmina una conducta que es límite con el legítimo ejercicio de ese derecho¹⁴⁴. El TEDH, entre las decisiones que he tenido ocasión de mencionar, se refieren este efecto en las sentencias *I.A. v. Turkey* y *Giniewski v. France*¹⁴⁵. También ha aludido a él nuestro Tribunal Constitucional en sentencias como la 88/2003, de 19 de mayo, o la 104/2011, de 20 de junio¹⁴⁶.

Aplicado al ámbito que nos ocupa, significa que la restricción de la libertad artística y, sobre todo, su condena penal, puede llevar a los artistas a crear únicamente obras que sean conformes con la opinión dominante¹⁴⁷. Además puede tener influencia en las prácticas empresariales de museos y galerías, restringiendo o negando la distribución y publicidad de determinados artistas o de las personas que han amparado sus derechos¹⁴⁸.

¹⁴⁴ CUERDA ARNAU, 2007, p. 24. También alude al efecto disuasorio RUBIO FERNÁNDEZ, 2006, p. 222.

¹⁴⁵ Haciéndose a su vez eco de otras decisiones que aluden precisamente a la proporcionalidad de la sanción y a su capacidad para disuadir a la prensa de participar en discusiones de público interés (Fdo. 54); de nuevo, en mi opinión, se trata de una visión reduccionista del problema planteado en este caso por el efecto de desaliento.

¹⁴⁶ Esta última menciona «la gravedad que representa la sanción penal supondría una vulneración del derecho, al implicar un sacrificio desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales en juego que podría tener un efecto disuasorio o desalentador de su ejercicio».

¹⁴⁷ KEARNS, p. 96. «*To prosecute artists and to deny them their rights qua artists leads not only to injustice but also to auto-censorship; more worryingly, it is the prelude to the prescription of an official art and that arts close association with totalitarianism*». También, KADRI, 2007, p. 29.

¹⁴⁸ El caso más significativo es del fotógrafo Mapplethorpe en 1990, algunas de cuyas obras provocaron la imputación penal por obscenidad del director del museo de Cincinnati donde se exponían sus trabajos, Sr. Barrie. Aunque la imputación no prosperó y fue considerada como un éxito paradigmático de la libertad de expresión, un año después de finalizado el proceso el imputado perdió su trabajo porque el museo deseaba retornar a la normalidad; el Sr. Barrie y su familia sufrieron persecuciones y amenazas y una situación de angustia que derivó en el divorcio de su esposa; el museo perdió también una parte importante de sus donaciones (el caso es expuesto extensamente por DUBIN, 1997, pp. 366 y ss. y VASSALL-ADAMS, 2007, pp. 289-304).

Todo ello significa que el legislador debe ser extremadamente cuidadoso a la hora de decidir si procede la sanción, sobre todo de índole penal, de este tipo de conductas y, en caso de que se pronuncie por la afirmativa, valorar cuidadosamente cómo ha de hacer la tipificación. Como señala en nuestra doctrina Cuerda Arnau, cuando una norma penal tipifica conductas relacionadas con los derechos fundamentales aumentan las exigencias de justificación y además lo hacen exponencialmente a medida que se incrementa el riesgo de afectación de los mismos¹⁴⁹.

La cuestión que se nos plantea entonces es la de decidir si la proscripción del desaliento es una consecuencia necesaria de la libertad de expresión (si forma parte de su contenido esencial) y por tanto si una regla jurídica que produzca tal efecto es una regla inconstitucional. A mi juicio tal respuesta ha de ser positiva, al menos si, como es el caso del tipo previsto en el artículo 525.1 CP, la regla en cuestión no es a su vez manifestación de otro derecho fundamental, sino resultado de la incorrecta elevación de un bien infra constitucional al rango de límite de un derecho de naturaleza constitucional. Como se ha reiterado en las páginas que preceden, la Constitución permite la limitación del derecho a la creación artística –como de otras libertades fundamentales–, pero únicamente si se puede fundamentar a partir de la garantía de otros derechos, bienes o intereses constitucionales; pero si el hipotético derecho a no sentirse ofendido por las expresiones de otros no forma parte de la libertad religiosa, no se puede convertir lo que no es un bien constitucional en límite a un derecho fundamental; mucho menos cuando se adopta la forma más restrictiva de limitación, como es una tipificación penal¹⁵⁰.

3.3 El reforzamiento de la idea del artista como mártir

Finalmente, existe otra razón ajena a consideraciones estrictamente jurídicas, que desaconseja la existencia de normas penales como las descritas. No cabe duda de que la criminalización de las expresiones artísticas contrarias a la religión o a los sentimientos

¹⁴⁹ CUERDA ARNAU, 2007, pp. 29-30, añade además la autora que entre la indeterminación del tipo que sanciona conductas relacionadas con la libertad de expresión y la pena con que aquellas pueden ser conminadas existe una relación inversamente proporcional que obliga al legislador a poner a disposición del juez los resortes legales que permitan adecuar la pena al grado de desvalor de la conducta correspondiente. En este sentido, la rebaja del umbral mínimo, la previsión de penas alternativas o la articulación de un sistema flexible de sustitutivos penales son algunos de los posibles resortes.

¹⁵⁰ La clave está en el ámbito de protección del artículo 16 CE: al no quedar protegida por la libertad religiosa la hipotética ofensa a los sentimientos religiosos, no se puede invocar el artículo 16 como un límite a los derechos fundamentales del artículo 20.1.

religiosos contribuyen a reforzar el cliché de que el artista es un mártir perseguido por los poderes establecidos¹⁵¹. La publicidad y el despliegue mediático que en muchos casos generan los asuntos judiciales del tipo de los descritos producen efectos colaterales, no pocas veces contrarios a los pretendidos por esas eventuales normas.

Es poco discutible que a buena parte de los artistas les gusta la controversia y a todos ellos les conviene la notoriedad¹⁵²; no pocas veces, a través de su imputación penal, algunos artistas adquieren una relevancia pública de la que antes carecían y con ello sus obras incrementan su valor de manera espectacular¹⁵³. Los casos son numerosos; por aludir a algunos de los citados en este trabajo cabe mencionar a Andrés Serrano, que tras la polémica generada por su *Piss Christ* aumentó notablemente su estatus como fotógrafo, adquirió una proyección internacional que hasta entonces no tenía e incrementó de manera notable las ventas de sus obras¹⁵⁴. Algo similar sucedió con el también fotógrafo R. Mapplethorpe; tras el proceso contra el director del museo que exponía sus obras, el autor ya fallecido, hasta entonces marginal, se convirtió en un artista reconocido, prestigiosas galerías de todo el mundo hicieron retrospectivas sobre su obra y en 1993 la *Mapplethorpe Foundation* estableció una galería permanente en el *New York Guggenheim Museum* dedicada monográficamente a su obra¹⁵⁵. Ambos ejemplos son buena muestra de que la persecución penal de los artistas y su repercusión mediática sirven para alterar de manera un tanto «artificial» el valor de la obra de arte.

VI. CONCLUSIONES

La interferencia entre arte y derecho es necesariamente conflictiva: este es un mundo regulado, aquella es una esfera caracterizada por la ausencia de reglas¹⁵⁶. En la búsqueda de un punto de armonía entre ambas realidades cuando la libertad de expresión artística produce obras de contenido «antirreligioso» mis conclusiones son las siguientes.

¹⁵¹ KADRI, 2007, p. 22.

¹⁵² Lo pone claramente de manifiesto, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, 2006, p. 598.

¹⁵³ AHDAR/LEIGH 2005, p. 369, al mencionar las denuncias por blasfemia a los artistas, afirma que frecuentemente tienen un componente de manipulación por ambas partes.

¹⁵⁴ BRENT PLATE, 2006, p. 131.

¹⁵⁵ DUBIN, 1997, p. 382; KADRI, 2007, pp. 25-26.

¹⁵⁶ En parecido sentido, DOUZINAS, 2007, p. 66, la ley del arte es lo opuesto a la regla jurídica. En términos hegelianos, el derecho es combinación de razón y necesidad; el arte de emoción y subjetividad.

Es muy criticable la doctrina del TEDH en los casos *Otto Preminger Institut* y *Windrove*. De forma completamente contradictoria con el hecho artístico, somete la libertad de expresión artística a límites más estrictos de los que considera propio de la libertad de expresión política o comercial¹⁵⁷ y no comprende en absoluto la autonomía y funciones del arte.

La libertad religiosa no protege el derecho a que los demás no ofendan tu religión o tus sentimientos religiosos. A pesar de la aparente presunción contraria contenida en las sentencias *Otto-Preminger Institut* y *Windrove*, he destacado varias veces a lo largo del trabajo que el derecho a no ser insultado en las propias creencias religiosas no forma parte del derecho fundamental a la libertad religiosa. Yendo más allá, cabe decir que es más que dudoso que tal derecho deba ser reconocido aun fuera del ámbito de la citada libertad, porque de hacerlo no existe ninguna razón plausible en las modernas sociedades democráticas por la cual este derecho no hubiera de ser aplicado a cualquier sentimiento o creencia, y no únicamente al de tipo religioso¹⁵⁸. No tiene sentido la penalización autónoma de este tipo de conductas. El sentimiento religioso no tiene por qué tener una protección penal reforzada, que no poseen –ni tienen por qué– otro tipo de sentimientos de naturaleza diversa e igualmente pertenecientes al ámbito más íntimo de la personalidad.

Ello no quiere decir que en determinadas ocasiones no esté justificada la sanción de conductas, acciones o expresiones consistentes en insultar a unas determinadas creencias religiosas, por ejemplo porque si se permiten pueden provocar violencia y conflicto social, o inducir al odio entre comunidades o a la discriminación de alguna de ellas. Pero entonces la restricción a la libertad de expresión *lato sensu* se justifica por la evitación de la violencia o la discriminación, no por la protección de las creencias religiosas¹⁵⁹.

Es más, si se admite un concepto amplio de religión, el único posible en las sociedades democráticas, donde se incluya también el derecho a disentir de la religión o religiones mayoritarias y el

¹⁵⁷ Y no al revés, como de forma contradictoria escribe MARTÍN Y PÉREZ DE NANCCLARES, 2008, p. 301.

¹⁵⁸ LETSAS, 2012, *passim*, quien además pone el énfasis en la necesaria distinción entre la afirmación de que algo está bien hecho y la de que alguien tiene derecho a que lo hagas, en el sentido de que tiene derecho a la que la coerción del Estado sea usada frente a ti si no lo haces (p. 254, «*The estate should not sanction behavior on the grounds that doing so will make me a better person or on the grounds that a particular way of life or conception of the good is superior to the one I currently have. Since it is my responsibility to decide that, and since we are equals, the state should not take sides on whether the plan of life of some of us is ethically inferior to that of others*»).

¹⁵⁹ LETSAS, 2012, p. 258.

derecho a no profesar religión alguna, en los casos del tipo de los referidos en este trabajo más bien hay que considerar que la libertad religiosa amenazada es precisamente la del ofensor.

Ningún sentimiento, ni religioso, ni moral, ni de ningún otro tipo puede convertirse en canon de lo que es artísticamente lícito, entre otras razones porque resulta difícil imaginar una genuina creatividad artística –que es un bien constitucionalmente protegido– sin una cierta dosis de heterodoxia y algún grado de provocación.

Finalmente aunque las normas que penalizan la expresión artística blasfema o que hace mofa o escarnio del sentimiento religioso no se apliquen apenas y cuando lo hacen sea, la mayoría de las veces, para derivar en la absolución de los imputados, lo cierto es que siguen ahí (tal vez precisamente por eso, porque no se utilizan). Cuando surge un caso el revuelo social que producen suele ser notorio. Si el fin de protección de la norma penal es la paz social, la convivencia entre creencias diversas o algo que tenga que ver, aunque sea remotamente, con todo ello, resulta que este tipo de normas están sirviendo, derechamente, para todo lo contrario¹⁶⁰.

Queda pendiente de estudio la decisión sobre si estas situaciones deberían generar alguna otra respuesta por parte del derecho; por ejemplo, del derecho civil en la medida en que en una sociedad pluralista y multicultural la protección de los sentimientos religiosos de los ciudadanos es una cuestión de los propios individuos, que debe ser respetada e incluso facilitada por el Estado, pero no es, en absoluto, una cuestión del Estado. Tal premisa vendría a implicar que la protección se encauzaría, sobre todo, a través de acciones de daños, de enriquecimiento o de cesación de determinadas conductas productoras de la ofensa. Otra posibilidad es considerar que simplemente este tipo de cuestiones deberían quedar al margen de cualquier consecuencia jurídica. Sin duda, problemas y enfoques suficientemente complejos como para justificar otro trabajo.

¹⁶⁰ Como dice con razón KADRI, 2007, p. 31, sea cual sea la decisión final del tribunal en los casos que envuelven sentimientos religiosos y libertad de expresión solo una consecuencia es segura: el sentido de tal decisión desagradará al menos a tanta gente como dejará satisfecha.

BIBLIOGRAFÍA

- AHDAR R/LEIGH I., *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford University Press, 2005.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., *Introducción a la Teoría Jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, 1999.
- BARENDT, E., *Freedom of Speech*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2005.
- BOZAL, V., *Francisco de Goya. Vida y Obra*, Tf. Editores, 2005.
- BRADNEY, A., *Religions, Rights and Laws*, Leicester University Press, 1993.
- BRENT PLATE, S., *Blasphemy: art that offends*, Black Dog Publishing, 2006
- BRITZ, G., «Der Freiheit der Kuns in der europäischen Kulturpolitik», *Europarecht*, 2004, pp 1-26.
- CARBONELL MATEU, J. C./VIVES ANTÓN, T. S., «De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 2018 y ss.
- CHILDS, E. C., *Suspended License, Censorship and the visual Arts*, University of Washington Press, 1997.
- COETZEE, J. M., *Contra la censura. Ensayos sobre la pasión por silenciar*, traducción de la edición de 1996, por R. Martínez i Muntada, Debate, 2007.
- COSTA, J. P., *Libertà di espressione e identità collettive*, G.Giappichelli ed., 2007.
- CUERDA ARNAU, M. L., «Proporcionalidad penal y libertad de expression: la function dogmatica del efecto de desaliento», *RGDP*, 8, 2007, disponible en revistas@iustel.com
- DE WERRA, «Liberté de l'art e droit d'auteur», *Medialex*, 2001, 3, pp. 143-149.
- DOUZINAS, C., «The Aesthetics of Law», en *The Trials of Art*, D. McClean (ed), Ridinghouse, London, 2007, pp. 65-86.
- DREIER, S., «It's Not about Free Expression: A Sociological Examination fo the Daisch Cortoon Controversy», en *Rights in Context. Law and Justice in Late Modern Society*, R. Banakar (ed.), Ashgate, 2010, pp. 177-191.
- ELKINS, J., *On the Strange Place of Religion in Contemporary Art*, Routledge, 2010.
- FENWICK, H., *Civil Liberties and Human Rights*, 4.^a ed. Routledge-Cavendish, 2011.
- FREELAND, C., *Pero ¿esto es arte?*, 3.^a ed., Cátedra, 2006.
- GARCÍA AMADO, J.A., «La sentencia de la semana. Absolución de Javier Krahe del delito contra los sentimientos religiosos del artículo 525.1 CP», disponible en *Dura lex*, <http://garciamado.blogspot.com.es/2012/06/la-sentencia-de-la-semana-absolucion-de.html>
- HUGHEY, O., «The First Amendment and the Protection fo Art», en Duboff, L.D. (Ed.), *Art Law. Domestic and International*, Frd.B. Rothman, 1975, pp. 167-192.
- JERICÓ OJER, L., «La relevancia penal de los sentimientos religiosos como límite a la libertad de expresión. Especial referencia al delito de escarnio (artículo 525 CP)» en *Libertad de expresión y sentimientos religiosos*, M. Díaz y García-Conlledo/J.A. García Amado y otros (Coord.), Ed. Juruá, 2012, pp. 103-151.
- KADRI, S., «The Licence of Poets and Madmen: Judging Art since Veronese», en *The Trials of Art*, D. McClean (ed), Ridinghouse, London, 2007, pp. 19-35.
- KAPLAN, P., «Veronese and the Inquisition: The Geopolitical Context», en Childs, E.C., *Suspended License, Censorship and the visual Arts*, University of Washington Press, 1997, pp. 85-124.

- KEARNS, P., «The Neglected Minority: The Penurious Human Rights of Artists», en *Rights in Context. Law and Justice in Late Modern Society*, R. Banakar (ed.), Ashgate, 2010, pp. 83-96.
- *The legal concept of Art*, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- LETSAS, G., «Is there a right not to be ofended in one´s religious beliefs?», en *Law, State and Religion in the New Europe*. Zucca L/Ungureanu C. (eds), Debates and Dilemmas, 2012pp. 239-260.
- MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., «Comentario al artículo 525», en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, t. II, J.Córdoba Roda/M. García Arán (dirs.)*, Marcial Pons, 2004, pp. 2468-2470.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Comentario al artículo 13», en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. A. Mangas Martín (Dir.), Fundación BBVA, 2008, pp. 298-307.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, «Respeto a los sentimientos religiosos y libertad de expresión», *Anales Real Academia Jurisprudencia Legislación*, 2006, pp. 593-612. Reproducido en el libro del mismo autor, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa*, Pamplona, 2007.
- MCCLEAN, D/AVASENSSIAN, A., «Trials of the Title: the Trials of Brancusi and Veronese», en *The Trials of Art*, D. McClean (ed), Ridinghouse, London, 2007, pp. 37-63.
- MCCREA, R., *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford University Press, 2010.
- MINTEGUÍA ARREGUI, I., *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, Dykinson, 2006.
- MORTENSEN, R., «Art, Expression and the Offender Believer», en *Law and Religion*, R.J. Ahdar (ed.), Ashgate, 2000, pp. 181-197.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 18 ed., Tirant lo Blach, 2010.
- PLAZA PENADÉS, J., *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1, b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, 1997.
- RUBIO FERNÁNDEZ, E. M.^a, «Expresión frente a religión: un binomio necesitado de nuevas vías de entendimiento y de superación de sus interferencias», *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia, núm. 24, 2006, pp. 201-231.
- SANDBERG, R., *Law and Religion*, Cardiff University, 2011.
- SIMON, L. E., «The Re-Interpretation of the Crucifix in Contemporary Art: Rene Cox, Edwina Sandys and Robert Mapplethorpe», *Dissertation*, Sotheby´s Institute of Art-London, 2009.
- TAYLOR, P. M., *Freedom of Religion. UN and European Human Rights Law and Practice*, Cambridge University Press, 2005.
- TOMLINSON, J. A., «Goya and the Censors», en *Suspended License, Censorship and the visual Arts*, University of Washington Press, 1997, pp. 125-147.
- VASSALL-ADAMS, G., «Robert Mapplethorpe: the Perfect Moment», en *The Trials of Art*, D. McClean (ed), Ridinghouse, London, 2007, pp. 289-304.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «Los límites a los derechos fundamentales», en *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, en Bastida F./Villavede I./Requejo P./Presno M.A./Aldez B./Fernández Sarasola I, Tecnos, 2004 (Reimp. 2012), pp. 120-150.
- VIVES ANTÓN, T. S./CARBONELL MATEU, J. C., «Delitos contra la Constitución», en *Derecho penal. Parte especial*, 3.^a ed., Vives Antón et alrri, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 760 y ss.

- VIVES ANTÓN, T. S., *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, 1995.
- WHITE, M., «Not another Blasphemy Trial!: The Prosecution of George Grosz and Political Justice in Weimar Germany», en *The Trials of Art*, D. McClean (ed), Ridinghouse, London, 2007, pp. 255-270.
- YOUNG, A., «Piss Christ on Trial: Disgust, Obscenity and Transgression», en *The Trials of Art*, D. McClean (ed), Ridinghouse, London, 2007, pp. 307-324.

La prohibición de la discriminación por razón de sexo en el derecho laboral

PROF. DR. JOCHEN MOHR

Dresden*

RESUMEN

Las Directivas europeas han desarrollado el Derecho de protección de la persona contra la discriminación mediante un marco de conceptos y categorías jurídicas con el fin de realizar de forma más efectiva la igualdad de trato. Una diferencia de trato puede significar una discriminación directa o indirecta, acoso o acoso por razón de sexo. Una diferencia de trato no es discriminatoria si está justificada por requisitos profesionales esenciales y determinantes o está justificada por medidas de promoción – acciones positivas. Hay reglas características en relación con la carga de la prueba y las indemnizaciones serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Estas nuevas razones de Derecho privado han sido desarrolladas por las normas nacionales de transposición. En este sentido interesa conocer el Derecho alemán en relación con la Ley general sobre igualdad de trato (AGG) y la forma que se aplica por los tribunales alemanes bajo la influencia de la jurisprudencia TJCE. La armonización de las Directivas no es absoluta y seguramente la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres se puede entender mejor según las referencias de Derecho comparado.

PALABRAS CLAVES

Derecho privado-protección contra la discriminación-discriminación directa e indirecta-medidas de promoción

* El autor es titular de la Cátedra de Derecho civil, Derecho laboral, Derecho de cárteles y de energía de la Universidad Técnica de Dresden y es el director del Instituto para el Derecho de la energía.

ABSTRACT

European directives have developed a person's right to protection from discrimination using a legal framework of categories and concepts in order to establish the most effective way to guarantee equal treatment. Different treatment can entail direct or indirect discrimination, harassment or sexual harassment. Different treatment is not discriminatory if it is justified by genuine and determining occupational requirements or promotion measures: affirmative action. There are distinct rules regarding the burden of proof and the indemnities must be effective, proportionate and deterrent. This new private legal reasoning has been developed by national rules of transposition. In this respect, it is interesting to consider the German General Law on Equal Treatment (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz; «the AGG») and the way it is applied by German courts under the influence of ECJ case law. Harmonization of the directives is not absolute and surely Organic Law 3/2007 on Effective Equality between Women and Men would be better understood with comparative law references.

KEYWORDS

Private law-proteccion from discrimination- direct or indirect discrimination- promotion measures

SUMARIO: I. *La ley general sobre igualdad de trato como transposición del Acta europea.*—II. *Objetivos de la prohibición de la discriminación en el Derecho privado.* 1. *¿Protección de la autodeterminación o la búsqueda de una justicia supraindividual?* 2. *Un caso particular la legitimidad de las medidas de promoción.* 3. *La característica sexo.* 4. *Las condiciones de la discriminación.* a) *Discriminación directa.* aa) *La discriminación como perjuicio contrario a Derecho.* bb) *Sobre el concepto de perjuicio.* cc) *Perjuicio por razón de una característica protegida.* c) *Discriminación indirecta.*—III. *Conclusiones.*

I. LA LEY GENERAL SOBRE IGUALDAD DE TRATO COMO TRANSPOSICIÓN DEL ACTA EUROPEA

El 18 de agosto de 2006, tras largos debates jurídicos, entró en vigor en Alemania la Ley general sobre igualdad de trato (AGG)¹.

¹ Sola historia de la legislación, v. *Adomeit*, en: *Adomeit/Mohr*, *Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, 2.^a ed. 2011, introducción; Trüsing, en: *Säcker/Rixecker* (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MünchKommBGB)*, 6.^a ed. 2012, introducción AGG nota marginal 1 y ss.

Se trata de la transposición de las directivas comunitarias 2000/43/CE², 2000/78/CE³, 2006/54/CE⁴ (anteriormente 2002/73/CE)⁵ y 2004/113/CE⁶. Además, la AGG transpone al Derecho alemán la prohibición directa de discriminación en cuanto a la retribución, contemplada en el artículo 157, apartados 1 y 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Debido a su solapamiento con el Derecho europeo, el contenido de esta Ley está fuertemente influido por la jurisprudencia del TJCE⁷. Entretanto existe también jurisprudencia diferenciada del Tribunal Federal de lo Laboral (BAG)⁸. El Tribunal Supremo alemán (BGH) ha adoptado asimismo resoluciones que marcan el camino en este sentido⁹.

A la hora de interpretar la prohibición de la discriminación hay que tener en cuenta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del 7 de diciembre de 2000¹⁰, la cual en su artículo 21, apartado 1, establece la prohibición de discriminación por razón de sexo. En especial, el artículo 23 de la Carta obliga a garantizar la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución¹¹. Este «principio de igualdad» no impide el mantenimiento o adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado, según el artículo 23, apartado 2, CDFUE. Se

² Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, DOCE L 180.

³ Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DOCE L 303.

⁴ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) DOCE L 204 de 26/7/2006.

⁵ Directiva 2002/73/CE que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo de 23 de julio de 2002, DOCE L 269/15 de 5/12/2002.

⁶ Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, DOCE L 373 de 21/12/2004; muy completo sobre los fundamentos del Derecho europeo contra la discriminación, Riesenhuber, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2009, § 11 y *passim*.

⁷ *Oetker*, en: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht* (MünchArbR), 3.^a ed. 2009, § 14 nota marginal 2.

⁸ El portal jurídico Juris contaba a fecha de 3/8/2012 con 862 resoluciones relativas a la Ley General de Igualdad alemana (AGG).

⁹ Sentencia del Tribunal Federal Supremo (en adelante, SBGH) de 9/3/2012 –V ZR 115/11, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2012, 1725 notas marginales, 26 con comentarios, *Adomeit/Mohr*, *Deutscher AnwaltSpiegel* n.º 8/2012, pp. 12 y ss., disponible en Internet en <http://www.deutscheranwaltspiegel.de/archiv>.

¹⁰ DOCE C 364 de 18/12/2000, p. 1, en la versión adaptada en Estrasburgo el 12/12/2007, DOUE de 14/12/2007 C 303/01.

¹¹ *P. Hanau*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (NZA) 2009, 1, 2.

permiten a nivel del Derecho simple, por ejemplo, medidas de promoción de las mujeres. El artículo 6, apartado 1, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea equipara la CDFUE al propio Tratado, elevándola así al nivel del Derecho primario¹². Las Directivas antidiscriminación no solamente hacen valer los derechos fundamentales de la UE, sino que ellas mismas están fuertemente influidas por dichos derechos fundamentales¹³. La CDFUE, según su artículo 51, apartado 1, no sólo es de aplicación para los órganos e instituciones de la UE, sino también para los Estados miembros, en tanto que éstos se rigen por el Derecho comunitario.

A pesar de que la CDFUE se equipara al Derecho primario, hay que hacer la observación de que los derechos fundamentales solo atañen directamente a la relación del Estado con los ciudadanos. En el ámbito del Derecho privado dichos derechos fundamentales no son de aplicación directa¹⁴. Así pues, contradiciendo la famosa teoría del jurista alemán Hans Carl Nipperdey, la Constitución y los derechos fundamentales no componen la «parte general» del ordenamiento jurídico¹⁵. No obstante sí es posible, aunque más sutil, una «aplicación indirecta frente a terceros», por ejemplo mediante la interpretación de las cláusulas generales¹⁶. En cualquier caso dicha interpretación habrá de respetar los principios del Derecho privado, el cual protege ante todo la autodeterminación del individuo en el ámbito personal y económico (cf. art. 16 CDFUE: libertad de empresa)¹⁷. Así pues –y contrariamente a la visión muy difundida en Europa¹⁸– la libertad de contratar y la autonomía privada, concepto más amplio y del que deriva aquella, no han de ser medidas en términos de una igualdad emanada de un ideal de justicia por encima del individuo, sino que tienen como objetivo primario la autodeterminación del ciudadano¹⁹.

¹² Streinz/Ohler/Herrmann, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, 3.ª ed. 2010, § 14 del III.

¹³ Cf. STJCE de 1/3/2011 –C-236/09, NJW 2011, 907– Test-Achats.

¹⁴ Cf. SBGH de 9/3/2012 –V ZR 115/11, NJW 2012, 1725 nota marginal 26 con comentarios Adomeit/Mohr, *Deutscher AnwaltSpiegel* n.º 8/2012, pp. 12 y ss., en Internet en <http://www.deutscheranwaltspiegel.de/archiv>.

V. también SBGH de 23/4/2012 – II ZR 163/10, NJW 2012, 2346 ss., sobre la aplicación de la AGG al administrador de una sociedad de responsabilidad limitada alemana (GmbH).

¹⁵ Sobre esto, Adomeit, en: *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 2008, pp. 149 y ss.

¹⁶ V. también SBGH de 9/3/2012 –V ZR 115/11, NJW 2012, 1725 nota marginal 26 y s.

¹⁷ Sobre el actual debate de un «more economic approach» en el Derecho de la libre competencia en la UE, v. *Künzler*, Wertekollision in der Wettbewerbstheorie, en: *Festschrift für Walter Ott*, 2008, pp. 299 y 320.

¹⁸ *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, *JuristenZeitung (JZ)* 2008, 530, 534.

¹⁹ *Nörr*, *Die Leiden des Privatrechts*, 1994, pp. 224 y ss. entre otras.

II. OBJETIVOS DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO PRIVADO

En contra de este principio, la normativa legal sobre no discriminación no tiene como único objetivo la garantía de la autodeterminación de los ciudadanos, sino que en gran medida persigue objetivos de redistribución por encima del individuo²⁰.

1. ¿PROTECCIÓN DE LA AUTODETERMINACIÓN O BÚSQUEDA DE UNA JUSTICIA SUPRAINDIVIDUAL?

La Directiva 2000/78/CE persigue en su artículo 1 «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.» Por esta razón también se le llama «Directiva marco». Estos objetivos se perfilan más claramente en cuanto a la discriminación por razón de sexo en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE, según el cual se pretende «garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación».

El Derecho sobre la no discriminación tiene, según la concepción clásica del Derecho privado, el objetivo de proteger la personalidad individual²¹. Junto a la prohibición de discriminación por razón de sexo²², contemplada anteriormente en el Código Civil (BGB), el Tribunal Federal de lo Laboral ha resuelto acertadamente que la discriminación atenta contra el derecho general de la personalidad, por lo que, según el § 823, apartado 1, BGB, es legítima la pretensión de compensación por los daños resultantes de dicha discriminación²³. También la AGG prevé actualmente, como consecuencias jurídicas del quebrantamiento de la prohibición de discriminación establecida en el § 7, apartado 1, AGG, la nulidad (parcial) de la regulación discriminatoria, así como las pretensio-

²⁰ Todavía fundamental *Säcker*, «Vernunft statt Freiheit!» –Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner– Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsgesetzes, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2002, pp. 286 y ss.

²¹ BT-Drucks. 16/1780, 20.

²² § 611a, apartado 2, BGB (versión antigua).

²³ Sentencia del Tribunal Federal de lo Laboral (en adelante, SBAG) de 14/3/1989 –8 AZR 447/87, AP § 611a BGB n.º 5 con comentarios *Scholz*; Dausen/Eichenhofer, *EU-Wirtschaftsrecht*, 26.^a ed. 2010, D. III. Arbeitsrecht, nota marginal 102. Sobre rescisiones discriminatorias como lesiones del derecho general de la personalidad, v. *Mohr*, *Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA)* 2007, pp. 361, 370 y s.

nes juridicoprivadas derivadas del § 7, apartado 2, AGG, relativas a una compensación material y una indemnización inmaterial (§ 15, apartados 1 y 2, AGG). Se diferencia así fundamentalmente de la Ley Orgánica, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH) vigente en España, la cual prevé básicamente sanciones administrativas para los discriminadores²⁴.

Sin embargo, una interpretación muy extendida en la actualidad pone el énfasis en la prohibición de la discriminación, no buscando la protección de la personalidad individual, sino más bien la obtención de iguales resultados, independientemente de la lesión que dicha discriminación supone²⁵. Esta interpretación no se basa en la autonomía privada del individuo²⁶, sino en un objetivo de justicia supraindividual²⁷. La ilegitimidad de la discriminación no solo se afirma por la desventaja que supone para el individuo concreto, sino también por un estado que la sociedad en su conjunto considera desventajoso. El Tribunal Federal de lo Laboral asume esta interpretación en su Resolución de 22/1/2009, en tanto que considera que la pretensión de indemnización por discriminación no presupondría una lesión del derecho general de la personalidad, causada por una «ofensa» al demandado/a²⁸, sino que ya estaría indiciada por un «tratamiento objetivamente desigual» en cuanto que bien protegido²⁹. También en la jurisprudencia del TJCE encontramos esta «apreciación material» de la prohibición de discriminación. Así se comprueba, por ejemplo, en la *Sentencia Feryn*, según la cual el mero hecho de que un empleador exprese públicamente su negativa a contratar empleados de una determinada procedencia étnica supone una discriminación directa en el empleo, aun si no hay una persona concreta afectada³⁰. Además el empleador habría hecho esta declaración sobre la base de las «preferencias discriminatorias» de su clientela, que no querrían emplear a personas de origen marroquí en sus hogares, expresando de esta forma su propia infravaloración. La LOIMH española también está imbuida de este carácter material cuando, de acuerdo con el artículo 23,

²⁴ *Adomeit*, en: *Festschrift für Birk*, 2008, pp. 1, 5.

²⁵ Sobre esto, ejemplarmente *Baer*; ZRP 2002, pp. 290 y ss.

²⁶ Sobre ésta hace hincapié, sin embargo, SBGH de 9/3/2012 –V ZR 115/11, NJW 2012, 1725, nota marginal 8.

²⁷ Crítica sobre el análisis económico del Derecho –en discrepancia con las teorías de *Posner* y *Hayek*– *Mestmäcker*. *A legal theory without law*, 2007.

²⁸ Este trabajo utiliza conceptos funcionales («demandante», «solicitante») con el único fin de facilitar la lectura. Estos conceptos han de hacerse extensivos a todas las personas afectadas por la característica «sexo», es decir, no solo hombres y mujeres, sino también embarazadas, madres y transexuales.

²⁹ SBAG de 22/1/2009 –8 AZR 906/07, NZA 2009, p. 945, nota marginal 70.

³⁰ STJCE de 10/7/2008 –C-54/07, NJW 2008, pp. 2767 ss.– *Feryn*.

apartado 1, CDFUE, busca el tratamiento igualitario de hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida³¹.

2. UN CASO PARTICULAR: LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS DE PROMOCIÓN

El Derecho sobre la no discriminación no busca solo la protección ante ofensas a individuos concretos, sino más bien un reparto de recursos escasos aplicando criterios supraindividuales. Esto se pone de manifiesto en las disposiciones relativas a la legitimidad de la llamada «discriminación positiva»³². En el Derecho alemán los fundamentos y los límites de este tipo de medidas están regulados por el § 5 AGG³³, en virtud del cual es lícito un tratamiento desigual, más allá de otras justificaciones particulares, cuando mediante medidas adecuadas y proporcionadas se pueden evitar o compensar desventajas existentes en relación con alguna característica protegida.

Según la jurisprudencia asentada del TJCE la promoción de determinados grupos de empleados sirven al ideal de igualdad material³⁴: Las medidas de promoción solo son discriminatorias en apariencia; en la realidad contribuyen a reducir o eliminar diferencias existentes en la realidad social. En cualquier caso este tipo de «medidas positivas» han de aplicarse dentro de ciertos límites. Ante todo deben ser «adecuadas y proporcionadas» al fin perseguido. Según dicha jurisprudencia, son posibles las medidas que fomenten una mejor armonizar la vida familiar y profesional o que permitan mejorar las condiciones laborales existentes para hacerlas más compatibles con las exigencias del «papel social» desempeñado tradicionalmente por las mujeres³⁵, con el objetivo de alcanzar una *verdadera igualdad de oportunidades* en el mercado laboral³⁶. Por el contrario, son ilegítimas aquellas medidas que no sólo persiguen una igualdad de oportunidades, sino una mera *igualdad de resultados*, como, por ejemplo, el establecimiento de cuotas para el

³¹ Adomeit, in: Festschrift für Birk, 2008, pp. 1, 3 y ss.

³² Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 18.^a ed. 2010, nota marginal 315; Schleuse-ner/Suckow/Voigt/Voigt, AGG, 3.^a ed. 2010, § 5, nota marginal 7: «mayor apertura también en vistas a una igualdad de resultados».

³³ El § 5 AGG transpone al Derecho alemán, entre otros, el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE y el artículo 6 de la Directiva 2004/113/CE y ha de interpretarse, por tanto, conforme a dichas Directivas; cf. BT-Drucks. 16/1780, p. 33.

³⁴ STJCE de 11/11/1997 –C-409/95, EuZW 1997, 756, 757 nota marginal 26–Marschall.

³⁵ STJCE de 19/3/2002 –C-476/99, NJW 2002, 1859, 1860 nota marginal 24 ss.–Lommers.

³⁶ Thüsing, DB 2002, 1252, 1254.

acceso a la función pública³⁷. Actualmente se está discutiendo, tanto en Alemania como en la Unión Europea, la fijación de cuotas obligatorias de mujeres en los Consejos de las empresas privadas³⁸. Tales iniciativas contravienen toda una serie de resoluciones en sentido contrario adoptadas por el TJCE en el ámbito del Derecho laboral. Resultan siempre problemáticas, porque las medidas de promoción destinadas a una minoría protegida van automáticamente en detrimento directo de la mayoría³⁹.

En el Derecho estadounidense –precursor de la antidiscriminación a nivel internacional⁴⁰– siguen siendo muy controvertidas las medidas de promoción de los grupos humanos históricamente desfavorecidos. La jurisprudencia está aplicando un criterio cada vez más restrictivo. Así se aprecia claramente en dos resoluciones de la Corte Suprema del año 2003 relativas a la promoción de minorías étnicas en el acceso a la educación universitaria⁴¹. Según éstas, la promoción de determinadas minorías para compensar agravios históricos sólo sería legítima cuando la discriminación sufrida en el pasado fuera específica, concreta y demostrable, y se hubiera producido en el ámbito de las competencias de cada regulador en cuestión. Esta demostración no es posible en los casos relativos al criterio de admisión de las universidades. Más bien debe intentarse aumentar la proporción de estudiantes pertenecientes a minorías étnicas. El interés legítimo no puede ir más allá de garantizar una diversificación del estudiantado. E incluso así, habrá de garantizarse un criterio individual de selección. Puesto que el objetivo de la prohibición legal de la discriminación es acabar con cualquier discriminación por razón de las características protegidas, la Corte Suprema fijó a las universidades un tope de 25 años para la aplicación de «acciones positivas».

El debate suscitado recientemente en Alemania sobre la legitimidad de cuotas en las empresas privadas depende también de la modélica *Sentencia Gema*, dictada por el Tribunal Federal de lo Laboral el año 2011. Aquí el Tribunal –en concordancia de fondo con la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense– estima que los llamados «techos de cristal» no suponen, por sí mismos, un indicio suficiente de discriminación de las mujeres⁴². El término

³⁷ STJCE de 17/10/1995 –C-450/93, NJW 1995, 3109, 3110, nota marginal 23–Kalanke.

³⁸ A favor, por ejemplo, *Langenbacher*, JZ 2011, pp. 1083 y ss.

³⁹ *Adomeit/Mohr*, KommAGG, 2.^a ed. 2011, § 5, nota marginal 9.

⁴⁰ *MünchKommBGB/Thüsing*, 6.^a ed. 2012, introducción a la AGG, nota marginal 9.

⁴¹ *Lutter v. Bollinger* 123 S. Ct. 2325 (2003), 539 U.S. 241 (2003); *Gratz v. Bollinger*, 123 S. Ct. 2411 (2003), 539 U.S. 516 (2003).

⁴² SBAG de 22/7/2010 –8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93, nota marginal 75: «La comparación del porcentaje de mujeres en los puestos de dirección en otras empresas no es

«techo de cristal» procede de un planteamiento propuesto en Estados Unidos en la década de los 80 para explicar el fenómeno de que tanto mujeres como miembros de minorías étnicas con alto grado de cualificación permanecían «estancados» en los puestos intermedios de las empresas y organizaciones y no accedían a los altos puestos de dirección⁴³. Según la convincente argumentación del Tribunal Federal de lo Laboral, para poder asumir que hay una discriminación de las mujeres son precisos argumentos concretos, más allá de los meros datos estadísticos⁴⁴. No es, pues, suficiente aducir «evidentes desequilibrios» en la participación de las mujeres en los distintos estratos jerárquicos de una empresa, pues esto no permite deducir que haya necesariamente discriminación, sino que también puede depender de las preferencias personales de las empleadas⁴⁵.

3. LA CARACTERÍSTICA SEXO

El término sexo ha de entenderse en un sentido biológico, como diferenciación entre el hombre y la mujer⁴⁶. Al contrario que el *gender mainstreaming*, no hace referencia al «género sociocultural», es decir a la cuestión de si una persona se siente y se comporta como hombre o como mujer⁴⁷. Sobre la base de un «punto de vista biológico» incluimos en la característica sexo también casos de hermafroditismo, es decir, personas que poseen ambos sexos⁴⁸. En cualquier caso, el concepto norteamericano de *gender mainstreaming* es utilizado en Europa en un sentido lato⁴⁹. Aquí se emplea para designar una estrategia política que persigue la igualdad entre los sexos, por lo que cualquier medida política ha de tener en cuenta los efectos que ésta tendrá sobre la relación entre los sexos. En este sentido es utilizado el término en la LOIMH⁵⁰.

Hay que distinguir la característica sexo de la orientación sexual en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE, formulada como «identidad sexual» en el § 1 AGG. Según el criterio del TJCE

indicio de la existencia de “techos de cristal” en la demandada. (...) Por regla general han de pedirse cifras comparativas en las ramas y profesiones equiparables», *Adomeit/Mohr*, AGG, 2.^a ed. 2011, § 22, nota marginal 38 s.

⁴³ En Internet, en http://de.wikipedia.org/wiki/Gläserne_Decke.

⁴⁴ SBAG de 22/7/2010 – 8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93, nota marginal 76.

⁴⁵ SBAG de 22/7/2010 – 8 AZR 1012/08, NZA 2011, 93, nota marginal 76.

⁴⁶ V. también artículo 1, inciso 1, de la Directiva 2006/54/CE.

⁴⁷ *Baer*, *Würde oder Gleichheit?*, 1995, p. 234: En cuanto al sexo como elemento social, el hombre se caracteriza por su poder; la mujer, por su sometimiento.

⁴⁸ *MünchKommBGB/Thüsing*, 6.^a ed. 2012, § 1 AGG, nota marginal 58.

⁴⁹ *Ahrens*, en: *Bergmann*, *Handlexikon der Europäischen Union*, 4.^a ed. 2012, concepto de Gender Mainstreaming.

⁵⁰ *Adomeit*, en: *Festschrift für Birk*, 2008, p. 1.

no era la discriminación por razón de la identidad sexual de una persona lo que contemplaba el precepto de igual retribución para hombres y mujeres recogido en el artículo 157, apartado 1, AEUV⁵¹. Sin embargo éste incluye a las personas transexuales⁵², aunque, dado que el fenómeno de la transexualidad se da en ambos sexos, quizá debería quedar mejor encuadrado bajo la orientación sexual. El legislador europeo ha recogido entretanto este criterio jurisprudencial en el Considerando 3 de la Directiva 2006/43/CE⁵³, según el cual el principio de igualdad de trato de hombres y mujeres, en atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona.

Este argumento sólo resulta convincente en tanto que se trate de personas transexuales que se han sometido a un cambio de sexo⁵⁴, pues entonces ya poseen (de nuevo) un sexo determinado. *Con anterioridad* al cambio de sexo, por el contrario, la característica de la identidad sexual será determinante siempre que se trate de discriminaciones relacionadas con el futuro cambio de sexo⁵⁵. Se admite sin discusión que los travestidos, es decir, personas que se visten como las del otro sexo, quedan excluidos de esta consideración⁵⁶.

Según el § 3, apartado 1, inciso 2, AGG existe una discriminación directa por razón de sexo en el ámbito laboral cuando se da un trato indebido a las mujeres por motivo de un embarazo o de la «maternidad». Esta disposición se basa en el artículo 2, apartado 2, letra c, de la Directiva 2006/54/CE, que prohíbe cualquier trato desfavorable a la mujer en relación con el embarazo o con el permiso por maternidad. De esta forma el Derecho comunitario vela no solo por la integridad física de la mujer durante y después del embarazo⁵⁷, sino que la prohibición de discriminación por razón de sexo también persigue el objetivo de que, tras el embarazo y el permiso por maternidad, la mujer pueda regresar a su antiguo puesto de trabajo, o a otro similar, en condiciones que no sean peores para ella⁵⁸. Además, deberán disfrutar de todas aquellas mejoras de las condi-

⁵¹ STJCE de 17/2/1998 –C-249/96, EuZW 1998, pp. 212, 214, nota marginal 25 y ss.– Grant.

⁵² STJCE de 27/4/2006 –C-423/04, EuZW 2006, p. 342– Richards.

⁵³ Wendeling-Schröder/Stein/Wendeling-Schröder, AGG, 2008, § 1, nota marginal 21.

⁵⁴ MünchKommBGB/Thüsing, 6.ª ed. 2012, § 1 AGG, nota marginal 56.

⁵⁵ BT-Drucks. 16/1780, p. 31.

⁵⁶ Schleusener/Suckow/Voigt/Schleusener, AGG, 3.ª ed. 2010, § 1, nota marginal 47.

⁵⁷ Cf. Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, DOCE L 348 de 28/11/1992, pp. 1 y ss.

⁵⁸ Art. 15, inciso 1, Directiva 2006/54/CE.

ciones laborales que les hubieran correspondido durante su ausencia⁵⁹. Según el artículo 16 de la Directiva 2006/54/CE, ésta no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Por lo demás, cabría pensar que solo las mujeres tienen derecho al permiso especial de maternidad. El derecho alemán permite a ambos progenitores solicitar el respectivo permiso de paternidad⁶⁰. También la LOIMH contempla el derecho a este permiso especial, tanto para mujeres como para hombres indistintamente, en el artículo 44, párrafo 3⁶¹.

4. CONDICIONES DE LA DISCRIMINACIÓN

a) **Discriminación directa**

Se produce una discriminación directa de una persona cuando ésta por razón de su sexo es, ha sido, o podría ser objeto de un trato peor que otra persona en una situación semejante y siempre que la norma o la medida que origina dicha discriminación tenga relación directa con el sexo de dicha persona⁶². Así pues, el hecho de la discriminación requiere, primero, la discriminación de una persona con la característica protegida frente a otra persona; segundo, que la situación de ambas sea equiparable; y tercero, que la discriminación lo sea precisamente por dicha característica⁶³.

aa) *La discriminación como perjuicio contrario a Derecho*

El Derecho comunitario y el alemán tratan de forma distinta, no el concepto de perjuicio, sino el de discriminación. La propia distinción entre «perjuicio» y «discriminación» pone ya de manifiesto que no siempre un trato desigual, aunque conlleve un perjuicio, tiene automáticamente carácter discriminatorio⁶⁴. Solo se debe hablar de discriminación cuando existe un trato injusto, perjudicial y contrario a Derecho.

La característica de la antijuridicidad contribuye a la limitación y precisión de las prohibiciones legales, al delimitar los respectivos

⁵⁹ Artículo. 15 Directiva 2006/54/CE.

⁶⁰ § 15 de la Ley sobre el subsidio y el permiso de paternidad (*Bundeselterngehalt- und Elternzeitgesetz –BEEG*).

⁶¹ «Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social».

⁶² SBAG de 18/3/2010 –8 AZR 77/09– NZA 2010, p. 872, nota marginal 19.

⁶³ Cf. *Rupp*, *Recht der Arbeit* (RdA) 2009, pp. 307 y ss.

⁶⁴ BT-Drucks. 16/1780, p. 30.

derechos del autor y de la víctima del perjuicio⁶⁵. De hecho el Derecho de los países germanoparlantes dedica especial atención a la fase de prueba de la antijuridicidad⁶⁶, a diferencia del *Common Law of Torts* británico o del *Draft Common Frame of Reference*, ese proyecto de código civil común para la Unión Europea en el que se trabaja actualmente⁶⁷. En cualquier caso, resulta muy difícil sustentar dogmáticamente una responsabilidad civil delictual –que es en última instancia el objetivo del Derecho contra la discriminación, pese a la ficción contemplada en el § 7, apartado 3, AGG, que alude a la relación contractual entre la empresa y el solicitante de empleo– si prescindimos de la categoría de la antijuridicidad⁶⁸. El Derecho contra la discriminación resuelve el problema de forma constructiva, estatuyendo sus causas de justificación⁶⁹. También los «Principles of European Tort Law» del *European Group on Tort Law*⁷⁰ se basan, según su objeto, en el concepto de la antijuridicidad⁷¹. Es, por tanto problemático que el TJCE aplique restrictivamente los criterios justificativos aludiendo a un supuesto principio de «interpretación estricta de las excepciones»⁷², con lo que no se realiza una valoración global de los intereses. Solamente puede tener carácter decisivo el objetivo de la norma prohibitoria⁷³.

Según esto una diferenciación de hecho es legítima cuando está amparada en alguna cláusula de exención. Como principal justificación se podría aducir el «requisito profesional esencial y determinante» recogido en el § 8, apartado 1, AGG. Según el artículo 14, apartado 2, de la Directiva 2006/54/CE, los Estados miembros «podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales

⁶⁵ Cf. en relación con las deliberaciones sobre el primer borrador para la elaboración de un Código Civil *Katzenmeier* Archiv für civilistische Praxis (AcP) 203 (2003), pp. 79, 87.

⁶⁶ *Jansen*, Principles of European Tort Law?, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 70 (2006), 736, 741. Fundamental *Jhering*, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, 1867.

⁶⁷ *Brüggemeier*, en: *Festschrift für Deutsch II*, 2009, pp. 749, 754 y s.; excepción: Art. 2.208 «unlawful impairment of business».

⁶⁸ *Brüggemeier*, *Haftungsrecht*, 2006, pp. 32 y ss.

⁶⁹ *Brüggemeier*, en: *Festschrift für Deutsch II*, 2009, pp. 749, 755; v. sobre el DCFR, su capítulo 5 «defences».

⁷⁰ Al respecto, *Koziol Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2004, p. 234; *Wagner* 42 *Common Market Law Review (CML Rev)* a partir de 2005, p. 1269.

⁷¹ *Jansen*, *RabelsZ* 70 (2006), 736, 766, que en cuanto al concepto de antijuridicidad censura que no contaba con valoraciones objetivas (nota al pie n.º 218).

⁷² En cuanto al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE (= § 8, apartado 1, AGG), v. por ejemplo *GA Villalón*, conclusiones de 19/5/2011 –C-447/09, *BeckEuRS* 2011, 572673, nota marginal 60 s.

⁷³ *Riesenhuber*, en: *Riesenhuber, Europäische Methodenlehre*, 2.ª ed. 2010, § 11, nota marginal 64.

concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.» En este contexto el Tribunal Federal de lo Laboral, acertadamente, ha considerado ajustado a Derecho el hecho de que el responsable de un internado femenino, a la hora de contratar a un asistente, contrate exclusivamente a mujeres si el puesto incluye también servicio nocturno en dicho internado. En este caso la exclusión de solicitantes masculinos en el proceso de selección no supone una discriminación ilegítima por razón de sexo⁷⁴. El TJCE se ha mostrado hasta el momento muy prudente en cuanto a la justificación del requisito profesional esencial y determinante en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE. Hasta la fecha, que sepamos, solamente ha habido una resolución en que la legitimidad de una discriminación se basa en dicha disposición⁷⁵.

bb) *Sobre el concepto de perjuicio*

Un perjuicio directo presupone que una persona ha sido perjudicada frente a otra (real o ficticia). El Derecho contra la discriminación no contiene ninguna disposición que determine cuándo una medida se considera perjudicial, cuándo neutral o incluso ventajosa⁷⁶. ¿Ha de aplicarse un criterio objetivo o es más importante la percepción subjetiva del afectado? ¿Ha de tomarse en consideración solamente la norma o la medida concreta en cuestión, o ha de adoptarse un punto de vista global, que incluya las posibles ventajas futuras que pueda conllevar el perjuicio actual?

El perjuicio directo parte de la base de que se está colocando a alguien en desventaja o se le está privando de una ventaja. El que exista o no un perjuicio se establece objetivamente a partir de la percepción de un tercero con conocimiento de causa⁷⁷. La percepción subjetiva del trabajador concreto no es relevante, pues en ese caso la presunta víctima ya estaría en situación de iniciar la acción contra la discriminación⁷⁸. Más problemáticos resultan aquellos casos en que un perjuicio va asociado a una ventaja⁷⁹. Con muy

⁷⁴ SBAG de 28/5/2009 –8 AZR 536/08, NZA 2009, p. 1016, nota marginal 40.

⁷⁵ STJCE de 12/1/2010 –C-229/08, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2010, p. 142, nota marginal 31 ss.– Wolf con discusión *Mohr*; Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA) 2010, pp. 371 y ss.

⁷⁶ *Adomeit/Mohr*; JZ 2009, pp. 179 y ss.

⁷⁷ SBAG de 25/2/2010 –6 AZR 911/08, NZA 2010, p. 561, nota marginal 33.

⁷⁸ SBAG de 17/12/2009 –6 AZR 242/09, NZA 2010, p. 273, nota marginal 31.

⁷⁹ En el Derecho sobre daños se discute un problema semejante bajo la idea de la compensación de la ventaja; cf. *Mohr*, Jura 2010, pp. 645 y ss.

buen criterio se aplica entonces una valoración de conjunto, pues de lo contrario estaríamos separando artificialmente elementos que en la práctica están interrelacionados. Por el contrario, cuando se opta por un método de proceder formal, como hace el TJCE, la valoración de la antijuridicidad habrá compensarse posteriormente con la consideración de las consecuencias.

En la práctica la discriminación directa tiene especial relevancia en el contexto de las solicitudes de empleo⁸⁰. Según la jurisprudencia asentada del Tribunal Federal de lo Laboral, en el contexto de la selección de personal con vistas a la colocación y la promoción ya se produce una discriminación cuando un candidato objetivamente idóneo es excluido del proceso de selección⁸¹. El perjuicio radica ya en la misma «privación de la posibilidad de empleo»⁸². Incluso la no invitación a una entrevista de presentación supone, según este punto de vista, un «trato menos favorable»⁸³.

Sin embargo, en el proceso de selección de personal solamente puede ser objeto de discriminación quien solicita honestamente dicho empleo, y no quien acude meramente con la intención de entablar posteriormente un litigio por daños y perjuicios al amparo del Derecho alemán⁸⁴. Por tanto, una «solicitud» pertinente desde el punto de vista jurídico, puede ser denegada cuando desde el principio falta la voluntad de aceptar realmente la plaza solicitada⁸⁵. El requisito de la solicitud honesta frustra el propósito de quien desea convertir la denuncia por discriminación en su *modus vivendi*⁸⁶. El primer exponente de esto aparece en la famosa *Sentencia Draempaehl* del TJCE⁸⁷. Así, pues, se puede descartar que haya discriminación, no solo cuando el candidato no reúne las condiciones objetivas para ocupar la plaza ofertada⁸⁸, sino también cuando se presenta la solicitud con el único objetivo de obtener posteriormente una indemnización⁸⁹.

⁸⁰ Al respecto, *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, pp. 179 y ss.

⁸¹ SBAG de 19/8/2010 –8 AZR 370/09, NZA 2011, p. 200, nota marginal 23 y ss.

⁸² SBAG de 19/8/2010 –8 AZR 530/09, NZA 2010, p. 1412, nota marginal 51.

⁸³ SBAG de 20/5/2010 –8 AZR 287/08 (A), NZA 2010, p. 1006, nota marginal 13.

⁸⁴ SBAG de 21/7/2009 –9 AZR 431/08, NZA 2009, p. 1087, nota marginal 50.

⁸⁵ SBAG de 21/7/2009 –9 AZR 431/08, NZA 2009, p. 1087, nota marginal 50.

⁸⁶ La llamada AGG-Hopper; SBAG de 12/11/1998 –8 AZR 365/97, Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (SAE) 2000, pp. 60 y ss. Con comentarios, *Walker*.

⁸⁷ STJCE de 22/4/1997 –C-180/95, NJW 1997, 1839– Draempaehl, con comentarios *Adomeit*, NJW 1997, p. 2295.

⁸⁸ Es ésta una cuestión de comparabilidad; cf. SBAG de 19/8/2010 –8 AZR 370/09, NZA 2011, 200, nota marginal 24. Sin embargo falta la condición de solicitante cuando la gran diferencia entre el perfil exigido para la plaza ofertada y la cualificación del candidato permiten poner en duda la honestidad (subjética) de la solicitud (SBAG, *ibid.*).

⁸⁹ En relación con el § 611a BGB, cf. Juzgado de lo Laboral de Potsdam, Sentencia de 13/7/2005 –8 Ca 1150/05; a menudo dejada inconclusa por la Sentencia BAG de 19/8/2010 –8 AZR 530/09, NZA 2010, p. 1412, nota marginal 32.

Se puede aplicar el principio de que un solicitante que actúa honestamente hará todo lo posible por ofrecer una imagen positiva de su persona y de sus aptitudes en relación con la plaza que solicita⁹⁰. Una solicitud fraudulenta, dirigida a obtener no la plaza sino una indemnización ulterior, puede suponerse en función de los siguientes indicios⁹¹: el solicitante se halla claramente sobre o infracualificado⁹²; la solicitud es manifiestamente ambigua o poco seria⁹³; la solicitud contiene evidentes referencias a características protegidas, como la orientación sexual; el solicitante aspira a una remuneración desorbitada⁹⁴; el solicitante cuenta con amplios antecedentes de denuncia por discriminación en ofertas de empleo, con su consiguiente solicitud de indemnización⁹⁵. Según estos principios, cabe albergar serias dudas acerca de la honestidad de la solicitud cuando un solicitante ha interpuesto 24 denuncias por presunta discriminación, varias de las cuales presentan idéntico contenido⁹⁶. Por el contrario, no se presume deshonestidad en la solicitud por presentar una demanda inmediatamente después de una actuación que se considera discriminatoria⁹⁷. Tampoco es indicio de deshonestidad subjetiva el hecho de que un solicitante se haya presentado antes varias veces, sin éxito, a dicha plaza⁹⁸.

cc) *Perjuicio «por razón de» una característica protegida*

Un «trato menos favorable» solo supone discriminación ilegítima según el § 3, apartado 1, AGG, cuando se produce «por razón de» una característica protegida. La interpretación de dicha característica dista de ser unánime. Según la resolución del Tribunal Federal de lo Laboral, la discriminación «por razón de» una característica protegida precisa solo de una relación causal, no de un factor de intención⁹⁹. Dicha relación causal se da cuando el perjuicio

⁹⁰ Tribunal Regional de lo Laboral de Berlín, Sentencia de 30/3/2006 –10 Sa 2395/05, NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht (NZA-RR) 2006, p. 513.

⁹¹ *Diller*, Betriebsberater (BB) 2006, pp. 1968, 1969 y ss.

⁹² SBAG de 19/8/2010 –8 AZR 370/09, NZA 2011, p. 200, nota marginal 24.

⁹³ Tribunal Regional de lo Laboral de Berlín, Sentencia de 30/3/2006 –10 Sa 2395/05, NZA-RR 2006, p. 513: sin datos sobre solicitudes en relación con requisitos profesionales reconocidos como esenciales.

⁹⁴ Tribunal Regional de lo Laboral de Berlín, Sentencia de 30/3/2006 –10 Sa 2395/05, NZA-RR 2006, p. 513.

⁹⁵ Muy controvertido, cf. SBAG de 19/8/2010 –8 AZR 370/09, NZA 2010, p. 200, nota marginal 24.

⁹⁶ Juzgado de lo Laboral de Kiel, Sentencia de 5/6/2008 –5 Ca 453 b/08, nota marginal 49; otra opinión en SBAG de 21/7/2009– 9 AZR 431/08, NZA 2009, p. 1087, nota marginal 50.

⁹⁷ Tribunal Regional de lo Laboral de Hamm, Sentencia de 7/8/2008 –11 Sa 284/08, nota marginal 69.

⁹⁸ SBAG de 21/7/2009 –9 AZR 431/08, NZA 2009, p. 1087, nota marginal 50.

⁹⁹ SBAG de 22/1/2009 –8 AZR 906/07, NZA 2009, p. 949.

cio se deriva de las causas expuestas en el § 1 AGG¹⁰⁰. Como resultado, las normas antidiscriminación se consideran hechos objetivos en el cumplimiento de un deber, en el sentido de que suponen una garantía para el comportamiento no discriminatorio¹⁰¹. Para que haya discriminación es necesario que se produzca un comportamiento antijurídico; no es relevante que el comportamiento sea subjetivamente reprochable. En este sentido se aprecia cierto paralelismo con la prohibición de la discriminación en relación con la libre competencia, concretamente en el artículo 102 AEUV¹⁰².

El Derecho contra la discriminación rompe así con el principio de la responsabilidad por culpa, basado en una idea muy arraigada en toda la Europa continental durante el siglo XIX¹⁰³. Este principio reflejaba el ideal filosófico de la Ilustración y el concepto de la ética de la libertad y la responsabilidad propuesto por Emmanuel Kant. Según éste es un derecho de toda persona, por el mero hecho de serlo, el verse libre del arbitrio de otras personas, siempre y cuando la libertad propia sea compatible con la libertad de los demás en virtud de una ley general¹⁰⁴. Con este trasfondo histórico se admite que el principio de responsabilidad por culpa tiene dos aspectos¹⁰⁵:

Por una parte supone un intento «positivo» de que siempre haya una responsabilidad por la culpa. Nos permite aplicar un patrón de referencia en cuanto al reparto del riesgo entre el perjudicador y el perjudicado. Sirve también a la prevención, puesto que la obligación de responsabilidad debería contribuir a mantener un comportamiento escrupuloso¹⁰⁶. Por otra parte, el principio de responsabilidad por culpa tiene un aspecto negativo, pues supone básicamente una garantía frente a dicha culpa, pero no frente a un resultado deficiente o un supuesto de antijuridicidad¹⁰⁷. Este principio debe garantizar a las empresas que intervienen en el tráfico jurídico o mercantil la necesaria libertad de actuación. Según el principio *casum sentit dominus* el perjudicado debe soportar aquellos daños que le sean ocasionados fortuitamente o por su propia culpa¹⁰⁸.

¹⁰⁰ SBAG de 17/8/2010 –9 AZR 839/08, NZA 2011, p. 153, nota marginal 31.

¹⁰¹ *Lingscheid*, Antidiskriminierung im Arbeitsrecht, 2004, p. 48.

¹⁰² *Jung*, en: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 46. Ergl. 2011, artículo 102 AEUV, nota marginal 125 y s.

¹⁰³ *Laufs*, en: Festschrift Gernhuber, 1993, 245, 247; *von Caemmerer*; *RabelsZ* 42 (1978), pp. 5, 8.

¹⁰⁴ *Kant*, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, 1785, p. 421; al respecto, *Benöhr*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, n.º 46 (1978), pp. 1, 9.

¹⁰⁵ *Von Caemmerer* *RabelsZ* 42 (1978), pp. 5, 6 f., con varias notas.

¹⁰⁶ *Von Caemmerer* *RabelsZ* 42 (1978), pp. 5, 7.

¹⁰⁷ *Deutsch/Ahrens*, *Deliktsrecht*, 5.ª ed. 2009, nota marginal 6.

¹⁰⁸ *Enneccerus/Nipperdey*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 2. tomo, 15.ª ed. 1960, § 208 p. 1270; v. también al respecto *Benöhr*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, n.º 46 (1978), pp. 1, 8.

En cuanto a la interpretación del perjuicio «por razón de» una característica protegida, conviene distinguir si la desigualdad en el trato se produce en las condiciones contractuales o en el propio acceso a la relación contractual. Indiscutiblemente solo en el caso de trato desigual en relación con las condiciones contractuales se puede prescindir de la característica subjetiva¹⁰⁹, pues solo en este caso es posible la comparación directa entre las condiciones contractuales existentes. Por el contrario, en el caso de desigualdad en el acceso a la contratación se trata de personas que no se encuentran en relación directa con el empleador ni con los otros candidatos. Esto se refleja en la especial protección que se otorga a la libertad de empresa como derecho fundamental recogido en el artículo 16 CDFUE¹¹⁰.

Por otra parte, la desigualdad en la retribución es fácilmente demostrable aplicando simplemente la aritmética¹¹¹. Este tipo de desigualdad se puede resolver mediante el pago del diferencial que se considera justo (la llamada compensación hacia arriba)¹¹². La desigualdad en el acceso a la contratación sólo puede establecerse con seguridad en el caso de condiciones abstractas. Casos especialmente claros son la exclusión de las mujeres del servicio de armas¹¹³ y del trabajo en minas subterráneas¹¹⁴. Por el contrario, la cuestión de la igualdad de trato en el contexto de la contratación laboral, cuyo resultado usual es una contratación y varias exclusiones, requiere un planteamiento totalmente diferente¹¹⁵. Puesto que la finalidad de dicho proceso es precisamente la selección entre varios candidatos, el objetivo es precisamente establecer diferencias. La decisión en cuanto a la selección de los candidatos, por su contexto y ratio, también entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho contra la discriminación. Sin embargo es preciso cumplir determinados requisitos específicos si se desea presentar el procedimiento habitual de una empresa como «perjuicio» jurídicamente impugnabile. El requisito objetivo es que la persona afectada, al contrario que la favorecida, pertenezca a una minoría protegida. Es preciso que haya además un factor de intencionalidad, en el sentido de una infravaloración subjetiva. No obstante la jurisprudencia no ha seguido hasta ahora este criterio.

¹⁰⁹ Cf. *Adomeit/Mohr*, JZ 2009, pp. 179, 183 y ss.

¹¹⁰ *Adomeit*, en: Festschrift für Zöllner, 1998, pp. 669 y ss.

¹¹¹ *Adomeit*, en: Festschrift für Zöllner, 1998, pp. 669 y ss.

¹¹² SBAG de 11/12/2007 –3 AZR 249/06, NZA 2008, p. 532.

¹¹³ STJCE de 26/10/1999 –C-273/97, NZA 2000, 25– Sidar; STJCE de 11/1/2000 –C-285/98, NZA 2000, p. 137– Kreil.

¹¹⁴ § 64a Ley alemana de Minas de 13/8/1980, BGBl. I, p. 1310.

¹¹⁵ Al respecto, cf. *Adomeit/Mohr*, NZA 2007, pp. 179 y ss.

c) **Discriminación indirecta**

El artículo 2, apartado 1, letra b, de la Directiva 2006/54/CE, describe la «discriminación indirecta» como «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios».

La discriminación indirecta es para el TJCE un instrumento para eliminar desventajas fácticas de la persona protegida¹¹⁶. El objetivo de conseguir un ideal de reparto más justo se plasmó claramente en el hecho de que la discriminación indirecta por razón del sexo es considerada como un hecho propio en sí, orientado a un resultado, a la hora de registrar determinadas formas de discriminación¹¹⁷. Según esto, la discriminación indirecta no solo pretende facilitar la demostración de que existe una discriminación directa, sino además eliminar una serie de desventajas de las que sería responsable la sociedad¹¹⁸. Para tal concepción la recriminación de la culpa a nivel individual es tan innecesaria como en el caso de la discriminación directa. La intención igualitaria del TJCE queda de manifiesto en la fórmula de que el hecho de la discriminación indirecta solo puede ser refutado en caso de «verdadera necesidad», lo cual ha de ser compatible con el principio de proporcionalidad¹¹⁹. Así, cuando se contrastan los objetivos del empleador en cuanto a objetividad y proporcionalidad, es decir, a su suficiente solidez objetiva, no se hace con vistas a la constatación de una posible lesión de la personalidad, sino de la equiparación sociopolítica de las condiciones laborales¹²⁰.

La creciente «materialización»¹²¹ del concepto de discriminación indirecta se refleja en su configuración, plasmada en las Directivas 2000/78/CE y 2006/54/CE. Si un trabajador se siente discriminado, el primer obstáculo a su pretensión estriba ya en la

¹¹⁶ Así –también en cuanto a lo siguiente– *Picker*, en: Lorenz (ed.), *Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht*, p. 20.

¹¹⁷ Extensamente, *Mohr*, *Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht*, 2004, p. 280 ss.; cf. también las conclusiones del Abogado General *Lenz*, STJCE de 27/10/1993 –Circular C-127/92, SAE 1995, p. 45, nota marginal 27– *Enderby*.

¹¹⁸ *Ebsen*, RdA 1993, pp. 11, 12 y s.

¹¹⁹ Por ejemplo, STJCE de 26/6/2001 –Circular C-381/99, NZA 2001, pp. 883, 886, nota marginal 67– *Brunnhöfer*.

¹²⁰ *Fastrich*, RdA 2000, pp. 658, 80.

¹²¹ *Canaris*, AcP 200 (2000), pp. 273 y ss.

necesaria prueba de la «primera apariencia de discriminación»¹²². Hasta la entrada en vigor de la Directiva 2000/78/CE era preciso establecer una comparativa de grupo, que *debía* ser demostrada mediante datos estadísticos¹²³. Por el contrario, ahora ya se consideran indiciarios de discriminación indirecta aquellos «preceptos, criterios o procesos en apariencia neutrales que *pudieran* suponer desventajas para las personas protegidas». El que una regla o medida produzca una discriminación indirecta puede ser determinado «por cualquier medio, incluyendo los datos estadísticos»¹²⁴. De esta forma el recurso a los datos estadísticos como medio de prueba en un caso particular se hace prescindible, cuando no descartable¹²⁵. Según la justificación que de la AGG hizo el Gobierno, la formulación en subjuntivo permite incluso la demostración de una discriminación sin necesidad de que haya un afectado individual concreto. Se considera que existe un «peligro suficientemente concreto» de que el afectado «se vea amenazado por alguna desventaja concreta, en comparación con miembros de otros grupos humanos»¹²⁶.

La Sala 6.^a del Tribunal Federal de lo Laboral asume este «punto de vista hipotético» –en concordancia con la opinión dominante en la literatura alemana¹²⁷– en su Sentencia del 22-4-2010¹²⁸. Según dicha sentencia, para probar que existe una discriminación indirecta sería suficiente que el criterio en cuestión, «valorado desde una perspectiva típica», fuese susceptible de afectar más gravemente a las personas protegidas que a las no protegidas¹²⁹. Por una parte, éste podría ser el caso de aquellas normas que afectan esencial o fundamentalmente a personas de un determinado sexo, o que estuviesen relacionadas con determinados requisitos más fáciles de cumplir por personas de un determinado sexo (efecto desproporcionado). Por otra parte, se da un hecho de discriminación indirecta cuando los presupuestos de la misma afectan de forma especialmente negativa a las mujeres (efecto agravante material)¹³⁰.

¹²² STJCE de 26/6/2001 –Circular C-381/99, NZA 2001, pp. 883, 886, nota marginal 60– Brunnhofer.

¹²³ TCJE de 13/5/1986 –Circular 170/84, SAE 1987, p. 165, nota marginal 29 y ss.– Bilka; al respecto *Mohr*, *Schutz vor Diskriminierungen im Europäischen Arbeitsrecht*, 2004, pp. 283 y s.

¹²⁴ Considerando 15 de la Directiva 2000/78/CE.

¹²⁵ *Schiek/Schiek*, AGG, 2007, § 3, nota marginal 24.

¹²⁶ BT-Drucks. 16/1780, p. 33.

¹²⁷ Cf. *ErfK/Schlachter*, 11.^a ed. 2011, § 3, nota marginal 8.

¹²⁸ SBAG de 22/4/2010 –6 AZR 966/08, NZA 2010, pp. 947 y ss.

¹²⁹ Igualmente *Wendeling-Schröder/Stein/Wendeling-Schröder*, AGG, 2008, § 3, nota marginal 24.

¹³⁰ SBAG de 22/4/2010 –6 AZR 966/08, NZA 2010, p. 947, nota marginal 24.

Según la opinión dominante, dicha comparación ideal es especialmente procedente cuando la demandante puede demostrar sin lugar a dudas que no cuenta con los datos estadísticos adecuados o que su obtención le sería excesivamente onerosa (ya sea en tiempo o en medios financieros); por lo demás seguirá soportando la carga de la alegación y de la prueba¹³¹. En este sentido la prueba estadística resulta innecesaria cuando la regulación está relacionada con el servicio de armas o la prestación sustitutoria y, por tanto, perjudica de hecho (solamente) a las mujeres¹³².

III. CONCLUSIONES

La legislación sobre protección frente a la discriminación tenía el ambicioso objetivo de lograr un reparto más justo de los puestos de trabajo y de las condiciones laborales. Los actuales problemas de Europa se centran más bien en la creación de puestos de trabajo y en la mejora de las condiciones laborales, por lo que el objetivo político de garantizar la protección frente a la discriminación resulta si cabe más convincente en tiempos de bonanza económica. Parece, por tanto, recomendable hacer una interpretación y aplicación de las normas antidiscriminación compatibles con el fomento del empleo.

¹³¹ *Adomeit/Mohr*, KommAGG, 2.^a ed. 2011, § 3, nota marginal 92.

¹³² STJCE de 7/12/2000 –Circular C-79/99, EuZW 2001, pp. 58 ss.

La protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares: la evolución desde la responsabilidad extracontractual hasta los remedios por incumplimiento

MARGARITA JIMÉNEZ HORWITZ

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Granada

RESUMEN

Las directivas europeas han desarrollado la protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares. El desarrollo ha ocurrido, en primer lugar, en empleo y la ocupación y ahora también «fuera del ámbito laboral». En particular, la Directiva 2004/113/CE regula el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los contratos de bienes y servicios. Las obligaciones de no discriminación se aplican en los negocios cotidianos como ir de compras, a un restaurante, en la búsqueda de vivienda y en las operaciones con compañías de seguros y bancos. Si, por ejemplo, una importante compañía de seguros establece diferencias de trato en las primas de los seguros por razón de sexo estará infringiendo la prohibición de no discriminación. Existen normas de nuevo cuño que establecen los conceptos y las reglas de la prueba para realizar una protección efectiva contra la discriminación. Pero todavía queda tarea por hacer y parece necesario, o, al menos, conveniente, coordinar la relación sistemática entre las obligaciones de no discriminación y el derecho de los contratos que, tradicionalmente, ha estado basado en las libertades de elección de la otra parte contratante y de pactos. La tendencia a fortalecer la protección de la víctima significa también una ampliación de los remedios contra la discriminación y, además de la indemnización de daños y perjuicios, se pueden considerar «otros remedios contractuales». La Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres realizó la transposición de la Directiva en el Ordenamiento español. Pero realmente no ha ocurrido un desarrollo sustancial de la Directiva y los problemas que hemos planteado no han sido resueltos. Todo ello significa que la jurisprudencia de los tribunales deberá realizar un

esfuerzo de interpretación muy importante para ofrecer soluciones y hacerlo desde una perspectiva metodológica que pondere todas tendencias jurídicas que convergen.

PALABRAS CLAVES

Protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares –contratos de bienes y servicios– límites de la autonomía privada–remedios contra la discriminación– indemnización de daños y perjuicios–otros remedios contractuales.

ABSTRACT

European directives have established protection against discrimination in relationships between individuals. Traditionally, the focus of this legislation has been the field of employment and occupation and now it has been implemented «outside of the labour market». Specifically, Council Directive 2004/113/EC regulates the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services. Obligations of non-discrimination are applied to everyday business such as shopping, going to a restaurant, finding housing, and transactions with insurance companies and banks. If, for example, a major insurance company establishes differences in treatment in insurance premiums on grounds of sex, it will be in breach of the prohibition of non-discrimination, which, under the new law, is a general principle of contracts. New regulations have established concepts and rules of evidence to achieve effective protection against discrimination. However, much remains to be done and it seems necessary, or at least advisable, to coordinate a systematic relationship between the obligations of non-discrimination and contract law, which has traditionally been based on the freedom to contract and the freedom to choose a contractual partner. The trend to strengthen victim protection also means expanding remedies against discrimination and, in addition to compensation for damages, «other contractual remedies» should be considered. Law 3/2007 of 22 March for Effective Equality between Women and Men transposed the Directive into Spanish law. However, the Directive has not been developed in any meaningful way and the problems raised here have not yet been resolved. This means that the rulings of the courts must make a serious effort to clarify interpretation and offer solutions, using a methodological perspective that considers all of the converging legal trends.

KEYWORDS

Protection against discrimination in relationships between individuals –contracts of goods and services– limits of freedom to contract–remedies against discrimination– compensation for damages–other contractual remedies.

SUMARIO: I. Planteamiento general.–II. El punto de partida: el derecho existente. 1. El derecho de las directivas. 1.1 *El desarrollo legal: desde el artículo 119 del Tratado de Roma hasta el artículo 13 del Tratado de Amsterdam. Y la historia sigue.* 1.2 *La parte general de las directivas y los regímenes especiales.* 2. Normas de transposición.–III. El significado de los cambios legales: el contrato como marco de la protección contra la discriminación. 1. Roces conceptuales y de régimen jurídico: la reordenación sistemática 2. Los límites de las libertades fundamentales de la contratación: criterios de ponderación. 3. El incumplimiento de la obligación de no discriminar: consecuencias jurídicas.–IV. La influencia de la jurisprudencia: STJCE 1 marzo 2011 C-236/09 [*Test-Achats*]. 1. El rigor de la primera consideración: *el artículo 5.1 debe aplicarse sin excepciones.* 2. Significado moderado de la regla de igualdad de trato: *Communication from the Commission.* 2.1 *El artículo 5.1 se aplica sólo a los nuevos contratos.* 2.2 *Prácticas lícitas del sector de los seguros relacionados con el género: «life and health underwriting»* 2.3 *Valoración de otros factores de riesgo relacionados –indirectamente– con el género.*–V. Las tendencias de futuro: Draft Common Frame of Reference (DCFR). 1. Continuación de las tendencias anteriores: el Derecho de las Directivas y un poco más. 2. Opciones de política legislativa. 3. El cierre sistemático: los remedios contractuales

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Recientemente he participado en unas jornadas hispano-alemanas que han tenido por objeto el estudio de las directivas europeas contra la discriminación¹. El recorrido legal ha sido muy intenso y ha quedado claro que el legislador europeo ha trabajado seriamente para realizar una protección efectiva de la persona. Hemos analizado muchas normas, una a continuación de otra, y, de esta manera, mucho más. Existían muchos datos que permitían entender que, a pesar del enorme vigor que en la actualidad poseen las relaciones económicas de todo tipo, todavía quedaba la oportunidad un derecho más justo y más enraizado en la perspectiva de una Europa social y democrática. Por aclarar un poco el significado de todo ello podemos decir que las directivas han desarrollado la protección en relación con todo tipo de discriminación, desde luego la que ocurre por razón de sexo que históri-

¹ Jornadas jurídicas hispano-alemanas: «El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. La tutela contra la discriminación», 22-23 octubre 2012, Facultad de Derecho-Universidad de Granada.

camente ya está muy distinguida por su trascendencia social y cultural y de la misma manera por las demás razones que, en la actualidad, ponen en peligro la dignidad de la persona en Europa: origen étnico, sexo, discapacidad, religión, convicciones, edad o identidad sexual. Por otra parte, ha ocurrido un desarrollado muy importante del ámbito de actuación frente al Estado y también en las relaciones entre particulares. La protección ocurre en los negocios cotidianos como ir de compras o contratar un producto financiero. Desde un punto de vista estrictamente jurídico el desarrollo legal ha ofrecido soluciones que presentan una indiscutible novedad. Por supuesto, las relativas a los conceptos que permiten distinguir las situaciones de discriminación con más nitidez, pero también, y quizás de manera más llamativa, las que se refieren a la prueba y las sanciones por incumplimiento de las obligaciones de no discriminar. Podemos decir que ha ocurrido un sistema de conceptos y reglas jurídicas contra la discriminación. Por todo ello, en un primer momento, el armazón legal puede parecer muy fuerte como si fuese prácticamente perfecto y permitiese realizar los objetivos propuestos con mucha facilidad.

Esta magia de las primeras apariencias no existe luego en la realidad. Enseguida que el intérprete empieza a profundizar para averiguar el significado de las normas tropieza con problemas por doquier. En las jornadas hispano-alemanas que he mencionado ha llamado en particular mi atención la Directiva 2004/113/CE *por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro*. El orden de esta Directiva tiene que medir continuamente sus fuerzas con el derecho tradicional de los contratos. La libertad para celebrar los contratos, incluida la libertad para elegir a la otra parte contratante, estará limitada para evitar todo tipo de discriminación, *directa* o *indirecta*. Sólo podrán admitirse diferencias de trato que estén justificadas por un *propósito legítimo* y las medidas adoptadas deberán ser *adecuadas y necesarias*. Este planteamiento significa también algunas nuevas dificultades de orden teórico y también en la práctica. Por una parte, se invierte la relación de los principios tradicionales del contrato. Los límites de la autonomía privada están justificados con una razón general de protección contra la discriminación y las diferencias de trato son «excepciones» que exigen una justificación especial. Por otra parte, la tarea de interpretar consiste en algo más que averiguar el significado de una norma y es necesario un juicio de ponderación para decidir qué criterio debe prevalecer en las circunstancias del caso concreto y en qué medida.

El segundo punto importante a tener en cuenta es el sistema de protección. La realización efectiva del principio de igualdad de trato exige que, en caso de incumplimiento de las obligaciones de no discriminación, se apliquen sanciones que sean apropiadas para tal fin. Es decir, como dicen las directivas, las sanciones deben ser *efectivas, proporcionadas y disuasorias*. La cuestión consiste de nuevo en decidir entre las tendencias anteriores y las nuevas perspectivas jurídicas. El derecho tradicional ha realizado la protección de los intereses inherentes a la persona «fuera del contrato» y, en consecuencia, la tendencia ha sido la indemnización de daños y perjuicios, con fundamento en la responsabilidad extracontractual. El nuevo orden legal sitúa la protección de la persona en el marco del contrato y cabe pensar que este planteamiento significa también un cambio de perspectiva hacia la responsabilidad contractual y los remedios característicos por incumplimiento.

Los mismos problemas conceptuales y de interpretación se repiten en relación con las leyes española² y alemana³ de transposición de la Directiva 2004/113/CE.

El objeto de este estudio va a ser precisamente plantear la exigencia de organizar la relación sistemática entre el derecho contra la discriminación y el derecho de los contratos. Obsérvese que se trata de dos órdenes jurídicos que, tradicionalmente, se han regido por principios y reglas completamente diferentes y ahora que coinciden hay que plantear una reorganización sistemática que realice esta unión. Esta tarea no se puede hacer sin más como si todo fuese cuestión de pegar con cola dos partes del derecho. Por el contrario, hay que hilar muy fino para tomar las decisiones conceptuales y metodológicas pertinentes.

Conviene aclarar que existen ya estudios doctrinales que han examinado con detenimiento estas cuestiones que hemos planteado⁴. Los autores españoles han analizado, en especial, el desarrollo del principio de no discriminación en las relaciones entre particulares en el marco de la Ley Orgánica 3/2007, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*⁵. Estas referencias doctrinales son muy

² La ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

³ *Ley General de Igualdad de trato –Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-AGG* [2006]

⁴ Ole Lando/Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I-II*, The Hague, 2000; Ole Lando/Eric Clive/ André Prüm/Reinhard Zimmermann (eds.), *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague, 2003.; Stefan Leible/Monika Schlachter (eds.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich, 2006; Matthias Lehmann, *Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht –Entwicklungstendenzen im Rechtsvergleich*, in Reiner Schulze (ed.), *New Features in Contract law*, Munich, 2007, pp. 67 y ss.

⁵ GARCÍA RUBIO: «La eficacia *inter privatos* (Drittwirkung) de los derechos fundamentales», Libro homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera, AAVV-I, Madrid, 2002; «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el Derecho de los contratos.

importantes y enseñan los criterios que se están siguiendo para solucionar las dificultades apuntadas. La jurisprudencia también es una referencia importante para comprender los cambios que están ocurriendo y, en particular, merece una consideración especial la STJCE1 marzo 2011 C-236/09 [*Test-Achats*]. El criterio judicial ha declarado que es inválida la regla del artículo 5.2 la Directiva 2004/113/CE que permitía excepciones justificadas de trato desigual entre las mujeres y los hombres en relación con los precios en los contratos de seguros. Esta decisión es muy interesante en relación con el tema que estamos tratando y permite comprender muy bien el sentido tan radical de los cambios que están ocurriendo. La sentencia significa un «recorte» muy importante de la autonomía privada en el ámbito de la contratación de seguros para realizar una razón absoluta de igualdad. La consecuencia es que ahora rige «linealmente», sin excepciones, la *regla unisex de igualdad de precios* (art. 5.1 Directiva 2004/113/CE). Este logro de igualdad tan llamativo va a tener seguramente como consecuencia una subida generalizada de los precios de los seguros. Esto es tanto como decir que la igualdad va a salir muy cara. La Comisión Europea ha salido al paso de esta decisión judicial y, profundizando más allá de las primeras apariencias, ha considerado una interpretación moderada de las consecuencias de la sentencia⁶. La tercera referencia de este estudio ha sido el modelo de contrato que se ha diseñado desde la perspectiva de futuro para armonizar el derecho privado europeo: *Draft Common Frame of Reference*. Este modelo no tiene eficacia jurídica. Sin embargo, sirve de guía desde distintos puntos de vista. El DCFR significa, ante todo, un logro de sistematización de las directivas europeas en materia de contratos. Este logro alcanza plenamente el derecho contra la discriminación en las relaciones entre particulares. El orden de los conceptos y las reglas jurídicas permite

Análisis del Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE, *Diario La Ley*, n.º 6602-noviembre 2006; «Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *Derecho privado y Constitución*, n.º 21-enero-diciembre, 2007; «La supuesta nulidad de los actos y negocios jurídicos que constituyen o causan discriminación por razón de sexo en el ámbito del derecho civil y mercantil», AAVV: Estudios sobre invalidez e ineficacia-I-2009; «La discriminación por razón de sexo en la contratación privada», en *Levantamiento del velo: las mujeres del Derecho privado*, Dir. GARCÍA RUBIO Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, Valencia, 2011. Otros autores: INFANTE RUIZ, «La protección contra la discriminación mediante el derecho privado» (recensión a STEFAN LIEBLE y MONIKA SCHLACHTER, *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Sellier-European Law Publishers, München, 2006), *InDret* 2/2008; AGUILERA RULL, «Prohibición contra la discriminación y libertad de contratación», *InDret*1/2009; NAVAS NAVARRO, «Negativa a contratar y prohibición de discriminar (derecho comunitario y derecho español)», *ADC*, 2007, V.º 60-IV; El principio de no discriminación en el Derecho contractual europeo», *ADC*, T. LX-2008-II; Medidas en caso de discriminación por razón de sexo en la contratación privada (derecho europeo y derecho español), *RCDI*, n.º 713-2009.

⁶ Communication from the Commission-C (2011) 9497 final.

decidir con más coherencia –con más sistema– la relación entre la protección contra la discriminación y las reglas del contrato. Por otra parte, hay que valorar un paso adelante en relación con el derecho anterior. El DCFR significa una propuesta para el futuro con criterios novedosos que fortalecen todavía más la protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares.

Una última puntualización antes de cerrar esta introducción. En este estudio he seguido un punto de vista analítico y he intentado plantear y describir los problemas. El derecho legal ha sido el punto de partida y, como he explicado, he analizado la estructura normativa considerando las tendencias de opinión que se pueden averiguar en los comentarios doctrinales o en la práctica judicial y asimismo en las propuestas de política legislativa. A veces he realizado un juicio positivo y otras veces he sugerido soluciones, a mi juicio, más satisfactorias. Pero no he pretendido ofrecer unos criterios categóricos a modo de cierre o soluciones definitivas de los problemas que se discuten. Quizás con el tiempo, con más reflexión, puede tener opiniones y criterios más seguros. Por ahora, en este momento, voy a hacer lo que he explicado.

II. EL PUNTO DE PARTIDA: EL DERECHO EXISTENTE

1. EL DERECHO DE LAS DIRECTIVAS

1.1 **El desarrollo legal: desde el artículo 119 del Tratado de Roma hasta el artículo 13 del Tratado de Amsterdam. Y la historia sigue**

Desde un principio, desde las primeras palabras de la introducción, he subrayado la importancia que ha adquirido la protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares. He insistido tanto en este planteamiento que podría dar lugar a entender que ha sido una razón esencial –natural– de la política legislativa europea.

Las cosas han ocurrido en realidad de otra manera y, en principio, el legislador europeo sólo tenía competencias para regular el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el marco del empleo (contrato de trabajo) con fundamento en el artículo 119 Tratado de Roma. Obsérvese que la protección contra la discriminación se realizaba con un fundamento económico para organizar el mercado interno. Este planteamiento, aunque

formalmente era el propio, resulta muy definitivo estando en juego el problema de la discriminación. No debe extrañar por ello que surgieran enseguida otros planteamientos más moderados que matizaban el significado de las competencias económicas con argumentos más esenciales de protección de los intereses inherentes a la persona. En este sentido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas justificó sus decisiones en esta materia con fundamento en un derecho fundamental de trato igualitario entre hombres y mujeres⁷.

Estos logros son importantes. Sin embargo, el desarrollo legal no podía ir más allá de la igualdad de trato para hombres y mujeres en el marco del empleo. Sencillamente el legislador europeo no tenía competencias para realizar la igualdad en otros ámbitos de actuación.

El Tratado de *Amsterdam* (1999) significó un cambio definitivo y, en particular, modificó el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ampliando las posibilidades de actuación contra la discriminación. Más concretamente, el artículo 13 Tratado Constitutivo Comunidad Europea (Tratado de Amsterdam) legitimó un plan de actuación del Consejo en dos sentidos distintos: por una parte, se había creado el marco jurídico necesario para proteger a la persona y garantizar un trato igualitario independientemente de su origen étnico, sexo, discapacidad, religión, convicciones, edad o identidad sexual y, por otra parte, la protección se podía realizar en todos los ámbitos de las relaciones entre particulares, tanto en el ámbito del empleo y la ocupación como en los negocios cotidianos como puede ser ir de compras, a la discoteca, a un restaurante, en la búsqueda de vivienda y en las operaciones con compañías de seguros y bancos. La opinión doctrinal ha resaltado la importancia del cambio que permitía actuar la protección contra la discriminación «fuera del contrato de trabajo»⁸.

El Consejo ha promulgado tres Directivas con fundamento en el artículo 13 (Tratado de Amsterdam):

- Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. El legislador europeo aprovechó las nuevas posibilidades y desarrolló la protección frente a la discriminación racial en un ámbito de actuación bastante amplio: en el marco del empleo (contrato de trabajo) y *en el acceso a bienes y servicios disponi-*

⁷ Case C-270/97 Deutsche Post AG y ELISABETH SIEVERS [2000] ECR I-929: «the economic aim pursued by Article 119 is secondary to the social aim pursued by the same provision, which constitutes the expression of a fundamental human right».

⁸ ANNICK MASSELOT, «The State of Gender Equality Law in the European Unión», vol. 13-2, March, 2007, pp. 152-168,

bles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda. Asimismo esta directiva desarrolla el ámbito de actuación de la protección contra la discriminación en relación con las ventajas sociales y la educación.

- Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El legislador europeo ha establecido un orden general(para luchar contra la discriminación en el marco del empleo y la ocupación: por motivo de sexo y «*por otros motivos*»: de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.

- La historia legal seguía adelante y el artículo 13 EC ha sido también el fundamento legal de la Directiva 2004/113/EC por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro.

En esta misma línea de «afianzar» la política europea contra la discriminación hay que considerar el artículo 141 Tratado Constitutivo Comunidad Europea (Tratado de Amsterdam). Esta norma se corresponde con el antiguo artículo 119 (Tratado de Roma) y también regula en concreto la igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo, ocupación y retribución. Pero la nueva norma significa algo más que el derecho anterior y enlaza plenamente con el fundamento esencial del artículo 13 (Tratado de Amsterdam). La razón de protección de los intereses inherentes a la persona debe considerarse ahora una justificación plenamente reconocida de las políticas europeas de igualdad.

El Parlamento Europeo y el Consejo han promulgado dos Directivas con fundamento en el artículo 141 (Tratado de Amsterdam):

- Directiva 2002/73/CE del Parlamento y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo.

- Directiva 2006/ 54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

Hay que destacar otro momento esencial que fortalece todavía más la política europea de protección contra la discriminación. La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) establecía la prohibición de las discriminaciones por razón de *sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, naci-*

miento, discapacidad, edad u orientación sexual (art. 21) y también consagraba de forma específica la igualdad de trato de hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución (art. 23). La CDFUE fue formalmente proclamada en Niza en diciembre del año 2000. Pero no tuvo en principio eficacia jurídica y hubo que esperar un momento político que fuese más propicio para ello. Quizás lo que fue equivocado fue la forma de organizar la eficacia jurídica y sólo hubo que encontrar otra solución más apropiada. Cualesquiera que fuesen las razones históricas, finalmente, se ha conseguido. En 2007, el Tratado de Lisboa modificó el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y equiparó la CDFUE con el valor jurídico de los Tratados⁹. De esta manera, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), la Carta es también *Derecho primario*¹⁰. Esta nueva perspectiva jurídica significa que el desarrollo y la protección de los derechos fundamentales vinculan directamente a los órganos e instituciones de la UE y también a los Estados miembros (art. 51.1 CDFUE). Sin embargo, en el ámbito del derecho privado, los derechos fundamentales no son de aplicación directa en las relaciones entre particulares y para ello deben ser concretados —«delimitados»— mediante desarrollo legal. Ahora bien podemos todavía considerar cierta eficacia indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares mediante la interpretación de las cláusulas generales y en este sentido la protección de la persona resulta también reforzada.

Este recorrido legal señala un desarrollo espectacular de la protección contra la discriminación en el ámbito de las relaciones entre particulares. La protección de la persona ocurría anteriormente de forma tangencial como instrumento para realizar los objetivos económicos del mercado europeo y las políticas de empleo. Ahora debemos considerar una razón esencial de protección contra la discriminación. Este cambio cualitativo de los objetivos comunitarios significa también un fortalecimiento de las posibilidades de actuación y en este sentido hay que entender la Directiva 2004/113/CE que sitúa la protección contra la discriminación en el mismo centro de las actividades económicas: *Deben considerarse bienes aquellos que se consideran como tales en las disposiciones del propio Tratado constitutivo de la Comunidad*

⁹ Artículo 6 Tratado Unión Europea (Tratado de Lisboa): *La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.*

¹⁰ STREINZ/OHLER/HERRMANN, DER VERTRAG VON LISSABON zur Reform der EU, 3.^a ed.-2010, § 14-III

*Europea relativas a la libre circulación de mercancías. Deben considerarse servicios aquellos que se consideren como tales en las disposiciones del artículo 50 del mencionado Tratado (Considerando 11 Directiva 2004/113). Los mismos cambios se pueden explicar desde otro punto de vista. Es sumamente significativo la delimitación del ámbito subjetivo del derecho contra la discriminación y en este sentido los deberes de trato igualitario y las prohibiciones de discriminación vinculan a los profesionales y empresarios que realicen los sectores económicos más importantes: *deberán aplicarse a las personas que prestan bienes y servicios disponibles para el público y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúan en dicho contexto* (Considerando 13 Directiva 2004/113). Insisto. Todo ello significa que la protección contra la discriminación se «normaliza» en todos los ámbitos de la contratación. Estas razones deben ser entendidas también desde la perspectiva actual de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Esta justificación tan esencial fortalece sin duda el significado del orden legal contra la discriminación en las relaciones entre particulares.*

Y la historia sigue. Como último momento legislativo hay que considerar la Directiva 2010/41/UE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma. El principio de no discriminación continúa de esta manera su camino y se pretende conseguir la igualdad de trato entre hombres y mujeres también en ámbitos característicos de la actividad económica en régimen de trabajo autónomo (condiciones de acceso a determinadas actividades-constitución de sociedades-protección social-prestaciones por maternidad).

1.2 La parte general de las directivas y los regímenes especiales

Uno de los empeños del legislador europeo ha sido «organizar» una estructura jurídica pensada a propósito para una protección efectiva contra la discriminación. En este sentido cabe considerar un sistema de conceptos y categorías jurídicas que se repiten en las directivas contra la discriminación a modo de parte general. Cabe señalar, entre otras, las siguientes particularidades de la regulación legal: a) Las definiciones legales que significan las distintas situaciones discriminatorias: *discriminación directa-discriminación indirecta-acoso-acoso sexual-acción positiva-mandato de discriminar*. b) Las reglas que permiten *diferencias de trato justificadas* que deben ser consideradas con un criterio muy restrictivo o limitado –como excepciones–. Las normas legales exi-

gen un *motivo objetivo* que justifique las diferencias de trato en relación con una finalidad legítima y, además, las medidas que se adopten para realizar este motivo deben ser *adecuadas y necesarias* (principio de proporcionalidad) c) La regla de la prueba a favor de la víctima que aligera la dificultad de demostrar el supuesto de hecho de la discriminación. Con muy poca prueba –o, mejor dicho, con una prueba fácil –*hechos que permiten presumir la existencia de discriminación*–, el demandante coloca el problema de la discriminación en el ámbito del demandado que, para exonerarse de responsabilidad, tiene que demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad en las circunstancias del caso concreto. La prueba de la exoneración está normalmente relacionada con las diferencias de trato justificadas y, por lo tanto, el demandado ha de probar que ha existido un *motivo –objetivo y legítimo–* y las *medidas* han sido –*adecuadas y necesarias*–. d) La tutela contra la discriminación organiza también una estructura jurídica de defensa de los derechos, sanciones por incumplimiento de las obligaciones de no discriminación y protección contra las represalias que deberá ser desarrollada por las normas de transposición. Cabe destacar la regla que vincula a los Estados miembros a desarrollar sanciones *efectivas, proporcionadas y disuasorias* contra la discriminación.

Esta estructura legal, insisto, se repite y es una estructura común de las directivas contra la discriminación. Se podría pensar que ha ocurrido un sistema general de principios y categorías jurídicas. En un sentido parecido se podría pensar una parte general del derecho contra la discriminación. Naturalmente este entramado jurídico no se ha aceptado sin más y han existido opiniones críticas que han cuestionado aspectos particulares de la regulación legal. Lo que no se puede discutir es que ha ocurrido una mejora general en el orden sistemático. El orden legal ha aportado un *sistema* desde distintos puntos de vista. Por una parte, se ha conseguido *claridad conceptual*. La protección contra la discriminación se puede realizar de esta manera con más técnica y certeza. Para esto sirven precisamente las definiciones legales de discriminación (*directa-indirecta-acoso-acoso sexual-orden de discriminar*) que envuelven los problemas de la práctica y el intérprete puede identificar con más facilidad las referencias legales para distinguir el supuesto de discriminación en las circunstancias del caso concreto. En un sentido parecido las excepciones justificadas significan una concreción legal del principio de proporcionalidad y enseñan la técnica para realizar el conflicto entre dos intereses o derechos fundamentales. Por otra parte, se ha conseguido una *protección más efectiva*. En

este sentido hay que considerar la regla de la carga de la prueba que favorece la situación procesal de la víctima en el sentido que hemos explicado y por ello, por las facilidades en materia probatoria, puede ocurrir realmente la tutela contra la discriminación. En otro aspecto las directivas establecen una estructura legal que vincula a los Estados miembros a garantizar la existencia de procedimientos judiciales y administrativos para defender los derechos y asimismo establecer sanciones *efectivas, proporcionadas y disuasorias* contra la discriminación. Las directivas en este aspecto lanzan la cuestión hacia las normas de transposición y los Estados miembros deben decidir y desarrollar las medidas para realizar de la mejor manera la tutela contra la discriminación. Se pudiera pensar que el legislador europeo ha dejado de hacer su tarea y ha dejado la regulación a medias en este aspecto. Pero no es tanto una falta del legislador europeo como una cuestión de la eficacia característica de las directivas¹¹.

La parte general de las directivas contra la discriminación exige seguramente un estudio más detenido para aprender las novedades conceptuales y de régimen jurídico. Sin embargo, el planteamiento de este estudio ha sido más elemental y sólo he pretendido realizar a grandes trazos una distinción sistemática entre el derecho general de las directivas y los regímenes especiales que diversifican la regulación en cada directiva.

El criterio de especialidad de cada directiva resulta de la combinación de distintas exigencias subjetivas y objetivas. Por una parte, cabe considerar el ámbito personal de aplicación de la norma y se puede decidir la protección por distintos motivos: raza, origen étnico, sexo, religión o convicciones, discapacidad, edad o identidad sexual. Por otra parte cabe decidir el ámbito objetivo de aplicación de la norma y las directivas distinguen fundamentalmente entre la aplicación en el ámbito del empleo y la ocupación (relación laboral) y la aplicación en los contratos de acceso a bienes y servicios. Algunas directivas protegen «otros ámbitos» como la áreas de la seguridad social, bienestar social (ayuda a la vivienda, subsidio

¹¹ Según el artículo 288 TFUE, «La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». Es decir, que la eficacia de la directiva se manifiesta en el acto de transposición en la legislación nacional, que debe incorporar los requisitos establecidos en ella. Puesto que el artículo 288 TFUE deja a la discreción de los Estados miembros la elección de la mejor forma de realizar la transposición de la directiva, estos no tienen por qué realizar una copia literal de los preceptos de la norma europea [STJCE 30 mayo 1991, *Commission v Germany*, C-59/89, párrafo 18]. Cada Estado miembro puede libremente decidir cómo dar cumplimiento a las previsiones de la directiva, a partir de la terminología y de los conceptos más apropiados [STJCE 9 abril 1987, *Commission v Italy*, C-363/85].

familiar ayuda a la formación, subsidio de educación) y asistencia social.

La parte especial de cada directiva resulta de la combinación de ciertas exigencias o factores personales en relación con ciertas exigencias o factores objetivos y de esta manera resultan múltiples posibilidades de organizar la especialidad de la norma. Se puede decidir proteger a las personas discriminadas por origen racial o étnico (factor personal) en los contratos de acceso a bienes y servicios (factor objetivo) o se puede decidir otra especialidad de proteger a las personas discriminadas por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual (factor personal) en el marco del empleo y la ocupación (factor objetivo). De esta manera pueden ocurrir otras muchas combinaciones según las exigencias y los ámbitos que merecen protección.

La Directiva 2004/113/CE ha regulado la protección de la persona en relación con la discriminación sexual y el acoso, incluido, el acoso sexual (ámbito subjetivo) en relación con los negocios de la vida cotidiana y social –en el acceso de bienes y servicios y su suministro– (ámbito objetivo). En esto consiste su especialidad.

2. NORMAS DE TRANSPOSICIÓN

La ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha desarrollado el derecho contra la discriminación sexual de forma amplia. Se refiere a la generalidad de las políticas públicas en esta materia. También regula los aspectos de Derecho privado que son los que nos interesan en este estudio y en ellos vamos a centrar la explicación. La Ley 3/2007 ha incorporado al ordenamiento español dos directivas que realizan la protección contra la discriminación en el ámbito de las relaciones entre particulares:

- Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres e nos que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.
- Directiva 2004/113/CE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

La opción legal ha sido «repetir» la parte general de las directivas contra la discriminación. Las disposiciones generales de la Ley (Título I) parecen el texto de una directiva con los mismos concep-

tos y reglas jurídicas. Cabe destacar, en particular, los siguientes aspectos de la regulación legal: a) definiciones de discriminación directa e indirecta (art. 6)-Acoso sexual y acoso por razón de sexo (art. 7)-discriminación por embarazo o maternidad (art. 8) b) regla sobre indemnidad frente a las represalias (art. 9) c) consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias (art. 10) d) acciones positivas (art. 11) e) tutela judicial efectiva (art. 12) f) regla de la prueba (art. 13).

Por lo demás, en el ámbito de las relaciones entre particulares, la Ley 3/2007 desarrolla dos regímenes especiales contra la discriminación:

Por una parte, hay que considerar la transposición de la Directiva 2002/73/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Esta parte especial significa una relación característica entre la protección contra la discriminación y el contrato de trabajo. Hay que reconocer que se ha producido un desarrollo legal bastante exhaustivo que ha intentado realizar con todo detalle una protección efectiva contra la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales. El desarrollo legal se concreta en el Título IV y en las siguientes Disposiciones Adicionales: Disposición undécima: de las modificaciones del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores-Disposición duodécima: de las modificaciones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales-Disposición decimotercera: de las Modificaciones de la Ley de Procedimiento Laboral y la Disposición decimocuarta: de las modificaciones de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social.

Por otra parte, la Ley 3/2007 es la norma de transposición de la Directiva 2004/113/CE. La regulación tiene un ámbito de actuación muy amplio que se refiere a los sectores más importantes de la actividad económica: por una parte, se refiere a los contratos de bienes y servicios para el público (art. 69.1) y, además, en particular, se establece un orden especial en relación con los contratos de seguros y servicios financieros (art. 71). Desde un punto de vista general cabe destacar la relación directa que se establece entre el derecho contra la discriminación y el derecho de los contratos. Obsérvese el cambio tan importante que ha ocurrido. El planteamiento clásico en el Derecho español ha sido considerar la protección de los derechos fundamentales como una cuestión extra-contractual y, en consecuencia, la discriminación ha significado esencialmente un problema de indemnización de daños y perjuicios, rigiéndose por las reglas generales de la responsabilidad extracontractual. Ahora, con

el nuevo orden legal, la protección contra la discriminación está situada en el marco del contrato. El cambio es muy importante y por ello cabría haber esperado que la norma de transposición hubiese concretado los aspectos jurídicos más esenciales para organizar la relación entre estas dos partes del derecho que, hasta este momento, se han desarrollado de forma independiente. Más concretamente cabría haber esperado que la norma de transposición hubiese concretado con más detalle las reglas contractuales en materia de nulidad de las cláusulas discriminatorias o las reglas por incumplimiento de las obligaciones de no discriminar.

Sin embargo, casi nada de esto ha ocurrido. La Ley de transposición significa esencialmente la propia regulación de la Directiva. Es como si se hubiese hecho el truco de «copiar y pegar». Sólo el artículo 72 de la Ley 3/2007 se puede considerar en verdad un desarrollo en relación con las *consecuencias del incumplimiento de las prohibiciones de no discriminar*. El apartado 1 del artículo 72 sigue siendo más de lo mismo y sólo establece la consecuencia de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos que justamente es la misma *sanción* que establece el artículo 14 Directiva 2004/113/CE. La novedad está regulada en el apartado 2 del artículo 72: *en el ámbito de los contratos de seguros o de servicios financieros afines, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 10 de esta Ley, el incumplimiento de la prohibición contenida en el artículo 71 otorgará al contratante perjudicado el derecho a reclamar la asimilación de sus primas y prestaciones a las del sexo más beneficiado, manteniéndose en los restantes extremos la validez y eficacia del contrato*. Decíamos que existe desarrollo y novedad porque se establece una consecuencia característica –nulidad parcial– que no está considerada expresamente en la Directiva 2004/113/CE.

Todo ello significa muy poco desarrollo y por ello el intérprete tiene una ardua tarea por delante. A cada paso habrá de ajustar el significado de las reglas del contrato para realizar las nuevas perspectivas jurídicas de protección de los intereses inherentes de la persona.

Para comprender mejor las consideraciones expuestas cabe considerar otras referencias legales que dejan patentes problemas muy parecidos.

En primer lugar, vamos a considerar la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social que ha sido la norma de transposición de dos Directivas europeas:

- Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

- Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

En este momento nos interesa destacar la técnica de transposición. La Ley 62/2003 desarrolla el derecho contra la discriminación en el Título II-capítulo III. La estructura legal es la siguiente:

- La Sección 1.^a establece unas disposiciones generales que se corresponden con las definiciones generales de las directivas sobre las distintas situaciones discriminatorias: directa-indirecta-acoso y orden de discriminar. Hay que aclarar, sin embargo, que las disposiciones generales de la ley no regulan la carga de la prueba ni tampoco otras reglas características que también se pueden considerar como parte general de las directivas contra la discriminación. Es decir, existe una transposición muy sesgada –poco sistemática– de la parte general de las Directivas. Por lo demás, la Ley 62/2003 distingue dos regulaciones especiales (Sección 2.^a y Sección 3.^a).
- La Sección 2.^a regula el derecho especial para prevenir y corregir la discriminación por origen racial y étnico *en la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios* (art. 29 Ley 62/2003). Entremezclados entre los aspectos especiales de la regulación se establecen reglas sobre la carga de la prueba y las acciones positivas. Estos aspectos deberían estar ubicados en la Sección 1.^a –*disposiciones generales*– porque, como decíamos, son característicos de la parte general de las directivas contra la discriminación. Por lo demás, la Sección 2.^a no desarrolla la relación sistemática entre el derecho contra la discriminación y el derecho de los contratos y ni siquiera especifica qué remedios del contrato realizan de forma efectiva la protección contra la discriminación. Esta tarea ha quedado en manos del intérprete que deberá ir haciendo la relación sistemática al tiempo que interpreta y aplica la Ley.
- La Sección 3.^a desarrolla la Directiva 2000/78/CE. El ámbito subjetivo se refiere a la protección de la persona contra el trato discriminatorio por razón de sexo, *origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona* y el ámbito objetivo regula las relaciones laborales: empleo y ocupación. Cabe destacar, entre otras, las siguientes particularidades de la regulación legal: por una parte, la Sección 3.^a tiene una regla sobre la carga de la prueba y también regula las acciones positivas. Estos aspectos deberían haberse regulado en la Sección 1.^a –*disposiciones generales*– por las razones que ya he explicado anteriormente. Por lo demás, la Sección 3.^a desarrolla la Directiva de referencia y establece una regulación bastante detallada sobre las medidas concretas que deben incorporarse en el derecho nacional mediante las correspondientes modificaciones legales del Estatuto de los trabajadores, la Ley de Procedimiento laboral y la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social.

En relación con las anteriores consideraciones cabe un juicio crítico sobre la Ley 62/2003 desde varios puntos de vista. En primer lugar, cabe decir que la regulación legal es muy poco sistemática y no distingue bien entre la parte general y la parte especial del Derecho contra la discriminación. En segundo lugar, la regulación legal sólo ha desarrollado la protección contra la discriminación en el ámbito de las relaciones labores. Pero, en el ámbito de la contratación de bienes y servicios, el orden legal es prácticamente una repetición de la Directiva de referencia y ocurre como si el legislador no supiese bien cómo desarrollar esta materia.

En segundo lugar, queremos hacer referencia a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Esta Ley tiene una regulación que refleja la influencia de las directivas contra la discriminación, aunque propiamente no significa transposición de ninguna de ellas. En particular la Ley establece una parte general sobre los conceptos y reglas que son características del derecho general contra la discriminación (Capítulo II-arts. 4-5-6-7-8-9). La Ley refleja también la tendencia a realizar la protección contra la discriminación en el ámbito de bienes y servicios a disposición del público (art. 3. d). Pero de nuevo se aprecia una falta de desarrollo y no se concreta suficientemente la conexión sistemática entre el Derecho contra la discriminación y el Derecho de los contratos. Otra vez el problema se repite y el intérprete deberá suplir en la práctica las carencias legales.

El recorrido legal que hemos realizado enseña claramente que el legislador español no ha desarrollado la protección contra la discriminación en el ámbito de los contratos de bienes y servicios y, en general, ha copiado las directivas de referencia. Particularmente la regulación de la Ley 3/2007 es casi una repetición literal de la Directiva 113/2004. El desarrollo legal sólo ha ocurrido en el ámbito del empleo y seguramente ha sido posible porque ya existía una tradición jurídica anterior en esta materia. Hace ya bastante tiempo que el contrato de trabajo ha sido «retocado» con límites de la autonomía privada para la protección de la dignidad de los trabajadores. También se conocen remedios característicos y, además de la indemnización de daños, se aplican otros remedios del contrato de trabajo como la nulidad del despido o las responsabilidades del empresario por incumplimiento de los deberes de buena fe. Estas razones han ocurrido con fundamento en el sistema constitucional y, en este sentido, el desarrollo de las directivas debe considerarse como la continuación de un fundamento de hondo calado. Se pudiera decir de forma expresiva que los cambios han ocurrido casi

por inercia y ha bastado con seguir el movimiento que ya estaba iniciado anteriormente. En cambio, la protección contra la discriminación en los contratos de bienes y servicios constituye una novedad relativamente reciente en el ordenamiento español y apenas si ha habido tiempo para asimilar los cambios. Esto se nota fácilmente. El legislador español ha realizado la norma de transposición de una manera tan simple que da a entender que no ha podido hacerlo mejor.

III. EL SIGNIFICADO DE LOS CAMBIOS LEGALES: EL CONTRATO COMO MARCO DE LA PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

1. ROCES CONCEPTUALES Y DE RÉGIMEN JURÍDICO: LA REORDENACIÓN SISTEMÁTICA

Hemos realizado hasta ahora un largo recorrido que nos ha llevado hasta las directivas y las normas de transposición que realizan la protección contra la discriminación en los contratos de bienes y servicios. La estructura legal parece muy fuerte y cabría esperar conseguir con facilidad la igualdad de trato en las relaciones entre particulares. Pero esta primera apariencia no ocurre después en la realidad. Basta con profundizar un poco en el estudio de las normas legales y surgen por doquier dudas de interpretación. Obsérvese que el derecho de la persona ha ocurrido tradicionalmente a través de unos principios y unas categorías que poco o nada tienen en común con el derecho clásico de los contratos que ha tenido como base otros principios y otras categorías que realizan los intereses económicos de las partes contratantes. Por ello queda mucha tarea por hacer para perfilar y perfeccionar la relación entre dos partes del derecho tan diferentes en su origen. Seguramente el nuevo orden legal exige una ampliación de los anteriores esquemas a través de una reconstrucción sistemática que signifique unos principios y unas directrices también nuevas.

En el ámbito de la ocupación y el empleo, los planteamientos tradicionales han cambiado hace ya mucho tiempo. Los ordenamientos nacionales han desarrollado a lo largo del siglo xx una estructura legal muy fuerte que realiza la correlación entre los derechos fundamentales de los trabajadores y las bases esenciales de la contratación y existe también una construcción teórica que explica y ordena las normas legales. Con este punto de partida la transposición de las directivas contra la discriminación ha ocurrido

sin mayores dificultades. Las referencias que ya tenían arraigo en la legislación interna han marcado el camino a seguir. La interpretación de las normas ha ocurrido de la misma manera sin problemas y ha bastado con recurrir a criterios semejantes que ya estaban arraigados en la doctrina y la jurisprudencia. Pero nada de esto ha sucedido en el ámbito del Derecho civil. Todavía falta mucho por hacer para encajar por completo el derecho contra la discriminación en las bases generales de la contratación. No existen referencias anteriores y los cambios legales han significado realmente novedades conceptuales y de régimen jurídico que han sorprendido a los juristas.

La perspectiva histórica permite comprender muy bien la importancia de los cambios. Tradicionalmente la autonomía privada ha sido el principio general que ha regido las relaciones contractuales en los sistemas legales de todos los Estados miembros de la UE y también ha sido un pilar esencial del Derecho comunitario¹². Las partes contratantes han tenido la libre opción entre contratar o no contratar o la posibilidad de elegir libremente a la otra parte contratante y la libertad de establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes. Por supuesto esta perspectiva no era absoluta y los sistemas jurídicos tradicionales reconocían límites de la autonomía privada. Pero eran los menos que los más. O mejor dicho, los límites tenían un carácter extraordinario y significaban sólo «puntualizaciones» de la autonomía privada por razones muy particulares –extraordinarias– de orden público o moral. Por lo demás, la autonomía privada ocurría normalmente en la contratación¹³. Insisto. Los límites eran considerados por motivos *extra-contractuales* que incidían de manera excepcional en las relaciones económicas de los particulares¹⁴.

El fenómeno es distinto en la actualidad. Las directivas europeas han considerado un principio general de justicia distributiva en las relaciones entre particulares: lo justo en relación con otras

¹² No parece posible concebir un sistema económico con un mercado abierto y libertad de competencia sin reconocer al mismo tiempo la autonomía privada: Stefan Leible, *Marktintegration und Privatrechtsvereinheitlichung-Notwendigkeit und Grenzen*, in Andrea Furrer (ed.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*. Bern, 2006. pp. 5.

¹³ Ni siquiera la tradición codificada del siglo XIX consideró el principio de autonomía privada de forma absoluta. Los límites de la autonomía privada fueron organizados bajo el concepto de ilicitud (causa ilícita) y en este sentido el contrato es nulo cuando se opone a las leyes o a la moral (art. 1275 CC). La autonomía privada también ha estado tradicionalmente limitada en relación con los pactos, cláusulas o condiciones que sean contrarios a las leyes, a la moral o el orden público (art. 1255 CC).

¹⁴ Las cuestiones de *causa ilícita* han sido consideradas durante mucho tiempo como cuestiones extraordinarias a las razones del contrato –de «salud moral» o «costumbres cristianas»– y el *orden público* ha sido también considerado como una cuestión extraordinaria –extra-contractual– de organización de la comunidad.

personas¹⁵. Esta razón significa un cambio sustancial de perspectiva jurídica. Ahora las obligaciones de no discriminar significan límites de la autonomía privada justificados por una razón general que ocurre normalmente. Por el contrario, las diferencias de trato deben considerarse excepciones que exigen una justificación especial. Este orden plantea otros problemas evidentes en la práctica. El intérprete tiene que ir continuamente de aquí para allá y decidir entre lo general y lo especial. La decisión en las circunstancias del caso concreto depende de una ponderación entre las razones generales que justifican el trato igualitario y la razón especial que justifica la excepción de trato diferente. Sin duda los juristas van a necesitar cierto tiempo para comprender el principio de proporcionalidad como un criterio característico de los contratos. Los problemas también son evidentes desde la perspectiva de los remedios contra la discriminación. El derecho tradicional había considerado esencialmente la indemnización de daños y perjuicios con fundamento en la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, las directivas han desplazado la protección contra la discriminación hacia el contrato y, en consecuencia, el intérprete tiene que reajustar el significado de los remedios característico por incumplimiento para realizar la protección efectiva de las víctimas por discriminación.

La Directiva 2004/113/CE *por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro* significa muy bien todo lo anterior. Los problemas ocurren de forma muy parecida en relación con la Ley 3/2007 *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* que realiza la transposición de la Directiva 2004/113/CE en el ordenamiento español. El orden legal no desarrolla la relación sistemática entre las normas de protección contra la discriminación y las normas del contrato. Existe solamente una referencia general a la nulidad de los actos jurídicos discriminatorios y una referencia también muy genérica a las indemnizaciones *reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido* (art. 10 Ley 3/2007). Por lo demás, cabría considerar un desarrollo más importante en el ámbito de los contratos de seguros en relación con la norma que establece la consecuencia de la nulidad parcial de las cláusulas de precios discriminatorios y decide la asimilación de las primas o prestaciones a las del sexo más beneficiado (art. 72.2 Ley 3/2007). Y prácticamente nada más. El resto es tarea del intérprete que se verá forzado a investigar el significado de las nuevas categorías jurídicas que se han convertido

¹⁵ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, Munich, 1997, p. 11 y ss.

en un elemento normativo para proteger contra la discriminación y, además, a mayor abundamiento de la tarea por hacer, deberá relacionar el significado de las normas que protegen contra la discriminación con las reglas de los contratos con el fin de conseguir aplicar el orden legal de una manera coherente y sistemática.

Los juristas alemanes tienen una situación muy parecida en el ámbito de la *Ley General de Igualdad de trato*-Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-AGG (2006). En este caso hay que considerar una reforma reciente del BGB de modernización del derecho de las obligaciones y contratos (Gesetz zur Modernisierung des schuldrechts-2001) que ha aportado, en mi opinión, un orden más coherente y simplificado del contrato que permite realizar con más facilidad la protección contra la discriminación. De todas maneras todavía no existe una norma en el BGB que establezca un principio general de no discriminación como una razón esencial del derecho de los contratos y, de esta manera, la interpretación ocurre todavía «contra corriente» de las libertades fundamentales de la contratación.

La situación es todavía más llamativa si consideramos la Directiva 2000/43/CE relativa al principio de igualdad de trato a las personas independientemente de su origen racial o étnico que se aplica también en *el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida, la vivienda* (art. 1 h). Esta Directiva se limita a establecer o repetir las normas del derecho general contra la discriminación y realmente no desarrolla ningún aspecto que facilite la interpretación y aplicación de las normas contra la discriminación en las relaciones entre particulares. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, regula la transposición de la Directiva 2000/43/CE en el Ordenamiento español (Título II-Capítulo III- Sección 2.^a). Sin embargo, no existe realmente desarrollo de la Directiva y el texto legal ni siquiera concreta qué remedios realizan la protección contra la discriminación.

Todo ello nos pone en alerta sobre las dificultades que se avecinan para realizar de forma efectiva la protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares. Con sólo levantar un poco la primera capa de la regulación legal, se descubren problemas evidentes desde un planteamiento conceptual y de régimen jurídico. En los epígrafes siguientes vamos a intentar profundizar un poco más en el estudio para comprender mejor los problemas que hemos planteado. Puede ocurrir que una reflexión más detenida permita comprender que los cambios no son tan absolutos como se pudiera pensar en una primera consideración. El planteamiento

tan categórico y casi alarmante que hemos hecho líneas atrás puede resultar después una relación mucho más coherente entre el derecho contra la discriminación y el derecho de los contratos.

2. LOS LÍMITES DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LA CONTRATACIÓN: CRITERIOS DE PONDERACIÓN

El principio general de la autonomía privada es sin duda la base esencial del derecho civil patrimonial. Por ello las cuestiones que se refieren a los límites de las libertades fundamentales de la contratación siempre ponen en alerta a los juristas y la tendencia intuitiva suele ser de rechazo a cualquier norma jurídica que tenga un efecto limitativo. En un primer momento se puede exagerar bastante el criterio contrario a este tipo de normas y, sin profundizar en ellas, se rechazan sin más para salvaguardar a toda costa la esencia del contrato. Este planteamiento tan categórico está muy influido por la tradición histórica que hemos heredado y sin duda tenemos que ir cambiando poco a poco esta perspectiva para adaptarnos a las nuevas realidades jurídicas. El modelo de contrato que hoy poseemos no es ni una cosa ni otra y debe comprenderse con distintos matices jurídicos. Desde luego la autonomía privada sigue siendo todavía una base esencial del contrato. Pero la evolución actual enseña otras razones importantes que también se deben considerar para ordenar las relaciones entre los particulares. En este sentido, en las explicaciones anteriores, he subrayado mucho la importancia de las obligaciones de no discriminar desde la perspectiva de los límites de las libertades fundamentales de la contratación. He subrayado tanto este planteamiento que cabría pensar que han ocurrido límites absolutos de la autonomía privada como si los particulares ya no pudiesen contratar libremente. Nos toca ahora matizar este planteamiento tan categórico y poner de relieve que el derecho contra la discriminación significa en realidad otras consecuencias más moderadas. Al mismo tiempo que las obligaciones de no discriminación, el orden legal ha establecido unas categorías para que se respeten otros derechos y libertades fundamentales como los intereses económicos de las partes contratantes, la protección de la intimidad y la vida familiar. Expresivamente se podría decir que el orden legal está hecho de una mezcla especial y ha habido *una de cal y otra de arena* para proteger de una manera equilibrada todos los intereses que están en juego.

En este epígrafe vamos a seguir indagando en este planteamiento moderado que permite comprender que el derecho contra discriminación no significa unas consecuencias tan extremas como se

podieran pensar en un primer planteamiento. Los límites de la autonomía privada por razones de discriminación deben ser interpretados con los siguientes matices conceptuales y de régimen jurídico:

a) El legislador europeo ha delimitado la protección contra la discriminación en relación con los contratos de bienes y servicios *para el público*¹⁶.

Existe, por tanto, un ámbito característico de actuación del derecho contra la discriminación –en los *contratos para el público*– y en los demás contratos rige por completo la libertad de elegir a la otra parte contratante. El trato igualitario debe realizarse en aquellos ámbitos de la contratación que significan una prestación pensada para todos los clientes: la oferta de un bien o la realización de un servicio para un público en general. En estas circunstancias cabe considerar que el contrato es un modelo estándar en el que tiene cabida «cualquier cliente». También cabría pensar que todos los clientes que se encuentren en una «situación comparable» tienen derecho a contratar. En este sentido la obligación de no discriminar no significa ningún perjuicio contractual para el empresario o el profesional porque la estructura del contrato está pensada para atender y satisfacer los intereses del público en general –de cualquier cliente–. La negativa a contratar o la discriminación en el trato a un cliente significa entonces una razón independiente que nada tiene que ver con la lógica de los intereses contractuales.

Para comprender mejor esta delimitación del problema podemos distinguir en relación con los contratos *intuitu personae*. Es decir, aquellos contratos en los que *la cualidad y circunstancias de la persona del deudor hubiesen sido tendidas en cuenta al establecer la obligación* (art. 1161 CC). Estos contratos significan una relación especial de confianza y se podría decir de forma expresiva que realmente el contrato ocurre y tiene significado sólo *intuitu personae*. En este sentido la regla de trato igualitario en relación con todos los clientes no tiene sentido porque, insistimos, la confianza es una relación personal y selectiva.

En segundo lugar, los contratos para el público se pueden distinguir en relación con los contratos que se realizan *dentro del ámbito de la vida privada y familiar*: *Por los demás hay que entender que la prohibición de discriminación deberá aplicarse a las personas que prestan bienes y servicios disponibles para el público y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las tran-*

¹⁶ Las normas legales precisan el ámbito de actuación de la protección contra la discriminación en relación con los contratos «*para el público*»: art. 3.1-h) Directiva 2000/43/CE- art. 3.1 Directiva 2004/113/CE.

sacciones que se efectúen en dicho contexto (considerando 13 Directiva 2004/113). Esta delimitación significa un juicio de ponderación entre dos derechos fundamentales. En los ámbitos de la privacidad o la intimidad ha de prevalecer la libertad de elegir a la otra parte contratante y «fuera de este ámbito» hay que considerar los contratos para el público y la obligación de trato igualitario.

El legislador alemán ha considerado una doble distinción para delimitar el ámbito de actuación del principio de no discriminación: por una parte, considera los contratos que típicamente tienen efecto en circunstancias comparables sin tener en cuenta la persona (contratos en masa) o cuando la consideración de la persona adquiere importancia secundaria según el tipo de obligación y las relaciones obligatorias llegan a efecto en circunstancias comparables en una multitud de casos (art. 19 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-AGG-2006). Es decir, el legislador alemán ha realizado en esencia la distinción de los contratos para el público en el sentido que hemos explicado. El trato comparable o igualitario rige para un contrato estándar pensado para cualquier cliente. Pero esta regla no se aplica en el ámbito de los contratos *intuitu personae* que tienen en cuenta la persona o cuando la consideración de la persona adquiere una importancia principal según el tipo de obligación. Estas distinciones entre lo público y las relaciones de confianza parecen acertadas para distinguir con más claridad el ámbito de actuación de las obligaciones de no discriminación. Sin embargo, no estoy de acuerdo con la terminología que utiliza el legislador alemán que denomina los contratos para el público como contratos en masa. Esta equiparación no es, en mi opinión, muy apropiada. Obsérvese que el concepto de los contratos en masa tiene un significado muy preciso relacionado con las condiciones generales de la contratación y una protección característica de la llamada parte débil del contrato. Y nada de esto ocurre en materia de protección contra la discriminación que significa una cosa bien distinta en relación con la protección de los intereses inherentes a la persona. Por ello prefiero la distinción clásica entre contratos para el público y contratos *intuitu personae*. Por otra parte, el legislador alemán delimita en negativo y considera el ámbito de no aplicación de la prohibición de discriminar en relación con las relaciones civiles obligatorias de privacidad o intimidad cuando las partes o sus familiares mantienen una relación especial de cercanía o confianza [art. 19 (5) AGG].

El legislador español delimita el ámbito del principio de no discriminación sólo desde un punto de vista. El artículo 69 de la Ley 3/2007 establece precisamente la obligación de no discriminar

en relación con el *suministro de bienes y servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida familiar y privada*. En mi opinión la ley española es menos rigurosa que la ley alemana en este aspecto. Seguramente podríamos distinguir mejor el concepto de los contratos para el público considerando también la referencia de los contratos *intuitu personae*. De esta manera quedarían mejor señalados los criterios para decidir aquellas situaciones «comparables» que exigen trato igualitario en relación con las relaciones *personales* que se basan en una relación de confianza que exigen la libertad de elegir a la otra parte contratante.

La jurisprudencia va a ser muy importante en la tarea de delimitar el ámbito de aplicación del derecho contra la discriminación. Poco a poco se podrán distinguir referencias a seguir. En la práctica judicial se irán delimitando ámbitos de la contratación de bienes y servicios que deben considerarse normalmente para el público y otras relaciones deberán entenderse típicas de la contratación en el ámbito de lo privado. También se podrán considerar contratos caracterizados por una relación de confianza que se realizan considerando especialmente las circunstancias personales del otro contratante. Aunque la ley española no diga expresamente nada al respecto, habrá que considerar también el concepto de los contratos *intuitu personae* para delimitar el derecho contra la discriminación. Bastaría con aplicar las reglas básicas de los contratos para entender que la relación de confianza exige la elección según las circunstancias personales de la otra parte contratante. Este tipo de contratos significa realmente una realidad *inter partes* y no puede entenderse que la confianza signifique discriminación para los demás.

b) Las razones subjetivas pueden justificar también la elección del otro contratante. Una cosa es negarse a contratar o realizar una diferencia de trato por una razón de discriminación (directamente o indirectamente) y otra distinta elegir a la persona apropiada para realizar un contrato. Lo primero es ilícito, lo segundo, está justificado. *Una persona que suministre un bien o preste un servicio puede tener una serie de razones subjetivas para elegir al otro contratante. En la medida en que dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante, la presente Directiva no debe afectar a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte* (Considerando 14 Directiva 2004/1137CE). En este sentido el artículo 3.2 Directiva 2004/113 establece que *la presente Directiva no afectará a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando la elección no se base en el sexo de la persona contratante*. El artículo 69.2 Ley 3/2007 ha establecido literal-

mente la misma forma de entender la libertad de elegir al otro contratante que está permitida si no significa discriminación, es decir, *siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo*.

c) Los límites de la autonomía privada son moderados también en relación con las *excepciones justificadas* de trato desigual que establece el artículo 4.5 Directiva 2004/113/CE: *La presente Directiva no prohíbe las diferencias de trato cuando la prestación de bienes y servicios de forma exclusiva o principal a personas de uno de los sexos esté justificada por un propósito legítimo y los medios para lograr este propósito sean adecuados y necesarios*¹⁷. Son muy interesantes las siguientes explicaciones en relación con esta norma: *Sólo podrán admitirse diferencias de trato desigual cuando estén justificadas por un propósito legítimo. Pueden constituir propósitos legítimos, por ejemplo, la protección de las víctimas de violencia por razón de sexo (en supuestos de creación de refugios para personas de un solo sexo, las razones de intimidad y decencia (en supuestos como la oferta de alojamiento hecha por una persona en una parte de su vivienda), la promoción de la igualdad de la igualdad de género o de los intereses de los hombres o de las mujeres (por ejemplo, organizaciones de voluntarios del mismo sexo), la libertad de asociación (en los casos de afiliación a clubes privados para un solo sexo), la organización de actividades deportivas (por ejemplo, acontecimientos deportivos (por ejemplo, acontecimientos deportivos para uno de los sexos). No obstante, toda limitación deberá ser adecuada y necesaria a tenor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Considerando 16 Directiva 2004/113/EC). La ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres repite en este aspecto la regla de la Directiva: serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios (art. 69.3).*

El legislador ha tomado como referencia el principio de proporcionalidad que significa en esencia una técnica jurídica tendente a realizar un punto de equilibrio entre los distintos intereses que están en juego. Esta técnica permite modular o graduar la protección contra la discriminación en el intento de evitar logros de igualdad que signifiquen un «recorte» injustificado de otros derechos fundamentales que merecen asimismo protección. No se trata de minimizar la importancia de la protección contra la discriminación,

¹⁷ Semejante regla se repite: Directiva 2000/78/CE (art. 4.1)-Directiva 2002/73/CE (art. 1)-Directiva 2006/54/CE (art. 14.2).

sino sólo que ésta no sea absurda. Pero todavía el trato diferente debe considerarse como una excepción de la regla general que rige en el ámbito de los contratos para el público y por ello exige una justificación especial, o, mejor dicho, exige una doble justificación: un propósito legítimo y, además, las medidas concretas que se adopten deberán ser «proporcionadas»: *adecuadas y necesarias* para el objetivo propuesto..

El derecho contra la discriminación no tiene, pues, una medida cerrada de una vez por todas y continuamente tiene que medir sus fuerzas con otros intereses privados que también están fuertemente influidos por la realidad social de cada momento histórico. El juicio entre dos valores fluctuantes es también un juicio abierto que cambia con la evolución social. Este planteamiento significa que el derecho contra la discriminación deberá aprenderse considerando de forma principal la evolución de la jurisprudencia. El intérprete deberá sistematizar las sentencias de los tribunales para averiguar las tendencias que están ocurriendo en la práctica: qué derechos fundamentales están siendo considerados un propósito legítimo para justificar diferencias de trato y qué medidas están siendo consideradas adecuadas y necesarias para realizar la protección de los intereses que están en juego.

3. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE NO DISCRIMINAR: CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Las Directivas europeas no han regulado unos remedios específicos para garantizar la protección contra la discriminación y dejan esta tarea a los Estados miembros. Como mucho podemos encontrar una regla general y abierta que recomienda a los Estados miembros establecer *sanciones, que podrán incluir la indemnización, que serán efectivas, proporcionadas y disuasorias*¹⁸. En este aspecto el derecho comunitario significa un remedio tradicional para proteger a las víctimas mediante la indemnización del daño y, por lo demás, la referencia legal deja entrever las indemnizaciones punitivas (*punitive damages*). Esto es lo que parece señalar la idea de *–sanciones disuasorias–*. Por otra parte, las Directivas contra la discriminación establecen una regla sobre el control de validez del contenido del contrato. Más concretamente, *los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar que declare o pueda declararse nula o se modifique cualquier disposición*

¹⁸ Directiva 2000/43/CE (art. 15)-Directiva 2000/78/CE (art. 17)-Directiva 2004/113/CE (art. 15)-Directiva 2006/54/CE (art. 25).

*contraria al principio de igualdad de trato en contratos*¹⁹. Y ya no existen más referencias. El resto es tarea de las normas de transposición que deben desarrollar la base esencial de las Directivas.

El desarrollo en el Derecho español ha ocurrido también con cierto apego hacia la tradición. La Ley 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, ha realizado un diseño bastante simple sobre las *consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias*: *Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyen o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidades a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias* (art. 10). Queda claro que esta regulación mantiene la misma línea tradicional de las Directivas: la nulidad es la sanción característica de los actos ilícitos y la indemnización el remedio de los daños. Por lo demás, la Ley 3/2007 *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* regula de forma especial las sanciones contra la discriminación en el ámbito de la contratación de seguros. El incumplimiento de la prohibición de establecer diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas por razón del sexo *otorgará al contratante perjudicado el derecho a reclamar la asimilación de sus primas y prestaciones a las del sexo más beneficiado, manteniéndose en los restantes extremos la validez y la eficacia del contrato* (art. 72.2). Esta regla opta por la consecuencia de «borrar» las cláusulas discriminatorias –ilícitas– y «corregir» el contrato integrando las condiciones de trato igualitario (nulidad parcial).

Seguramente los tribunales van a desarrollar esta estructura legal y van a afinar el significado de las *consecuencias de las conductas discriminatorias*. El concepto de daño moral será una referencia principal para la protección efectiva de las víctimas y simplemente realizando una valoración generosa del *quantum* indemnizatorio se pueden alcanzar también con sutileza las indemnizaciones punitivas –disuasorias–. Nos encontramos, sin embargo, con un orden legal bastante tradicional y quizás se note la falta de una decisión legislativa más definitiva que hubiese acercado expresamente las consecuencias de las conductas discriminatorias hacia el orden del contrato. Bastaría para ello con entender que la obligación de no discriminar es una obligación contractual y, en consecuencia, el incumplimiento podría significar, además de la indemnización de daños, otros remedios típicamente contractuales:

¹⁹ Directiva 2000/43/CE (art. 14 b)-Directiva 2004/113/CE (art. 23 b).

el *cumplimiento in natura* o la *resolución*. La posición de la víctima quedaría reforzada de esta manera²⁰. El camino en este sentido se hubiese facilitado con una referencia normativa expresa a la buena fe en las relaciones contractuales. El intérprete tendría de esta manera un punto de partida muy fácil para decidir una obligación contractual de no discriminar y los remedios característicos por incumplimiento serían parte de la misma referencia.

Por ahora todas estas consecuencias están en el terreno de la interpretación. De nuevo la jurisprudencia será decisiva en estos aspectos y poco a poco se irán aclarando el sentido de los cambios.

IV. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA: STJCE 1 MARZO 2011 C-236/09 [TEST-ACHATS]

1. EL RIGOR DE LA PRIMERA CONSIDERACIÓN: *EL ARTÍCULO 5.1 DEBE APLICARSE SIN EXCEPCIONES*

La Directiva 2004/113/ aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Más concretamente, el artículo 5.1 regula la llamada regla unisex:

Los Estados miembros velarán porque en todos los nuevos contratos que se celebren a partir del 21 de diciembre de 2007 a más tardar, el uso del sexo como un factor de cálculo de primas y prestaciones a efectos de seguros y servicios financieros afines no dé lugar puede significar a diferencia en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente («the unisex rule»).

El artículo 5.2 establecía una excepción a esta regla:

No obstante lo dispuesto en el apartad 1, los Estados miembros podrán decidir, antes del 21 de diciembre de 2007, autorizar diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Los Estados miembros que se acojan a esta disposición informarán a la Comisión y velarán por que los datos exactos pertinentes en relación con la consideración del sexo como factor actuarial determinante se recopilen, se publiquen y

²⁰ STEFAN LEIBLE/SUSANA NAVAS NAVARRO/JERZY PISULINSKI/FRYDERYK ZOLL, «Non-Discrimination», en *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Reiner Schulze (ed.), 2008, p. 141.

se actualicen con regularidad. Dichos Estados miembros reexaminarán su decisión cinco años después de 21 de diciembre de 2007 atendiendo al informe de la Comisión a que se refiere el artículo 16, y transmitirán a la Comisión el resultado de este nuevo examen.

La STJCE de 1 de marzo de 2001 (C-236/09) ha tomado una decisión definitiva para realizar linealmente el principio de no discriminación por razón de sexo. En este sentido ha declarado que, a partir del 21 diciembre 2012, el artículo 5.2 de la Directiva 2004/113/UE es inválido. Más concretamente el criterio judicial ha considerado que *dicho precepto, que permite a los Estados miembros afectados mantener de modo ilimitado en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, es contraria a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres marcado por la Directiva 2004/113 y resulta incompatible con los artículos 21 y 23 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE.*

En un primer momento puede sorprender el rigor del criterio judicial. La norma del artículo 5.2 es declarada inválida y esto significa que el artículo 5.1 debe aplicarse sin excepciones («*the uni-sex rule*»). Todo ello trae consigo un límite muy estricto de la autonomía privada en el ámbito de los contratos de seguro. Para un mismo contrato, la utilización del sexo como factor actuarial no deberá dar lugar a diferencias en las primas y las prestaciones de las personas individuales, en ningún caso.

Todos los Estados Miembros habían permitido excepciones de trato desigual con fundamento en el artículo 5.2 Directiva 2004/113 y así está regulado en las leyes nacionales de transposición de la Directiva. Más concretamente, la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece una excepción de estas características: *reglamentariamente se podrán fijar los supuestos en los que sea admisible determinar deferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, cuando el sexo constituya un factor determinante de la evaluación de los riesgos a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y fiables* (art. 71). En fin, las compañías de seguro han desarrollado extensamente la posibilidad que permitía la Ley. La trama normativa y económica que se ha creado es muy compleja y la tarea por hacer es difícil. Modificar un sector tan importante de los contratos y del mercado europeo requiere verdaderos malabarismos jurídicos y económicos que sustituyen un orden por otro y, además, pueden ocurrir seguramente consecuencias secundarias no deseables. La fuerza económica del

sector de los seguros es tan fuerte que, por muy grandes que se construyan los límites de la autonomía privada que le impiden andar camino, siempre van a quedar arrestos para seguir de otra manera. Puede, incluso, llegar a ocurrir una inflación desproporcionada de las primas.

La sentencia que comentamos y sus posibles consecuencias resultan muy llamativas, sobre todo, si se comparan con la tendencia judicial a decidir otras soluciones más moderadas en los supuestos de conflicto entre dos derechos fundamentales. Los tribunales realizan un criterio de ponderación y deciden normalmente una solución a medio camino entre los intereses que están en juego. Sin embargo, en el ámbito de la protección contra la discriminación, parece como si estuviese ocurriendo un trato igualitario demasiado absoluto que deja por completo de lado otros derechos fundamentales que también merecen cierta consideración y protección. La regla *unisex* ha puesto en alerta a las compañías de seguro que ya están afilando sus contratos en el sentido que hemos explicado. Tanto ha sido el revuelo que la Comisión Europea, para evitar consecuencias mayores, ha tenido que salir al paso, abogando por una interpretación moderada de la *regla unisex*.

2. SIGNIFICADO MODERADO DE LA REGLA DE IGUALDAD DE TRATO: COMMUNICATION FROM THE COMMISSION²¹

2.1 El artículo 5.1 se aplica sólo a los nuevos contratos

La STJCE de 1 de marzo de 2011 ha declarado inválido el artículo 5.2 Directiva 2004/113 y esto significa que el artículo 5.1 deberá aplicarse sin excepciones («*the unisex rule*»). No obstante la sentencia matiza esta consecuencia y especifica que el artículo 5.2 será inválido con efectos a 21 de diciembre de 2012.

El periodo transitorio que establece la sentencia debe interpretarse en el mismo sentido que la regla del artículo 5.1 Directiva 2004/113 que también limita la eficacia de la regla sobre igualdad de trato en relación con los nuevos contratos después de 21 de diciembre de 2007²². El considerando 18 de la Directiva 2004/113

²¹ Communication from the Commission, Guidelines on the application of Council Directive 2004/113/EC to insurance, in the light of the judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-236/09 (Test-Achats) – Brussels 22.12.2011 C (2011) 9497 final.

²² Communication from the Commission, Guidelines on the application of Council Directive 2004/113/EC to insurance, in the light of the judgment of the Court of Justice of

aclara que el periodo transitorio está previsto *para evitar un reajuste repentino del mercado*. La sentencia debe interpretarse de igual manera: para evitar un impacto repentino y exagerado en el mercado de seguros. Es decir, pretende realizar el principio de igualdad con un criterio que respete los derechos existentes y las legítimas expectativas de las partes contratantes.

El periodo transitorio significa que el artículo 5.1 se aplica sin excepciones a partir de 21 de diciembre de 2012, es decir, *a los nuevos contratos* a partir de esta fecha.

La aplicación de la sentencia exige distinguir entre los contratos existentes y los nuevos contratos. La Comisión Europea ha interpretado que los *nuevos contratos* son aquellos que requieren el consentimiento de todas las partes interesadas para tener eficacia: es decir los contratos concluidos por primera vez a partir de 21 diciembre de 2012 y también los acuerdos que exigen el consentimiento de las partes para prorrogar la eficacia de un contrato previamente existente antes de 21 de diciembre de 2012²³.

2.2 Prácticas lícitas del sector de los seguros relacionados con el género: «life and health underwriting»

El artículo 5.1 Directiva 2004/113 establece que la utilización del sexo como factor actuarial no puede significar diferencias en las primas y las prestaciones de las personas individuales. Es decir, el precio no puede ser diferente entre los individuos en relación con la misma póliza de seguro porque el género no sea el mismo. Pero la Comisión ha interpretado que hay otros factores de riesgo que se pueden considerar para la valoración del precio del aseguramiento, como, por ejemplo, la historia familiar, cuya valoración exige considerar si la persona es un hombre o una mujer²⁴. Más concretamente, es lícita la práctica del sector de los seguros que distingue entre una mujer que tiene una historia familiar relacionada con el cáncer de mama y debe pagar por ello un plus de prima del aseguramiento en comparación con otra mujer que no tiene semejante historia familiar. La primera mujer del ejemplo tiene que pagar más con base en su historia familiar porque verdaderamente existe más riesgo de que desarrolle esta enfermedad. Pero no hay ninguna razón para aplicar la prima adicional para un hombre de la misma familia que la primera mujer y, aunque la historia familiar

the European Union in Case C-236/09 (Test-Achats) – Brussels 22.12.2011 C (2011) 9497 final.

²³ Communication from the Commission... cit., p. 3.

²⁴ Communication from the Commission... cit., p. 5.

refleja tendencia a padecer cáncer de mama, la probabilidad de que un varón desarrolle esta enfermedad es muy baja. Las compañías de seguro realizan a los clientes antes de contratar test muy completos para tener la información suficiente para realizar distinciones de trato de este tipo que concretan el precio de la prima según el perfil de riesgo real de cada individuo. Insisto. La Comisión ha aclarado que estas prácticas son lícitas.

La Comisión Europea también ha interpretado que, con justificación en el artículo 4.5 de la Directiva 2004/113, todavía es posible ofrecer específicos productos de aseguramiento basados en el género (o como opción dentro del contrato de seguros) para cubrir condiciones que exclusivamente conciernen a hombres o mujeres²⁵. La diferencia de trato exige que el propósito sea legítimo y los medios adecuados y necesarios. Por ejemplo, el cáncer de útero justifica un producto específico para las mujeres y asimismo el cáncer de próstata justifica también la misma especialidad de un contrato característico para los hombres. Esta interpretación significa sencillamente que la regla de igualdad de trato debe aplicar con ciertos límites razonables o, dicho lo mismo de otra manera, que la igualdad no puede significar lo absurdo de no distinguir entre los riesgos propios de cada género. Esta posibilidad, sin embargo, está excluida por razón de embarazo o maternidad (art. 5.3 Directiva 2004/113).

2.3 Valoración de otros factores de riesgo relacionados –indirectamente– con el género

Por otra parte cabe considerar el concepto legal de discriminación indirecta: *la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúa a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios* (art. 2 b) Directiva 2004/113). Esto quiere decir que una práctica del sector de los seguros puede significar indirectamente una diferencia de trato entre hombres y mujeres: por ejemplo, diferentes precios de las primas según el modelo del coche asegurado significa indirectamente un trato diferente porque estadísticamente está demostrado que los hombres utilizan los modelos de coches que tienen más potencia. La Comisión Europea ha interpretado que este tipo de prácticas que indirectamente significan una diferencia

²⁵ Communication from the Commission... cit., p. 5.

de trato son lícitas si están basadas en un propósito legítimo y los medios para realizar este fin son apropiados y necesarios²⁶. En este sentido cabe considerar que la diferencia en el precio de los seguros según el tipo de coche es una práctica lícita y, aunque signifique indirectamente una diferencia de trato entre hombres y mujeres, el propósito es legítimo y los medios adecuados y necesarios.

V. LAS TENDENCIAS DE FUTURO: DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR)²⁷

1. CONTINUACIÓN DE LAS TENDENCIAS ANTERIORES: EL DERECHO DE LAS DIRECTIVAS Y UN POCO MÁS

El DCFR sigue la misma tendencia que las directivas y ha considerado la eficacia del principio de no discriminación en las relaciones entre particulares. Más concretamente se puede apreciar la influencia decisiva que ha tenido la Directiva 2004/113. Los contratos de bienes y servicios han sido el ámbito de referencia para considerar normalmente la protección contra la discriminación en los negocios cotidianos como ir de compras, a la discoteca o a un restaurante, en la búsqueda de vivienda y en las operaciones con las compañías de seguros y bancos. Esta base legal ha permitido un salto cualitativo que generaliza la protección contra la discriminación en todas las relaciones contractuales. La opción legislativa ha sido considerar el principio de discriminación en todos los *contratos para el público*. Se podría entender en este sentido un principio general que incorpora la razón de igualdad de trato en las bases esenciales de la contratación. Más concretamente, para comprender el planteamiento, bastaría con la referencia sistemática. El libro II DCFR que se refiere a la regulación de los contratos y otros actos judiciales –*contracts and other judicial acts*– tiene un capítulo dedicado expresamente a la regulación del derecho contra la discriminación –*Non-discrimination*– (Chapter 2). El sitio marca también un sello propio. El derecho contra la discriminación forma parte del derecho general de los contratos.

²⁶ Communication from the Commission...cit., p. 6.

²⁷ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law-Draft Common Frame of Reference (DCFR). eds: Von Bar, C., Clive, E., and Schulte Nölke, H., Munich, Sellier, 2009. Basado en parte sobre la revisión de los Principios Lando [Principles of European Contract Law] y en los trabajos realizados por Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group).

El DCFR regula, en primer lugar, el derecho a no ser discriminado: *a right not to be discriminate against on the grounds of sex or ethnic or racial origin in relation to a contract or other act the object of which is to provide access to, or supply, goods or services which are available to the public*» (art. II-2: 101). Por lo demás, el DCFR completa la regulación contra la discriminación con las siguientes normas sobre definiciones y de régimen jurídico: cabe mencionar, en primer lugar, la norma que define los principales formas de discriminación: *directa-indirecta acoso-acoso sexual- y las instrucciones para discriminar* (art. II.-2:102 DCFR). A continuación encontramos las excepciones justificadas de trato desigual (art. II.-2: 103 DCFR). Enseguida aparecen los remedios (art. II.2:104). Y finalmente se encuentra la regla sobre la carga de la prueba (art. II.-2:105 DCFR).

Con sólo una primera lectura de estas referencias normativas se puede comprender que realmente existe continuidad en relación con el derecho legal existente. La regulación que establece el DCFR en esta materia coincide prácticamente con la parte general de las directivas contra la discriminación. Las definiciones de discriminación-excepciones justificadas-regla de la prueba y remedios son muy parecidas. Sin embargo, profundizando un poco más, se comprende que el DCFR también es novedoso en algunos aspectos de la regulación.

En este trabajo quiero subrayar esta perspectiva de futuro. El DCFR es una propuesta académica y no tiene ninguna eficacia jurídica. Sin embargo, tiene importancia porque sistematiza los principios esenciales del Derecho comunitario existente en materia de contratación y, con este punto de partida, realiza un modelo unitario de contrato como referencia a seguir para la futura armonización –o, en su caso, unificación– del Derecho privado europeo. Las directivas comunitarias han tenido fundamentalmente un enfoque vertical y se han ocupado de aspectos concretos de la contratación. Por ello es muy importante la referencia de un modelo unitario de contrato para interpretar y aplicar de mejor manera el derecho existente –con más coherencia– y asimismo podemos andar camino hacia un derecho común con un paso más seguro y criterios decididos con una reflexión previa. Sin duda todo ello tiene un reflejo muy importante en el ámbito de la protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares. Insisto. El DCFR ha significado todavía más las razones de las directivas europeas contra la discriminación. La opción de la propuesta ha sido un principio general de no discriminación como razón esencial de los contratos.

Esta referencia tan importante ha permitido también proponer nuevos aspectos jurídicos que están en la misma línea.

1. OPCIONES DE POLÍTICA LEGISLATIVA

A continuación vamos a destacar algunas peculiaridades conceptuales y de régimen jurídico del texto que ha sido propuesto (DFCR). Muchas de ellas están relacionadas con el derecho anterior y son, por decirlo de algún modo, la tradición heredada de las directivas. Pero no agotan todas las posibilidades y también vamos a comprobar que han ocurrido nuevas aportaciones.

a) Los deberes de igualdad de trato y las prohibiciones de no discriminar ocupan un lugar destacado en la construcción jurídica del contrato y significan límites generales de la autonomía privada (art. II.-2: 102 DCFR). Más concretamente, las libertades características de la contratación –de elegir libremente a la otra parte contratante o la libertad de establecer el contenido del contrato– están limitadas para realizar el derecho contra la discriminación. Desde esta perspectiva se acentúa el carácter excepcional de las diferencias de trato y las justificaciones de estas excepciones exigirán un criterio muy especial.

b) Asimismo hay que señalar el cuidado en distinguir y sistematizar las distintas formas de discriminación: *directa, indirecta, acoso, acoso sexual y las instrucciones para discriminar* (art. II.-2: 102 DCFR). Este aspecto refleja la tendencia de las directivas a proteger a las víctimas de mejor manera –con más sistema–. El intérprete dispone de unas referencias concretas que permiten distinguir mejor las circunstancias discriminatorias en la práctica. Siguiendo también el mismo trazo de las directivas contra la discriminación, se ha establecido una regla que facilita la prueba que debe dar la víctima para actuar la protección contra la discriminación: con muy poca prueba, simplemente probando unos hechos que permiten presumir un trato discriminatorio, el demandante tiene a su favor el sistema de protección y el demandado, para eludir la responsabilidad, tiene que probar una causa concreta que justifica el trato diferente (art. II.-2: 105 DCFR)²⁸. No cabe duda que el derecho contra la discriminación se encuentra muy influido por

²⁸ Todas las Directivas contra la discriminación establecen una regla de estas características que facilita la prueba a la víctima: Directiva 2000/43 (art. 8), Directiva 2000/78 (art. 10), Directiva 2004/113 (art. 9), Directiva 2006/54 (art. 19). Hay también una sentencia muy significativa del TJCE 10 julio 2008 C-54/07 que precisa la interpretación de los «*facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination*».

estas facilidades de régimen jurídico que permiten una protección efectiva contra la discriminación.

c) El artículo II.-2:101 DCFR establece el derecho a no ser discriminado por razones concretas: de «sexo» o «por origen étnico o racial». El Derecho existente en la UE hubiese permitido una actuación mucho más amplia que abarcase otras razones características de discriminación: basadas en la *religión o creencias, discapacidad, edad o orientación sexual* (art. 13 Tratado de Amsterdam). A pesar de esta posibilidades, por ahora, la opción legislativa ha sido una solución más concreta –más moderada–. Esto no impide que la política legislativa europea vaya finalmente más allá y termine prevaleciendo la tendencia a considerar otras razones de discriminación en las relaciones entre particulares. Pero, en este momento, insisto, el diseño académico sólo ha considerado los ámbitos que probablemente son más problemáticos en la realidad europea y ha dejado para después la protección contra las discriminaciones basadas en otras razones que son asimismo importantes, pero quizás un poco menos.

Yo, sin embargo, no estoy de acuerdo con este criterio moderado y considero que se ha perdido la oportunidad de subrayar la importancia de construir una Europa igualitaria y democrática –sin discriminaciones–. Además no sé yo muy bien con qué medida se puede valorar la importancia de las discriminaciones para decidir su protección jurídica de una manera o de otra. No se sabe muy bien por qué merece mejor protección la discriminación por razón de sexo que la discriminación por razón de orientación sexual o por qué merece mejor protección las discriminaciones por razón de origen racial o étnico que las discriminaciones por creencias o convicciones religiosas. No es fácil clasificar el grado de importancia de las razones de discriminación que ocurren en Europa y si la medida no puede ser muy precisa más vale considerar todas para proteger de mejor manera a la persona.

En segundo lugar, el artículo II.-2:101 DCFR significa moderación porque se regula el derecho a no ser discriminado en los contratos «*para el público*». La solución adoptada sigue la tendencia de las directivas y el derecho contra la discriminación se realiza en el ámbito de los contratos en los que hay una oferta pensada en general para los clientes. Esto significa que todavía existe libertad de contratación y de elección en el ámbito de los contratos *intitui personae*: que se celebran en atención a la persona o las circunstancias personales del otro contratante. Igualmente ocurre en los contratos entre particulares de índole privada: cuando las partes o

sus familiares mantienen una relación especial de cercanía o confianza.

d) El artículo II.-2: 103 DCFR regula las *excepciones justificadas* de trato desigual: *Unequal treatment which is justified by a legitimate aim does not amount to discrimination if the means used to achieve that aim are appropriate and necessary*. También en este aspecto existe continuidad con las directivas²⁹. La autonomía privada tiene reconocido todavía cierto margen de actuación y puede realizar un trato desigual justificado por una finalidad legítima y con los medios adecuados y necesarios. De nuevo el principio de proporcionalidad marca la medida de la moderación y habrá que valorar y decidir qué intereses son legítimos para justificar el trato desigual. Deberá considerarse fundamentalmente un conflicto de intereses entre el derecho a no ser discriminado por razón de «sexo» o «origen racial o étnico» y la protección de otros intereses que merezcan especial protección por razones de decencia, privacidad, religión o identidad cultural. Por otra parte, insistimos, para que la excepción esté justificada no es suficiente que la finalidad perseguida sea legítima. Las medidas adoptadas deben ser, además, adecuadas y necesarias. Esta moderación significa una aplicación concreta del principio de proporcionalidad y otra vez el intérprete tiene la tarea de valorar qué medidas concretas pueden adoptarse según estos límites.

No todo es continuidad. El artículo II.-2:101 DCFR es novedoso y, en relación con la regulación de las directivas, da un paso adelante. No establece diferencias de régimen entre las discriminaciones directas o indirectas y, en todos los casos, el trato diferente puede considerarse lícito con base en una causa de justificación –propósito legítimo–. Aunque todavía cabe distinguir desde la perspectiva de la práctica. Las diferencias de trato son excepciones del principio general de no discriminación y deben interpretarse con un criterio restrictivo. Por ello hay que cuidar las tendencias de interpretación. Debe considerarse una razón especialmente importante –excepcional– para legitimar un trato desigual por razón de

²⁹ Las directivas que desarrollan el principio de igualdad de trato autorizan a los Estados miembros a regular una excepción de la prohibición de trato desigual si están justificadas objetivamente y razonablemente por razones ocupacionales. Por ejemplo, la Directiva 2000/43/EC (art. 4) establece que los Estados miembros *podrán disponer que una diferencia de trato basada en las características relacionadas con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto donde se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado*. Semejantes reglas se repiten: Directiva 2000/78/EC (art. 4.1)-Directiva 2002/73/EC (art. 1)-Directiva 2006/54/EC (art. 14.2). En un sentido parecido la Directiva 2004/113/EC establece causas justificadas de trato desigual con fundamento en el principio de proporcionalidad (art. 2. b-art. 4.5).

sexo o de origen racial o étnico. Seguramente las discriminaciones directas siempre serán más difíciles de justificar en la práctica que las discriminaciones indirectas. Unas son más excepcionales que las otras. En este sentido cabe considerar diferencias de orden práctico.

3. EL CIERRE SISTEMÁTICO: LOS REMEDIOS CONTRACTUALES

El planteamiento sistemático influye decisivamente en las consecuencias de régimen jurídico. El derecho a no ser discriminado ocupa un lugar importante en la regulación general del contrato y por ello hay que considerar los atributos correspondientes de un *derecho subjetivo de naturaleza contractual*-. Esta base constituye también una referencia principal para desarrollar la protección contra la discriminación con fundamento en los remedios por incumplimiento de las obligaciones contractuales. Esta perspectiva está claramente reflejada en el artículo II.-2: 104 DCFR:

(1) *If a person is discriminated against contrary to II.-2: 101 (Right not to be discriminated against) then, without prejudice to any remedy which may be available under Book VI (Non-contractual Liability for Damage caused to Another), the remedies for non-performance of an obligation under Book III-Chapter 3 (including damages for economic and non-economic loss) are available.*

(2) *Any remedy granted should be proportionate to the injury or anticipated injury; the dissuasive effect of remedies may be taken into account.*

La protección contra la discriminación significa directamente el remedio característico de la *responsabilidad por incumplimiento*: el cumplimiento *in natura*. En cada caso particular habrá que decidir si este remedio significa una protección *proporcional* y *dissuasoria* contra la discriminación. Y, siguiendo la lógica del contrato que diseña el DCFR, cabe considerar el remedio característico de la indemnización de daños y perjuicios, como el remedio que corresponde en las circunstancias del caso concreto en lugar del cumplimiento *in natura* o como el remedio compatible con el cumplimiento *in natura*. El concepto de daño moral será esencial en la materia. Bastará con valorar con un criterio estricto la gravedad del daño por discriminación y el *quantum* indemnizatorio alcanzará también un valor importante. Ya se sabe que el concepto de daño moral es muy maleable y, con mucho disimulo, se pueden alcanzar,

incluso, las indemnizaciones punitivas: *the dissuasive effect of remedies*. Asimismo el concepto de incumplimiento permite considerar la indemnización de los daños económicos y en este sentido el artículo II.-2:104 DCFR establece expresamente esta razón: *the remedies for non-performance of an obligation under Book III, chapter 3 (including damages for economic and none economic loss) are available*.

También cabe considerar la posibilidad de la resolución del contrato por una conducta discriminatoria y *otros remedios* derivados «naturalmente» del contrato: por ejemplo, la nulidad del contrato que infringe principios fundamentales (art. II.-7:301 DCFR) o la interpretación del contrato a favor de la parte discriminada (II.-8:102 DCFR) o la integración del contrato a favor de la parte discriminada (II.-9:101 DCFR).

Es claro que la construcción jurídica es netamente contractual y permite alcanzar, además de la indemnización del daño, *otros remedios contractuales* que ofrecen una protección muy reforzada contra la discriminación. Por lo demás, esta perspectiva jurídica puede prender perfectamente en las razones esenciales del principio de buena fe en las relaciones contractuales. Los deberes de igualdad de trato y las prohibiciones de no discriminación pueden considerarse como obligaciones que derivan de este principio esencial. Esta tendencia se ha desarrollado en el ámbito de la relación laboral. La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores ha tenido este fundamento general que ha permitido integrar el contrato con deberes legales de protección y reforzar, incluso, el orden legal considerando las obligaciones «implícitas» conforme a la buena fe. Cabe esperar que la misma tendencia ocurra en los contratos para el público. La buena fe en las relaciones contractuales puede facilitar el camino en este sentido hacia la igualdad efectiva.

Estudio jurídico civil de la explotación agraria de titularidad compartida y de la compensación por colaboración efectiva en la explotación agraria desde la perspectiva del régimen económico matrimonial¹

MARÍA TERESA MARTÍN MELÉNDEZ

Profesora Titular de Derecho civil Facultad de Derecho
Universidad de Valladolid

RESUMEN

La Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias, regula en su articulado, como medidas para promover la igualdad entre mujeres y hombres en el medio rural, la explotación agraria de titularidad compartida y el derecho a la compensación a favor del cónyuge o conviviente que colaboró efectivamente en la explotación sin recibir contraprestación; a ellas añade, en su Disposición Adicional 1.ª, la posibilidad de constituir una sociedad de responsabilidad limitada de las previstas por el a. 5.2 del Real Decreto-ley 13/2010. Pues bien, en este estudio se tratan las cuestiones de carácter civil planteadas por las dos primeras, partiendo de la existencia de matrimonio y teniendo en cuenta el régimen económico de éste. Así, en cuanto a la explotación agraria de titularidad compartida, se presta especial atención, además de a sus presupuestos de constitución, a la administración, representación y responsabilidad de la explotación agraria, al reparto de rendimientos y al régimen de las ayudas agrarias y, por lo que al derecho de compensación se refiere, se profundiza en sus requisitos, forma de ejercicio y su compatibilidad con otros derechos patrimoniales derivados del matrimonio o del régimen de su economía.

¹ Este trabajo ha sido concluido en mayo de 2013 y es fruto del Proyecto de Investigación subvencionado por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León (referencia Tipo A, VA028A09), titulado: «La sucesión mortis causa de la empresa familiar en Castilla y León. Problemas que plantea», del cual la autora es investigadora principal.

PALABRAS CLAVE

Igualdad entre hombre y mujer; Explotación agraria de titularidad compartida; Derecho de compensación por trabajo en la explotación agraria; Régimen económico matrimonial; Sociedad de gananciales; Régimen de separación de bienes; Ayudas y subvenciones agrarias; Compensación por desequilibrio en los casos de separación y divorcio; Compensación por el trabajo para la casa.

ABSTRACT

The law 35/2011, October the 4th, about shared ownership of agricultural enterprises regulates within its articles, as a measure to promote equality between women and men in rural areas, the share ownership agricultural enterprises and the right of set-off in the favour of spouse or partner having effectively participated in an agrarian farm without any form of material compensation in return; in addition to this, in the 1st Additional Provision, it regulates the possibility to create a limited liability company among those provided in the article 5.2. of Royal Decree 13/2010. So this study treats about civil matters exposed on the first two of them , starting from the existence of marriage and taking into account its economic regime. This way, concerning shared ownership of agricultural enterprises , the study pays a special attention, besides of setting budgets, administration, representation and responsibility of the agrarian farm, to the distribution of incomes and to the regime of agricultural aids, and as far as the right of set-off is concerned, it focuses on its requirements, forms of exercise and their compatibility with other property rights deriving from marriage or their economic regime.

KEYWORDS

Equality between women and men; Shared ownership of agricultural enterprises; Right of set-off due to work on agricultural enterprises; Marriage economic regime; Community of property regime; Separate of property regime; Agricultural aids; Set-off due to imbalance in cases of separation and divorce; Set-off for house works.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La titularidad compartida.* A) Generalidades: sobre qué recae la titularidad compartida; requisitos para su constitución; efectos. B) Aspectos civiles de la titularidad compartida en relación con el régimen económico matrimonial. B.1 Administración y representación de la explotación agraria de titularidad compartida (art. 4, apartados 1 y 2 Ley 35/2011). Posibilidad de exigir su constitución. B.2 Responsabilidad de la explotación agraria de titularidad compartida (art. 4.3 Ley 35/2011). B.3 Reparto de rendimientos (art. 5 Ley 35/2011). B.4 Subvenciones y ayudas públicas agrarias (arts. 11 y 12 Ley 35/2011): B.4.a) Medidas de fomento. B.4.b) Régimen de las ayudas públicas. B.5 Extinción de la titularidad compartida.—III. *Compensación económica por razón de colaboración efectiva en la explotación agraria.*

A) Introducción. B) Supuesto de hecho. C) Consecuencia jurídica: Derecho a recibir una compensación: C.1 Su justificación. C.1.a) Régimen de sociedad de gananciales. C.1.b) Régimen de separación de bienes. C.1.b.1 El artículo 1438 Cc. C.1.b.2 Referencia al Derecho catalán y valenciano. C.1.b.3 Desajustes que en el régimen de separación se producen con la compensación de la Ley 35/2011. C.2 Obligado a satisfacer la compensación. C.3 Prueba del trabajo efectivo. C.4 Objeto, cuantía y pago de la compensación. C.5 Compatibilidad con otros derechos de carácter patrimonial.-IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN*

Dada la desigualdad que todavía existía y existe entre hombres y mujeres en el medio rural¹, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, instó a los poderes públicos a adoptar medidas dirigidas a hacer efectiva dicha igualdad. Entre estas medidas propuso en su artículo 30 la figura de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias, encomendando a los Ministerios de Agricultura, Pesca y Alimentación, de Trabajo y Asuntos Sociales y de Igualdad, llevar a cabo su desarro-

(*) Las alusiones al Anteproyecto de *Ley Agraria de Castilla y León*, de 8 de febrero de 2013, que se hacen en este trabajo, han de entenderse realizadas a la Ley 1/2014, de 19 de marzo, *Agraria de Castilla y León* (BOE, 3 de abril de 2014, núm. 81), aprobada mientras el mismo estaba en vías de publicación.

¹ *Vid.* sobre aplicación de la perspectiva de género en materia de desarrollo rural desde sus inicios (en los años 60 y 70, fundamentalmente en el seno de la ONU y con una visión asistencialista) hasta el momento actual, destacando los hitos más importantes: ESPÍN ALBA, I.: «La titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Perspectivas a partir del Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo», *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, Coordinadoras López de la Cruz, L. y Otero Crespo, M., Directoras, García Rubio, M. P. y Valpuesta Fernández, M. R., Tirant Lo Blanch, Valencia 2011, pp. 1343 y ss. Por lo que a Europa se refiere, señala esta autora (*op. cit.*, pp. 1347 y ss.) que «el enfoque de género es bastante reciente en el seno de la Política Agraria Común (PAC), y más específicamente en su segundo pilar dedicado al desarrollo rural, una vez que las normas europeas de derecho antidiscriminatorio europeo no tienen un instrumento propio dedicado a políticas públicas de desarrollo rural... Encontramos referencias transversales en el Reglamento (CE) 1698/2005 del Consejo, de 10 de septiembre de 2005, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER)», cuyo a. 8 establece que «los Estados miembros y la Comisión fomentarán la igualdad entre hombres y mujeres y velarán por que durante las distintas fases de ejecución del programa se evite toda discriminación por razones de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». De entre las iniciativas para conseguir los objetivos de desarrollo rural propuestos, las que más importancia han tenido a los efectos de conseguir la igualdad entre mujeres y hombres son el programa LEADER, el LEADER+, el programa EQUAL y el programa NOW (*op. cit.*, p. 1349). No obstante, desde el punto de vista de la promoción de la igualdad de la mujer en el medio rural español, como sigue diciendo esta autora (*op. cit.*, p. 1349), ha tenido una especial importancia la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2008, sobre la situación de la mujer en las zonas rurales de la Unión Europea (INI/ 2007/2117), «que reclama a los Estados miembros que implementen una serie de medidas de integración de la perspectiva de género en la legislación de desarrollo rural, que... están contenidas en sus rasgos más generales en la reciente legislación española sobre la materia».

llo normativo. Igualmente la Disposición Final cuarta de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, *para el desarrollo sostenible del medio rural*, instaba al Gobierno a «promover y desarrollar el régimen de cotitularidad de bienes, derechos y obligaciones en el sector agrario y la correspondiente protección de la Seguridad Social»². Como consecuencia de ello se publica el Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, *sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias*, en el cual se desarrolla la figura de la titularidad compartida de la explotación agraria como medio para llegar a la igualdad entre hombre y mujer, partiendo de que éstos están unidos en matrimonio o integran una unión de hecho³ y teniendo en consideración que en nuestro ordenamiento es la titularidad de la explotación lo que determina o «fundamenta la atribución de derechos y obligaciones derivados de la actividad agraria y, en su caso, de las actividades complementarias»⁴. No obstante, este Real Decreto nacía con un alcance limitado, puesto que, tal y como determinaba su artículo 1, sólo atribuía a la titularidad compartida efectos de carácter administrativo –concretamente: extensión a la misma del carácter de explotación prioritaria en el marco de la *Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias*⁵, y extensión de los beneficios en la cotización a la Seguridad Social de la Disposición Adicional primera de la Ley 18/2007, de 4 de julio, a las mujeres que ostentaran dicha titularidad conforme al artículo 7.3 de este Real Decreto–, anunciando que con posterioridad sería necesario dictar leyes civiles, mercantiles, fiscales o laborales que desarrollaran el alcance de esta figura en esos ámbitos⁶.

² Vid.: La introducción del Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, *sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias*.

³ Vid. sobre las uniones de hecho: GARCÍA RUBIO, M. P.: «Las uniones de hecho», *Derecho de familia*, Coordinadora G. Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2012, pp. 1479 y ss.

⁴ Vid.: La introducción del Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, *sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias*.

⁵ A este respecto, la introducción del Real Decreto 297/2009, dice: «... el Real Decreto opera en el campo de la regulación meramente administrativa de las explotaciones agrarias creando una figura adicional preferencial a las ya previstas en la Ley 19/1995, de 4 de julio...» y, tras definir la titularidad compartida en el artículo 2.1.a) como «aquella en la que tanto la mujer como su cónyuge o persona ligada a ella con una relación de análoga afectividad inscrita en algún registro público, cumplen los requisitos del artículo 4.1 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de Explotaciones Agrarias y declaran tal circunstancia a la autoridad competente de la comunidad autónoma respectiva a los efectos de su inscripción en el Registro regulado en el artículo 5», establece en su artículo 3.1: «Las ayudas, pagos, derechos de producción, primas, cuotas u otras medidas de efecto equivalente que correspondan al titular de la explotación, se atribuirán conjuntamente a los cotitulares que hayan comunicado a la administración competente la existencia de dicha cotitularidad, a cuyo efecto será preciso señalar la cuenta conjunta en que deban hacerse efectivos los correspondientes ingresos».

⁶ Vid. sobre este Real Decreto 297/2009: ESPÍN ALBA, I.: «La titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Perspectivas a partir del Real Decreto 297/2009, de 6 de

De acuerdo con lo anterior y con la finalidad ya aludida de conseguir la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el medio rural más allá de lo puramente administrativo, se publica la Ley 35/2011, de 4 de octubre, *sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias*⁷. En su Preámbulo se parte de que las mujeres del medio rural siguen siendo «vulnerables e invisibles» y encuentran grandes «dificultades prácticas para el acceso al crédito o a otros bienes y derechos inmateriales por estar vinculados no a la propiedad de la tierra, sino a su rendimiento, es decir, a la titularidad de la explotación». Ante esta situación, esta Ley, para conseguir sus objetivos, establece tres medidas: 1. La regulación de la titularidad compartida, que presenta como «un factor de cambio de las estructuras agrarias de modo que las mujeres del mundo rural gocen de una igualdad de derechos efectiva respecto de los hombres»; 2. El derecho a una compensación económica, cuando se ha participado efectivamente en el trabajo de la explotación sin haber recibido pago o contraprestación alguna y sin haberse constituido la titularidad compartida; 3. La constitución de una sociedad de responsabilidad limitada de las previstas por el artículo 5.2 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, *de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo*, como medio de acceso a la administración conjunta de la explotación, sin crear la figura de la titularidad compartida⁸.

marzo», *op. cit.*, pp. 1342 y ss., especialmente, pp. 1362 y ss.; AMAT LLOMBART, P.: «La titularidad compartida de las explotaciones agrarias y su “nuevo” régimen legal», *Estudios de Derecho agrario*, Coordinador Sánchez Hernández, S., Servicio de Publicaciones de la Universidad de la Rioja, Logroño, 2010, pp. 11 y ss.; SERRANO ARGÜELLO, N.: «La titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Una regulación insuficiente para fomentar la plena integración de la mujer en la agricultura», *Un marco jurídico para un medio rural sostenible*, Coordinadora Muñiz Espada, E., Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, 2011, pp. 366 y ss., con una visión crítica de los aspectos relativos a la seguridad social.

⁷ En esta misma dirección se decanta el Anteproyecto de Ley Agraria de Castilla y León, de 7 de febrero de 2013, que en su artículo 2. *d*), establece como uno de los objetivos generales de la misma: «Favorecer la integración, igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y el reconocimiento y la promoción de la participación de la mujer en la actividad agraria y económica de las zonas rurales», dedicando el capítulo II, del título II, de su libro I (arts. 9 a 11), a «La igualdad, el reconocimiento y promoción de la participación de la mujer en el sector agrario y en la actividad económica de las zonas rurales».

⁸ Una visión general de esta Ley podemos encontrarla en: PLAZA PENADÉS, J.: «Principales aspectos de la Ley de titularidad compartida en las explotaciones agrarias. Un marco jurídico para un medio rural sostenible». Coordinadora Muñiz Espada, E., Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, 2011, pp. 375 y ss.; BELTRÁN SÁNCHEZ, E. / PLAZA PENADÉS, J. / MUÑIZ ESPADA, E.: «Contribuciones para el desarrollo de la titularidad compartida», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 2.ª época, año XXVIII, núm. 60, 3, 2012, pp. 353 y ss., y SERRANO ARGÜELLO, N.: «La titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Una regulación insuficiente para fomentar la plena integración de la mujer en la agricultura», *op. cit.*, pp. 370 y ss. que se detiene especialmente en lo concerniente a la seguridad social.

Todas estas prevenciones son aplicables tanto a los matrimonios como a las uniones de hecho y, dentro de los primeros, con independencia de cuál sea su régimen económico matrimonial⁹, si bien, como veremos, tienen más sentido y son más necesarias cuando el régimen es el de separación que cuando es el de sociedad de gananciales.

En el presente trabajo trataremos de determinar el alcance de estas medidas cuando el titular o, en caso de titularidad compartida, titulares, de la explotación están casados, distinguiendo según el régimen que rija la economía de su matrimonio sea el de gananciales o el de separación de bienes regulados en el Código civil y según, en el primer caso, la explotación tenga carácter privativo o común. Además, mostraremos hasta qué punto son compatibles con el régimen económico del matrimonio tomado en consideración, ya que, como veremos, en algún caso incluso pueden resultar contrarias a los principios de alguno de ellos. Ha de tenerse en cuenta, por tanto, que no pretendemos hacer un estudio de cada una de ellas, sino únicamente insertarlas dentro del régimen económico que rija el matrimonio para poner de manifiesto los resultados de tal encaje.

Ahora bien, este estudio va a dirigirse sólo a las dos primeras de las medidas enunciadas (explotación agraria de titularidad compartida y derecho a una compensación económica), dejando de lado la consistente en la posibilidad de constituir una sociedad de responsabilidad limitada cuyo fundamento último estaría en el artículo 1323 Cc que desde la Ley de 13 de mayo de 1981 permite a los cónyuges celebrar entre sí todo tipo de contratos, entre los que quedaría incluido éste¹⁰. La razón de nuestro proceder es que los esposos, al cons-

⁹ El Tribunal Supremo ha declarado en varias ocasiones que a las uniones de hecho, salvo pacto expreso o tácito, no puede aplicárseles analógicamente las normas sobre régimen económico del matrimonio. STS de 19 de octubre 2006 (RJ 2006/8976); STS de 8 de mayo de 2008 (RJ 2008/2833)... *Vid.*, sobre el tratamiento jurisprudencial de las uniones de hecho.: GARCÍA RUBIO, M. P.: «Las uniones de hecho», *op. cit.*, pp. 1489 y ss.

¹⁰ *Vid.*: HERRERO GARCÍA, M. J.: «Art. 1323», *Comentario del Código civil*. T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 596 y ss., poniendo de manifiesto en p. 598, que «las sociedades mercantiles se aprecian como uno de los medios que mejor se adaptan a una colaboración igualitaria de los cónyuges. Es posible la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada en la que los dos únicos socios son los cónyuges y las aportaciones se concreten en bienes presuntivamente gananciales. En base al principio de subrogación real, las participaciones ocupan el lugar de los bienes aportados y sometidos a la misma responsabilidad (art. 1911 Cc) del patrimonio ganancial (RDGRN 6 y 13-VI-83)... Los mismos argumentos cabe aplicar a la constitución de una sociedad anónima formada por los cónyuges y un tercero, como admitieron ya las RDGRN 4-XI-69 y 5-VII-82»; ALEJÁNDREZ PEÑA, P.: «Artículo 1323», *Comentarios al Código civil*, Dirigidos por DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1457, con cita de la RDGRN de 6 de junio de 1983 (RJ 1983/6973); MONFORT FERRERO, M. J.: «Artículo 1323», *Código civil comentado*, vol. III, libro IV. *Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato* (arts. 1088 a 1444), Directores Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011, pp. 860 y ss. Téngase en cuenta que, no obstante, las prohibiciones

tituir una sociedad de responsabilidad limitada de las previstas en el artículo 5.2 del Real Decreto-ley 13/2010, crearán una persona jurídica que se registrará, como todas las sociedades, por sus estatutos y la normativa que las regule, de modo que su gestión o administración interna será la determinada por su propia regulación, no por la del régimen económico matrimonial, que en estas cuestiones quedará al margen¹¹ y no planteará problemas diferentes a los que presentan otras sociedades de este tipo constituidas por los esposos.

II. LA TITULARIDAD COMPARTIDA

A) GENERALIDADES: SOBRE QUÉ RECAE LA TITULARIDAD COMPARTIDA; REQUISITOS PARA SU CONSTITUCIÓN; EFECTOS

El objeto fundamental de la Ley y que le da su mismo nombre, es la regulación de la titularidad compartida de la explotación agraria (art. 1.1), definiéndose ésta, es decir, la explotación agraria de titularidad compartida (art. 2.1) como «unidad económica, sin personalidad jurídica y susceptible de imposición a efectos fiscales, que se constituye por un matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad, para la gestión conjunta de la explotación agraria». Por tanto, lo que de aquí se desprende es que la finalidad fundamental de esta figura es conseguir la gestión conjunta de la explotación¹².

Por otra parte, el artículo 2.2 de la Ley 35/2011 establece que la constitución de la titularidad compartida «no alterará el régimen jurídico de los bienes y derechos que la conformen ni el régimen jurídico matrimonial o pactos patrimoniales de las parejas de hecho ni el régimen sucesorio, sin perjuicio de lo establecido» sobre la

de contratar entre cónyuges se suprimieron con la Ley de 2 de mayo de 1975. Sobre la posibilidad de contratación entre cónyuges antes de la Ley de 13 de mayo de 1981, *vid.*: HERRERO GARCÍA, M. J.: *Contratos onerosos entre cónyuges*, Publicaciones del Departamento de Derecho civil, 2.ª Cátedra, Salamanca, 1976, refiriéndose en concreto al contrato de sociedad en pp. 463 y ss., en las que aboga por su validez sobre todo a partir de la Ley de 2 de mayo de 1975.

¹¹ Si bien no en otras, como la naturaleza de las acciones o participaciones, o de los beneficios, o de lo que reste de la sociedad tras la liquidación de la misma, cuestiones que dependerán de lo previsto por el régimen económico matrimonial vigente entre los esposos.

¹² El artículo 9.2.b) del Anteproyecto de Ley Agraria de Castilla y León, de 7 de febrero de 2013, recoge como una de las actuaciones que se desarrollarán reglamentariamente para promover y favorecer la igualdad real y efectiva de la mujer en el sector agrario: «Constituirse como titular de una explotación agraria de titularidad compartida»; y el artículo 18.d) del mismo incluye entre las líneas de actuación que se considerarán prioritarias «en el marco de las distintas medidas sectoriales de apoyo y de fomento del sector agrario», «el reconocimiento de la mujer como titular de explotación a través de la titularidad compartida y el desarrollo de medidas de apoyo a su instalación en la actividad agraria».

compensación económica en el capítulo cuarto de la Ley (art. 2.2), de donde se deduce que el hecho de que se constituya la titularidad compartida de una explotación no hace que los bienes que la integran se hagan comunes desde el punto de vista civil, es decir, desde el de su propiedad o derechos que recaigan sobre ellos, de modo que si antes de constituir la titularidad compartida pertenecían a uno solo de los esposos o convivientes de hecho, a él solamente seguirán perteneciendo. Lo mismo creemos que cabe decir, aunque a ello no alude el precepto que comentamos, respecto a la explotación misma cuando ésta alcanza la categoría de bien unitario distinto de los bienes que lo componen y calificable como tal, globalmente, de privativo o ganancial cuando rige el régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales (posibilidad que se deduce de los arts. 1347, núm 5, 1346; núm 8; 1406, núm. 2; 1359 o 1360 Cc), que por el hecho de constituirse la titularidad compartida no se hará común si era privativa o propiedad exclusiva de un esposo¹³.

Pero entonces, ¿sobre qué recae la titularidad compartida? ¿Cuál es su objeto? Tal y como señalaba URÍA, en la empresa es preciso distinguir dos aspectos: subjetivo y objetivo. Desde el primer punto de vista, la empresa se configura como la actividad del empresario o, más concretamente, como «el ejercicio profesional de una actividad económica planificada, con la finalidad de intermediar en el mercado de bienes o servicios». Desde el segundo, la empresa se identifica con el establecimiento mercantil, entendido éste como «un conjunto de bienes y de servicios» coordinados por el empresario «y dispuestos del modo más adecuado a la finalidad peculiar de su empresa» (entendida, en esta definición, en su aspecto subjetivo); a este concepto se le asignan diversos nombres, tales como: establecimiento comercial o industrial, casa de comercio, negocio, tienda, industria, hacienda, explotación...¹⁴ Pues bien, en nuestra opinión, la titularidad compartida recae sobre el aspecto subjetivo de la empresa o explotación, es decir, sobre la actividad agraria misma, de modo que la empresa en sentido objetivo no se vería afectada. A este respecto cabe citar el Informe del Consejo de Estado sobre la titularidad

¹³ A ello podría entenderse que se refería el Real Decreto 29/2009, de 6 de marzo, *sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias*, que en su artículo 1.2 establecía: «Esto no afectará a la titularidad civil de la propiedad de las explotaciones, salvo que expresamente los cotitulares sigan para ello las normas civiles y mercantiles de ámbito general e inscriban dicho régimen en el Registro de la Propiedad».

Vid. considerando privativa del marido una explotación agraria o una parcela, respectivamente, dentro del régimen de gananciales: STS de 28 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6517) y STS de 20 de octubre de 1992 (RJ 1992\8089).

¹⁴ *Vid.*: URÍA, R.: *Derecho mercantil*, Pons, Madrid, 1989, pp. 36 y 37. En la doctrina más actual, *vid.*: SÁNCHEZ CALERO, F./ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 100, 101 y 107.

compartida de las explotaciones agrarias, de 14 de abril de 2010, el cual en una de sus recomendaciones para la, entonces, futura Ley de la titularidad compartida, dice: «XIX.2.—Debería quedar muy claro (véanse los apartados XIII y XVI.18) que la titularidad compartida lo es de la explotación como empresa, es decir, como bien inmaterial. La mera titularidad compartida de la explotación no conlleva la de los bienes muebles y/o inmuebles afectos a la misma cuya titularidad se rige por el Derecho civil ordinario en función de quién fuera el dueño real de los mismos»¹⁵; creemos que esa empresa como bien inmaterial debe referirse a la empresa en sentido subjetivo, a la actividad empresarial agraria, no a la empresa como conjunto de elementos organizados o como organización. Ello se ve confirmado por la definición de «titular de la explotación» que realiza el artículo 2.4 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de *Modernización de las Explotaciones Agrarias*, cuya redacción actual procede de la Disposición Final segunda de la Ley 35/2011, y dice que por tal hay que entender: «la persona física, ya sea en régimen de titularidad única, ya sea en régimen de titularidad compartida inscrita en el registro correspondiente, o la persona jurídica, que ejerce la actividad agraria organizando los bienes y derechos integrantes de la explotación con criterios empresariales y asumiendo los riesgos y responsabilidades civil, social y fiscal que puedan derivarse de la gestión de la explotación». En conclusión, por mucho que se hable de titularidad compartida de la explotación, se trata de la titularidad compartida de la gestión de la misma —con lo que cobra pleno sentido la letra del artículo 2.1 de la Ley 35/2011 («se constituye... para la gestión conjunta de la explotación agraria»)—, y tal gestión compartida no requiere que se haga común ni la explotación como bien unitario, ni los bienes que la conforman. Los bienes que serán gestionados en común como consecuencia de la constitución de la explotación de titularidad compartida serán los que se determinen al constituirlos [art. 6.2, b) Ley 35/2011] y, en su caso, todos los que constituían la explotación de titularidad individual en la que ambos prestaban y seguirán prestando en el futuro, su trabajo; todos ellos quedarán afectos a la explotación de titularidad compartida en el sentido de afectos a la gestión de ambos en la forma y con las consecuencias determinadas en la Ley, pero su titularidad civil o material quedará indemne: no se producirá ninguna transmisión ni de la explotación como conjunto organizado de bienes constituyente

¹⁵ Vid.: Consejo de Estado: *Informe del Consejo de Estado sobre la titularidad compartida de las explotaciones agrarias*, de 14 de abril de 2010, www.consejo-estado.es/pdf/contitularidad%20de%20explotaciones%20agrarias.pdf, p. 339.

de un bien unitario, ni de los bienes y derechos concretos que la forman, ni en todo ni en parte, ni a un ente distinto –puesto que la explotación de titularidad compartida no tiene personalidad jurídica según el artículo 2.1 Ley 35/2011–, ni al otro esposo¹⁶, salvo lo establecido en su artículo 11.2.

Lo que ocurre realmente es que, basándose en la existencia de trabajo directo y personal en la explotación por parte de ambos cónyuges o convivientes, la Ley posibilita la constitución de la titularidad compartida con la finalidad de que los dos compartan la administración, la responsabilidad y los rendimientos de la misma, y de que se produzcan otros efectos que, si no fuera por el reconocimiento de la actividad agraria en ambos esposos que supone la titularidad compartida, se producirían sólo a favor de uno (el que figurase como titular de la explotación), tales como –según dice en términos generales el Preámbulo de la Ley–, el acceso al crédito o a otros bienes o derechos inmateriales dependientes de la titularidad de la explotación y no de la propiedad de la tierra y, más concretamente, la inclusión en el sistema de seguridad social (art. 10), subvenciones, ayudas directas y ayudas de desarrollo rural, independientemente de la fuente de financiación, incluida la PAC (art. 11), derecho preferente en las actividades de formación y asesoramiento en materia de agricultura (art. 12.4). Por ello, para estimular la utilización de esta figura, sobre todo cuando la explotación ya está constituida a nombre de un solo titular, se le atribuye a ésta el carácter de explotación agraria prioritaria a los efectos previstos en la Ley 19/1995, siempre que la renta unitaria de trabajo que se obtenga de la explotación no supere en un cincuenta por ciento el máximo de lo establecido en la legislación correspondiente y uno de los dos titulares tenga la consideración de agricultor profesional (art. 12.2)¹⁷, concepto éste nuevamente regulado por la Disposición Final segunda de esta Ley 35/2011, de 4 de octubre, que modifica, entre otros preceptos, el apartado 5 del artículo 2 de

¹⁶ En este sentido: Secretaría General de Agricultura y Alimentación, Dirección de Desarrollo Rural y Política Forestal, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente: *Preguntas frecuentes sobre la Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias y sus directrices*, <http://www.ceres.org.es/datos/contenidos/5583/preguntas%20frecuentes%20oficial.pdf>, p. 4, que al referirse a las aportaciones de bienes a la constitución de la explotación de titularidad compartida, tras señalar que cabe que los aporte sólo una persona añade: «el término aportación no deber ser interpretado en sentido jurídico de traslado de titularidad demanial, ya que no hay traslado de la titularidad jurídica, sino que hay que interpretar el término como afectación a la TC».

¹⁷ A diferencia del Real Decreto 29/2009, de 6 de marzo, *sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias*, que exigía para constituir la titularidad compartida a efectos administrativos y reconocerla como explotación preferencial, que los dos fueran agricultores profesionales [art. 2.1.a) del Real Decreto].

la Ley 19/1995, de 4 de julio, de *Modernización de las Explotaciones Agrarias*¹⁸.

No obstante, y a pesar de que los bienes y elementos integrantes de la explotación o la explotación misma en caso de constituir un bien unitario, siguen perteneciendo al esposo o esposos a quienes civilmente correspondieran, sin hacerse comunes –si antes no lo eran– por la constitución de la titularidad compartida, creemos que es aplicable también a estas explotaciones, *mutatis mutandi*, el artículo 2.3 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de *Modernización de las Explotaciones Agrarias*, cuando, refiriéndose a las explotaciones agrarias de titularidad individual, establece que el aprovechamiento y utilización de los elementos que constituyen la explotación han de corresponder al titular de la misma «en régimen de propiedad, arrendamiento, derechos de uso y disfrute o por mera tolerancia de su dueño», lo cual hace posible que en estos casos, bienes cuya propiedad pertenezca a un esposo en exclusiva, sin embargo formen parte de la explotación de la que es titular sólo el otro, por habersele cedido su uso, arrendado o simplemente tolerado su utilización. Pues bien, tratándose de explotaciones de titularidad compartida este precepto implicará que cada uno de los titulares tendrá, como consecuencia de ella, un derecho a poseer o servirse de los bienes o elementos de la explotación pertenecientes al otro o de los que el otro es civilmente titular, en la medida que lo exijan los efectos y finalidades de la titularidad compartida.

¹⁸ Dice este artículo 2.5 de la Ley 19/1995, en su nueva redacción: «Agricultor profesional, la persona física que siendo titular de una explotación agraria, al menos el 50% de su renta total la obtenga de actividades agrarias u otras actividades complementarias, siempre y cuando la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria de su explotación no sea inferior al 25% de su renta total y el volumen de empleo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea igual o superior a la mitad de una Unidad de Trabajo Agrario. / A estos efectos se considerarán actividades complementarias la participación y presencia de la persona titular, como consecuencia de elección pública, en instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación de carácter sindical, cooperativo o profesional, siempre que éstos se hallen vinculados al sector agrario. También se considerarán actividades complementarias las de transformación de los productos de la explotación agraria y la venta directa de los productos transformados de su explotación siempre y cuando no sea la primera transformación especificada en el apartado 1 del artículo 2, así como las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente, el turismo rural o agroturismo, al igual que las cinegéticas y artesanales realizadas en su explotación». *Vid.* sobre el agricultor profesional: CARRETERO GARCÍA, A.: *Empresa agraria y profesionales de la agricultura en el Derecho español y comunitario*, Comares, Granada, 2003, pp. 303 y ss.; TORRES GARCÍA, T. F.: «De nuevo sobre el arrendatario agricultor profesional». *Libro Homenaje a Alberto Ballarín Marcial*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2008, pp. 120 y ss.; CABALLERO LOZANO, J. M.: «Nuevos criterios de profesionalidad agraria en la Ley sobre representación de los agricultores (Ley 10/2009, de 20 de octubre)», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, año núm. 25, núm. 54, 2009, pp. 53 y ss.

En cuanto a los requisitos personales que han de reunir las personas titulares de la explotación agraria en régimen de titularidad compartida son sencillos y los establece el a. 3 de la Ley, concretamente: «—Estar dadas de alta en la Seguridad Social.—Ejercer la actividad agraria y trabajar en la misma de modo directo y personal tal y como está definido en la Ley 19/1995, de 4 de julio.—Residir en el ámbito territorial rural en que radique la explotación»¹⁹. Ahora bien, el que se den estas circunstancias no obliga a la constitución de la titularidad compartida, sólo faculta para ello; no obstante, tal voluntariedad tiene distinto alcance según los casos ya que si el régimen que rige el matrimonio es el de gananciales y la explotación es ganancial pero tiene por titular a uno solo de los cónyuges, el otro, a nuestro entender (como más adelante veremos) podrá exigir la constitución de la titularidad compartida. A los requisitos personales se une otro de carácter formal y necesario para que la titularidad compartida produzca todos sus efectos: la inscripción de la titularidad compartida en el Registro de la Comunidad Autónoma correspondiente, constituido al efecto (art. 6.1 Ley 35/2011)²⁰, lo que se

¹⁹ Vid. sobre estos requisitos: CABALLERO LOZANO, J. M.: «La unificación del concepto jurídico de profesionalidad agraria: otra ocasión perdida con la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias», *El desarrollo rural en la Política agrícola Común 2014-2020*, Director Vattier Fuenzalida, C., Coordinadora, De Román Pérez, R., Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 133 y ss.

²⁰ Contra este artículo se ha interpuesto por el Gobierno de Canarias el recurso de inconstitucionalidad número 76-2012, admitido por el Tribunal Constitucional el 31 de enero de 2012.

Además de este Registro en cada Comunidad Autónoma, tal y como establece el artículo 7 de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, en su apartado 1, «en el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino existirá un Registro en el que se reflejarán las declaraciones de titularidad compartida, y sus variaciones, recibidas del órgano competente de las distintas comunidades autónomas». Dicho órgano habrá de comunicar los datos relativos a las explotaciones agrarias de titularidad compartida y sus modificaciones al citado Ministerio trimestralmente (art. 7.3 Ley 35/2011). Pues bien, de acuerdo con el artículo 7.4 Ley 35/2011, según el cual el contenido de este Registro «se determinará reglamentariamente», el mismo ha sido disciplinado por la Orden AAA/1408/2012, de 26 de junio, *por la que se regula el Registro de explotaciones agrarias de titularidad compartida*, si bien adscrito a la Dirección General de Desarrollo Rural y Política Forestal del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

Por su parte, el Real Decreto 29/2009, de 6 de marzo, *sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias*, establecía que los efectos de la titularidad compartida surgían desde la recepción por parte de la administración competente, de la comunicación de la concurrencia de los requisitos del artículo 4.1 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, en ambos esposos o personas unidas por relación de análoga afectividad [art. 2.1.a) y 3 Real Decreto 29/2009] y se establecía la existencia de un Registro de la titularidad compartida en el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, en el que se reflejarían «las declaraciones de titularidad compartida y sus variaciones, recibidas de la autoridad competente de las distintas comunidades autónomas», la cual debería comunicar tales datos al citado Ministerio, mensualmente (art. 5.1 y 3 Real Decreto 29/2009). Este Registro se reguló por la Orden ARM/2763/2009, de 5 de octubre, *por la que se regula el Registro de titularidad compartida de explotaciones agrarias*, que fue derogada por la Orden AAA/1408/2012, de 26 de junio, sin perjuicio de lo establecido en su disposición transitoria única, la cual, a su vez, recoge básicamente lo establecido en la Disposición Transitoria única de la Ley 35/2011. Pues bien, según la Disposición Transitoria única de la Orden AAA/1408/2012: «En el plazo de seis

hará mediante la presentación de una declaración conjunta en la que los esposos (o convivientes de hecho) hagan constar los datos que se detallan en el apartado 2 del artículo 6 de la Ley 35/2011; tal inscripción tendrá carácter constitutivo (art. 6.2 Ley 35/2011)²¹. Frente a todo ello, el Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, *sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias* era más exigente, en cuanto que requería que los dos cónyuges o miembros de la unión de hecho cumplieran los requisitos del artículo 4.1 de la Ley 19/1995, de donde se deducía que ambos debían tener la condición de agricultor profesional conforme a lo establecido en el apartado 5 del artículo 2 de la misma²²; sin embargo, la inscripción en el Registro de explotaciones agrarias de titularidad compartida no tenía carácter constitutivo, sino meramente declarativo²³.

Como acabamos de ver, a pesar de que del Preámbulo de la Ley 35/2011 se deduce claramente que la finalidad de la misma es promocionar a la mujer en el medio rural buscando hacer efectiva la igualdad respecto a los hombres y así se expresa su artículo 1.1, según el cual «el objeto de esta Ley es la regulación de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias con el fin de promover y favorecer la igualdad real y efectiva de las mujeres en el medio rural, a través del reconocimiento jurídico y económico de su parti-

meses desde la aprobación de esta disposición se revisarán las inscripciones existentes para adaptarlas a los requisitos y condiciones establecidos por la Ley 35/2011, de 4 de octubre. Hasta entonces seguirán vigentes el Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre Titularidad Compartida de las explotaciones agrarias y la Orden ARM/2763/2009, de 5 de octubre, por la que se regula el Registro de titularidad compartida e explotaciones agrarias».

²¹ En el Anteproyecto de Ley Agraria de Castilla y León, de 7 de febrero de 2013, se prevé la creación del Registro de Explotaciones Agrarias de Castilla y León «como herramienta fundamental de la Administración de la Comunidad para disponer de información homogénea, unificada y actual que facilite la toma de decisiones y la gestión de las actuaciones destinadas al sector agrario» –tal y como reza su Exposición de Motivos–, y en el que se inscribirán de forma obligatoria todas las explotaciones agrarias de Castilla y León (art. 23.2). Se regula en sus artículos 23 a 28. De entre ellos, se hace alusión a la explotación de titularidad compartida en los artículos 23.4 y 26.1. Según el artículo 23.4: «El Registro de Explotaciones Agrarias incorporará la información del Registro de Explotaciones de Titularidad Compartida creado de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, indicando para cada una de ellas su calidad de explotación compartida y todos los datos reflejados en el apartado 2 del prefijado artículo». Conforme al artículo 26.1: «El Registro de Explotaciones Agrarias se organizará en los ficheros precisos para una mejor ordenación de sus datos, distinguirá las explotaciones que tengan la consideración de prioritarias de las que no lo son, indicará la calidad de explotaciones de titularidad compartida para las que la posean y reflejará para todas y cada una de las explotaciones los datos exigidos en el artículo 24 de esta Ley». Por último, conforme al artículo 25.4, la inscripción de la explotación en este Registro o, al menos, su solicitud con la documentación completa, será necesaria para poder acceder a los beneficios y ayudas establecidas en apoyo al sector agrario por la Administración de Castilla y León a cargo de sus presupuestos.

²² En la Ley 35/2011, sólo se requiere que «uno» de los esposos o convivientes sea agricultor profesional para que la explotación de titularidad compartida sea prioritaria, tal y como establece su artículo 12.2.

²³ Vid.: AMAT LLOMBART, P.: «La titularidad compartida de las explotaciones agrarias y su “nuevo” régimen legal», *op. cit.*, p. 25.

cipación en la actividad agraria», lo cierto es que entre los requisitos para la constitución de la titularidad compartida de la explotación agraria, no se hace referencia alguna a que la explotación tuviera que tener inicialmente como titular único al marido o conviviente de hecho varón, de modo que sólo pudiera constituirse la titularidad compartida para integrar «oficialmente» a la mujer en la gestión de la misma y no al hombre cuando fuera la mujer la que figurara como titular de la explotación y en él se dieran las circunstancias exigidas. Por ello, creemos que la titularidad compartida puede constituirse en cualquier caso que se den los requisitos del artículo 3, independientemente de que como consecuencia de ello quien acceda a la titularidad de la explotación y, por tanto, se vea beneficiado, sea hombre o mujer, o de que ya figuraran como titulares los dos. Esta interpretación, contra la que se manifiesta parte de la doctrina²⁴, no quita valor a la Ley 35/2011 en general y a la titularidad compartida en particular, como precursoras de la igualdad entre mujeres y hombres, ni contradice lo señalado en el Preámbulo o lo establecido en el artículo 1.1 reproducido más arriba, puesto que la consecución de la finalidad de la Ley resultará, por la fuerza de los hechos, del mucho mayor número de casos en que las mujeres, y no los hombres, podrán ser beneficiadas por ella, y tiene la ventaja de que en las, aunque sea mínimas, situaciones en las que el hombre sufra la invisibilidad de su trabajo y reúna los requisitos del artículo 3 de la Ley, también pueda ver remediada tal circunstancia a través del acceso a la titularidad compartida²⁵. Por otro lado, no acertamos a

²⁴ Es el caso de BELTRÁN SÁNCHEZ, E. / PLAZA PENADÉS, J. / MUÑIZ ESPADA, E.: «Contribuciones para el desarrollo de la titularidad compartida», Revista de Derecho Agrario y Alimentario, 2.ª época, año XXVIII, núm. 60, enero-junio, 2012, pp. 14 y 29, que consideraran sujeto beneficiado sólo a la mujer.

²⁵ Pensamos, por tanto, que el legislador no ha seguido la recomendación que se le hacía por el Consejo de Estado: *Informe del Consejo de Estado sobre la titularidad compartida de las explotaciones agrarias*, de 14 de abril de 2010, *op. cit.*, p. 221, cuando decía: «Tampoco debe desarrollarse esta figura en atención a la posición de la mujer en las empresas agrarias en las que la misma es la única titular; ni en las empresas agrarias en las que la mujer sea cotitular con su cónyuge o pareja de hecho, únicos o conjuntamente con más personas... Ha quedado, a juicio de este Consejo de Estado suficientemente acreditado en el Estudio que la figura de la titularidad compartida ha obedecido a la necesidad y conveniencia de poner un *nomen iuris* a un tipo concreto de explotación, la familiar, que por razones históricas (y jurídicas) ha conllevado una situación en que, dándose *de facto* la situación de cotitularidad, sin embargo sólo el trabajo del varón es social, económica y jurídicamente admitido como tal trabajo, mientras que la aportación de la mujer se considera como de mero apoyo, doméstico o equivalente a doméstico, pero inexistente como tal trabajo autónomo, cuando en realidad el trabajo de la mujer es un trabajo simultáneo de cotitular (codirección y coorganización de la explotación) y de realización de funciones y tareas consistentes en actividades agrarias, instrumentales pero necesarias para la supervivencia de la explotación, simultáneas a veces con otras actividades rurales no agrarias, realizadas, por el número de horas/año y la finalidad a que obedecen, como trabajo de agricultora profesional».

Además, a favor de nuestra postura cabe alegar también la respuesta que se da en: Secretaría General de Agricultura y Alimentación, Dirección de Desarrollo Rural y Política Forestal, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente: *Preguntas fre-*

entender en qué puede perjudicar a la finalidad de promocionar a las mujeres en el medio rural y conseguir la igualdad con los hombres en este ámbito, el que a los hombres que estén en esa misma situación se les reconozca la misma posibilidad. A estas razones podemos unir, en lo que a la Comunidad Autónoma de Castilla y León respecta, que el artículo 6.2.b) del Anteproyecto de Ley Agraria de Castilla y León, de 7 de febrero de 2007, al enumerar las actuaciones que se desarrollarán reglamentariamente para promover la incorporaciones de jóvenes al sector agrario, recoge «el acceso a la cotitularidad de una explotación agraria», sin distinguir entre si son hombres o mujeres los favorecidos, lo que –si llegara a ser Ley– tendría especial importancia a los efectos que estamos tratando, al hacer más evidente lo acertado de nuestra postura. Por último, igualmente y por similares consideraciones, creemos que podrá constituirse la titularidad compartida cuando los integrantes del matrimonio o de la unión de hecho, sean del mismo sexo.

Los efectos de la constitución de la titularidad compartida, como hemos visto, son civiles, fiscales, de seguridad social y administrativos. Nosotros, como antes anunciamos, nos fijaremos sólo en los de carácter civil y desde la perspectiva del régimen económico matrimonial de gananciales y separación de bienes del Código civil, si bien pensamos que, en la práctica, los de más trascendencia para la vida real de las mujeres serán los relativos a la seguridad social.

B) ASPECTOS CIVILES DE LA TITULARIDAD COMPARTIDA EN RELACIÓN CON EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

La Ley 35/2011 enlaza a la titularidad compartida unas consecuencias que, a nuestro entender y a pesar de la letra de su artículo 2.2 («La constitución de la titularidad compartida de una explotación agraria no alterará... el régimen jurídico matrimonial o pactos patrimoniales de las parejas de hecho...»), afectan o pueden afectar al régimen económico del matrimonio. Unas encuadradas en el propio «Régimen de la titularidad compartida» (capítulo II de la Ley 35/2011) y que se refieren a la «administración, representación y responsabilidad de la explotación agraria» (art. 4 Ley 35/2011),

cuentas sobre la Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias y sus directrices, op. cit., p. 1, que a la pregunta de si «existe la posibilidad de constituir una explotación de TC en el caso de que la titular inicial de la explotación ya existente sea una mujer, es decir que se incorpore el cónyuge o pareja de hecho (masculina o femenina)», responde que «el hecho de que el espíritu de la Ley se haya enfocado en mayor medida a la incorporación de las mujeres a la titularidad de las explotaciones agrarias no significa que sólo acoja un determinado tipo de casos; abarca todos los casos en que una pareja decida convertir su explotación en TC».

por un lado, y al «reparto de rendimientos» (art. 5 Ley 35/2011), por otro; y otras, entre las «Medidas en materia fiscal, de seguridad social y de subvenciones y ayudas públicas», referidas al «Régimen de las ayudas agrarias» (art. 11 Ley 35/2011). Veamos:

B.1 Administración y representación de la explotación agraria de titularidad compartida (art. 4, apartados 1 y 2 Ley 35/2011). Posibilidad de exigir su constitución

Según el artículo 4.1: «La administración corresponderá a ambas personas titulares conjuntamente». El primer problema que nos encontramos al analizar este precepto es el de qué ha de entenderse por la palabra «administración», ya que la misma es empleada en el Código civil al regular los regímenes económico-matrimoniales con dos sentidos distintos:

– Por una parte, en sentido económico, no técnico, como gestión ordinaria. Se trataría de actos, utilizando las palabras de *Peña Bernaldo de Quirós*, «que no afectan a la sustancia de la cosa, sino sólo a la conservación o a su aprovechamiento ordinario», que así se opondrían a los actos de disposición que serían los relativos «a la sustancia de la cosa o del derecho o [que] afectan gravemente con carácter duradero o extraordinario al aprovechamiento de los mismos»²⁶. Por ello, dentro de los actos de administración desde este punto de vista (a los que el art. 1375 Cc llama «gestión», y los arts. 1376, 1384, 1387 o 1390 Cc «administración»), se incluirían negocios técnicamente dispositivos, como la venta de los frutos.

– Sin embargo, alguna vez, el Código también utiliza esa expresión («administración») en un sentido también económico pero más amplio, comprensivo tanto de los actos de administración en el sentido explicado, como de disposición, tal y como hace en la rúbrica de la sección 4.^a, del capítulo IV –dedicado a la sociedad de gananciales–, dentro del libro IV, que lleva por título «De la administración de la sociedad de gananciales» y cuyos artículos regulan tanto la administración como la disposición de los bienes comunes²⁷, o el artículo 1389 Cc que habla en su párrafo 1.º de «administración» estableciendo una norma general al respecto y en el párrafo 2.º de «actos de disposición» sobre ciertos bienes que concreta y para los que determina una norma especial.

²⁶ Vid.: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de familia*, Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 270. En este sentido: STS de 7 marzo de 1996 (RJ 1996\1881), STS de 14 de noviembre de 2000 (RJ 2000\9914), SAP Málaga, Sección 6.^a, de 5 de marzo de 2009 (AC 2009\87).

²⁷ Vid.: TORRES GARCÍA, T. F.: «De la administración de la sociedad de gananciales», *Derecho de familia*, Coordinadora G. Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2012, p. 1100; LASARTE, C.: *Principios de Derecho civil, VI, Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 214 y ss.

Pues bien, en nuestra opinión, en la Ley que estudiamos ha de estarse a este segundo significado, pues así resulta de poner en relación los apartados 1 y 2 de su artículo 4, ya que el primero habla sólo de administración, mientras que el segundo refiriéndose a la representación de la explotación distingue entre los actos que suponen disposición, enajenación o gravamen y los que no la suponen, de donde deducimos que debiendo recoger, como veremos, el apartado 1 dentro de su perspectiva todos los actos recogidos en el apartado 2 desde la suya, la palabra «administración» del apartado 1 ha de tener un significado amplio de gestión que acoja tanto la administración (actos que no supongan disposición, enajenación o gravamen) como la disposición (actos que supongan disposición²⁸, enajenación o gravamen) del apartado 2.

Por otra parte, el artículo 4 en su apartado 2 de la Ley 35/2011, se refiere a la «representación de la explotación», lo que nos plantea nuevamente el problema de desentrañar el sentido que el legislador ha querido dar a esta palabra, dado que, después de haber declarado en su artículo 2.1 que la explotación agraria de titularidad compartida carece de personalidad jurídica, no es coherente que hable de representación de la misma, puesto que esto supondría previamente otorgarle personalidad. Por consiguiente, «representación» no puede usarse en el sentido que le es jurídicamente propio de actuar en nombre y por cuenta de otro, sino en un sentido distinto. Pues bien, en nuestra opinión, el legislador está procediendo al regular estas cuestiones en la explotación de titularidad compartida, de forma semejante a como lo hace en el Código civil cuando regula la administración de los bienes gananciales, para los cuales se establece una regla general de administración y disposición conjunta (arts. 1375 y 1377 Cc)²⁹, pero después establece como excepción para la administración de bienes o administración y disposición de dinero y títulos valores a nombre de un cónyuge o en su poder, la posibilidad de éste de actuar individualmente *frente a terceros* (art. 1384 Cc)³⁰.

²⁸ Que incluyen los que afectan gravemente con carácter duradero o extraordinario al aprovechamiento de los bienes.

²⁹ Vid.: TORRES GARCÍA, T.F.: «La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales», RDP, 1985, *op. cit.*, p. 732.

³⁰ Vid.: TORRES GARCÍA, T. F.: «De la administración de la sociedad de gananciales», *op. cit.*, p. 1115, insistiendo sobre su carácter de norma de legitimación frente a terceros, no de habilitación sustantiva.

Vid., exponiendo las distintas opiniones sobre el fundamento del artículo 1384 Cc (norma de protección de los terceros que busca facilitar y agilizar el tráfico jurídico, norma de habilitación o legitimación, idea de la comunidad diferida): ATIENZA NAVARRO, M. L.: «Artículo 1384», *Código civil comentado, vol. III, libro IV. Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444)*, Directores Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011, p. 1069 y 1070.

Esto quiere decir que, paralelamente a lo que ocurre con los preceptos del Código civil que acabamos de citar, el artículo 4.1 de la Ley 35/2011 estaría estableciendo una norma que rige las relaciones internas (principio de actuación conjunta) y el artículo 4.2 una norma que rige las relaciones con terceros (posibilidad de actuación solidaria para los actos de administración). Por otra parte, tendría esta excepción la misma finalidad que tiene el artículo 1384 Cc y ponía de manifiesto *Lacruz*: «agilizar el tráfico y salvar los obstáculos nacidos de la regla de gestión conjunta»³¹, de modo que el cónyuge en cuestión pueda relacionarse con terceros sin tener que invocar en cada momento el consentimiento del otro esposo³², si bien en nuestro caso los dos esposos, y no sólo uno, podrían actuar por separado. Por todo ello, creemos que podría trasladarse *mutatis mutandi*, al artículo 4.1 de la Ley 35/2011, la doctrina de los distintos autores respecto al artículo 1384 Cc, conforme a lo cual, la solidaridad del artículo 4.1 implicará la validez frente a terceros del acto realizado por cualquiera de los esposos que no suponga disposición, enajenación o gravamen, pero no necesariamente su validez en las relaciones internas o *inter partes*³³. Así, tal y como señala *Díez-Picazo*, tratando del artículo 1384 Cc –lo cual podemos aplicarlo nosotros al artículo 4.2 de la Ley 35/2011, como veremos más tarde–, del

³¹ Vid.: LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil*, IV, Derecho de familia, fasc. 2.º, Bosch, Barcelona, 1989, p. 506.

La mayoría de la doctrina, al defender que el artículo 1384 C.c. busca agilizar el tráfico jurídico, añade que además pretende proteger al tercero de buena fe que ha confiado en la apariencia de titularidad derivada de que el bien se encuentra a nombre o en poder de un esposo [vid., por ejemplo, en este sentido: GÓMEZ GÁLLIGO, J. / MADRIGAL GARCÍA, C.: «El régimen económico matrimonial de gananciales», *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones, Derecho común, foral y especial*, t. I, Registradores de España, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 56]. Sin embargo, nosotros no estamos de acuerdo con esto último, como lo demuestra el hecho de que cuando se trata de un bien inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de un cónyuge para la sociedad de gananciales, éste puede llevar a cabo por sí sólo actos de administración, a pesar de que el Registro publica la naturaleza ganancial del bien y, por tanto, que pertenece a ambos cónyuges, y cuando se trata de un bien inscrito a nombre de un cónyuge con carácter presuntamente ganancial, igualmente éste puede realizar él sólo actos de administración, cuando lo derivado del carácter presuntamente ganancial que el propio Registro publica, es que se requiera el consentimiento de ambos (arts. 93. 4, p. 2 y 94.2 R. H.); por eso, en nuestra opinión, la única finalidad y fundamento de la norma es agilizar el tráfico jurídico en los casos a que se refiere. En favor de nuestra tesis podemos citar la STS 14 de febrero de 2005 (RJ 2005\1298), según la cual, el artículo 1384 C.c., «es una norma de protección del tráfico que da validez a los actos de administración o disposición del cónyuge a cuyo nombre figuren, corrigiendo así las consecuencias perturbadoras que podrían derivarse de una rígida aplicación del principio de cogestión y codisposición de bienes gananciales establecido en el artículo 1375. En otras palabras, es una excepción al mismo, como el precepto citado reconoce».

³² Vid.: LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil*, IV, Derecho de familia, fasc. 2.º, op. cit., p. 504.

³³ Vid en este sentido, explicando el significado que ha de darse al «serán válidos» del artículo 1384 C.c.: LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil*, IV, Derecho de familia, fasc. 2.º, op. cit., p. 507; GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, Valladolid, 1991, p. 260.

hecho de que los actos realizados por cualquiera de los esposos al amparo de este precepto, sean válidos y, por tanto, eficaces, «no debe extraerse la conclusión de que tales efectos pesen siempre y sin discriminación sobre la sociedad. Las consecuencias perjudiciales de tales actos individuales sólo pesarán sobre la sociedad en la medida en que exista el consentimiento del otro cónyuge, aunque no haya aflorado en el momento de realizarse el acto o aunque se produzca a posteriori, o en la medida en que las consecuencias del acto y en especial las contraprestaciones obtenidas ingresen en la sociedad o se realicen para ella. Si así no ocurre, el acto carece de licitud, no obstante su validez externa, constituye extralimitación, por lo que la sociedad de gananciales no debe quedar perjudicada y dispone de un crédito de reembolso frente al cónyuge que haya realizado el acto»³⁴.

En resumen, la «representación» del apartado segundo, se refiere a la legitimación para actuar frente a terceros en lo relativo a la explotación, que será solidaria respecto a los actos de administración en sentido económico pero estricto (no disposición) y mancomunada cuando se trate de actos de disposición; mientras que la regla del apartado primero estaría estableciendo la necesidad de contar con el consentimiento de ambos esposos en las relaciones internas en general para todo acto de administración en sentido amplio (incluyendo los de disposición)³⁵.

Por otra parte, en cuanto a la exigencia de mancomunidad para llevar a cabo actos de disposición válidamente frente a terceros y no sólo en las relaciones internas, no puede basarse en el carácter civilmente común de los bienes que la integran, ya que ya hemos dicho que la titularidad compartida «no alterará el régimen de los bienes y derechos que la conformen» (art. 2.2 Ley 35/2011) y por tanto, no hace común la explotación misma cuando ésta llegue a configurar un bien unitario y sea propia de un cónyuge, ni hace comunes los bienes y derechos privativos de uno de los esposos integrados en ella, sino en que la disposición del propietario de los bienes de toda o parte de la explotación, sin consentimiento de su

³⁴ Vid.: DÍEZ-PICAZO, L.: «Artículo 1384», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1771.

³⁵ Entiende POVEDA BERNAL, M.: «La nueva Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Incidencia en el Derecho de familia», *El desarrollo rural en la Política agrícola Común 2014-2020*, Director Vattier Fuenzalida, C., Coordinadora, De Román Pérez, R., Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 210, 213 y 214, que el artículo 4 de la Ley 35/2011, en cuanto establece la representación mancomunada para supuestos de disposición, enajenación o gravamen, tiene carácter imperativo, mientras que será dispositiva la norma que determina la administración conjunta de la explotación. A ello tendríamos que añadir que también es dispositiva la norma que determina la representación solidaria para actos que no sean los de disposición enajenación o gravamen de la explotación. Los pactos capitulares que modifiquen, en caso de matrimonio, las normas dispositivas antedichas deberán respetar los límites del artículo 1328 Cc.

cónyuge podrá afectar, no sólo al volumen de rendimientos que podrá obtener éste, sino también a su posibilidad de seguir gestionando o trabajando en la explotación en el futuro (art. 3, requisito segundo Ley 35/2011)³⁶. Lógicamente, en los casos en que la explotación sea ganancial, la necesidad del consentimiento de ambos esposos viene exigida también por el hecho de que la misma pertenece a los dos y la trascendencia que tienen los actos de disposición en general, mucho mayor que los de administración (art. 1377 Cc), pudiéndose decir lo mismo cuando se trate de disponer de un bien concreto de carácter ganancial.

Pues bien, aunque nos hemos servido para llegar a entender los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la Ley 35/2011 de su paralelismo con lo establecido en los artículos 1375 y 1384 Cc en sede de sociedad de gananciales, lo cierto es que tal forma de interpretar dichos preceptos ha de ser aplicada a la explotación de titularidad compartida independientemente del régimen que rijan la economía del matrimonio, de modo que debemos determinar las consecuencias del juego del artículo 4, apartados 1 y 2, tanto en el régimen de separación de bienes, perteneciendo la explotación a un solo esposo, como en el de gananciales, siendo la misma privativa de un cónyuge o ganancial³⁷. Dicho esto, veamos los distintos supuestos:

a) Comenzando por el régimen de separación de bienes y partiendo de que el dueño de los bienes que integran la explotación sea el titular único de la misma, sería de aplicación el artículo 1437 Cc, según el cual a cada cónyuge corresponderá «la administración, goce y libre disposición» de sus propios bienes, de donde se deduce que sólo al titular incumbirá su administración. Ahora bien, si por darse en ambos esposos las circunstancias del artículo 3 de la Ley 35/2011, éstos deciden constituir la explotación de titularidad individual en explotación de titularidad compartida y así lo hacen, los titulares de la explotación en el sentido de actividad agraria, serán los dos y deberán administrar la explotación conjuntamente (art. 4.1 Ley 35/2011).

³⁶ Téngase en cuenta que el artículo 8 de la Ley 35/2011, recoge como causa de extinción de la titularidad compartida, entre otras, el acuerdo de las personas titulares de la explotación (letra f) y la transmisión de la titularidad de la explotación a terceros (letra d),

³⁷ Somos conscientes de que muchas veces la explotación no pertenece íntegramente a un cónyuge o no es íntegramente ganancial por estar constituida por bienes pertenecientes a uno u otro cónyuge y comunes, pero hablaremos de explotación íntegramente privativa o íntegramente ganancial para simplificar. También lo somos de que una explotación integrada por bienes pertenecientes civilmente a un cónyuge puede tener como titular al otro, pero por la misma razón nos referimos sólo al supuesto de que el propietario sea a su vez titular formal o en cuanto a la gestión de la explotación.

Lo que acabamos de ver se refiere sólo a las relaciones internas entre esposos ya que, en las relaciones externas, al establecer el artículo 4.2 de la Ley 35/2011, la regla de la solidaridad en todo aquello que no sea «disposición, enajenación o gravamen» de la explotación, constituida la titularidad compartida, cualquiera de los esposos, incluido el no propietario de los bienes que la forman, podrá realizar válidamente frente a terceros actos de administración en sentido estricto; por tanto, el propietario o titular civil de los bienes integrantes de la explotación compartida, podrá ver cómo el otro esposo lleva a cabo, por sí sólo, actos de administración sin contar con él y válidos frente a terceros, referentes a esos bienes de los que no es su dueño o titular (frente a lo establecido en el art. 1437 Cc). No obstante, como del artículo 4.2 lo que se deriva es únicamente que el acto de administración realizado sólo por un esposo es válido frente a terceros, cabe que en las relaciones internas el esposo que no actuó (sea el titular civil de los bienes o la explotación, o no) pida una indemnización al otro cuando el acto celebrado en solitario haya llevado a resultados perjudiciales en la productividad de la explotación o incluso en los patrimonios personales de cada esposo (dado, como veremos, que ambos se repartirán por mitad los rendimientos de aquélla y que la responsabilidad tiene carácter solidario –art. 4.3 Ley 35/2011–), tanto si existió oposición previa a dicha actuación por el no actuante, como si no se llegó a conocer previamente y, por tanto, no pudo haberla, pero tampoco se consintió después, expresa o tácitamente.

En cuanto a los actos de disposición, no hay excepción y siempre, tanto a los efectos externos como internos, se requerirá el consentimiento de ambos esposos al acto de que se trate. Por tanto, para disponer, enajenar o gravar la explotación en su conjunto o algún elemento concreto de la misma se requerirá el consentimiento tanto del propietario de los bienes integrantes de la misma como del que no lo es, frente a lo que resulta de la aplicación de las normas del régimen de separación que permitirían a cada esposo disponer de sus bienes sin consentimiento del otro. No obstante, pensamos que en el caso de que el propietario de los elementos de la explotación en régimen de titularidad compartida quiera disponer de ésta por entero (si es que todos le pertenecen) o de alguno de sus elementos y el otro esposo se oponga injustificadamente o no pueda dar su consentimiento, podrá el primero acudir al Juez para que éste decida lo que crea conveniente, supliendo en su caso el consentimiento del segundo (art. 1377 Cc

por analogía)³⁸; lo que no cabrá es que, siendo el cónyuge no propietario de los elementos de la explotación el que quiera disponer y el propietario el que se oponga, el Juez pueda suplir el consentimiento de este último³⁹.

En conclusión, la constitución de la titularidad compartida tendrá gran trascendencia dentro de este régimen y el artículo 4.1 de la Ley 35/2011, será realmente una norma de carácter excepcional que, en esta materia, desplazará en su aplicación al artículo 1437 Cc.

b) Si el régimen que rige la economía del matrimonio es el de sociedad de gananciales, debemos distinguir entre si la explotación es privativa o común, cuestión ésta que resuelven, básicamente, los artículos 1346 y 1347 Cc.

a') Si la explotación es privativa, la administración corresponderá, conforme a la normativa del régimen de gananciales, al esposo al que pertenezca (art. 1381 Cc)⁴⁰, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1383 Cc⁴¹; pero si se constituye la titularidad compartida sobre ella, la gestión quedará atribuida a los dos esposos conjuntamente conforme al artículo 4.1 Ley 35/2011. No obstante, como consecuencia de lo establecido por el artículo 4.2 de la Ley sobre la «representación», cualquiera de los esposos, incluido el no propietario de los bienes, podrá llevar a cabo válidamente frente a terceros, actos de administración en sentido estricto, pudiendo repetir aquí lo que hemos dicho al referirnos al régimen de separación sobre la posibilidad de pedir indemnizaciones en las relaciones internas un cónyuge al otro, a lo que ha de unirse el potencial juego de los artículos 1390 y 1391 Cc.

En cuanto a la disposición de la explotación o algún elemento de ella, si sólo un esposo es su titular y a él pertenecen, ya sea en

³⁸ El artículo 1377 Cc, en sede de sociedad de gananciales, prevé esta posibilidad cuando el bien de que se trata de disponer es común. En nuestro caso, creemos que existe una razón aún mayor para aplicar una solución semejante, dado que el bien (la explotación) pertenece sólo al esposo que pretende disponer. *Vid.* sobre la autorización judicial supletoria del artículo 1377, p. 2 C.c.: TORRES GARCÍA, T. F.: «De la administración de la sociedad de gananciales», *op. cit.*, pp. 1143 y ss.

³⁹ Lo que ocurre es que en todos estos casos sólo hay un consentimiento dispositivo (el del titular civil de la explotación o elemento integrante de la misma del que se pretende disponer); el del otro cónyuge tendría el carácter de autorización o licencia y puede ser sustituido por la autorización judicial, a diferencia del primero.

⁴⁰ Recordamos que partimos del caso de que la explotación pertenece desde el punto de vista civil a uno solo de los cónyuges y él es también su titular formal o administrativo, dejando de lado aquellos en que la explotación pertenece civilmente a uno, pero quien figura como titular administrativo es el otro, ya sea sólo él quien trabaje en la explotación, ya trabajen los dos. A estos efectos, *vid.*: el artículo 2.3, sobre los elementos que constituyen la explotación agraria, el artículo 2.4 sobre el titular de la explotación, y el artículo 4 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, teniendo en cuenta que los dos últimos preceptos apuntados han sido modificados por la Ley 35/2011.

⁴¹ Sobre este precepto, *vid.*: TORRES GARCÍA, T. F.: «De la administración de la sociedad de gananciales», *op. cit.*, pp. 1156 y 1157,

propiedad o en virtud otro derecho, los elementos de la explotación, sólo éste podrá disponer, sin necesidad de consentimiento del otro (salvo, lógicamente, los casos de precario o que se trate de derechos indisponibles, o que la ley establezca otra cosa). Sin embargo, si se constituye la titularidad compartida sobre esa explotación, se requerirá consentimiento del cónyuge propietario y del otro esposo (art. 4.1 Ley 35/2011) sin excepciones ni siquiera desde el punto de vista externo (art. 4.2 Ley 35/2011), aunque si quien quiere disponer es el propietario y el que se opone es el otro, entendemos que el primero podrá acudir al Juez para que, si estima la oposición injustificada, supla el consentimiento del no propietario⁴². Lo que no creemos que quepa en la titularidad compartida es que teniendo la iniciativa respecto al acto de disposición el esposo no propietario y oponiéndose al mismo el propietario, el primero pueda acudir a la autoridad judicial para que ésta supla el consentimiento del propietario, tal y como ocurría con la explotación propia de un esposo en el régimen de separación.

La regulación de la Ley 35/2011 aplicada a los casos en que la explotación es privativa pero de titularidad compartida choca frontalmente con lo establecido por el Reglamento Hipotecario en su artículo 95.3, según el cual «Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes (privativos) se llevarán a cabo "exclusivamente" por el cónyuge adquirente aun antes de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales».

b') Si la explotación es ganancial (lo cual vendrá determinado por la aplicación del art. 1347 y concordantes del Cc) podrá tener como titular formal a un solo cónyuge o a los dos en régimen de titularidad compartida⁴³. Diferenciamos los dos casos, determi-

⁴² Vid. nota más arriba sobre el artículo 1377 Cc con relación a la disposición de bienes comunes, cuyos razonamientos son también aplicables al caso ahora tratado.

⁴³ A este respecto ha de tenerse en cuenta que la Ley 35/2011, ha dado nueva redacción al artículo 4.2 de la Ley 19/1995, diciendo ahora lo siguiente: «Las explotaciones agrarias de titularidad compartida tendrán la consideración de explotaciones prioritarias en los términos establecidos en la Ley sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias». Originariamente este artículo 4.2 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias decía: «En caso de matrimonio, la titularidad de la explotación podrá recaer, a estos efectos (a los de considerarla una explotación prioritaria), en ambos cónyuges, siendo suficiente que uno de ellos reúna los requisitos indicados en el apartado anterior». Este precepto, tal y como ha puesto de manifiesto la Secretaría General de Agricultura y Alimentación, Dirección General de Desarrollo Rural y Política Forestal, del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente: *Preguntas frecuentes sobre la Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias y sus directrices*, op. cit., p. 2, «ha sido muy perjudicial para la igualdad en el medio rural, pues daba lugar a que, trabajando ambos miembros de la pareja en la explotación, sólo cotizara uno de ellos, casi siempre el hombre. De esta manera la mujer no disfrutaba de la protección de la Seguridad Social y su trabajo era prácticamente invisible a efectos legales. Por ello ya no se pueden considerar prioritarias aquellas explotaciones en las que solo uno cumpla los requisitos».

nando la regulación resultante de combinar la normativa del Derecho agrario y la del Código civil:

– Explotación ganancial cuyo titular es sólo un esposo: Para los bienes gananciales en general establece el artículo 1375 Cc que, salvo pacto en capitulaciones, la administración corresponderá a ambos cónyuges conjuntamente, sin perjuicio de lo que determinan los artículos siguientes, y el artículo 1377 Cc exige el consentimiento de ambos para llevar a cabo actos de disposición a título oneroso (con más razón, si se trata de actos a título gratuito. art. 1378 Cc).

De entre los artículos siguientes a que se remite el artículo 1375 Cc, a nosotros nos interesa el artículo 1384 Cc, conforme al cual «serán válidos los actos de administración de bienes... realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren⁴⁴...». Esto implica, aplicado a la explotación agraria, que si la explotación es ganancial pero figura sólo a nombre de un esposo, éste puede realizar actos de administración (no de disposición) sin contar con el otro⁴⁵, lo que plantea dos interrogantes: 1.º ¿Cuándo puede entenderse que la explotación figura a nombre de un solo cónyuge desde la perspectiva del artículo 1384 Cc. 2.º ¿En qué ámbito es aplicable esta norma o, dicho de otra manera, cuál es su alcance?

1.º En cuanto a lo primero, hay que decir que, tratándose de bienes inmuebles, el Reglamento Hipotecario permite que se inscriban a nombre de un esposo bienes gananciales o presuntamente gananciales (art. 93 y 94 RH), en cuyo caso este cónyuge estaría legitimado para realizar actos de administración (en el sentido estricto citado) por sí sólo⁴⁶. Serían los supuestos en que el bien ha sido adquirido a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales, que se inscriben con esta indicación, a nombre del cónyuge adquirente (art. 93.4 RH); y aquellos en que se adquiere a título oneroso por un solo esposo, sin expresar que lo hace para la sociedad de gananciales, en los cuales el bien se inscribe a nombre del cónyuge adquirente con carácter

⁴⁴ Este segundo supuesto solo podrá jugar cuando, en el caso de tratarse de inmuebles, no exista una inscripción registral a nombre de ambos esposos, tal y como pone de manifiesto ATIENZA NAVARRO, M. L.: «Artículo 1384», *op. cit.*, p. 1071.

⁴⁵ *Vid.* sobre este precepto: STS de 21 noviembre de 2000 (RJ 2000\9347); SAP Málaga, Sección 6.ª, de 5 marzo de 2009 (AC 2009\87). Téngase en cuenta que el mismo no se aplica cuando a la sociedad de gananciales se ha disuelto: STS de 14 de febrero 2005 (RJ 2005\1298).

⁴⁶ *Vid.* sobre los actos de administración de bienes que puede llevar a cabo el titular registral: TORRES GARCÍA, T. F.: «De la administración de la sociedad de gananciales», *op. cit.*, p. 1116.

presuntivamente ganancial (art. 94.1 RH). Este bien puede ser la explotación agraria (arts. 8, 2.º LH y 44, 3.º RH). Pero además de estos casos en que un bien ganancial o presuntamente ganancial, puede figurar a nombre de un solo esposo en el Registro de la Propiedad, existen otros señalados por la doctrina, tales como: 1. «patentes concedidas a nombre del cónyuge inventor...»; 2. «las empresas y establecimientos de carácter común... cuando el negocio gire a nombre de uno solo de los cónyuges»; 3. «los derechos de crédito, derechos de socio, de concesionario, de arrendatario, que aparezcan constituidos a nombre de uno de los cónyuges»; 4. «cualesquiera bienes o derechos gananciales si de la prueba presentada resulta que la adquisición se hizo para uno solo de los esposos»⁴⁷; a ellos ha de añadirse los bienes muebles inscritos a nombre de un solo esposo en el Registro de Bienes Muebles⁴⁸. La explotación agraria ganancial con un solo esposo como titular en el sentido del artículo 2.1 de la Ley 19/1995, la podríamos incluir en el supuesto segundo; pero además creemos que también podríamos añadir a esa enumeración la explotación agraria que tuviera como titular formal en un Registro administrativo a un solo cónyuge, lo que también ocurre en nuestro caso. Pues bien, en todas estas hipótesis al esposo que figure como titular o a cuyo nombre figure un bien ganancial (incluida la explotación agraria) se aplicará el artículo 1384 Cc en lo que concierne a los actos de administración en sentido estricto.

2.º Por lo que se refiere al alcance o ámbito del artículo 1384 Cc, ya expusimos más arriba que la doctrina entiende que sólo afecta a la esfera externa de las relaciones con terceros, no a las relaciones *inter partes*, pudiendo, el esposo no gestor, en caso de perjuicio a la sociedad de gananciales derivado del acto de administración que no consintió (antes o después de su realización), reclamar el derecho de reembolso correspondiente a favor del patrimonio común. Esto

⁴⁷ Hemos seguido en esta enumeración a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de familia, op. cit.*, p. 268; igualmente, *vid.*: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: «Art. 1384», *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 738. Por su parte, ATIENZA NAVARRO, M. L.: «Artículo 1384», *op. cit.*, p. 1071, indica que los bienes figurarán a nombre de un solo cónyuge cuando «exista un título adquisitivo del bien en el que sólo uno de los cónyuges aparezca como adquirente» o «cuando el bien esté inscrito en un registro público a nombre de uno de los consortes».

⁴⁸ *Vid.*: TORRES GARCÍA, T. F.: «De la administración de la sociedad de gananciales», *op. cit.*, pp. 1116 y 1117, que nos indica que de las seis secciones de que consta este Registro (creado por la Disposición Adicional única del Real Decreto de 3 de diciembre de 1999, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación), y que pasó de ser un Registro de gravámenes (Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento) a ser un Registro de titularidades (lo que es cierto en parte), las que pueden tener relación con lo dispuesto en el artículo 1384 Cc son: Sección primera, de Buques y Aeronaves; Sección segunda, Automóviles y otros vehículos de motor; y Sección quinta, de otros bienes registrables.

quiere decir que siendo la explotación ganancial y teniendo como titular formal a un solo esposo, el otro tendría, al menos, un poder de control de la administración del titular que, si bien se manifestaría a posteriori en las relaciones internas, podría inducir al cónyuge gestor a recabar su consentimiento previo para llevar a cabo los actos más arriesgados. Incluso, creemos aplicable el artículo 1376 Cc en sentido inverso, es decir, en el caso de que el esposo no titular, conociendo que el titular pretende llevar a cabo cierto acto de administración, no esté de acuerdo con ello por motivos fundados, podría solicitar al Juez que impida la realización de ese acto, puesto que no puede exigirse al esposo no titular que permanezca impassible ante actos que perjudican o que pueden perjudicar a la sociedad de gananciales, condenándole a esperar a que el daño se produzca para que después surja un derecho de reembolso ganancial que quizá el esposo gestor no pueda pagar. A todo ello hay que añadir, y de hecho posibilita las conductas anteriores, que el artículo 1383 Cc que establece el deber de información entre los cónyuges con relación a su actividad económica, no sólo se aplicaría a las explotaciones privativas, sino también, y con más razón, a la explotación ganancial gestionada por un esposo.

En relación a los actos inscribibles relativos a bienes inmuebles gananciales inscritos a nombre de un solo esposo, el artículo 93.4 RH remite, al artículo 94.2 RH⁴⁹ del que se deduce que podrá llevarlos a cabo por sí sólo el titular registral.

Por tanto, el régimen de sociedad de gananciales atribuye frente a terceros la administración al cónyuge titular formal de la explotación ganancial y ofrece varias vías al otro esposo para intervenir, más o menos directamente, en su gestión e informarse de la marcha de la misma, sin que el Derecho agrario introduzca modificaciones a esa regulación que resulta del Código civil cuando un solo esposo es titular formal de un bien común.

En cuanto a los actos de disposición, tanto *inter partes* como frente a terceros, se requerirá el consentimiento de ambos esposos, conforme al artículo 1377, p. 1 Cc en relación con el artículo 1384 Cc que, cuando se trata de bienes distintos de dinero o títulos valores, sólo atribuye la facultad de llevar a cabo por sí sólo al esposo a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren, actos de administración no de disposición. El párrafo 2 del artículo 1377 Cc será igualmente aplicable a la explotación de titularidad individual de carácter ganancial, independientemente de que quien quiera llevar a cabo el acto de disposición sea el titular formal de la explotación o sea el otro

⁴⁹ Este precepto se refiere a los bienes presuntamente gananciales a nombre de un esposo y a la inscripción de los actos relativos a los mismos.

esposo, de modo que fuera quien fuere el esposo que se negare o estuviese impedido para prestar el consentimiento al acto dispositivo propuesto por el otro, «podrá el Juez, previa información sumaria» autorizarlo «cuando lo considere de interés para la familia»; pudiendo, incluso, autorizar varios actos dispositivos a la vez y, excepcionalmente, acordar «las limitaciones o cautelas que estime convenientes»⁵⁰.

Por otra parte, respecto a la inscripción de los actos de disposición relativos a bienes gananciales que figuren en el Registro de la Propiedad a nombre de un solo esposo, el artículo 93.4 RH remite a lo establecido previamente en sus apartados 2 y 3, de los que resulta que los actos de disposición a título oneroso han de haberse realizado conjuntamente por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro o con autorización judicial supletoria, y los actos dispositivos de carácter gratuito, por ambos o por uno con consentimiento del otro (sin posibilidad de suplir el consentimiento de ninguno de ellos por la autoridad judicial).

Tampoco aquí el Derecho agrario introduce excepciones a las normas sobre disposición de bienes gananciales del Código civil.

– Frente a lo anterior, en los casos en que la explotación ganancial se constituye en titularidad compartida, la Ley 35/2011 introduce una importante alteración en la regulación general del régimen de gananciales en lo concerniente a la realización de actos de administración frente a terceros y, así, mientras el artículo 4.1 de la Ley 35/2011 supone recoger, para las relaciones internas, lo que el artículo 1375 Cc establece con carácter general, es decir, el principio de administración conjunta, el artículo 4.2 de la Ley implica excluir en las relaciones externas este mismo principio (que es el que debería aplicarse según el Código civil al dejar de tener la explotación ganancial un solo titular formal y pasar a serlo los dos esposos), extendiendo a ambos la posibilidad de llevar a cabo individualmente y con validez frente a terceros actos de administración en sentido estricto, sin necesidad de que conste el consentimiento del otro esposo igualmente titular tanto material como formal. Por

⁵⁰ *Vid.* sobre esta autorización judicial: TORRES GARCÍA, T. F.: «De la administración de la sociedad de gananciales», *op. cit.*, pp. 1143 y ss., que en p. 1144, pone de manifiesto que su concesión «se obtendrá a través de un acto de jurisdicción voluntaria. Su solicitud se operará según la Disposición Transitoria 10.^a de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, aún en vigor a pesar de la confusión que en su momento presentó cuando en algún aspecto se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 6 de agosto 1984 (reforma parcial), además la Disposición Derogatoria única 1.^a, Ley 1/2000, de 7 enero, mantiene en vigor la jurisdicción voluntaria de la vetusta Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 arts. 1811 a 1814 LECiv 1881 nos remitió para el procedimiento regulador de la autorización judicial en la disposición de bienes gananciales». Es de observar que en estos casos, como el bien del que se pretende disponer es ganancial, los consentimientos de los dos esposos son dispositivos, pudiendo ser suplido el de uno de ellos por el Juez.

tanto, si la explotación ganancial inicialmente a nombre de un solo cónyuge se constituye después como de titularidad compartida, pasará de poder ser administrada frente a terceros individualmente sólo por el esposo titular formal, a poder serlo por cualquiera de los dos esposos, mientras que si los dos esposos figuraran como titulares formales de la explotación común, sin constituir una de titularidad compartida, conforme a la normativa del Código civil no habría lugar a aplicar el artículo 1384 Cc, y para la validez de un acto de administración frente a terceros, se requeriría el consentimiento de los dos, volviéndose a la norma general del artículo 1375 Cc y para su inscripción a la del artículo 93.2 RH (que requiere igualmente que el acto de administración lo hayan realizado los dos, uno con consentimiento del otro, o uno con autorización judicial).

Por lo que se refiere a la disposición de la explotación, la norma del artículo 4.2 de la Ley 35/2011, en su segunda parte, en relación con el 4.1, coincide en términos generales con el contenido del artículo 1377, p. 1 Cc, lo que supone recoger, desde el punto de vista de la sociedad de gananciales, la regla general, si bien concretando más los actos dispositivos (disposición, enajenación o gravamen de la explotación), exigiendo siempre (tanto desde la perspectiva interna como externa) la actuación mancomunada. Por otra parte, consideramos aplicable a la explotación de titularidad compartida el párrafo 2.º del citado artículo 1377 del Código civil, de modo que si uno de los esposos titulares de la explotación ganancial de titularidad compartida se niega injustificadamente o no puede prestar su consentimiento al acto, éste podrá ser autorizado por el Juez, en los términos y con las condiciones establecidas en dicho precepto⁵¹. En este mismo sentido se expresa para la inscripción de los actos de disposición a título oneroso relativos a bienes gananciales a nombre de los dos esposos, el artículo 93.2 RH.

– Por último, creemos que siendo la explotación ganancial y figurando sólo a nombre de un esposo (ordinariamente, el marido), el otro (normalmente, la mujer) podrá exigir la constitución de la titularidad compartida (igual que podría el marido en el caso inverso) si es que reúne los requisitos del artículo 3 de la Ley 35/2011, tanto consideremos la constitución de la titularidad compartida como acto de administración o de disposición⁵². En el primer caso,

⁵¹ Igual que en el caso de bien ganancial con un solo cónyuge como titular formal, los consentimientos de ambos esposos requeridos para llevar a cabo actos de disposición tienen carácter dispositivo y el Juez puede suplir uno de ellos.

⁵² Frente a ello, si bien tomando como base el Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, AMAT LLOMBART, P.: «La titularidad compartida de las explotaciones agrarias y su “nuevo” régimen legal», estima que para constituir la titularidad compartida se requiere siempre el consentimiento de ambos cónyuges o convivientes.

el fundamento de tal afirmación lo encontramos en lo establecido en el artículo 1376 Cc, de modo que el Juez podrá autorizar tal constitución, pese a la negativa del otro esposo o a su imposibilidad de prestar su consentimiento, si encuentra fundada la petición del cónyuge interesado. En relación con ello, ha de tenerse en cuenta que el hecho de que el artículo 1384 Cc faculte al esposo a cuyo nombre figuren los bienes a realizar por sí solo actos de administración válidos frente a terceros, no implica que el otro no pueda realizarlos según las reglas generales, es decir, con el consentimiento del que figure como titular, con validez tanto frente a terceros como entre cónyuges, tal y como se deduce de la remisión del artículo 93.4 RH al artículo 93.2 RH (que habla de «por uno cualquiera de ellos»). No obstante, si se considera, cual es nuestro caso, que la configuración de una explotación como de titularidad compartida excede de los actos de administración y es un acto de disposición –dadas sus consecuencias sobre la gestión, responsabilidad y su posible larga duración–, se llega a una conclusión semejante, puesto que el artículo 1377 Cc también permite al Juez autorizarlo en los mismos casos, previa información sumaria y si lo considera de interés para la familia. Frente a ello, cuando la explotación es propia del esposo titular formal de la misma, ya estemos en el régimen de separación, ya en el de gananciales, el otro cónyuge no podrá exigir a aquél la constitución de la titularidad compartida, y jugará el derecho a la compensación económica de los artículos 13 y ss. de la Ley 35/2011; sin embargo, si la explotación es privativa de un esposo pero quien figura como su titular en el sentido del artículo 2.4 de la Ley 19/1995, es el otro, aquél sí que podrá exigir la constitución de la titularidad compartida⁵³.

B.2 Responsabilidad de la explotación agraria de titularidad compartida (art. 4.3 Ley 35/2011)

Nuevamente nos llama la atención la referencia a la explotación agraria de titularidad compartida, en la rúbrica del artículo 4 de la Ley, como si tuviera personalidad jurídica, a pesar de que lo contrario es establecido en su artículo 2.1; no obstante, el apartado 3

⁵³ Frente a lo expuesto en el texto, CABALLERO LOZANO, J. M.: «La unificación del concepto jurídico de profesionalidad agraria: otra ocasión perdida con la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias», *op. cit.*, p. 132, piensa que en ningún caso la persona casada o miembro de la unión de hecho, tiene derecho a la constitución de la titularidad compartida sobre la explotación cuya titularidad corresponde al otro cónyuge o miembro de la pareja, con base en el artículo 1.2 Ley 35/2011. Nosotros, sin embargo, pensamos que ha de distinguirse según el régimen económico y el carácter privativo o ganancial de la explotación.

del artículo 4, que es el que trata del tema de la responsabilidad, corrige este error al hacer sujetos de la responsabilidad a las dos personas titulares de la explotación.

Aclarada esta cuestión, pasemos a analizar el apartado 3 del artículo 4 de la Ley 35/2011. Dice este precepto: «La responsabilidad será directa, personal, solidaria e ilimitada de las dos personas titulares».

a) Actos de los que deriva esa responsabilidad.

Lo primero que hemos de plantearnos es a qué tipo de actos se refiere esta responsabilidad. Pues bien, teniendo en cuenta los dos apartados anteriores, del artículo 4 tenemos que concluir que la responsabilidad será la derivada tanto de los actos de disposición realizados con el consentimiento de ambos, como de los actos de administración, ya hayan sido realizados por un solo esposo o por los dos. Igualmente, se referirá a las obligaciones tributarias derivadas de la consideración de la explotación de titularidad compartida como entidad del artículo 35.4 de la Ley General Tributaria, es decir, como entidad en régimen de atribución de rentas (art. 9.1 Ley 35/2011), y que correspondan a la «explotación de titularidad compartida» como tal, no a cada miembro titular de la misma en particular, de las que sólo responderá él. De este modo, el apartado 3 del artículo 4 de la Ley 35/2011 afectará, por ejemplo, a la responsabilidad derivada de la obligación de realizar las declaraciones censales correspondientes a la entidad (no a la nacida de la obligación de realizar las declaraciones censales correspondientes a cada miembro de la entidad), a la emanada de la obligación de realizar las declaraciones del IVA, a la proveniente de la obligación de llevar la contabilidad, etc., debiéndose tener en cuenta que la declaración de rendimientos en relación al IRPF, por regirse por el régimen de atribución de rentas, sólo corresponderá a cada miembro de la entidad, es decir, a cada titular de la explotación de titularidad compartida, y sólo él será responsable de ella. A ello debemos añadir, puesto que la Ley no los excluye, los supuestos de responsabilidad extracontractual derivados de actividades en la explotación o de hechos relacionados con la explotación misma.

b) Distinción entre responsabilidad y carga definitiva.

De nuevo el acudir a la normativa de la sociedad de gananciales puede ayudarnos a entender mejor los preceptos de la Ley 35/2011. En efecto, en el que se regula como régimen legal supletorio de primer grado en nuestro Código civil, son básicos los conceptos de deuda (también llamada carga, responsabilidad definitiva o respon-

sabilidad *inter partes*) y responsabilidad (denominada, igualmente, obligación, responsabilidad provisional o *erga omnes*). Ante una obligación contraída por uno o ambos cónyuges, con la palabra «responsabilidad» se responderá a la pregunta de contra qué patrimonios podrán dirigirse coactivamente los acreedores de forma directa, para cobrar sus créditos; mientras que con la expresión «deuda», se indicará el patrimonio que habrá de soportar definitivamente dicha obligación. Así, existiendo en el régimen de sociedad de gananciales tres patrimonios conyugales (dos privativos y uno ganancial), podrá ocurrir que de una obligación responda frente a terceros un patrimonio, mientras que *inter partes* sea otro el que deba soportarla definitivamente, cuestiones, todas estas, a las que se refieren los artículos 1362 y ss. Cc⁵⁴.

Pues bien, teniendo esto presente, creemos que la responsabilidad a la que se refiere y caracteriza el artículo 4.3 Ley 35/2011, es una responsabilidad sólo frente a terceros que no prejuzga quién ha de cargar definitivamente con la deuda de la que se responde. Esto por dos razones: 1.º Que si no, podríamos llegar a resultados injustos. 2.º Que el artículo 2.2 de la Ley establece, entre otras cosas, que «la constitución de la titularidad compartida de una explotación agraria no alterará... el régimen jurídico matrimonial...», ello, entendemos, sin perjuicio de las alteraciones introducidas directamente por la propia Ley que estudiamos. Por tanto, del hecho de que sea demandado solo un esposo y responda frente a terceros, no se sigue que él haya de cargar definitivamente con esa deuda, ni que la carga tenga que repartirse necesariamente entre los dos cónyuges y así, si quien respondió frente al acreedor fue el cónyuge que no debía soportar definitivamente la deuda, éste tendrá un derecho a dirigirse contra el otro exigiéndole lo pagado. Esto nos lleva a tener que plantearnos en qué casos la deuda sería sólo a cargo de un cónyuge o lo sería de los dos. En este punto creemos que hay que tener en cuenta la naturaleza sustantivamente común o privativa de la explotación, el régimen económico que rige el matrimonio y el tipo de acto de que se trate.

En principio, siendo los elementos que integran la explotación en titularidad compartida o la explotación como bien unitario, propios

⁵⁴ Vid., sobre la distinción entre deuda y responsabilidad en la sociedad de gananciales: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 334 y ss.; BENAVENTE MOREDA, P.: «La sociedad de gananciales», *Derecho de familia*, Coordinadora G. Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2012, p. 1038. En la jurisprudencia, vid.: STS de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004\6868); STS de 15 de julio de 2005 (RJ 2005\9237); STS de 16 de febrero de 2006 (RJ 2006\641); STS de 5 de octubre de 2007 (RJ 2007\6798); STS de 3 de julio de 2007 (RJ 2007\3792); STS de 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009\3); STS de 28 de marzo de 2011 (RJ 2011\939).

de un esposo y el régimen económico el de separación, creemos que podrían aplicarse, *mutatis mutandis*, las normas y criterios del usufructo para determinar qué ha de quedar a cargo definitivamente del propietario y qué a cargo de ambos cónyuges. De acuerdo con ello, por ejemplo: –si la deuda ha sido originada por actividades cuya finalidad era que la explotación produjera sus frutos o rendimientos, deberá ser a cargo de los dos esposos por igual, dado que por igual se van a repartir los productos (art. 5.1 Ley 35/2011); –lo mismo ocurrirá si los gastos tuvieron como causa el mantenimiento de la explotación o realización de reparaciones ordinarias; –si se trata de actos que van a afectar a la «forma o sustancia» (art. 467 Cc) de la explotación, habrá que entender que el esposo no propietario civil de la misma, no podrá llevarlos a cabo sin consentimiento del otro, lo que es coherente con la regulación de la eficacia de los actos de disposición frente a terceros del artículo 4.2 Ley 35/2011 y, si bien los dos serán responsables solidariamente frente al acreedor, en las relaciones internas la responsabilidad nacida de esos actos deberá ser a cargo definitivo del propietario; –si se trata de deudas contraídas para hacer reparaciones extraordinarias, deberán pesar definitivamente en el propietario (art. 501 Cc), con la posible aplicación del artículo 502 Cc, teniendo en cuenta que el derecho a exigir el interés legal, al que se refiere el párrafo primero de este precepto, habría que reducirlo en su cuantía a la mitad, dado que también el propietario se aprovecha de las reparaciones extraordinarias durante el tiempo que permanece la titularidad compartida; –si se trata de hacer mejoras en la explotación de carácter permanente, tales como, edificar naves para almacenar los productos, transformar una finca de secano en finca de regadío... creemos que deberán ser a cargo del propietario civil de la misma, sin que, al finalizar la titularidad compartida, pueda llevárselas el otro esposo si es que hubiera sido él quien las pagó; en tal caso pensamos que éste tendría un derecho a ser indemnizado por su valor en el momento actual y en el estado en que se encuentren (a diferencia de lo establecido por el art. 487 Cc).

Si la explotación es privativa y el régimen el de sociedad de gananciales, hay que tener en cuenta que todo lo que sean deudas derivadas de la explotación regular de la misma será a cargo del patrimonio común (art. 1362, n.º 4 Cc⁵⁵), independientemente de quién responda y con qué frente a terceros. Si la explotación es ganancial, serán a cargo de la sociedad de gananciales todos los

⁵⁵ Aunque este artículo no lo dice expresamente, hay que entender que se refiere sólo a las explotaciones privativas, puesto que si también fueran las gananciales, se entraría en oposición con lo establecido en el artículo 1362, n.º 2 C.c.. Así lo entiende: GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Artículo 1362», *Comentarios al Código civil*, Dirigidos por DOMÍNGUEZ LUELMO, A., Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1503.

gastos derivados de la adquisición, tenencia y disfrute de la explotación (art. 1362, núm. 2 Cc). Por último, ya sea la explotación ganancial o privativa, ha de estarse a lo establecido por el artículo 1366 C.c. en materia de carga definitiva (también responsabilidad) de las obligaciones extracontractuales.

c) Caracteres de la responsabilidad del artículo 4.2 Ley 35/2011.

Según el artículo 4.3 de la Ley 35/2011, los dos cónyuges titulares responderán frente a terceros de las obligaciones antes apuntadas (apartado a) de forma:

– Directa: es decir, no responde uno con subsidiariedad al otro, lo que ocurriría si, por ejemplo, siendo la explotación propiedad de uno de los esposos, se entendiera que éste respondería en primer lugar y, después, a falta de bienes suficientes, el otro.

– Personal: en el sentido de propia; es decir, no se responde por otro.

– Solidaria: el acreedor puede dirigirse por el todo contra cualquiera de los esposos (independientemente de que hayan participado los dos o no en el acto del que deriva la responsabilidad o de quién de ellos interviniera en el mismo).

– Ilimitada: cada uno responderá con todo su patrimonio, del que formarán parte, en el caso de que el régimen del matrimonio sea la sociedad de gananciales, los bienes comunes.

De todo ello se deriva que las alteraciones producidas por esta Ley, no sólo en la regulación de la responsabilidad frente a terceros de los regímenes económico-matrimoniales, sino en la regulación general de la responsabilidad por deudas, son muy acusadas, ya que el acreedor, a su elección y sin ningún otro requisito, podrá dirigirse para satisfacer su crédito directamente contra el esposo que no contrajo la deuda con él –el cual responderá de forma ilimitada–, o contra el que con él contrató –que responderá de igual manera–, o contra los dos simultáneamente. De este modo, el patrimonio personal del esposo que no contrajo la deuda podrá responder de forma directa de una deuda no contraída por él, mientras que en la regulación de los regímenes económico-matrimoniales sólo encontramos un caso en que el patrimonio del esposo que no contrajo la deuda responde de ella ante el acreedor, pero no directa, sino subsidiariamente, cual es el de que la obligación se haya contraído por el otro en el ejercicio de la potestad doméstica, conforme establece, dentro de las normas del régimen matrimonial primario, el artículo 1319 Cc⁵⁶.

⁵⁶ Vid. al respecto: TORRES GARCÍA, T. F.: «La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales», *op. cit.*, pp. 745 y 750 y ss.

Por otra parte, en el régimen de sociedad de gananciales existen supuestos en que, como excepción al principio de que para que responda directamente el patrimonio ganancial se requiere la actuación conjunta de los cónyuges (art. 1367 Cc) —el cual deriva a su vez del principio de cogestión (art. 1375 Cc)⁵⁷—, los bienes gananciales responden directamente por las obligaciones contraídas por un solo esposo (arts. 1362, núm. 1, p. 2; 1365; 1366; 1367; 1368; 1369 Cc⁵⁸). De ellos, guardaría relación fundamentalmente con el objeto de nuestro estudio el artículo 1365, en cuanto que su apartado 1.º, se refiere a las deudas contraídas en el ejercicio de la gestión o disposición de gananciales que por ley o por capítulos le corresponda, lo que sería predicable de los bienes gananciales del artículo 1384 Cc entre los que se encontraría la explotación ganancial que tuviera como titular a un solo cónyuge, y que su apartado 2.º, concierne a las deudas contraídas en la administración ordinaria de los bienes propios, entre los que estaría la explotación privativa gestionada por su dueño (art. 1381, segunda parte, Cc). Sin embargo, estos preceptos se ven superados por la responsabilidad personal, directa, ilimitada y solidaria de ambos cónyuges, establecida por el artículo 4.3 de la Ley 35/2011 para los casos que apuntamos más arriba.

Una vez que uno o los dos esposos han respondido frente al tercero, en las relaciones internas habrá que tener en cuenta quién debe cargar definitivamente con la deuda satisfecha a los efectos de, en su caso, llevar a cabo los correspondientes reintegros o reembolsos a quien corresponda (art. 1364 Cc) conforme a lo que hemos explicado anteriormente (apartado b).

B.3 Reparto de rendimientos (art. 5 Ley 35/2011)

Al reparto de los rendimientos de la explotación se refiere en el artículo 5 de la Ley, según el cual: «1. Los rendimientos generados por la explotación se repartirán al 50 por ciento entre ambas personas titulares de la explotación agraria de titularidad compartida. 2. Una vez repartidos, estos rendimientos se regirán por lo dispuesto en el régimen económico matrimonial de ambos cónyuges o los pactos patrimoniales que, en su caso, hayan suscrito las parejas de hecho».

⁵⁷ Vid.: TORRES GARCÍA, T.F.: «La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales», *op. cit.*, p. 732.

⁵⁸ Vid. sobre ellos BENAVENTE MOREDA, P.: «La sociedad de gananciales», *op. cit.*, pp. 1057 y ss.

Establece este artículo, una forma de determinar el destino último de los productos o rendimientos de la explotación en cuanto a su titularidad o naturaleza que llama la atención dado que ésta resulta de dos normas a aplicar sucesivamente a los mismos y que, creemos, debería interpretarse de la forma siguiente⁵⁹:

– La primera (reparto al 50 por ciento), en el sentido de que no atribuye la propiedad de los rendimientos, sino que simplemente viene a concretar quién los percibe y en qué porcentaje, es decir, habría que entender que es una norma sobre la percepción. Cabe destacar que la percepción de los rendimientos depende solamente del hecho de ser la explotación de titularidad compartida, lo que presupone que ambos esposos trabajan en ella (dado que los dos han de ejercer la actividad agraria y estar dados de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos por su actividad agraria o, en su caso, en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios incluido en dicho Régimen, artículos 3 y 10 Ley 35/2011) y a ambos esposos conjuntamente, en igualdad de condiciones, les corresponde su administración (art. 4.1 Ley 35/2011). Por eso, independientemente de cuál sea el régimen que rige la economía del matrimonio y de que la explotación pertenezca desde el punto de vista civil solamente a un esposo o en cuotas desiguales a los dos, o unos bienes pertenezcan a un esposo y otros al otro, los frutos o productos se perciben por mitad entre ellos.

– La segunda (aplicación de las normas al respecto del régimen económico matrimonial o, en su caso, pactos patrimoniales de la pareja de hecho), sería una norma de determinación de la propiedad o, en el caso de la sociedad de gananciales, de la naturaleza (ganancial o privativa), de los rendimientos percibidos.

Pues bien, la aplicación de esta doble norma, rigiendo el régimen de separación, llevará a que cada uno de los esposos perciba y haga suyos la mitad de los rendimientos y, en el régimen de gananciales, a que cada una de las mitades percibida por cada esposo se haga ganancial (art. 1347, núm. 1 y núm. 2 Cc). En este último caso, no creemos que se trate de que al percibirlos sean privativos y después, por aplicarse las normas de la sociedad de gananciales, se hagan comunes como si hubiera un cambio en su naturaleza o una

⁵⁹ Según CABALLERO LOZANO, J. M. / DE LA CUESTA SÁENZ, J. M. / MUÑIZ ESPADA, E. / SERRANO ARGÜELLO, N.: «Revisión técnica a propósito de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 2.ª época, año XXVIII, núm. 60, enero-junio, 2012, p. 123, la razón de la redacción de este artículo es que el legislador «ha partido de la concepción de la titularidad compartida como una persona jurídica de forma societaria y ésta no es la figura que aparece finalmente en el texto».

transmisión de los rendimientos a la masa común, sino que cada uno percibe el 50 por ciento como ganancial; por consiguiente, el resultado de la titularidad compartida en materia de naturaleza de los productos o rendimientos de la explotación, es el mismo que el que se deriva de las normas de la sociedad de gananciales, ya sea la explotación privativa, ganancial o mixta.

B.4 Subvenciones y ayudas públicas agrarias (arts. 11 y 12 Ley 35/2011)

El capítulo III de la Ley 35/2011, tras dedicar los artículos 9 y 10 a las «Medidas en materia fiscal [y] de seguridad social» –las cuales no serán tratadas en este trabajo, dedicado sólo a reflexionar sobre aspectos civiles–, se refiere en sus artículos 11 y 12 a las relativas a las «subvenciones y ayudas públicas» (tal y como reza la rúbrica de este capítulo). Pues bien, aunque desde el punto de vista de nuestro estudio nos interesa más el primero de los artículos citados, creemos conveniente detenernos, aunque sea brevemente, en el segundo de ellos (art. 12), ya que contribuye a justificar el régimen establecido en el artículo 11.

B.4.a) Medidas de fomento

El artículo 12 de la Ley 35/2011, rubricado como «Medidas de fomento y ayudas públicas», establece en su apartado 1 que el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino «arbitrará las medidas necesarias para fomentar⁶⁰ la constitución de explotaciones agrarias de titularidad compartida» e, insistiendo en ello, en su apartado 5, determina que «todas las disposiciones, planes y programas elaborados por la Administración General del Estado en materia de agricultura medio rural y medio ambiente deberán tomar en conside-

⁶⁰ Las técnicas de las que las Administraciones Públicas se han servido tradicionalmente (y se sirven en la actualidad) para intervenir en materia de agricultura, son muy variadas, y entre ellas figuran las medidas de fomento. Así, tal y como expone LÓPEZ RAMÓN, F.: «Agricultura», *Derecho administrativo económico*, t. II, Dirigido por Martín-Retortillo, S., La Ley, Madrid, 1991, p. 284, para estudiar las «técnicas e instrumentos de intervención pública en la agricultura» habría que partir, primero, «de una serie de actuaciones territoriales encaminadas a lograr la transformación económica y social del medio rural, a través de medidas variadas: obras públicas, coacción, planificación y fomento», para continuar después con «otras intervenciones públicas [que] perseguirían asegurar el cumplimiento de la función social de la propiedad privada, utilizando sobre todo medidas coactivas», y terminar con «un tercer conjunto de técnicas [que] atendería directamente a la formación de explotaciones agrarias rentables, empleando especialmente medidas de fomento». Por consiguiente, según el tipo de finalidad se utilizan unas técnicas u otras; en nuestro caso, las medidas de fomento se usarán para conseguir una finalidad no recogida entre las expuestas: la plena igualdad entre mujeres y hombres en el medio rural, cuya consecución supondrá una transformación en el medio rural desde el punto de vista social.

ración las medidas incentivadoras y de fomento de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias previstas en esta Ley...» Además de estas declaraciones de carácter general, tendentes al establecimiento en el futuro de medidas de fomento de explotaciones de titularidad compartida, se establecen en el mismo artículo, para el tiempo presente, medidas de este tipo («medidas incentivadoras y de fomento de la titularidad compartida»), cuales son:

1. La consideración (art. 12.2 Ley 35/2011) de la explotación agraria de titularidad compartida como explotación agraria prioritaria a los efectos previstos en la Ley 19/1995, de 4 de julio, cuando se den unas circunstancias que son menos exigentes que cuando se trata de una explotación ordinaria, de titularidad individual⁶¹. Concretamente, se requiere: A) Que «la renta unitaria de trabajo que se obtenga de la explotación no supere en un 50 por 100 el máximo de lo establecido en la legislación correspondiente para las explotaciones prioritarias», máximo que es, según el artículo 4.1 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias, el 120 por 100 de la renta de referencia, de modo que cuando se trata de una explotación de titularidad compartida el máximo queda situado en el 180 por 100 de la renta de referencia⁶². Además, la Ley 35/2011 no se refiere a un mínimo, a diferencia de lo que hace el artículo 4.1 Ley 19/1995 al respecto, al requerir «que la renta unitaria de trabajo que se obtenga de la misma [explotación] sea igual o superior al 35 por 100 de la renta de referencia». B) Que se cumplan los requisitos que, en general, han de cumplir los titulares de la explotación en régimen de titularidad compartida según el artículo 3 Ley 35/2011, es decir: estar dadas de alta en la Seguridad Social; ejercer la actividad agraria y trabajar en la misma de modo directo y personal, tal y como está definido en la Ley 19/1995, de 4 de julio⁶³; residir en el ámbito

⁶¹ *Vid.* sobre los requisitos que, en lo casos ordinarios, ha de cumplir una explotación cuyo titular es una persona física para ser prioritaria, conforme a la Ley 19/1995: TORRES GARCÍA, T. F. / DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria», *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos. Constitución, Gestión, Responsabilidad, continuidad y Tributación, t. II, Patrimonio personales, familiares, sucesorios y profesionales*, Coordinadores generales, M. Garrido Melero y J. M. Fugardo Estivill, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 777 y ss.; CARRETERO GARCÍA, A.: *Empresa agraria y profesionales de la agricultura en el Derecho español y comunitario*, *op. cit.*, pp. 107 y ss.

⁶² En este sentido, *vid.*: CABALLERO LOZANO, J. M.: «La unificación del concepto jurídico de profesionalidad agraria: otra ocasión perdida con la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias», *op. cit.*, pp. 143 y 144, que afirma que «esta medida beneficia claramente a las explotaciones en régimen de titularidad compartida, lo que exigirá estar vigilantes para que no se produzcan fraudes, haciéndose pasar por explotaciones prioritarias en régimen de titularidad compartida las que solo sean explotaciones ordinarias».

⁶³ *Vid.*, sobre este requisito: CABALLERO LOZANO, J. M.: «La unificación del concepto jurídico de profesionalidad agraria...», *op. cit.*, pp. 135 y ss., que concluye en p. 140, que por tal ha de entenderse que «los cotitulares de la explotación han de realizar material-

territorial rural en que radique la explotación. De estos, el primero y el último son semejantes a los exigidos para que una explotación cuyo titular sea una persona física tenga la consideración de prioritaria, en el artículo 4.1, letras *d*) y *e*), de la Ley 19/1995. C) Que «uno de los dos titulares ha de tener la consideración de agricultor profesional, conforme a lo establecido en el apartado 5⁶⁴ del artículo 2 de Ley 19/1995, de 4 de julio», de forma que el otro puede limitarse a ejercer la actividad agraria y trabajar en la explotación de modo directo y personal; frente a ello, el Real Decreto 297/2009, exigía, para que existiese la explotación de titularidad compartida, que los dos titulares cumplieran los requisitos que la Ley 19/1995 impone en su artículo 4.1 para que una explotación cuyo titular sea una persona física tenga la consideración de prioritaria, lo que suponía que los dos tenían que ser agricultores profesionales. Además, aunque a ello no se refiera expresamente el artículo 12.2 de la Ley 35/2011, hay que entender que se exige también, conforme al artículo 4.1, *b*) y *c*) de la Ley 19/1995, por un lado, que ambos hayan cumplido 18 años y no superen los 65 y, por otro, que ambos posean un nivel de capacitación agraria suficiente⁶⁵; igualmente, hay que tener en cuenta que, conforme al artículo 16 de la Ley 19/1995, la explotación deberá constar en el Catálogo General de Explotaciones prioritarias del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (hoy, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente), siendo «la inclusión en el Catálogo o la certificación de la comunidad Autónoma... los medios para acreditar que la explotación tiene carácter de prioritaria, a los efectos establecidos en esta Ley⁶⁶» (art. 16.3 Ley 19/1995). Una vez que la explotación

mente las tareas de cultivo, ganadería o silvicultura, y también las de dirección y gerencia de la explotación».

⁶⁴ Este apartado ha sido dotado de una nueva redacción por la disposición final segunda, apartado 3 de la Ley 35/2011, diciendo en la actualidad: «Agricultor profesional, la persona física que siendo titular de una explotación agraria, al menos el 50% de su renta total la obtenga de actividades agrarias u otras actividades complementarias, siempre y cuando la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria de su explotación no sea inferior al 25% de su renta total y el volumen de empleo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea igual o superior a la mitad de una Unidad de Trabajo Agrario». *Vid.* sobre esta modificación: CABALLERO LOZANO, J. M.: «La unificación del concepto jurídico de profesionalidad agraria...», *op. cit.*, pp. 122 y ss.

⁶⁵ *Vid.* en este sentido: SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: «El derecho a la compensación económica prevista por la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 80, octubre-diciembre, 2011, pp. 341 y 342.

⁶⁶ *Vid.* sobre ello la STS de 4 de febrero de 2008 (RJ 2008\1302), en la que se exige para poder ejercer el derecho de retracto del artículo 27 de la Ley 19/1995, que el carácter prioritario de la explotación de la finca del retrayente exista en el momento en que nace el derecho a retraer, es decir, cuando se produce la compraventa o la dación en pago que origina el derecho de retracto, añadiendo que el medio establecido en el artículo 16 de la Ley citada para acreditar tal carácter es la inclusión de la explotación en el Catálogo General de Explotaciones prioritarias, lo cual se funda en que no se puede imponer a los comprado-

de titularidad compartida ha adquirido la consideración de prioritaria, tendrá un trato preferente en los supuestos determinados por el artículo 7 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de *Modernización de las Explotaciones Agrarias*, concretamente: «a) En la adjudicación de superficies agrarias realizadas por las Administraciones públicas. b) En las contrataciones de seguros agrarios subvencionadas con fondos públicos. c) En el acceso a las actividades formativas organizadas o financiadas por las Administraciones públicas para mejorar la cualificación profesional de los agricultores. d) En la concesión de las ayudas establecidas para la mejora de las estructuras agrarias de producción, sin perjuicio de lo dispuesto por la normativa comunitaria... e) En las ayudas incluidas en los programas de ordenación de producciones agrarias o de ámbito territorial específico, siempre que ello sea compatible con las finalidades de dichos programas. f) En la asignación de las cuotas o derechos integrados en las reservas nacionales, constituidas en aplicación o desarrollo de la normativa reguladora de las correspondientes organizaciones comunes de mercado, siempre en concordancia con las condiciones establecidas, al efecto, en dichas normas». A ello se añade, tal y como compendian *Vattier Fuenzalida y Espín Alba*⁶⁷, preferencia para «obtener ayudas para las inversiones contempladas en los planes de mejora estructural y obras de uso común en las zonas desfavorecidas, las zonas de montaña y las regiones con insuficiencias estructurales (Disposición Final 3.^a⁶⁸ Ley 19/1995). Además, estos titulares ostentan preferencia para ejercer el derecho de retracto, en caso de venta de las fincas colindantes cuya superficie sea inferior al doble de la unidad mínima de cultivo (art. 27 LMEA)⁶⁹ y si arriendan su explotación prioritaria a un tercero por más de ocho años pueden

res la carga de tener que comprobar si el retrayente cumple con las condiciones legales exigidas a las explotaciones prioritarias para saber si se está o no obligado a acceder al retracto.

⁶⁷ Vid.: VATTIER FUENZALIDA, C. / ESPÍN ALBA, I.: *Derecho agrario*, Reus, Madrid, 2005, p. 100.

⁶⁸ Los autores citados se refieren, erróneamente, a la DF 1.^a Vid. también al respecto, la Ley 25/1082, de 30 de junio, de *Agricultura de Montaña*.

⁶⁹ Tal derecho corresponde a los titulares de explotaciones prioritarias que tengan las fincas en propiedad cuando exista colindancia con la finca que se enajena, tal y como pone de manifiesto DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: *Tanteo y retracto de colindantes en la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (Derecho general y autonómico)*, La Ley, Madrid, 2000, p. 79. Vid. también, sobre este derecho de retracto: CORRAL DUEÑAS, F.: «Comentarios a la Ley de modernización de las explotaciones agrarias», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 79, núm. Extraordinario, 675 bis, *Homenaje a D. Francisco Corral Dueñas*, 2003, pp. 819 y ss.; BALLARÍN MARCIAL, A.: «La nueva Ley española de Modernización de Explotaciones Agrarias», *Rivista di Diritto Agrario*, 1997, pp. 55 y ss.; CARRETERO GARCÍA, A.: *Empresa agraria y profesionales de la agricultura...*, op. cit., pp. 188 y ss. En la jurisprudencia, vid.: STS de 2 de febrero de 2007 (RJ 2007\924), comentada por NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.: *Introducción al Derecho agrario. La organización jurídica de las explotaciones agrarias. Supuestos prácticos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 142 y ss.; también, STS de 4 de febrero de 2008 (RJ 2008\1302).

percibir una bonificación del 10 por 100 de la renta anual (art. 29 LMEA)». Igualmente se otorgan beneficios fiscales en los artículos 8 a 12 de la Ley 19/1995, consistentes, «en síntesis, en la exención o en la reducción de la base imponible de los impuestos sobre las transmisiones y actos jurídicos documentados y el valor añadido devengados»⁷⁰ en ciertos casos.

2. Aparte de la preferencia para la obtención de superficies, ayudas, subvenciones, cuotas, etc., derivado de su consideración como explotación prioritaria cuando se dan las condiciones exigidas para ello, las explotaciones de titularidad compartida gozan, en cuanto tales e independientemente de que sean o no prioritarias, de un trato preferente para la obtención de subvenciones financiadas por la Administración General del Estado, el cual ha de ser incorporado a sus bases reguladoras (art. 12.3 Ley 35/2011⁷¹). De esta forma, las explotaciones de titularidad compartida que sean además prioritarias, podrán llegar a ser preferentes incluso frente a las explotaciones prioritarias de titularidad individual.

3. «Las personas titulares de explotaciones agrarias de titularidad compartida tendrán un derecho preferente en las actividades de formación y asesoramiento en materia de agricultura» (art. 12.4 Ley 35/2011)⁷². Esto tiene especial importancia si tenemos en cuenta que el artículo 4.1.b) de la Ley 19/1995, exige, para que una explotación agraria llegue a ser prioritaria, que su titular posea «un nivel de capacitación agraria suficiente», determinado conjugando «criterios de formación lectiva y experiencia profesional», y que ello ha de darse en los dos titulares si la explotación que aspira a ser prioritaria es de titularidad compartida.

B.4.b) Régimen de las ayudas agrarias

Una vez que hemos puesto de manifiesto que el hecho de que una explotación sea de titularidad compartida facilita la obtención de ayudas y subvenciones, nos referiremos al «Régimen de las ayudas agrarias», regulado en el artículo 11 de la

⁷⁰ Vid. sobre ello y otras ayudas a las explotaciones agrarias prioritarias: VATTIER FUENZALIDA, C. / ESPÍN ALBA, I.: *Derecho agrario*, op. cit., p. 100; CARRETERO GARCÍA, A.: *Empresa agraria y profesionales de la agricultura...*, op. cit., pp. 131 y ss.

⁷¹ Añade este artículo 12.3 Ley 35/2011: «Dicho trato preferente consistirá, a igualdad de requisitos para las explotaciones y para cada nivel de apoyo, en el incremento de la ponderación o puntuación en los criterios objetivos de otorgamiento de subvenciones y ayudas públicas establecidas en las referidas bases reguladoras, adicionalmente a otras situaciones de preferencia y prioridad establecidas en el resto del ordenamiento jurídico».

⁷² A este respecto, téngase en cuenta que el artículo 4.1.b) Ley 19/1995, establece entre los requisitos que ha de reunir el titular persona física de una explotación para que ésta pueda llegar a ser prioritaria, el de «poseer un nivel de capacitación agraria suficiente, para cuya determinación de conjugarán criterios de formación lectiva y experiencia profesional».

Ley 35/2011. En su apartado 1 este precepto establece que «las subvenciones⁷³, las ayudas directas⁷⁴ y las ayudas de desarrollo

⁷³ Sobre el concepto de subvención, *vid.*: SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho administrativo general, II*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 361 y ss.; PASCUAL GARCÍA, J.: «Art. 2. Concepto de subvención», *Las subvenciones públicas, Legislación comentada, formularios y procedimientos*, «Boletín Oficial del Estado», Madrid, 2007, p. 46; RODRÍGUEZ GARCÍA, J. M.: *Límites para ser beneficiario de subvenciones*, Tesis inédita defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid el 20 de diciembre de 2012, pp. 67 y ss., que detalla además los caracteres de las subvenciones, y pp. 244 y ss., en las que distingue entre subvención en sentido amplio y estricto.

Sobre el régimen jurídico de las subvenciones, *vid.*, comentando la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, *General de Subvenciones*, PASCUAL GARCÍA, J.: «Art. 5. Régimen jurídico de las subvenciones», *Las subvenciones públicas, Legislación comentada, formularios y procedimientos*, «Boletín Oficial del Estado», Madrid, 2007, pp. 56 y 57, en las que se refiere a la normativa reguladora de las subvenciones estatales, autonómicas y locales, y, del mismo autor: «Art. 6. Régimen jurídico de las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea», *Las subvenciones públicas, Legislación comentada, formularios y procedimientos*, «Boletín Oficial del Estado», Madrid, 2007, p. 59, en cuanto a la normativa aplicable, según dicha ley, a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea.

⁷⁴ Sobre el concepto de ayuda directa derivado del procedimiento de concesión, como subvención concedida sin que medie concurrencia competitiva, sino simplemente por reunir unos requisitos, conforme al artículo 22 de la Ley *General de Subvenciones*, *vid.*: PASCUAL GARCÍA, J.: «Art. 22. Procedimientos de concesión», *Las subvenciones públicas, Legislación comentada, formularios y procedimientos*, «Boletín Oficial del Estado», Madrid, 2007, pp. 121 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, J. M.: *Límites para ser beneficiario de subvenciones, op. cit.*, pp. 268 y ss. Respecto a las ayudas directas a las explotaciones agrícolas, como «subvenciones que los agricultores perciben directamente por obtener determinadas producciones, agrícolas y ganaderas, o bien por mantener las superficies de las tierras de la explotación en buenas condiciones agrarias y ambientales» (sentido en el que se utiliza la expresión «pago directo» en el art. 2 del Reglamento CE núm. 73/2009, de 19 de enero), que de este modo se distinguirían de «otro tipo de medidas de apoyo a los precios y mercados que son de estímulo indirecto a la producción, como es el de la intervención de los mercados», *vid.*: http://www.medioruralembar.xunta.es/nc/es/fogga/politica_agraria_comun/ayudas_directas/.

Dentro de las ayudas directas se incluirían las subvenciones de rentas reguladas por el Reglamento CE núm. 73/2009, de 19 de enero, y financiadas por la Comunidad Europea a través del Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA). Hay que recordar que el régimen de ayudas por superficies y cabeza de ganado establecido por el Reglamento CE núm. 1765/1992, vinculado a la producción y configurado como una ayuda para compensar la pérdida de rentas derivada de la intervención en la fijación de los precios de los productos agrarios, fue sustituida por el régimen de pago único por explotación, implantado como consecuencia del Reglamento CE 1785/2003, de 29 de septiembre, que supuso la disociación o desacoplamiento de las ayudas respecto de las producciones, sometiendo la percepción de dicho pago por los agricultores al cumplimiento de los denominados «requisitos legales de gestión» y «buenas condiciones agrarias medioambientales», cuestiones todas estas en las que se profundizó en el Reglamento CE núm. 73/2009, de 19 de enero. No obstante, los derechos de pago único mantienen una relación con la producción, aunque histórica. *Vid.*, sobre la génesis de la PAC del Reglamento CE 1785/2003: DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.: «Algunos problemas jurídico-civiles generados por la ayuda única de la PAC», Cuadernos de Derecho Agrario, núm. 3, 2006, pp. 41 y ss.; sobre el «desacoplamiento» como «disociabilidad» de los derechos de ayuda respecto a las superficies a través de su cesión: DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.: «Las nuevas orientaciones normativas de la reforma de la PAC», Cuadernos de Derecho Agrario, núm. 2, 2005, pp. 34 y ss.; sobre el concepto de «requisitos legales de gestión» y «buenas prácticas agrarias»: MARTÍNEZ ARROYO, F. / PALACIOS AGREDA, A. M.: *Guía práctica de la nueva PAC*, Massey Ferguson, Editorial Agrícola Española, Madrid, 2012, p. 67. En general, sobre la PAC y el pago único: DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.: «Desarrollo rural sostenible y pago único», *El desarrollo sostenible en el ámbito rural*, Director C. Vattier Fuenzalida, Coordinadora R. De Román Pérez, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 50 y ss.; DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.: «La nueva PAC, las ayudas directas a los agricultores y el desarrollo

rural⁷⁵, ya procedan de fuentes de financiación europeas, estatales o autonómicas, asociadas a la explotación agraria de titularidad compartida corresponderán por mitades iguales a favor de cada uno de los cónyuges o miembros de la pareja de hecho titulares de las explotaciones agrarias de titularidad compartida», si bien, «la solicitud de las citadas ayudas se realizará a nombre de la entidad de titularidad compartida que constituye la explotación agraria de titularidad compartida, efectuándose el pago correspondiente en la cuenta bancaria asociada a la titularidad compartida».

Se ha apuntado por parte de algunos autores que las ayudas directas, dado que son subvenciones de rentas (frente a las subvenciones y las ayudas al desarrollo rural, que son subvenciones de capital), deberían haber sido tratadas como los rendimientos y haberse incluido en el artículo 5.1 de la Ley 35/2011⁷⁶. No obstante, lo cierto es que el legislador ha optado por fijarse más en su

sostenible del medio rural», *El desarrollo rural en la Política agrícola Común 2014-2020*, Director Vattier Fuenzalida, C., Coordinadora, De Román Pérez, R., Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 55; DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.: «Artículo 3. Derechos de producción agrícolas y otros derechos», *Comentario de la Ley de arrendamientos rústicos*, Coordinador, J. M. Caballero Lozano, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 75 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, C. / ESPÍN ALBA, I.: *Derecho agrario*, *op. cit.*, pp. 247 y ss.; NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.: *Introducción al Derecho agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 283 y ss.; NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.: *Introducción al Derecho agrario. La organización jurídica de las explotaciones agrarias...*, *op. cit.*, pp. 92 y ss.; Martínez Arroyo, F. / PALACIOS AGREDA, A. M.: *Guía práctica de la nueva PAC*, *op. cit.*, pp. 27, 31, 34, 35, 39, 66 y ss y 76 y ss., sobre la futura PAC, correspondiente al periodo 2014-2020.

En el ámbito estatal, hay que citar la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, *para el desarrollo sostenible del medio rural*, modificada por la Ley 10/2009, de 20 de octubre, complementada por el Real Decreto 486/2009, de 3 de abril, aplicable de forma general a la Política Agraria Común, y cuya aplicación práctica se llevará a cabo por el Real Decreto 752/2010, de 4 de junio, del Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, que establece el Programa de Desarrollo Rural Sostenible para los años 2010-2014. Sobre ella, *vid.*: VATTIER FUENZALIDA, C.: «Las nuevas medidas de desarrollo rural», *op. cit.*, pp. 25 y ss.

⁷⁵ Las «ayudas al desarrollo rural», tienen por finalidad la mejora de las infraestructuras agrarias y las medidas agroambientales. La norma más importante en esta materia, fruto de Política Agraria Común, es el Reglamento CE 1698/2005, del Consejo, de 20 de septiembre, el cual articula las medidas a adoptar para conseguir el desarrollo rural en torno a cuatro ejes, los tres primeros de carácter sustantivo y el último instrumental, y es complementado por el Reglamento (UE) 74/2009, de 19 de enero 2009. *Vid.* sobre ello: VATTIER FUENZALIDA, C.: «Las nuevas medidas de desarrollo rural», *El desarrollo rural en la Política agrícola Común 2014-2020*, Director Vattier Fuenzalida, C., Coordinadora, De Román Pérez, R., Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 29 y 30; NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.: *Introducción al Derecho agrario. La organización jurídica...*, *op. cit.*, p. 93; en concreto, sobre la multifuncionalidad, *vid.*: VATTIER FUENZALIDA, C.: «Caracteres y límites del desarrollo rural sostenible», *Derecho agrario, agroalimentario y del desarrollo rural*, Director P. Amat Lombart, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 164 y ss. Sobre la reforma de la PAC en materia de desarrollo rural, *vid.*: MARTÍNEZ ARROYO, F. / PALACIOS AGREDA, A. M.: *Guía práctica de la nueva PAC*, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

⁷⁶ *Vid.*: CABALLERO LOZANO, J. M. / DE LA CUESTA SÁENZ, J. M. / MUÑOZ ESPADA, E. / SERRANO ARGÜELLO, N.: «Revisión técnica a propósito de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias», *op. cit.*, p. 128, que abogan por modificar este precepto en el sentido expresado.

naturaleza de ayuda pública que en el de sustitutivo de rentas a la hora de incluir a las ayudas directas en un lugar o en otro, siendo, a nuestro entender, los dos criterios igualmente correctos. La cuestión tendría especial importancia si el régimen establecido para las ayudas directas y para los rendimientos fuera distinto, pero resultaría irrelevante en caso contrario, siendo esto último lo que, en nuestra opinión, ocurre. Efectivamente, aparentemente el régimen de las ayudas agrarias es diferente del de los rendimientos, ya que mientras para éstos el citado artículo 5, establece el reparto al 50 por ciento y, una vez repartidos, la aplicación a los mismos de lo dispuesto en el régimen económico matrimonial (o los pactos patrimoniales en caso de parejas de hecho), el artículo 11 tras determinar que los distintos conceptos a que se refiere corresponderán por mitades iguales a cada uno de los cónyuges (o convivientes), no establece remisión alguna a las normas de régimen económico del matrimonio (o pactos patrimoniales en caso de unión de hecho), lo que puede llevar a defender que la parte de las subvenciones y ayudas que corresponde a cada uno de los esposos o convivientes la recibe como propia, incluso si el régimen es el de sociedad de gananciales; sin embargo, creemos que también en estos casos, aunque no se establezca expresamente, han de tener aplicación las normas del régimen económico matrimonial con base en la regla general del artículo 2.2 de la Ley 35/2011, de modo que, de forma similar a lo que dijimos del artículo 5, apartados 1 y 2, el apartado 1.º del artículo 11 debería considerarse una norma de atribución y el artículo 2.2 llevaría a buscar en la regulación del régimen económico o pactos patrimoniales correspondientes, la norma determinante de la naturaleza propia o común de la ayuda o subvención. De acuerdo con ello, si bien en el régimen de separación cada uno de los esposos recibiría como propia en exclusiva la mitad de la ayuda o subvención, en el régimen de gananciales podríamos concluir su carácter común si así se desprendiera de los artículos 1346 y ss. Cc que determinan cuándo un bien es privativo o ganancial.

Pues bien, en el régimen de gananciales, en un primer momento varias vías se nos ofrecen para llegar a una conclusión sobre la naturaleza, ganancial o común de las cantidades recibidas por los conceptos a que se refiere el artículo 11 de la Ley 35/2011:

1.^a Podríamos fijarnos en la naturaleza de la subvención o ayuda, partiendo de que todos los supuestos contemplados en el artículo 11 citado son de subvenciones en sentido amplio, por tratarse de aportaciones dinerarias realizadas por la Administración estatal, autonómica, local o comunitaria, relativas a la ejecución del proyecto, realización de una actividad, la adopción de un com-

portamiento, ya realizados o por realizar, así como, en su caso, por encontrarse simplemente en la situación que legitima su concesión⁷⁷. Pues bien, sobre la naturaleza de la subvención existen varias teorías⁷⁸: a) Subvención como resolución administrativa: acto administrativo unilateral de otorgamiento a favor de un particular que adquiere un derecho frente a la Administración y, a la vez, cargas y obligaciones; b) Naturaleza contractual de la subvención: la Administración y el beneficiario serían partes de un contrato, tratándose concretamente de una donación pública modal⁷⁹ o de un contrato subvencional; c) La subvención no tiene una naturaleza unívoca y habría que distinguir según los casos y, así por ejemplo, en el de las ayudas sometidas al régimen de pago único, al estar condicionado el pago al cumplimiento de requisitos legales de gestión y buenas prácticas medioambientales (condicionalidad⁸⁰), podría llegarse a considerar como adquisición a título oneroso. De este modo, si nos inclináramos por la segunda de las tesis relacionadas, en principio las cantidades obtenidas por la subvención serían privativas por aplicación del artículo 1346, n.º 2 Cc, pero

⁷⁷ Vid.: RODRÍGUEZ GARCÍA, J. M.: *Límites para ser beneficiario de subvenciones*, op. cit., pp. 244 y ss., que añade que la subvención en sentido estricto, comprendería «tanto la realización de una actividad, como la adopción de un comportamiento, pero no se reputa subvención la atribución patrimonial de fondos públicos otorgada por hallarse sencillamente en una situación, sin mediar conducta activa tendente a su realización».

⁷⁸ Vid. sobre la naturaleza de la subvención, recogiendo las distintas posturas: RODRÍGUEZ GARCÍA, J. M.: *Límites para ser beneficiario de subvenciones*, op. cit., pp. 133 y ss., que aboga por considerarla como contrato subvencional; por considerarla acto unilateral se inclina: FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, pp. 409 y ss.. Con carácter general: SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho administrativo general*, II, op. cit., pp. 366 y 367.

⁷⁹ Es esta la postura sostenida generalmente por la jurisprudencia. Vid., en este sentido: STS Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Sección 3.ª, de 11 de marzo de 2009 (RJ 2009\3695), comentada por NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.: *Introducción al Derecho agrario. La organización jurídica...*, op. cit., pp. 160 y ss.; STS, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Sección 3.ª, de 14 de marzo de 2012 (RJ 2012\5064), según la cual: «La concesión de la subvención, aun siendo un acto declarativo de un derecho, exige el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente, y en este sentido este Tribunal Supremo ha declarado, en Sentencias, entre otras, de 9 de julio de 1988 (RJ 1988, 5324) y 2 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7744) que la subvención es una donación modal «ad causam futuram» por la cual un organismo público asume parte de la carga financiera de otro organismo de carácter inferior o de un particular, con una finalidad de interés general, pero específica y determinada, y aunque no es identificable con la condición supeditada la efectividad de la subvención al cumplimiento por el subvencionado de los fines por los cuales justificó su petición (...). Recientemente, también admiten esta calificación las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª de lo Contencioso Administrativo, Sección 3.ª, de 15 de febrero de 2012 (RJ 2012\4001) y 14 de junio de 2011 (RJ 2011\5318).

⁸⁰ Vid. sobre condicionalidad: DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.: «Desarrollo rural sostenible y pago único», op. cit., pp. 42 y ss., que señala en p. 50: «entendida la relación de la UE con los agricultores europeos como una relación contractual onerosa de corte clásico, la condicionalidad vendrá a ser la causa del tal contrato en términos parejos a los que emplea el artículo 1274 del Código civil español»; y, del mismo autor, «La condicionalidad de los pagos directos en el PAC enfocada desde la parte general del Derecho civil», *Desarrollo agrario, agroalimentario y del desarrollo rural*, Director P. Amat Llombart, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 41 y ss.

podría defenderse también su carácter ganancial conforme al artículo 1353 Cc si entendiéramos que la expresión «corresponderán por mitades iguales a favor de cada uno de los cónyuges» del artículo 11 Ley 35/2011, no supone «especial designación de partes», por ser semejante al «por mitad o por partes iguales» del artículo 983 Cc; si en el caso concreto se entiende que las cantidades de la subvención se han adquirido como consecuencia de un contrato a título oneroso, en el que la contraprestación es la realización de ciertas actividades, serían gananciales.

2.^a Atender a la finalidad de la subvención: si las cantidades obtenidas constituyen un sustituto de rentas, serían gananciales; si su fin es realizar una mejora en una finca privativa o común, serían privativas o comunes respectivamente (art. 1359 Cc); si se trata de hacer frente a gastos que son a cargo de la sociedad de gananciales, tendrán esta naturaleza (art. 1362, núms. 2, 3 y 4 Cc).

3.^a Considerar que en todo caso las cantidades adquiridas en concepto de subvención son gananciales puesto que, según el artículo 1347, núm. 1 Cc, son bienes gananciales «los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges», los cuales constituyen una de las fuentes primordiales del patrimonio común. Esta es, en nuestra opinión, la postura más acertada ya que no cabe duda de que las cantidades de la subvención se obtienen como consecuencia de un acto de administración o gestión de la explotación y, por tanto, de la actividad agraria (trabajo o industria) de los esposos. Por tanto, aunque la subvención sea atribuida por mitades iguales a cada cónyuge, cada una de esas mitades es ganancial, debiéndose tener en cuenta la finalidad o función de la subvención a la hora de determinar si surge algún derecho de reintegro o reembolso a favor del patrimonio común. Así, por ejemplo: si la subvención tenía como finalidad realizar una construcción o instalación fija en una finca privativa, se aplicará el artículo 1359, p. 2 Cc y si las cantidades de la subvención se invierten en dicha finca, la sociedad de gananciales será acreedora por el aumento del valor del bien como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado (frente a ello, si la finca a mejorar era ganancial, no habrá derecho de reintegro o reembolso a favor de la sociedad); si la subvención se concedió para la adquisición de tierras, éstas tendrán carácter común (art. 1347, núm. 2 en relación con el art. 1362, n.º 3 Cc), salvo que la explotación como bien unitario fuera privativo y la nueva finca haya de considerarse incremento patrimonial de aquélla, la cual se haría privativa por accesión (arts. 1359 y 1360 Cc); si para la adquisición de maquinaria, siendo la explotación de naturaleza privativa

de un cónyuge, las máquinas serán privativas (art. 1346, núm. 8 Cc) y la sociedad tendrá un derecho de crédito frente al esposo por el valor satisfecho (art. 1346, último párrafo, Cc); si la subvención tenía por papel sustituir rentas, las cantidades percibidas serán gananciales.

Por otra parte, es llamativo que el artículo 11.1 Ley 35/2011 utilice la expresión «mitades iguales», dado que es consustancial a las mitades ser iguales; sin embargo, esta reiteración no nos parece inútil puesto que deja claro que, independientemente de la aportación⁸¹ de cada cónyuge a la explotación de titularidad compartida, las cantidades que se abonen por estos conceptos les serán atribuidas siempre por mitad, aplicándose después, como hemos defendido, las normas del régimen económico matrimonial correspondiente.

Por último, el apartado 2 de este artículo 11 de la Ley 35/2011 contiene una norma relativa específicamente a las ayudas directas del pago único de la PAC. Estos derechos a la ayuda única o derechos de pago único constituyen elementos incorporeales de la explotación agraria que permiten beneficiarse de la actividad subvencional de la Unión Europea, pero que no son inherentes a la explotación ni a la tierra, pues pueden circular con independencia de ella o con ella, a través de su cesión definitiva (no en los casos de cesión temporal –arrendamiento– en que necesariamente han de ir unidos a la tierra)⁸². Dice este precepto: «Cada una de las personas titulares de la explotación agraria de titularidad compartida tendrá la consideración de beneficiaria directa de las ayudas correspondientes al régimen de pago único de la Política Agrícola Común, quedando exenta de retención de derechos la cesión de los mismos que una de las personas titulares deba realizar a favor de la unidad económica». El sentido de esta norma queda aclarado con la lectura del *Informe del Consejo de Estado sobre la titularidad compartida de las explotaciones agrarias*, de 14 de abril de 2010, en el que se dice: «En todo caso, lo que interesa destacar es que el marco normativo vigente permite optar entre dos posibles soluciones: una más sencilla desde el punto de vista práctico, pues permitiría la atribución conjunta del importe de los derechos, sin necesidad de su cesión; y otra más compleja, mediante la cesión de derechos de

⁸¹ Aportación que, como ya hemos dicho, no supone transmisión sino afección a la titularidad compartida, tal y como explica la Secretaría General de Agricultura y Alimentación, Dirección de Desarrollo Rural y Política Forestal, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente: *Preguntas frecuentes...*, *op. cit.*, p. 4.

⁸² *Vid.*: DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.: «Algunos problemas jurídico-civiles generados por la ayuda única de la PAC», *op. cit.*, pp. 43 y 44. Sobre el concepto, adquisición, modificación y pérdida de estos derechos, *vid.*: DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.: «La reforma de la PAC y el pago único en su aplicación en España», *Revista de Derecho Agrario*, núm. 48, enero-junio 2006, pp. 35 y ss.

ayuda vinculada a la cotitularidad, pero que podría atender mejor la finalidad perseguida por el legislador. Efectivamente, el Real Decreto 297/2009 establece en su artículo 3 que las ayudas, pagos, derechos de producción, primas, cuotas u otras medidas de efecto equivalente que correspondan al titular de la explotación se atribuirán conjuntamente a los cotitulares que hayan comunicado a la Administración competente la existencia de dicha cotitularidad, a cuyo efecto será necesario precisar la cuenta conjunta en la que deban hacerse efectivos los correspondientes ingresos... Cabría, sin embargo, atribuir a esa cotitularidad una incidencia mayor en el régimen de percepción de los derechos de ayuda, a través de la *asunción expresa por el cónyuge que accede a la titularidad de la explotación de la condición de beneficiario directo de las ayudas*. Ello exigiría una cesión de derechos, en los términos contemplados por los artículos 27 y siguientes del Real Decreto 1680/2009»⁸³. Esta es precisamente la opción que ha seguido el artículo 11.2 de la Ley 35/2011, en su primera parte (consideración de cada uno de los titulares de la explotación en titularidad compartida como beneficiario directo de los derechos de ayuda del pago único). Téngase en cuenta que si el régimen es el de gananciales, aunque en todo caso las cantidades obtenidas por el ejercicio de esos derechos de ayuda única serán gananciales, cabe que los derechos mismos fueran privativos porque en el momento en que se concedieron aún no se hubiera iniciado este régimen, en cuyo caso la cesión supondrá que ambos esposos se harán cotitulares de esos derechos, que seguirán teniendo carácter privativo, pero ahora, de ambos. Por lo que se refiere al establecimiento de la exención de retención de derechos como consecuencia de la cesión, también lo justifica dicho *Informe*: «El problema que se plantea es que tales artículos (arts. 27 y ss. Real Decreto 1680/2009) no contemplan expresamente el supuesto de titularidad compartida, de modo que la cesión de derechos al otro cónyuge que accede a esa cotitularidad estaría sujeta –tratándose de una cesión sin tierras, supuesto al que parece dirigirse esencialmente la normativa sobre titularidad compartida (pues en otro caso se produciría un cambio en la titularidad civil de la explotación)– a una retención del 30 por ciento del valor de cada derecho de ayuda (art. 28.1). Es obvio, pues, que el régimen vigente no fomenta la cesión de derechos de ayuda. Por ello y en línea con la sugerencia efectuada por el Consejo de Estado en su dictamen núm. 1.456/2009, de 29 de octubre, relativo al proyecto del que luego sería Real Decreto 1680/2009, cabría considerar la posi-

⁸³ Vid.: Consejo de Estado: *Informe del Consejo de Estado sobre la titularidad compartida de las explotaciones agrarias*, op. cit., pp. 212 y ss.

bilidad de que en el artículo 28 se contemplase expresamente el supuesto de cesión de derechos por razón de la titularidad compartida como un supuesto exento de retención o al que resultara aplicable el tipo reducido del 3%»⁸⁴. Pues bien, la Ley 35/2011, para estimular la constitución de las explotaciones de titularidad compartida, en cuanto implican la cesión de los derechos de ayuda, ha establecido la exención de la retención en su artículo 11.2, pero no ha modificado el artículo 28 del Real Decreto 1680/2009, del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, *sobre la aplicación del régimen de pago único en la agricultura y la integración de determinadas ayudas agrícolas en el mismo a partir del año 2010* quizá porque pueda entenderse que los supuestos de constitución del régimen de titularidad compartida quedan comprendidos en el apartado 3, letra b, de dicho artículo 28, que determina como caso exento totalmente de retención el de «*agrupación de varias personas físicas o jurídicas en otra persona jurídica o ente sin personalidad jurídica*»⁸⁵.

B.5 Extinción de la titularidad compartida

Regula también la Ley 35/2011 las causas de extinción de la titularidad compartida, siendo éstas según su artículo 8.1: *a)* la nulidad, separación o disolución del matrimonio; *b)* la ruptura de la pareja de hecho, o la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus miembros; *c)* la pérdida de la titularidad de la explotación agraria por cualquier causa; *d)* la transmisión de la titularidad de la explotación a terceros, lo que hay que entender en el sentido de transmisión *inter vivos*; *e)* el dejar alguna de las personas titulares de cumplir los requisitos previstos en el artículo 3; y *f)* el acuerdo entre los titulares de la explotación manifestado mediante comparecencia personal o firma electrónica ante el Registro de titularidad compartida⁸⁶.

⁸⁴ Vid.: Consejo de Estado: *Informe del Consejo de Estado sobre la titularidad compartida de las explotaciones agrarias*, op. cit., pp. 213 y 214.

⁸⁵ Dice el artículo 28.3 del Real Decreto 1680/2009: «3. No se aplicará ninguna retención en los siguientes supuestos: a) En caso de venta o cesión definitiva de los derechos de ayuda con o sin tierras a un agricultor que inicia la actividad agraria. b) En los casos de sustitución del titular con motivo de herencias, jubilaciones en los que el cesionario de los derechos sea un familiar de primer grado del cedente, programas aprobados de cese anticipado, incapacidad laboral permanente, cambios de personalidad jurídica, agrupaciones de varias personas físicas o jurídicas en otra persona jurídica o ente sin personalidad jurídica y escisiones de personas jurídicas o de agrupaciones de personas físicas. Todas estas circunstancias deberán ser probadas mediante documento público fehaciente».

⁸⁶ Añade este artículo 8 de la Ley 35/2011, en su apartado 2: «La concurrencia de alguna de las causas establecidas en las letras a) a e), ambas inclusive, del apartado anterior será comunicada por la persona interesada y en su defecto por la otra persona titular o

A este respecto sólo queremos poner de manifiesto que la extinción de la titularidad compartida, salvo en los casos de pérdida de la titularidad agraria por cualquier causa y el de transmisión de la titularidad de la explotación a terceros *inter vivos*, no afectará a la propiedad o titularidad civil de la explotación como bien unitario ni de los elementos que la constituyen, dado que la titularidad compartida no recaía sobre ellos, sino simplemente sobre la gestión de la actividad agraria. Por la misma razón, la extinción de la titularidad compartida por sí misma, en dichos supuestos, no supone que haya que repartir la explotación o los bienes que la componen entre los esposos o convivientes de hecho. Simplemente implica que la gestión y demás efectos de la titularidad compartida dejarán de estar atribuidos a los dos esposos o miembros de la pareja estable. Ahora bien, estimamos que ha de hacerse una excepción a lo apuntado ya que, al haber producido la constitución de la titularidad compartida, la consideración de ambos titulares como beneficiarios directos de los derechos de ayuda del pago único de la PAC (art. 11.2 Ley 35/2011) –salvo en los casos de transmisión de la explotación a un tercero en que esos derechos se transmitan junto con ésta–, habrán de repartirse por mitad esos derechos entre los cónyuges, lo que constituirá un supuesto de cambio de titularidad no sometida a retención conforme al artículo 28.3 del Real Decreto 1680/2009, referido a los cambios de titular derivados de escisión de agrupaciones de personas físicas; no obstante, si el régimen era el de gananciales y esos derechos, por haberse concedido durante el su vigencia, eran gananciales, su atribución en la liquidación del régimen seguirá las normas de ésta en el Código civil.

Hecha esta excepción, la explotación seguirá el destino que le corresponda según a quién perteneciera la titularidad civil de la misma o sus elementos, el régimen económico del matrimonio y la causa de extinción de la titularidad compartida. Así, si era ganancial y la causa de extinción de la titularidad compartida fue también causa de disolución de la sociedad de gananciales (es el caso del artículo 8.1.a: «nulidad, separación o disolución del matrimonio»; artículo 8.1.b: «la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de sus miembros»⁸⁷), la explotación quedará integrada, como un elemento común más, en la comunidad postganancial, a la espera de que se lleve a cabo la liquidación y partición de la misma y,

por sus herederos, al registro de titularidad compartida regulado en el artículo 6 de esta Ley».

⁸⁷ Vid. sobre la problemática jurídica de la transmisión *mortis causa* de la explotación, en especial cuando es ganancial: TORRES GARCÍA, T. F. / DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria», *op. cit.*, pp. 787 y ss.

por tanto, de que se adjudique a uno u otro esposo o a ambos, o a los herederos⁸⁸, siendo de destacar en este punto que, salvo caso de disolución por muerte, ninguno de los esposos podrá hacer valer el derecho de atribución preferente del artículo 1406, núm. 2 Cc respecto a la explotación agraria, dado que los dos venían gestionando efectivamente aquélla⁸⁹.

Por último, si la causa de extinción de la titularidad compartida fue su transmisión a terceros (art. 8.1.d, Ley 35/2011), la contra-prestación tendrá la misma naturaleza desde el punto de vista jurídico civil que la explotación. Es decir: si era privativa de un esposo, privativa, si era ganancial, ganancial, si había elementos privativos y gananciales, lo obtenido por cada uno será privativo y ganancial respectivamente. La Ley habla de «transmisión de la titularidad de la explotación a terceros», debiéndose entender que la palabra «titularidad» se refiere a la civil, no a la titularidad compartida; si la explotación de titularidad compartida se transmitiera a un matrimonio o pareja de hecho, estos deberían constituir una nueva titularidad compartida si lo desean, pues la anterior, la constituida por los transmitentes, queda extinguida con la transmisión, tal y como establece el precepto que estudiamos.

III. COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DE COLABORACIÓN EFECTIVA EN LA EXPLOTACIÓN AGRARIA⁹⁰

A) INTRODUCCIÓN

Otra de las novedades que introduce la Ley 35/2011 con la finalidad de conseguir la igualdad de mujeres y hombres en el medio rural, es el reconocimiento del derecho a una compensación económica, el cual es configurado en su artículo 1.2 como objetivo de la

⁸⁸ No obstante, tal y como declara la STS de 18 de julio de 2012 (RJ 8364\2012), se puede proceder a la partición hereditaria sin necesidad de haber liquidado la sociedad de gananciales.

⁸⁹ Vid.: DIEZ-PICAZO, L.: «Artículos 1406», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1802; PÉREZ GARCÍA, M. J.: «Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales», *Derecho de familia*, Coordinadora G. Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2012, p. 1198; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: «Artículo 1406», *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1550.

⁹⁰ Profundizamos ahora en este tema que ya abordamos en: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: «El derecho a la compensación de la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias: juicio crítico», *Libro homenaje al Profesor Carlos Vattier Fuenzalida*, coordinadores J.M. de la Cuesta y otros, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 859 y ss.

Ley en caso de no constitución de titularidad compartida, llevándose a cabo su regulación específica en su Capítulo IV (art. 13 a 15 de la Ley). Nuevamente abordaremos su estudio desde el punto de vista del régimen económico matrimonial y, por tanto, partiendo de que existe o existió matrimonio entre las personas implicadas, aunque, como veremos, igualmente se reconoce este derecho entre personas que no están casadas y constituyen una pareja de hecho.

B) SUPUESTO DE HECHO

La determinación del supuesto de hecho para el reconocimiento del derecho a la compensación requiere tener en cuenta conjuntamente la primera parte del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 13 de la Ley. De acuerdo con ello, se trataría de que una persona casada o unida por análoga relación de afectividad, haya participado de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación, sin recibir pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado ni haberse acogido al régimen de titularidad compartida, y se transmita la explotación, se declare nulo o se disuelva el matrimonio por cualquiera de las causas del artículo 85 Cc o la análoga relación de afectividad por separación, nulidad, o muerte, o se liquide el régimen económico del matrimonio o las relaciones patrimoniales establecidas por la pareja de hecho.

Analicemos y comentemos el supuesto de hecho que resulta de estos preceptos:

1.º El titular del derecho a la compensación puede ser cualquiera de las personas integrantes del matrimonio o de la unión de hecho, independientemente de cuál sea su sexo y de que el matrimonio o la unión sea heterosexual u homosexual. Así resulta de la utilización de la expresión «personas», en general, del artículo 13.1 y 2 de la Ley, o «cónyuge o miembro de la pareja de hecho» del artículo 14.2, para referirse al titular del derecho a la compensación, lo que incluye a hombres y mujeres siempre que cumplan los requisitos legalmente exigidos. No obstante, la duda se plantea porque el Preámbulo de la Ley 35/2011 se refiere a la compensación como «mecanismo para el reconocimiento de los derechos económicos de las mujeres que realicen tareas en la explotación», lo que podría hacer pensar⁹¹ que sólo puede reconocerse a favor de las mujeres.

⁹¹ Es el caso de PLAZA PENADÉS, J.: «Principales aspectos de la Ley de titularidad compartida en las explotaciones agrarias», *op. cit.*, p. 387; BELTRÁN SÁNCHEZ, E. / PLAZA PENADÉS, J. / MUÑIZ ESPADA, E.: «Contribuciones para el desarrollo de la titularidad compartida», *op. cit.*, p. 29.

No lo creemos así por tres razones: 1.^a Porque el articulado de la Ley dedicado a la regulación de la compensación utiliza la expresión «personas» y «cónyuge o miembro de la pareja de hecho» (arts. 13 y 14) para referirse al titular de la compensación, lo que incluye a hombres y a mujeres, sin referirse nunca específicamente a éstas; 2.^a Porque el artículo 1 de la Ley, al establecer el objeto y finalidad de la misma, tras referirse expresa y únicamente a las mujeres en su apartado primero para informar de la finalidad del principal objeto de la regulación, cual es, la titularidad compartida, por el contrario, en el segundo, al tratar de la compensación como objeto de la ley para los casos de no constitución de la titularidad compartida, se refiere en general al titular de ésta como «cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad»; por consiguiente, si ya defendimos que la titularidad compartida podía servir para conseguir la visibilidad del trabajo de los hombres, con más razón debemos defender la aplicación del derecho a la compensación también a favor de éstos; 3.^a Porque el aplicar esta medida a los varones, no impide ni obstaculiza de ningún modo que la finalidad de la ley (el reconocimiento de los derechos económicos de las mujeres), se consiga; y 4.^a, por último, porque la situación que se trata de remediar con la compensación es igualmente injusta ya tenga por damnificado a un hombre, ya a una mujer, siendo la realidad práctica la que pondrá de manifiesto, al ser mayoritariamente mujeres las que sufren estas situaciones, que quienes son favorecidas con esta medida son fundamentalmente las mujeres.

2.º La persona que pretende tener el derecho de compensación ha de estar o haber estado casada o unida de hecho, con quien va a estar obligado a pagar la compensación y ha sido titular individual de la explotación en la que ha prestado su trabajo. Aunque, a pesar de tratarse de un requisito esencial en la configuración del supuesto de hecho, la Ley no lo establece expresamente, su exigencia puede deducirse del contexto, a través de una interpretación sistemática de las normas que tratan del derecho a la compensación junto al resto de los preceptos de la Ley 35/2011. En efecto, el artículo 13, se refiere al sujeto pasivo de la compensación en su apartado segundo sin describirlo como casado o conviviente, diciendo que se tiene «derecho a exigir una compensación económica *al otro titular* de la explotación...»⁹²; este otro titular, si nos atuviéramos únicamente a lo que dice el texto, no tendría por qué ser cónyuge o pareja de hecho de quien exige la compensación y, por ejemplo, se podría entender que una persona casada que haya

⁹² Expresión idéntica a la que aparece en el artículo 13.2 del Proyecto de Ley *sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias* (BOCG de 10 de junio de 2011).

trabajado en una explotación no configurada como de titularidad compartida, pero de la que es titular junto con otro (persona distinta de su cónyuge o pareja), sin recibir contraprestación alguna, cuando se divorcie tiene derecho a recibir una compensación de este «otro titular de la explotación». Obviamente, no es así pero el artículo 13.2 habría sido más claro si, al final, hubiera dicho: «al otro *cónyuge o conviviente* titular de la explotación», no «al otro titular de la explotación», con lo que además se eliminaría la incertidumbre que el texto legal introduce sobre a quién ha de pertenecer la explotación (al hablar de «al otro titular») y sobre qué patrimonio ha de soportar la compensación, cuestión que veremos más adelante. Tampoco informa sobre la relación que ha de existir entre acreedor y deudor de la compensación el artículo 1.2 de la Ley 35/2011 que, al establecer el objeto de la misma en caso de no constitución de titularidad compartida, dice que éste es: «la regulación de los derechos económicos generados a favor del cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad, *frente al titular de la explotación agraria...*». No obstante, como hemos dicho, la exigencia de relación matrimonial o de unión estable queda cubierta acudiendo a otros criterios de interpretación distintos del tenor literal (art. 3.1 Cc).

3.º El derecho a la compensación sólo se atribuye al cónyuge o conviviente de hecho, sin mencionar a sus herederos, frente a lo que ocurre cuando se establece la persona obligada a satisfacerlo, caso en el que se menciona «al otro titular de la explotación agraria o a sus herederos» (art. 13.2 Ley 35/2011). ¿Quiere decir esto que si quien fallece y provoca la disolución del matrimonio o la unión de hecho es quien, de haber sobrevivido, hubiera tenido derecho a la compensación, ésta no llegará a nacer y por tanto, sus herederos no podrán reclamar la compensación? En nuestra opinión, no: el derecho de compensación es un derecho patrimonial que tiene como causa el supuesto enriquecimiento injusto, en sentido amplio, experimentado a lo largo del tiempo por un esposo o conviviente en perjuicio y a costa del otro y, como tal, podrá ser reclamado por los herederos de quien sufrió esa pérdida o perjuicio siempre que no haya prescrito la acción para reclamarlo⁹³. Creemos que la Ley habría sido más clara en este punto si no se hubiese referido a los herederos ni en el apartado 1 ni en el 2 del artículo 13, o si hubiera aludido a ellos en los dos.

⁹³ Contra: CAZORLA GONZÁLEZ, M. J.: «Los derechos de crédito generados a favor del cónyuge o conviviente frente al titular de la explotación agraria en la Ley de titularidad compartida 35/2011, de 4 de octubre», *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor José González García*, Coordinador Domingo Liébana, D., Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 311 y 312.

Igualmente podrán reclamar la compensación aquéllos a quienes el esposo o conviviente titular de la misma le hubiera transmitido su derecho *inter vivos* o *mortis causa* por vía de legado.

4.º Para tener derecho a la compensación es necesario haber participado efectiva y regularmente en la actividad agraria de la explotación, sin recibir pago o contraprestación alguna por su trabajo, ni haberse constituido la titularidad compartida sobre aquélla. Es decir, ha de haberse participado de forma real y habitual en la actividad agraria –entendiendo tal en el sentido amplio establecido en el artículo 2.1 Ley 19/1995, de 4 de julio, de *Modernización de las Explotaciones Agrarias*, en su redacción dada por la Ley 35/2011–, sin que existiese relación laboral de la que derivase un salario, ni de otro modo haber recibido contraprestación por el trabajo realizado, ni haber podido percibir rendimientos, ayudas o subvenciones derivados de la titularidad compartida por no haberse constituido ésta.

5.º Del artículo 1.2 de la Ley 35/2011 se deduce, igualmente, que la explotación ha de ser de titularidad individual desde el punto de vista administrativo o formal, al decir: «frente al titular de la explotación agraria». De todos modos, ha de tenerse en cuenta que la titularidad compartida puede constituirse tanto sobre una explotación común o ganancial, como sobre una explotación privativa, y que la titularidad formal individual puede recaer sobre una explotación común o propia de un cónyuge.

6.º El apartado 2 del artículo 13 de la Ley, establece cuándo nace ese derecho de compensación, al determinar, un tanto desordenadamente, los supuestos que lo generan⁹⁴. No obstante, tras su lectura, observamos la falta de alguno de ellos (en concreto, de la separación del matrimonio) y también la reiteración implícita de otros (puesto que el recogido expresamente como «de liquidación del régimen económico» cuando ésta es necesaria –régimen de gananciales o participación en las ganancias; en el de separación, básicamente cuando se dé supuesto del artículo 1438 Cc–, se da en los casos de nulidad y en el de disolución del matrimonio –ya citados expresamente antes en el artículo–, además de en las hipótesis de separación u otros, tales como el del artículo 1373 Cc o el acuerdo de los esposos, pactando en capitulaciones otro régimen, etc.⁹⁵ Respecto a la posibilidad de exigir la compensación en caso de nulidad del matrimonio, ha de entenderse que sólo puede ofrecerse al cónyuge de buena fe, tal y como se desprende de los artículos 79, 98 y 1395 Cc, aunque nada se diga en el precepto que comentamos.

⁹⁴ La redacción de este precepto es tomada, tal cual, del Proyecto de Ley sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias (BOCG de 10 de junio de 2011).

⁹⁵ *Vid.* artículos 1392, 1393 y 1415 Cc.

Especial mención hemos de hacer de la «*disolución... de la análoga relación de afectividad por... nulidad*». En estos casos –y prescindiendo de que si bien no cabe duda de que la unión de hecho se disuelve cuando la pareja se separa o cuando fallece alguno de los convivientes, dicha unión no puede *disolverse* por causa de nulidad, igual que por nulidad no cabe que *se disuelva* el matrimonio–, habrá que determinar cuándo una unión de hecho es nula, lo cual exigirá contemplar los requisitos exigidos por las regulaciones autonómicas de las uniones de hecho para que la unión sea válida (así, por ejemplo, en el Código civil de Cataluña, art. 234-2, se exige a los integrantes de la pareja: no ser menores de edad no emancipados; no ser parientes en línea recta, ni por línea colateral dentro del segundo grado; no estar casados y no separados de hecho; no convivir en pareja con una tercera persona) y si no hay normativa autonómica en esta materia, tener en cuenta los artículos 46, 47 y 73, 4.º (salvo el error en la identidad de la persona) y 5.º Cc; después habrá que apreciar, igual que se hace en el matrimonio, la buena o mala fe de los convivientes respecto a la causa de nulidad, de modo que para que el conviviente que hubiera aportado su trabajo en la explotación sin contraprestación y sin haberse constituido la titularidad compartida, tuviera derecho de compensación frente al otro, debe haber sido de buena fe.

A la vista de todo lo anterior, creemos que el artículo 13.2 de la Ley 35/2011, habría quedado redactado con más claridad si hubiera dicho que el derecho a la compensación surgiría, «además de en los casos de transmisión de la explotación, en los de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, disolución o nulidad de la unión de hecho, y en los de liquidación del régimen del matrimonio o de las relaciones patrimoniales establecidas por la pareja de hecho por causas distintas a las ya expresadas».

Por otra parte, aunque la Ley establece en su artículo 13.2 que el derecho a *exigir* la compensación nace en los supuestos que enumera, creemos que nada impide que los esposos o convivientes acuerden que la misma sea satisfecha antes de que tales acontecimientos se produzcan, lo que llevaría a que la compensación quedara liquidada hasta ese momento⁹⁶ y no impediría exigirla más adelante por el trabajo desarrollado sin contraprestación después. No obstante, el pagar la compensación antes de que el régimen se disuelva tendrá consecuencias perjudiciales para el cónyuge con derecho a la misma, en comparación a su pago posterior, ya que en el régimen de separación su patrimonio se incrementará y ello

⁹⁶ Recordamos que esto ocurre también con la compensación del artículo 1438 Cc. Vid.: CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La separación de bienes», *op. cit.*, p. 1229.

habrá de tenerse en cuenta en adelante para fijar su contribución a las cargas del matrimonio, puesto que ésta ha de hacerse conforme a los recursos económicos de cada esposo (arts. 1318 y 1438 Cc), y en el régimen de gananciales lo recibido se hará común.

7.º Ya vimos cómo desde el punto de vista administrativo o formal la explotación debía ser de titularidad individual, pero la Ley que comentamos no dice nada sobre la naturaleza civil de la explotación, es decir, sobre si la explotación ha de pertenecer como propia a uno solo de los esposos o si ha de ser común, ya sea como ganancial o por cuotas. Del texto del artículo 13.2 de la Ley 35/2011, lo que se deriva es que la explotación ha de ser común, puesto que habla del «derecho a exigir una compensación económica *al otro titular* de la explotación», de donde se deduce que los dos han de ser titulares y, desechando que esta titularidad a la que se refiere el precepto sea la titularidad compartida (pues así lo establece el art. 13.1 Ley 35/2011), la cual permitiría que la explotación fuera privativa de un esposo desde el punto de vista civil aunque tuviera dos titulares desde el punto de vista administrativo, hay que concluir que la explotación ha de pertenecer a ambos, ya en comunidad ordinaria, ya como ganancial. Sin embargo, si lo entendiéramos así, quedarían fuera del ámbito de aplicación del precepto los supuestos en los que más justificada está la existencia de la compensación que son aquellos en que la explotación es propiedad exclusiva de un esposo en régimen de separación, dado que en este caso el otro cónyuge que participó en la actividad agraria y que no percibió contraprestación alguna, tampoco participa en los frutos y rendimientos que pertenecen únicamente al dueño y titular de la explotación. Por tanto, llevando a cabo una interpretación lógica de la norma que evite llevar a resultados absurdos, hemos de entender que además de las explotaciones comunes, por ser lo que se desprende de la letra del artículo, también las pertenecientes a uno solo de los cónyuges (tanto siendo el régimen de separación, como de gananciales), quedarían incluidas en el ámbito de aplicación del mismo.

Por último, para lograr armonizar el artículo 1.2 y el 13.2 en cuanto el primero dice «frente al titular de la explotación agraria» y el segundo «frente al otro titular de la explotación», hay que entender que el primero se refiere a la titularidad formal o administrativa de la explotación que ha de estar en manos sólo de un cónyuge o conviviente (lo que se deriva de la exclusión de la titularidad compartida de los casos de compensación) y el segundo alude a la titularidad civil, debiéndose darle la interpretación extensiva antes apuntada. La posibilidad de poder exigir compensación por

haber desarrollado la actividad agraria en una explotación común queda fuera de toda duda al referirse el artículo 13.1 expresamente a la explotación ganancial.

C) CONSECUENCIA JURÍDICA: DERECHO A RECIBIR UNA COMPENSACIÓN

C.1 Su justificación

Ante el supuesto de hecho que acabamos de analizar, la Ley 35/2011 hace nacer, como consecuencia jurídica, el derecho de quien participó en el trabajo de la explotación sin recibir contraprestación y sin haberse constituido la titularidad compartida, a exigir una compensación al otro cónyuge o conviviente titular de aquélla (art. 13.2 Ley 35/2011), siendo el plazo de prescripción de la acción ejercitable con ese fin, de cinco años desde que se dieron los supuestos previstos por su artículo 13.2 (art. 15 Ley 35/2011).

Parece ser que el legislador está pensando que si uno de los cónyuges o convivientes ha trabajado en la explotación sin recibir contraprestación alguna, en todo caso el otro se enriquece injustamente y por eso éste ha de compensarle. Sin embargo, del hecho de que no haya contraprestación específica por el trabajo realizado, ni beneficios derivados de la titularidad compartida, no se deduce necesariamente que el esposo que ha llevado a cabo esa actividad en la explotación no haya recibido nada de ella y que el otro se haya enriquecido a su costa. Esto podría ser en un régimen de total separación de bienes, pero no en el régimen de gananciales. Por tanto, habrá que distinguir según el régimen económico matrimonial.

C.1.a) *Régimen de sociedad de gananciales*

En este régimen se hace común tanto el producto del trabajo o industria de los cónyuges (art. 1347, núm. 1 Cc), como los frutos, rentas o intereses que produzcan los bienes gananciales o los privativos (art. 1347, núm. 2 Cc), de modo que toda contraprestación o salario que un esposo reciba por su trabajo será ganancial, igual que será ganancial el plus de beneficios o rendimientos de la explotación derivado de no haberle pagado ninguna contraprestación; por consiguiente, en el régimen de gananciales, el trabajo del cónyuge que no cobró, queda compensado por esta vía, igual que si cobró. Si esto es así resultará que establecer en la sociedad de gananciales un derecho de compensación al liquidar el régimen

por el trabajo realizado sin contraprestación durante él, no está justificado, y supondría cobrar dos veces por lo mismo⁹⁷ (una, participando en los rendimientos de la explotación que son gananciales –art. 1347, núms. 1 y 2 Cc– y otra, a través de la compensación –art. 1362, núms. 2, 3 y 4 Cc) y, además, del mismo patrimonio, el ganancial (arts. 1404 Cc y 1403 en relación con el art. 1398, núm. 3 Cc, respectivamente⁹⁸). Pero es que, realmente, en la sociedad de gananciales hay que llegar mucho más lejos y hablar de compensar, pagar o cobrar el trabajo realizado es totalmente ajeno a sus planteamientos. ¿Por qué? Pues porque en ella se hacen comunes los rendimientos de la explotación independientemente de que los dos esposos hayan trabajado en la misma o lo haya hecho sólo uno. Tal y como se deriva de su regulación en el Código civil, los productos de los bienes y de la actividad de los dos esposos se hacen comunes sin que existan cuotas y, cuando el régimen se disuelve, a cada uno le corresponde una mitad del patrimonio común, cuyos bienes concretos serán distribuidos formando lotes del mismo valor, en un reparto ajeno a consideraciones relativas a la proporción en que cada uno contribuyó a la formación de ese patrimonio, sea con su trabajo, sea con sus propios bienes. Frente a ello, lo establecido en los artículos 13 y ss. de la Ley 35/2011, aplicado a la sociedad de gananciales, debería llevarnos a defender, en última instancia, que cuando sólo uno de los cónyuges (generalmente, el marido) trabajara en la explotación (privativa o ganancial) debería tener un derecho contra el otro (normalmente, la mujer) para exigirle una compensación no simplemente por haber «participado» o «colaborado» en la actividad agraria, sino por haber sido él el único que trabajó en la explotación e incrementó con sus rendimientos la masa ganancial de la que ella es, igual que él, titular; y si los dos han trabajado en la explotación, dado que los rendimientos de ésta serán gananciales, igual derecho tendría a ser compensado un cónyuge que el otro. Por tanto, so pena de desvirtuar totalmente este régimen, no cabe admitir el derecho a la compensación de un esposo (que, normalmente, será la mujer) por

⁹⁷ También ponen de manifiesto esta duplicación: SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: «El derecho a la compensación económica prevista por la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias», *op. cit.*, pp. 352 y 353; CAZORLA GONZÁLEZ, M. J.: «Los derechos de crédito generados a favor del cónyuge o conviviente frente al titular de la explotación agraria en la Ley de titularidad compartida 35/2011, de 4 de octubre», *op. cit.*, p. 307.

⁹⁸ *Vid.* sobre ello: PÉREZ GARCÍA, M. J.: «Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales», *op. cit.*, pp. 1182 y ss.; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, *op. cit.*, pp. 565 y ss. y 505 y ss.; MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: «artículo 1398», «artículo 1403» y «artículo 1404», *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1541 y ss., pp. 1546 y ss. y pp. 1547 y ss., respectivamente.

haber participado junto con el otro (normalmente, el marido) en la actividad agraria de la explotación sin recibir contraprestación o estar constituida la titularidad compartida.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que mientras en el régimen de gananciales el salario o contraprestación obtenido por el esposo como consecuencia de su trabajo durante la vigencia del régimen se haría ganancial y, por tanto, también pertenecería al otro cónyuge, la compensación que le atribuye la Ley 35/2011 le correspondería a él sólo sin participación alguna del otro esposo, de modo que en el momento de la liquidación del régimen éste vería cómo el compensado se lleva, además de bienes por la mitad del valor de los beneficios de la explotación –por haber incrementado estos en su totalidad el montante de la masa a dividir–, una compensación íntegra por el valor de su trabajo, lo cual es manifiestamente injusto.

Ahora bien, del hecho de que encontremos inaceptable un derecho de compensación de carácter privativo a favor del esposo que participó en el trabajo de la explotación cuando el régimen del matrimonio es el de gananciales, dado que los frutos del trabajo son comunes, no se desprende que si los resultados de la actividad de ese cónyuge o conviviente no consisten en rendimientos, frutos o beneficios, sino en incrementos patrimoniales de la *explotación privativa* del otro, no deba haber compensación alguna. En efecto, en esos casos la regulación del régimen de gananciales en el Código civil, concretamente su artículo 1359, aplicable a la explotación agraria como consecuencia de la remisión del artículo 1360 Cc, establece en su segundo párrafo: «...si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado»⁹⁹. Obsérvese que el derecho de crédito por el aumento de valor nace a favor de la sociedad de gananciales y por tanto será ganancial, no propio del esposo que desarrolló su actividad produciendo el incremento del bien privativo o, en nuestro caso, de la explotación propia.

Si la *explotación es ganancial*, no sólo no debería surgir el derecho de compensación de la Ley 35/2011 a favor del esposo que participó en el trabajo de la misma pero sin ser su titular formal reuniendo los requisitos del artículo 13.1 de dicha ley, sino que tampoco surgirá derecho alguno a favor del cónyuge que con su

⁹⁹ Vid. sobre ello: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, op. cit., pp. 468 y ss.

trabajo incrementó patrimonialmente la explotación frente a la sociedad de gananciales, tal y como se deduce del artículo 1359 Cc que, coherentemente con los principios inspiradores de este régimen económico, no menciona este supuesto.

Ante la situación descrita más arriba, lo lógico sería tratar de encontrar una vía que nos permitiera justificar que, a pesar de todo, no cabe el derecho de compensación del artículo 13 de la Ley 35/2011 cuando el régimen es el de gananciales, pero la Ley no nos deja resquicio alguno para evitar su aplicación a esos casos ya que, por un lado, expresamente se refiere a dicho régimen en el artículo 13.1, al final y, por si fuera poco, para facilitar que se llegue a cobrar dicha compensación, estableciendo la presunción *iuris tantum* de que el esposo no titular de la explotación que reúne sus requisitos ha trabajado efectivamente en ella, lo que equivale a presumir que existe derecho de compensación y, por otro, el artículo 14.2 establece que la compensación es «compatible con otros derechos de carácter patrimonial a los que tenga derecho el cónyuge o miembro de la pareja de hecho», lo que la haría compatible con la atribución de la mitad de los gananciales conforme al artículo 1404 Cc. Ni siquiera podemos «agarrarnos» a un artículo semejante al 2.2 de la Ley 35/2011 en el que, refiriéndose a la titularidad compartida, se establece que la constitución de la misma «no alterará el régimen jurídico de los bienes y derechos que la conformen ni el régimen jurídico patrimonial o pactos patrimoniales de las parejas de hecho...», con lo que la deformación del régimen de gananciales por el juego del derecho a la compensación parece inevitable.

No obstante, se nos ocurre una solución, si bien –reconocemos– «desesperada», para evitar el enriquecimiento injustificado que el cobro de la compensación supone para el esposo que colaboró en la explotación en las condiciones antedichas cuando estamos en el régimen de gananciales: estimar que el derecho a la compensación tiene carácter ganancial. Tal solución tiene su fundamento en el principio básico de este régimen según el cual los bienes «obtenidos por el trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges» serán gananciales (art. 1347, 1 Cc), pero su defensa conlleva prescindir o hacer abstracción, no sólo de que la voluntad del legislador al hacer exigible la compensación en el régimen de gananciales no podía ser ésta, sino también de lo absurdo que es que surja un derecho a favor de un esposo contra el patrimonio ganancial de carácter también ganancial, pero, como hemos dicho, no vemos otra opción. Por otra parte, si se acepta esta vía, será indiferente exigir o no la compensación, lo que llevará a que en la práctica no se solicite.

C.1.b) Régimen de separación de bienes

A diferencia de lo que ocurre con el régimen de gananciales, el derecho a la compensación que estudiamos está totalmente justificado cuando el régimen es el de separación de bienes y no supone quiebra de sus principios, tal y como lo demuestra el hecho de que el propio Código civil español establezca en su artículo 1438 una compensación por el trabajo para la casa.

C.1.b.1 El artículo 1438 Cc

Antes de referirnos al encaje de la compensación por razón de colaboración efectiva en la explotación agraria de los artículos 13 y ss. de la Ley 35/2011 en el régimen de separación de bienes del Código civil, queremos hacer una reflexión sobre la compensación por trabajo doméstico del artículo 1438 Cc, dado que se ha afirmado por algunos autores que «la compensación del trabajo para la casa del artículo 1438 es una norma anómala en el régimen de separación por suponer una corrección comunitaria impropia de este régimen»¹⁰⁰ –lo que podría hacer también impropia del mismo la compensación que aquí tratamos–, y que dicho precepto podría aplicarse analógicamente¹⁰¹, con anterioridad a la Ley 35/2011, para compensar el trabajo de un cónyuge en la explotación agraria del otro, obteniéndose unos resultados similares a los previstos en

¹⁰⁰ En este sentido, *vid.*: CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La separación de bienes», *Derecho de familia*, Coordinadora G. Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2012, p. 1228, recogiendo la opinión de parte de la doctrina. Igualmente, POVEDA BERNAL, M. I.: «La nueva Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Incidencia en el Derecho de familia», *op. cit.*, p. 222, afirma que con la compensación del artículo 1438 Cc «se trata de paliar el principal defecto que se había atribuido al régimen de separación, el no hacer partícipe a ambos cónyuges de las ganancias del matrimonio, pensándose especialmente en la tradicional situación de la mujer que se dedicaba al cuidado del hogar y de los hijos sin realizar actividad remunerada alguna». Por su parte, LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia, fasc. 2.º, op. cit.*, p. 572, no parece conforme con ello respecto a la redacción definitiva del artículo 1438 Cc, al afirmar: «El trabajo para la casa, que habitualmente presta la mujer, y para ella está pensado el precepto, en el proyecto del Gobierno daba derecho a obtener una compensación equitativa si el otro cónyuge (se pensaba, sobre todo, en el varón) se había enriquecido durante el matrimonio, lo que venía a introducir un enclave comunitario dentro del régimen de separación; la compensación dependía del enriquecimiento del otro cónyuge y probablemente sería proporcionada a él. En la versión actual, en cambio, la compensación representa un jornal, el sueldo de una empleada doméstica que la mujer –o, en su caso, el marido dedicado a muchacha para todo– puede reclamar aunque su cónyuge no haya obtenido ganancias durante el matrimonio».

¹⁰¹ *Vid.*: CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La separación de bienes», *op. cit.*, p. 1230; LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia, fasc. 2.º, op. cit.*, p. 573; GUILLEM CARRAU, J.: «artículo 1438», *Código civil comentado, vol. III, Libro IV. Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444)*, Directores Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J., Valpuesta Fernández, R., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2011, p. 1298.

la Ley 35/2011 a través de la compensación que establece, sin que estemos de acuerdo con ninguna de las dos afirmaciones.

En cuanto a lo primero, creemos que el que la citada norma sea o no coherente con el régimen de separación depende de los requisitos exigidos para reconocer la compensación. A nuestro entender, el problema surge porque el artículo 1438 Cc, cuando establece el derecho a la compensación, dice simplemente que «el trabajo para la casa... dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación», de donde cabría deducir que el derecho a la compensación existe en todo caso, bastando con que se haya realizado trabajo para la casa¹⁰², lo que ciertamente haría acertado el considerarlo como mecanismo impropio de este régimen. Sin embargo, nosotros pensamos que para que exista derecho de compensación, no basta con haber realizado el trabajo doméstico, sino que deben darse otras circunstancias o requisitos. Veamos por qué.

Pues bien, para resolver esta cuestión ha de partirse de que, salvo pacto, en el régimen de separación del Derecho común, tal y como establece el artículo 1438 Cc, los esposos han de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio en proporción a sus respectivos recursos económicos y de que el trabajo para la casa se considere, precisamente, como una forma de contribuir a ellas. Si tenemos esto en cuenta, ha de llegarse a la conclusión de que la compensación de ese trabajo para la casa sólo debería haber cuando, teniendo en cuenta su valor, su realización supusiera, para el esposo que realizó las labores domésticas, contribuir a las cargas del matrimonio por encima de lo que debería según su patrimonio o «recursos económicos», pues esto (los recursos económicos de cada uno) es lo único a considerar a la hora de fijar la contribución a las cargas a falta de convenio, según el propio artículo 1438 Cc. Si el trabajo para la casa hubiera de compensarse siempre que se hubiera realizado el trabajo doméstico (tal y como resulta del tenor literal del art. 1438 Cc), incluso aunque su desarrollo no supusiera un plus de contribución a las cargas del matrimonio sobre lo que correspondía –según sus recursos– al esposo que lo desempeñó, carecería de sentido el considerarlo como contribución a las cargas del matrimonio de éste, tal y

¹⁰² Con toda claridad se expresa en este sentido la SAP Valladolid, 20 de julio de 2006 JUR 2006\239825, que tal dejar sentado que ha quedado acreditado que la mujer se dedicó durante 16 años prácticamente de forma exclusiva a las tareas domésticas, dice. «Se cumple con ello el supuesto de hecho al que el artículo 1438 del Código Civil anuda el derecho a una indemnización que lo hace si no de forma automática, sí cuasi-automática, a juzgar por los términos taxativos en que se literalmente se expresa «dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo a la extinción del régimen de separación».

como exige el mismo precepto¹⁰³. Para que el trabajo doméstico sea realmente contribución a las cargas del matrimonio por parte del que lo lleva a cabo, es necesario que no sea compensado por el otro: es decir, sólo será contribución real, si no se le compensa. Por tanto, para que el artículo 1438 Cc tenga sentido y pueda haber verdadera contribución a las cargas en trabajo doméstico y compensación de dicho trabajo, habrá que entender: por un lado, que el trabajo para la casa será contribución definitiva a las cargas del matrimonio por el que lo realiza y, por tanto, no compensable, en la medida que su valor corresponda o no exceda (por sí sólo o unido a la contribución en dinero o bienes) de aquello con lo que, según sus recursos económicos, ha de contribuir este esposo; y por otro, que sólo cabrá compensación, en el exceso de contribución a las cargas que suponga el trabajo para la casa para el que lo desarrolla, puesto que en ese exceso habrá contribuido de menos el otro cónyuge y, en este sentido, se habrá enriquecido injustamente con lo que dejó de aportar¹⁰⁴. Por tanto, la compensación del artículo 1438 Cc no puede separarse de la consideración del trabajo doméstico como contribución a las cargas, ni de la necesidad de que cada cónyuge contribuya a éstas en proporción a sus recursos económicos. De ahí deriva también que no quepa afirmar que el trabajo para la casa *únicamente* puede considerarse contribución a las cargas «cuando uno de los cónyuges sólo tiene posibilidades de contribuir de esta manera» y que *exclusivamente* ha lugar a la compensación «si se ha contribuido a las cargas del matri-

¹⁰³ LASARTE, C.: *Principios de Derecho civil*, VI, *op. cit.*, p. 240, cae en la cuenta de que el compensar siempre el trabajo para la casa y a la vez considerarlo contribución a las cargas del matrimonio, implica que «el trabajo doméstico ha de ser pagado dos veces»; no obstante, acepta esta conclusión y entiende que «caben escasas dudas respecto del sentido de la norma comentada, que quizá pudiera encontrar explicación en la generalizada minusvaloración del quehacer doméstico y en la pretensión del legislador de beneficiar a aquel de los cónyuges que sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro cónyuge» y, por existir separación de bienes «no puede participar de las propias [ganancias] de su consorte».

Nosotros pensamos que no se está abocado necesariamente a hacer la interpretación generalmente seguida por doctrina y jurisprudencia, puesto que cabe también la que proponemos en el texto.

¹⁰⁴ Esta idea está presente, por ejemplo en: SAP Zamora, de 5 de diciembre de 2002 (JUR 2003\43227); SAP Navarra, de 31 de julio 2003 (JUR 2003\275635); STSJ Navarra, 10 de febrero de 2004 (RJ 2004\2476); SAP Valladolid, 20 de julio de 2006 (JUR 2006\239825).

La STS de 14 de julio de 2011 (RJ 2011\5122) dice que no se requiere enriquecimiento, pero habla de éste en otro sentido, cual es el de que no es necesario que el esposo que ha de pagar la compensación haya visto incrementado su patrimonio durante el régimen (ya sea como consecuencia del trabajo doméstico del otro esposo o no). En sentido semejante: SAP Valladolid, de 20 de julio de 2006 JUR 2006\239825. Nosotros lo que decimos en el texto es que siempre que un cónyuge aporta más de lo que le corresponde a la satisfacción de las cargas del matrimonio, el otro se enriquece por aportar de menos y es entonces cuando el trabajo para la casa ha de ser compensado.

monio sólo con el trabajo realizado para la casa»¹⁰⁵. A nuestro entender, la compensación cabe cuando un cónyuge ha contribuido más de lo que le correspondía, ya sea en dinero, ya en trabajo doméstico, trabaje o no fuera del hogar, siendo realmente la principal aportación del artículo 1438 Cc, no tanto el establecer un derecho a la compensación, sino el declarar que este trabajo es también contribución a las cargas del matrimonio. Así, si la mujer (o el marido) trabaja fuera de casa y además realiza las tareas del hogar, tendrá derecho a compensación si entre lo que contribuye en dinero a las demás cargas del matrimonio distintas a la realización de tareas domésticas y el valor de éstas, está contribuyendo más de lo que le corresponde según sus recursos económicos. Por ejemplo: si el marido tiene unos recursos económicos de 1.000 por su trabajo y la mujer de 500 por el suyo, y contribuyen a las cargas del matrimonio el primero con 10 y la segunda con 5, pero además ésta realiza las tareas del hogar, la mujer tendrá derecho a ser compensada por su marido en una cantidad proporcional del valor del trabajo doméstico desarrollado por ella (si las tareas valían 60, el marido deberá compensarla con 40). Si la mujer (o el marido) no tiene ningún recurso económico (no tiene trabajo fuera de casa, ni patrimonio) pero realiza las tareas del hogar, del sentido literal del artículo 1438 Cc se desprendería que el marido (o la mujer) debería compensarla por el valor de todo el trabajo realizado, pues debió contribuir a las cargas en proporción a sus recursos económicos que en este caso eran inexistentes. No obstante, estimamos que esta última afirmación ha de matizarse por varias consideraciones que, de tenerlas en cuenta, harán reducir la compensación a fijar por el Juez a falta de acuerdo, cuales son: la mujer no sólo trabajó en la casa para el marido y el resto de la familia sino también para ella; si la compensación a la mujer viene a ser una especie de salario diferido, habría que considerar que si hubiese recibido ese salario en su momento, habría tenido que contribuir a las cargas en proporción a esos recursos que habría recibido¹⁰⁶. La posibilidad de que el Juez

¹⁰⁵ Vid. STS de 14 de julio de 2011 (RJ 2011\5122), según la cual: «Para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el artículo 1438 Cc será necesario: 1.º Que los dos cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2.º Que se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa»; estableciendo la siguiente doctrina jurisprudencial: «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge». Esta sentencia es seguida por SAP Madrid, Sección 2.ª, de 13 de diciembre de 2012 (JUR 2012\22440) y SAP Valladolid, de 7 de mayo de 2012, JUR 2012\ 210236.

¹⁰⁶ Un eco de estas consideraciones lo encontramos en LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia, fasc. 2.º, op. cit.*, p. 572, cuando dice: «...la compensación representa un jornal, el sueldo de una empleada doméstica, que

atienda a todo ello creemos que puede apoyarse en el hecho de que el artículo 1438 Cc no determine los criterios para fijar la compensación, a diferencia de lo que hace la Ley 35/2011, como veremos más adelante.

Otro argumento a favor de nuestra postura respecto al artículo 1438 Cc lo encontramos en el artículo 103, 3.^a Cc que, tras establecer en su párrafo primero, como una de las medidas provisionales que ha de adoptar el Juez a falta de acuerdo de ambos cónyuges una vez admitida la demanda, la de «fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio...», en su párrafo segundo añade: «Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad». Según se deduce de este precepto y ha entendido la doctrina¹⁰⁷, el Juez ha de determinar la cuantía a que asciende la satisfacción de las cargas del matrimonio, para después concretar la cantidad con la que ha de contribuir cada uno, debiendo descontarse de lo que deba aportar el esposo que cuida de los hijos comunes el valor de tal dedicación, puesto que tal trabajo se considera contribución a dichas cargas. Por tanto, la contribución a las cargas del esposo que cuida de los hijos estará constituida por este cuidado y la cantidad que fije el Juez –la cual será menor que si no desarrollara tal actividad– y el otro cónyuge no tendrá que compensarle con el valor que pudiera darse a esa labor de cuidado de los hijos pues si no, quien realmente estaría cargando con tal cuidado sería él y el esposo cuidador contribuiría con menos de lo que le correspondería. Frente a lo que acaba-

la mujer –o, en su caso, el marido...– puede reclamar aunque su cónyuge no haya obtenido ganancias durante el matrimonio. Habrá de valorarse, entonces, el trabajo efectivamente prestado y el contravalor que representa el mantenimiento de la esposa (esposo) en el hogar: el nivel de satisfacción de sus necesidades y atenciones personales, espectáculos y esparcimiento, vestido, viajes y vacaciones, vehículos, etc., todo lo cual en las familias acomodadas puede rebajar del todo o en gran parte las pretensiones de la esposa, que además tiene quien le ayude en las faenas domésticas, mientras en las no acomodadas (en las que será muy raro el régimen de separación inicial) puede ocurrir (por definición) que el matrimonio se disuelva sin bienes, aunque si la disolución es por divorcio siempre cabría gravar al marido con la deuda correspondiente, a pagar con sus ingresos futuros». No estamos completamente de acuerdo con LACRUZ, puesto que los gastos a que se refiere, son cargas del matrimonio y si a ellos ha de contribuirse en función de los recursos y la mujer no tiene nada, deberá satisfacerlos el marido.

¹⁰⁷ Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: «Art. 103», *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 419 y 420: «Coinciden estas cargas con los gastos referidos en el artículo 1361 Cc para la sociedad de gananciales...; para su atribución se ha de tener presente el régimen económico matrimonial en cada caso concreto..., las disposiciones que los cónyuges hayan adoptado al respecto en capitulaciones matrimoniales, aunque, en la práctica, su atribución dependa en última instancia de las disponibilidades económicas de los cónyuges: los ingresos de la sociedad de gananciales y la existencia de bienes privativos. Al respecto dispone el último párrafo de este artículo que se considerará el trabajo que uno de los cónyuges dedicará al cuidado de los hijos comunes sometidos a la patria potestad, en términos parecidos al artículo 1438 Cc; y ello con independencia de que el cónyuge dedicado a la casa tenga bienes con que afrontar la responsabilidad por cargas pues de la participación en esas cargas se restará lo que le corresponda por este concepto».

mos de exponer, si el régimen fuera el de separación de bienes y aplicáramos el artículo 1438 Cc tal y como lo entiende la mayoría de la doctrina y la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, resultaría que el esposo que no se ocupara de los hijos, tendría que compensar al que cuidara de ellos por tales atenciones, lo cual no cabe desde el punto de vista del artículo 103, 3.^a Cc.

Por otra parte, el trabajo para la casa, para que pueda considerarse contribución a las cargas y, en su caso, compensarse, ha de ser de cierta entidad y en su valoración ha de tenerse en cuenta el tiempo que realmente se dedica al mismo. Respecto a esta última (su valoración) creemos que el criterio correcto sería atender a lo que cobraría un tercero por realizar esas labores¹⁰⁸, dejando de lado otras consideraciones¹⁰⁹ tales como lo que se ha dejado de ganar si se hubiera desempeñado otro trabajo, el haber perdido con ello posibilidades de carácter profesional, el incremento experimentado durante el régimen por el patrimonio del otro esposo... consideraciones que se tendrán en cuenta al determinar, si es el caso, la compensación por desequilibrio del artículo 97 Cc, pero no aquí¹¹⁰. Ello porque el coste de la satisfacción de las cargas del matrimonio (entre las que se encuentra el hacer frente a las tareas domésticas) es una cantidad objetiva y la contribución a ellas ha de hacerse también, de acuerdo con el artículo 1438 Cc, con criterios objetivos, con lo cual la compensación por el trabajo en el hogar, puesto que lo es de un exceso en esa contribución, ha de sustentarse en criterios de esa misma naturaleza.

En cuanto a la otra cuestión en la que íbamos a detenernos –la posibilidad de aplicación analógica de lo dispuesto en el artícu-

¹⁰⁸ Este criterio es uno de los posibles según la STS de 14 de julio de 2011 (RJ 2011\5122). También, *vid.*: SAP Valladolid, de 20 de julio de 2006 JUR 2006\239825

¹⁰⁹ Así: SAP Valladolid, de 20 de julio de 2006 JUR 2006\239825: «Si bien esta aportación es susceptible de cuantificación económica, ésta –a diferencia de la pensión compensatoria, «ex» artículo 97 Cc – habrá de hacerse en función a las características y la intensidad de la dedicación de uno de los cónyuges, en este caso la esposa, al cuidado del hogar familiar así como en atención al sueldo que una tercera persona cobraría por realizar tales trabajos, no por lo tanto, como interesadamente pretende la recurrente en función de las ganancias o incremento patrimonial que haya tenido el otro cónyuge durante el tiempo que duró la vida en común, pues el mencionado precepto es claro y solo contempla una compensación por el trabajo prestado en la casa».

¹¹⁰ Sin embargo, en la jurisprudencia suelen tenerse en cuenta tales criterios. *Vid.*: SAP Granada, 3 noviembre 1997 (AC 1997\2235); SAP Madrid, de 29 de enero de 2009 (JUR 2009\238744); SAP Alicante, de 10 de junio de 2010 (JUR 2010\396982); SAP Alicante, de 7 de abril de 2011 (JUR 2011\302530); SAP Madrid de 13 de diciembre de 2012 (JUR 2012\22440).

Igualmente, en la doctrina, se suele abogar por tener en cuenta para determinar la compensación del artículo 1438 Cc, los criterios para fijar la compensación por desequilibrio que establece el artículo 97 Cc. Así: POVEDA BERNAL, M. I.: «La nueva Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Incidencia en el Derecho de familia», *op. cit.*, pp. 220 y 221, a pesar de reconocer la distinta naturaleza de una y otra compensación; GUILLEM CARRAU, J.: «artículo 1438», *op. cit.*, p. 1297.

lo 1438 Cc respecto al trabajo para la casa, al caso de trabajo de un cónyuge en la explotación del otro sin remuneración o con remuneración insuficiente—, a pesar de que hay autores, como ya dejamos apuntado, que entienden que sí que cabría, nosotros pensamos que no, ya que los supuestos de hecho son muy diferentes. Así, en el expresamente previsto en el artículo 1438 Cc, un esposo satisface *in natura* una carga del matrimonio comprendida en el artículo 1362.1.º Cc, razón por la que el valor pecuniario de esa actividad se considera como contribución a las cargas en relación las aportaciones económicas que con este fin debe hacer cada cónyuge; por consiguiente, se considera como contribución a las cargas, lo que realmente lo es, aunque no haya consistido en una aportación dineraria. Frente a ello, si un esposo trabaja en la explotación o negocio del otro, no puede decirse que esté satisfaciendo *in natura* una carga del matrimonio, dado que los salarios o contraprestaciones debidos por tal trabajo no son carga del matrimonio en ningún caso¹¹¹ sino únicamente del dueño de la explotación y, por tanto, no pueden considerarse como si lo fueran y valorar el trabajo para determinar si, como consecuencia de ello, se ha contribuido por encima de lo que correspondía a las cargas del matrimonio, y derivar de ahí el derecho a una compensación. Por tanto, los dos supuestos son demasiado diferentes y, a falta de los artículos 13 y ss. de la Ley 35/2011, la compensación en el segundo debería venir de la mano del ejercicio de una acción enriquecimiento injusto. No obstante, sí que queremos poner de manifiesto que tanto la compensación del trabajo para la casa del artículo 1438 Cc, como la compensación de la Ley 35/2011, tienen en común el ser compatibles con el régimen de separación por suponer un ajuste de cuentas ante un enriquecimiento injustificado de un cónyuge respecto del otro.

C.1.b.2 Referencia al Derecho catalán y valenciano

Frente a lo que acabamos de exponer para el régimen de separación en el Código civil español, en el del Código civil catalán (arts. 232-5 a 232-11)¹¹² el trabajo para la casa, igual que el trabajo

¹¹¹ Al no estar comprendidos en el artículo 1362.1.º Cc. Concretamente, en el régimen de sociedad de gananciales serían carga de la sociedad y quedarían comprendidos en el artículo 1362, 4.º Cc: «La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge». *Vid.* sobre el concepto de «cargas del matrimonio»: STS de 29 de noviembre de 2012 (RJ 2013\186).

¹¹² *Vid.*: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.: «Los regímenes patrimoniales del matrimonio en los Derechos civiles especiales y forales (Cataluña)», *Derecho de familia*, Coordinadora G. Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2012, pp. 827 y ss.. No obstante ha de advertirse que esta autora ve como fundamento a este derecho de compensación la existencia de un enriquecimiento injusto derivado de la desigualdad generada por este motivo entre los

de un cónyuge para el otro sin remuneración o con remuneración insuficiente, no es contribución a las cargas del matrimonio y se debe siempre que haya una diferencia entre el incremento experimentado durante el régimen por el patrimonio de un cónyuge y el del otro¹¹³ a favor del que no realizó las tareas domésticas o laborales e independientemente de cuál sea la causa de esa diferencia; por eso aquí (contra lo que ocurre con el art. 1438 Cc) la compensación sí supone un elemento comunitario y por tanto anómalo, dentro de un régimen de separación¹¹⁴. Es muy claro a este respecto el Preámbulo de la Ley/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, al decir: «En este sentido, la nueva regulación abandona toda referencia a la compensación como remedio sustitutorio de un enriquecimiento injusto, prescinde de la idea de sobrecontribución a los gastos familiares, implícita en la formulación del artículo 41 del Código de familia, vigente hasta la entrada en vigor de la presente ley, y se fundamenta, sencillamente, en el desequilibrio que produce entre las economías de los cónyuges el hecho de que uno realice una tarea que no genera excedentes acumulables y el otro realice otra que sí que los genera. Por ello, basta con acreditar que uno de los dos se ha dedicado a la casa sustancialmente más que el otro».

Por su parte, en el Derecho civil valenciano, la Ley 10/2007, de 20 de marzo, *de Régimen económico matrimonial valenciano*, de las Cortes Valencianas, regula, entre las disposiciones comunes al régimen económico matrimonial (Título I), la compensación por trabajo para la casa (art. 11 a 15)¹¹⁵, y en su art. 12.3 se refiere a la

patrimonios de los esposos, sin embargo, la normativa del derecho a la compensación no hace alusión a esto y en el Preámbulo de la Ley 25/2010, *del libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*, expresamente se niega tal fundamento

¹¹³ Vid. sobre el cálculo del incremento de los patrimonios conyugales, artículo 232-6 Código civil de Cataluña.

¹¹⁴ En este sentido: SAP Barcelona, de 22 de junio de 2009, refiriéndose al alcance del artículo 41 del Código de Familia catalán, dice que en virtud de la pensión que éste establecía, el régimen de separación «se aproxima al momento de su extinción a un sistema de bienes comunes, dado que el cónyuge que, sin retribución o con una retribución insuficiente, haya trabajado para la casa o para el otro cónyuge, adquiere un derecho a obtener del mismo una compensación económica al extinguirse el régimen de separación de bienes por separación judicial, divorcio o nulidad de matrimonio, cuando se haya generado una situación de desigualdad entre su patrimonio y el del otro cónyuge que implique un enriquecimiento injusto, inciso –el del enriquecimiento injusto– incorporado en la reforma del CF precisamente para resaltar la diferencia con la pensión compensatoria»; SAP Lérida, de 31 de julio de 2007, aplicando también dicho artículo 41. Esta alusión al enriquecimiento injusto ha desaparecido ahora de la regulación de esta compensación en el Código civil de Cataluña, lo que pone de manifiesto clarísimamente su carácter anómalo en el régimen de separación, por su carácter comunitario.

¹¹⁵ Vid sobre ello.: CLEMENTE MEORO, M. / BLASCO GASCÓ, F. DE P.: «Los regímenes patrimoniales del matrimonio en los Derechos civiles especiales y forales (El régimen económico matrimonial valenciano)», *Derecho de familia*, Coordinadora G. Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2012, pp. 691 y ss.; MONFORT FERRERO, M. J.: «El levanta-

colaboración no retribuida o insuficientemente retribuida que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, para establecer que la misma tiene la consideración de aquél (es decir, de trabajo para la casa, art. 12.1), a los efectos de configurarla como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio (establecidas en el art. 9), por un lado y, por otro, a los de determinar la obligación de compensarla al tiempo de disolución del régimen económico (art. 13.2), conforme a unos criterios de valoración fijados en el artículo 13.1. En cuanto a la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, igual que en el régimen de separación del Código civil español (art. 1438), ésta ha de hacerse por ambos esposos, salvo pacto, en proporción a las rentas y patrimonios de cada uno; y, por lo que se refiere a la obligación de compensar el trabajo para la casa y la colaboración en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del otro, de la dicción del artículo 13.2 parece desprenderse que siempre han de compensarse, de donde surge aquí también el problema de cómo, si siempre se compensan, puede haberse contribuido con estas actividades al levantamiento de las cargas del matrimonio. A esto hemos de añadir que no vemos muy correcto considerar a la colaboración en la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, puesto que, como ya pusimos de manifiesto más arriba, mientras que el cónyuge que realiza el trabajo para la casa, con su actividad está satisfaciendo directamente, *in natura*, una carga del matrimonio, al atenderse con ella las necesidades alimenticias y de cuidado de los miembros de la familia (lo que quedaría englobado en el art. 9.1 de la *Ley de Régimen económico matrimonial valenciano* o el art. 1362.1.º Cc), cuando un esposo colabora en la explotación o profesión del otro, no está con esta actividad satisfaciendo una carga del matrimonio, pues «la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge» (art. 1362.4.º Cc), no es carga del matrimonio ni en el Derecho común, ni en el Derecho valenciano, tal y como se deduce de la lectura del artículo 9 de la *Ley de Régimen económico matrimonial valenciano* citada, en la que se enumeran las cargas que tienen tal naturaleza. Por último, hay que tener en cuenta que aunque esta obligación de compensar el trabajo para la casa o para el otro cónyuge, se regula dentro de las disposiciones comunes al régimen matrimonial valenciano, del artículo 14 resulta, en nuestra opinión, su no aplicabilidad cuando el régimen es el de gananciales¹¹⁶.

miento de las cargas del matrimonio», *El régimen económico matrimonial de la Comunidad Valenciana*, Coordinadora Mas Badía, M. D., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 125 y ss.

¹¹⁶ Según el artículo 14.1 de la Ley 10/2007, de las Cortes Valencianas: «Salvo pacto en contrario, la compensación a que se refiere el artículo anterior no tendrá lugar

C.1.b.3 Desajustes que en el régimen de separación se producen con la compensación de la Ley 35/2011

Aunque el derecho a la compensación de los artículos 13 y ss. de la Ley 35/2011 es admisible en el régimen de separación –dado que la separación de patrimonios hace que el esposo que trabajó en la explotación del otro sin contraprestación o con contraprestación insuficiente no participe en las ganancias de éste, generándose así un enriquecimiento injusto en contra del primero, que ha de compensársele–, al no tratarse de una situación o derecho aislado sino estar en relación con las normas que constituyen el régimen económico de separación, puede producirse alguna desviación. Efectivamente, en el régimen de separación de bienes, como ya hemos repetido varias veces, cada esposo ha de contribuir al sostenimiento de las cargas en proporción a sus respectivos recursos económicos (art. 1438 Cc) de modo que, si se recibe la contraprestación por la actividad agraria desarrollada mientras se está trabajando, las cantidades así recibidas serán tenidas en cuenta para determinar en qué proporción contribuye al levantamiento de las cargas familiares cada uno, mientras que si se recibe una vez que el régimen está disuelto, la compensación no sufrirá deducciones por aquella causa salvo que entendamos que así deba hacerse a pesar de que la Ley no diga nada al respecto.

Por otra parte, aunque en este régimen los fines del derecho a la compensación ya podían conseguirse antes de esta Ley 35/2011 ejerciendo una acción de enriquecimiento injusto, los resultados económicos posiblemente serían diferentes, dado que los dos límites a los que está sujeto el resarcimiento derivado de tal acción

cuando, de otra forma, el cónyuge con derecho a ella haya obtenido ventajas patrimoniales equiparables a tal compensación, como consecuencia precisamente del régimen económico que ordenó su matrimonio».

No piensan como nosotros CLEMENTE MEORO, M. / BLASCO GASCÓ, F. DE P.: «Los regímenes patrimoniales del matrimonio en los Derechos civiles especiales y forales», *op. cit.*, p. 692, según los cuales: «En consecuencia, la compensación tendrá lugar, básicamente, si el régimen es de separación de bienes o si ambos contribuyeron a la formación del patrimonio común, porque, p. ej., ambos ejercitaron con resultados equiparables su profesión, arte u oficio pero sólo uno de ellos realizó –o realizó preferentemente– tareas domésticas». En este último supuesto (el subrayado es nuestro), nosotros creemos que tampoco es admisible la compensación, igual que no cabe cuando los dos comparten igualmente las tareas del hogar y uno aporta a la masa ganancial –con los rendimientos de su patrimonio propio y el salario derivado de su trabajo, por ejemplo–, mucho más que el otro. En línea semejante a los autores citados, MONFORT FERRERO, M. J.: «El levantamiento de las cargas del matrimonio», *op. cit.*, p. 129, entiende el artículo 14.1 citado en el sentido de que la compensación queda excluida cuando ésta ya se ha llevado a cabo por el otro cónyuge durante la vigencia del régimen «por ejemplo, mediante la asignación de determinados bienes inmuebles, joyas, o mediante la asignación periódica de una cantidad de dinero», de lo que puede deducirse que la admite también en los casos de sociedad de gananciales.

(enriquecimiento del demandado y empobrecimiento del actor) no se recogen al regular el derecho a la compensación.

Por último, ha de tenerse en cuenta, que puesto que la acción de enriquecimiento injusto exige que no haya otra acción prevista para subvenir a ese enriquecimiento, el reconocimiento por parte de la Ley 35/2011, del derecho a la compensación en los casos que prevé, impide acudir a esa vía, lo que hará que no se llegue a compensar dos veces por el mismo motivo a través de ella¹¹⁷. Por tanto, a partir de la Ley 35/2011, el cónyuge que haya trabajado en la explotación agraria sin contraprestación y sin haberse constituido la titularidad compartida, sólo podrá acudir para conseguir una compensación económica por ello, a los artículos 13 y ss. de dicha Ley. En este sentido, el establecimiento de una acción específica pensada para estos casos nos parece de gran importancia y merecedora de una valoración positiva.

C.2 Obligado a satisfacer la compensación

Según el artículo 13.2 al final de la Ley 35/2011, el derecho a exigir la compensación económica se ostenta frente «al otro titular de la explotación agraria o a sus herederos», el cual ha de ser o haber sido el cónyuge o el conviviente de hecho de quien la reclama.

Como ya expusimos anteriormente, pero es preciso traer a colación nuevamente aquí, de la expresión «al otro titular» se deduce que tanto el sujeto activo como el pasivo del derecho a la compensación han de ser titulares de la explotación agraria, titularidad que sería la civil, dado que la titularidad compartida queda excluida del supuesto de hecho del derecho que estudiamos. De este modo, debería tratarse bien de una explotación perteneciente en parte a uno y en parte a otro cónyuge o conviviente, bien de una explotación ganancial, que tuvieran como titular desde el punto de vista formal o administrativo sólo a un esposo o conviviente, siendo éste precisamente quien quedaría obligado a la compensación. Sin embargo, ya pusimos de manifiesto que admitir esto sin más, llevaría a negar el derecho a la compensación en los casos donde más justificada está, cuales son los de explotación perteneciente a uno solo de los esposos o convivientes, titular formal de la misma, en la que desarrolla su trabajo sin contraprestación el otro, razón por la que hay que concluir, realizando una interpretación correctora del artículo 13.2 Ley 35/2011, que no se requiere que el obligado a pagar la compensación sea titular junto con el que la reclama, sino

¹¹⁷ Contra: SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: «El derecho a la compensación económica...», *op. cit.*, p. 356, que entiende que también en estos casos se daría la duplicación.

que puede ser el único titular civil de la misma, ya sea en un régimen de separación, ya en el de gananciales.

Si el derecho a la compensación nace como consecuencia de la muerte del esposo titular administrativo o formal de la explotación, serán sus herederos los obligados a satisfacerla y lo mismo ocurrirá si tal fallecimiento tiene lugar una vez que el derecho a la compensación ha nacido por otra de las causas del artículo 13.2 de la Ley¹¹⁸.

Como quedó indicado anteriormente, en el régimen de gananciales la compensación será carga de la masa común, conforme al artículo 1362, núms. 2, 3 o 4 Cc, y con ella habrá de satisfacerse.

C.3 Prueba del trabajo efectivo

Para que se reconozca el derecho a la compensación es preciso probar que se ha trabajado de forma efectiva y regular en la explotación, para lo cual cabe utilizar cualquier medio de prueba admitido en Derecho (art. 13.2 Ley 35/2011)¹¹⁹. En principio, la carga de la prueba recae sobre el cónyuge (o, en su caso, conviviente) que reclama la compensación, sin embargo, si el régimen económico del matrimonio es el de gananciales este trabajo efectivo y regular se presume *iuris tantum* (art. 13.2, al final)¹²⁰, lo cual quiere decir que será el esposo que resultaría obligado al pago de la compensación (aunque sea con dinero ganancial) quien deberá probar que su cónyuge no trabajó efectiva y regularmente en la explotación. Esta presunción no aparecía en al Proyecto de Ley *sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias* (BOCG de 10 de junio de 2011) y su inclusión hace aún más criticable el hecho de no haber excluido del derecho a la compensación los casos en los que

¹¹⁸ En estos casos de muerte del esposo deudor de la compensación no creemos aplicable a nuestro caso el p. 2 de artículo 101 Cc, referido a la posibilidad de los herederos de solicitar al Juez la reducción o supresión de la pensión compensatoria derivada del artículo 97 Cc, dada la distinta naturaleza de ambas compensaciones, como veremos más adelante.

¹¹⁹ Sobre la dificultad de probar estos extremos, *vid.*: POVEDA BERNAL, M. I.: «La nueva Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Incidencia en el Derecho de familia», *op. cit.*, pp. 217 y ss.

¹²⁰ CAZORLA GONZÁLEZ, M. J.: «Los derechos de crédito generados a favor del cónyuge o conviviente frente al titular de la explotación agraria en la Ley de titularidad compartida 35/2011, de 4 de octubre», *op. cit.*, pp. 304 y 305, reclama la aplicación analógica de esta presunción a las uniones de hecho acreditadas por su inscripción en un Registro de parejas de hecho y con pacto de régimen patrimonial paritario en escritura pública. En nuestra opinión, esto no haría más que extender los efectos tergiversadores del régimen de sociedad de gananciales a estos otros supuestos, lo cual, unido al carácter excepcional de esta norma, nos inclina a abogar por la no aplicación analógica de tal presunción y, por tanto, por la aplicación de las normas ordinarias sobre la prueba en caso de uniones de hecho.

el régimen era el de sociedad de gananciales, tal y como tuvimos ocasión de exponer anteriormente.

C.4 Objeto, cuantía y pago de la compensación

Hemos visto que, en la mente del legislador y aunque en la realidad no siempre se dé, la causa de la compensación es el enriquecimiento que experimenta el esposo o conviviente titular formal de la explotación como consecuencia del trabajo desarrollado por el otro sin recibir contraprestación. Ha de tenerse en cuenta que existe enriquecimiento, no sólo cuando como consecuencia del trabajo del esposo o conviviente el otro incrementa su patrimonio desde el punto de vista de su activo, sino por el mero hecho de haberse ahorrado éste lo que hubiera cobrado un tercero por desarrollar la actividad que aquél llevó a cabo¹²¹, siendo éste precisamente el enriquecimiento que ha de compensarse, según se deduce de los criterios que para su fijación establece el artículo 14.1 de la Ley, así como de su artículo 1.2. Se opta, por tanto, por configurar la compensación como un sueldo debido por el trabajo realizado por el esposo o conviviente, pero, según se desprende del artículo 13.1 de la Ley 35/2011, podría haberse optado también por tomar en cuenta como término de la comparación para establecer la compensación, lo que habría recibido el cónyuge o conviviente que desarrolló su actividad agraria sin recibir contraprestación si se hubiera constituido el régimen de titularidad compartida, es decir, los rendimientos, ayudas o subvenciones que habría podido percibir en ese caso; sin embargo, no ha sido ésta la opción del legislador.

Al cálculo de la compensación se refiere el artículo 14.1 de la Ley, estableciendo que se determinará su cuantía teniendo en cuenta ciertos criterios, todos objetivos: «el valor real de la explotación agraria, el tiempo efectivo y real de colaboración en la actividad agraria y la valoración de la actividad en el mercado, extremos que se probarán con los medios de prueba admitidos en derecho». Conforme a ello, probado que el esposo no titular formal de la explotación se ha dedicado a la actividad agraria de forma regular y efectiva (art. 13.1 Ley 35/2011), habrá que acreditar el tipo de trabajo que se desplegó y el tiempo que se dedicó a él regularmente y determinar la valoración en el mercado de dicha actividad. En cuanto al «valor real

¹²¹ Tal y como señala DÍEZ-PICAZO, L. / GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil, II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 526: «El enriquecimiento negativo se da cuando es evitada una disminución del patrimonio. En este sentido, un no gasto es equivalente a un ingreso».

de la explotación», creemos que servirá para atribuir un valor mayor o menor al trabajo realizado, dado que si la explotación es importante económicamente, en principio se podrá remunerar con más generosidad que si es modesta y además probablemente será de mayor complejidad y requerirá mayor dedicación y preparación; no obstante, el juego independiente de este criterio no está muy claro y muchas veces, como se deduce de lo que hemos señalado, servirá para matizar la «valoración de la actividad en el mercado».

No creemos que se trate de hallar el incremento de valor experimentado por la explotación durante el tiempo en que el esposo no titular formal trabajó en ella, dado que los posibles puntos de comparación para compensar (según se desprende del artículo 13 Ley 35/2011) son el esposo que recibió pago o contraprestación por su trabajo (por el que se inclina el legislador) o el que se acogió al régimen de titularidad compartida, y a ninguno de ellos se les da participación alguna en el incremento de la explotación por el simple hecho de haber trabajado en ella.

Si el régimen fue el de gananciales, como vimos, se presume que se trabajó efectiva y regularmente, pero no existe presunción alguna respecto al tipo de trabajo que se desarrolló, ni sobre el tiempo que se invirtió en él, de modo que habrá que probarlo, lo que debilitará el alcance práctico de la presunción. A lo que sí que pensamos que alcanza la presunción del 13.1 *in fine*, es a que el trabajo se desarrolló durante toda la duración del régimen o, mejor dicho, desde que la explotación ingresó en alguno de los patrimonios conyugales estando en vigor la sociedad y comenzó la actividad agraria, debiendo probar el titular formal de la explotación lo contrario, si es que no está conforme con ello.

No dice la Ley si lo que se trata de compensar es todo el trabajo llevado a cabo por el esposo acreedor en la explotación, de modo que éste venga a recibir más tarde la contraprestación que debió recibir antes (lo que supondría multiplicar la valoración de la actividad en el mercado en una explotación de ese tipo por el tiempo que se desarrolló la actividad¹²²) o si el cálculo se hará de una forma general con el fin de que el esposo que reúne los requisitos del artículo 13.1 de la Ley 35/2011, reciba «algo» por haber traba-

¹²² Como vinos, esta forma de calcular la compensación es aceptada como «una de las opciones posibles» para que el Juez fije su cuantía cuando se trata de aplicar el artículo 1438 Cc en la STS de 14 de julio de 2011 (RJ 2011\5122). En este mismo sentido, se manifiesta, tratando de la compensación por el trabajo doméstico en el régimen de separación: FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, I.: «Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad», *op. cit.*, p. 1415 que indica que para fijarla, al Juez «le pueden servir de pauta el coste de los servicios prestados en el hogar en el mercado laboral de haberlos contratado, o los ingresos que hubiera obtenido el cónyuge que prestó tales servicios de haberlos ejecutado como profesión u oficio».

jado que disminuya la «injusticia» de no haber recibido nada a cambio. Nosotros nos inclinamos por la primera opción, ya que el artículo 1.2 de la Ley 35/2011, se refiere a la compensación como «*contraprestación* por su actividad agraria, efectiva y regular», si bien creemos que el criterio del «valor real de la explotación» podría llevar a moderar las cantidades a entregar¹²³.

Esta forma de cuantificar la compensación que aquí defendemos tiene gran importancia por tres razones:

- La suma de dinero que deberá pagar el cónyuge o conviviente titular formal de la explotación al otro, podrá ser muy elevada, lo que hará que este derecho de compensación sea un elemento de persuasión para que, con el fin de evitarla, en el futuro, las personas que sean titulares únicos de una explotación agraria se avengan a configurar su explotación como de «titularidad compartida» si concurren los requisitos del artículo 3 de la Ley 35/2011.

- Así entendido, el derecho de compensación vendría a ser realmente una norma más de la regulación de la titularidad compartida.

- Justificaría esto, además, que el título de la Ley aluda sólo a la titularidad compartida y guarde silencio sobre el derecho de compensación¹²⁴.

Por otra parte, pensamos que los únicos criterios a tener en cuenta para fijar la compensación son los determinados por el artículo 14.1 de la Ley 35/2011, sin perjuicio de que las partes puedan, de común acuerdo, atenerse a otros. Por consiguiente, no creemos aplicables los criterios que enumera el artículo 97 Cc¹²⁵ para

¹²³ En el Derecho catalán, el artículo 232-5, 4, establece como límite a la compensación económica por razón de trabajo, la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada según las normas establecidas para la liquidación del régimen de separación en el artículo 232-6, pudiendo el Juez incrementar su cuantía, si se prueba que la contribución del cónyuge acreedor fue notablemente superior (vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G.: «Los regímenes patrimoniales del matrimonio...», *op. cit.*, p. 828; ARROYO AMAYUELAS, E.: «artículo 1438», *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 1574).

Por lo que se refiere al Derecho valenciano, CLEMENTE MEORO, M. / BLASCO GASCÓ, F. DE P.: «Los regímenes patrimoniales del matrimonio...», *op. cit.*, p. 691, recuerda que el artículo 13.1 de la *Ley del Régimen matrimonial valenciano*, señala como «criterios orientativos de valoración del “trabajo para la casa”, sin perjuicio de la ponderación judicial o del acuerdo entre los cónyuges: el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio el cónyuge que se ha dedicado al trabajo doméstico, o los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios», criterios que podrán aplicarse también en caso de colaboración de un esposo en la actividad empresarial o profesional del otro.

¹²⁴ Que no informe sobre la posibilidad de constituir una sociedad de responsabilidad limitada de las previstas en el artículo 5.2 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, está más justificado ya que se regula en una Disposición Adicional (la primera) y no constituye el objeto de la Ley 35/2011 según su artículo 1.

¹²⁵ Contra: POVEDA BERNAL, M. I.: «La nueva Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Incidencia en el Derecho de familia», *op. cit.*, pp. 220 y 231.

fijar la compensación por desequilibrio en casos de separación o divorcio en lo que no coincidan con los recogidos por dicho artículo 14.1. Ello porque la naturaleza de ambas compensaciones es distinta: la de la Ley 35/2011, a diferencia de la del artículo 97 Cc, no pretende corregir desequilibrios patrimoniales entre los cónyuges derivados de la separación o divorcio en relación a la situación de la que se disfrutaba durante el matrimonio, ni conservar en lo posible el nivel de vida de los esposos anterior al divorcio o separación¹²⁶, sino simplemente remunerar el trabajo realizado que no se pagó en su día; la pensión por desequilibrio atiende al pasado y al futuro, la compensación de la Ley 35/2011, sólo al pasado, a lo que no se remuneró. Por eso, cuestiones como el estado de salud, la edad, necesidades de uno y otro cónyuge, pérdida de un derecho de pensión o probabilidad de acceso a un empleo, a que se refiere el artículo 97 Cc, que son criterios de carácter subjetivo, no tienen por qué tenerse en cuenta en la compensación que estudiamos, sino sólo a la hora de fijar la compensación por desequilibrio del Código civil. Tampoco, por la misma razón, puede siquiera plantearse la aplicación a la compensación de la Ley 35/2011 –cuando se haya pactado su pago en varios plazos (art. 14.2 Ley 35/2011)– de las

Sobre los criterios a tener en cuenta para fijar la pensión del artículo 97 Cc, *vid.*: STS de 10 de diciembre de 2012 (JUR 2012\392686), que dice: «QUINTO. Respecto de la pensión compensatoria, no existe el interés casacional que exige el recurso. La cuestión suscitada fue ya resuelta en su día por la STS 864/2010, de 19 de enero (RJ 2010, 417) del pleno de la Sala, que dice lo siguiente: “Es cierto, sin embargo, que el artículo 97 Cc ha dado lugar a dos criterios en su interpretación y aplicación. La que se denomina tesis objetivista, en cuya virtud, el desequilibrio afecta a un cónyuge respecto al otro, determinando un deterioro con relación a la posición mantenida durante el matrimonio por el cónyuge que va a resultar acreedor de la pensión; según esta concepción del artículo 97 Cc, las circunstancias enumeradas en el párrafo segundo de dicho artículo serían simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada. La tesis subjetivista integra ambos párrafos y considera que las circunstancias del artículo 97 Cc determinan si existe o no desequilibrio económico compensable por medio de la pensión del artículo 97 Cc”. La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. Pues bien, la pensión no se concede únicamente, como dice el recurrente, por la simple constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo del divorcio, en atención a los ingresos del otro. La Audiencia Provincial toma también en especial consideración la duración del matrimonio (celebrado el 23 de agosto de 1988), la edad de la beneficiaria (nacida el 2 de junio de 1967), su dedicación a la familia y la inestabilidad laboral. Todos estos factores le han permitido formar la convicción respecto de la necesidad de reconocer el derecho a una pensión compensatoria, y esta solución no resulta en modo alguno irracional o ilógica, ni se asienta en parámetros distintos de los que señala la jurisprudencia».

¹²⁶ *Vid.*, sobre el concepto de desequilibrio patrimonial, el momento en el que ha de apreciarse y la finalidad de la compensación del artículo 97 Cc, la STS de 4 de diciembre de 2012 (RJ 194\2013).

causas de extinción del derecho a la pensión compensatoria del artículo 101 Cc («cese de la causa que la motivó», «contraer el acreedor nuevo matrimonio», «vivir maritalmente con otra persona»), para deducir de ello la extinción de la compensación.

No obstante lo anterior, las partes podrán acordar lo que les conviniere en cuanto a la cuantía de la compensación (art. 14.3 Ley 35/2011). Esto quiere decir que se trata de un derecho disponible en cuanto al *quantum*, pudiendo pactarse una cantidad distinta a la resultante de la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 14.1 de la Ley: mayor o menor, o incluso renunciarse a la compensación misma¹²⁷.

¹²⁷ Igualmente, considera renunciable la compensación, PLAZA PENADÉS, J.: «Principales aspectos de la Ley de titularidad compartida en las explotaciones agrarias», *Un marco jurídico para un medio rural sostenible*, Coordinadora Muñoz Espada, E., Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, 2011, p. 387, pero justificándolo en que «la Ley ni configura la prestación como irrenunciable ni establece ningún precepto legal para que la renuncia sea inválida». Nosotros, con PVEDA BERNAL, M. I.: «La nueva Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Incidencia en el Derecho de familia», *op. cit.*, p. 214, estimamos que el carácter renunciable de la pensión se deduce de la posibilidad de fijar por el común acuerdo de las partes su cuantía según el artículo 14.3.

En cuanto a la posibilidad de renunciar a esta compensación en capitulaciones matrimoniales con carácter previo, creemos que habría que dar una solución semejante a la que se dé a la renuncia a la compensación del artículo 97 Cc, de la que el Tribunal Supremo [STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9174) o STS de 9 de febrero de 2010 (RJ 2010\526)], como la DGRN [R. 10 noviembre 1995 (RJ 1995\8086)] han puesto de manifiesto su carácter positivo, lo que unido a cada vez mayor papel de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en materia de matrimonio en general y en su aspecto patrimonial en particular, lleva a admitir dicha renuncia por no vulnerar, en principio el artículo 1328 Cc; no obstante, habrá que estar al caso concreto. En esta línea, señala CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Las capitulaciones matrimoniales», *Derecho de familia*, Coordinadora G. Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2012, p. 600: «admitiendo la inicial validez de la renuncia previa al derecho a la pensión compensatoria, no puede mantenerse su eficacia en el caso concreto si en el momento de la ruptura del matrimonio tiene lugar un estado de necesidad del cónyuge, que queda en una situación de indigencia, se produce una alteración sustancial de las circunstancias económicas o existe un vicio del consentimiento en relación con la situación patrimonial de los cónyuges o sobre el alcance de la renuncia efectuada. Indudablemente es nula cualquier renuncia o modulación de la pensión compensatoria si tiene lugar con respecto a uno de los cónyuges y no con el otro. En este sentido se pronuncia el artículo 231.20 del Libro II del Código civil de Cataluña». Por tanto, creemos que la compensación de los artículos 13 y ss. de la Ley 35/2011, es renunciable también por anticipado en semejantes términos. *Vid.* sobre la renuncia anticipada a la compensación por desequilibrio del artículo 97 Cc poniendo de manifiesto su límites: GARCÍA RUBIO, M. P.: «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», ADC, 2003-IV, pp. 1653 y ss.; CABEZUELO ARENAS, A. L.: «¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?», *Aranzadi Civil*, 2004-3, pp. 2375 y ss.; FERNÁNDEZ GIL-VIEGA, L.: «Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad», *Derecho de familia*, Coordinadora G. Díez-Picazo, Thomson-Civitas, Madrid, 2012, pp. 1403 y 1404. Con anterioridad ya habían abogado por la posibilidad de renuncia anticipada: DIEZ-PICAZO, L.: «Artículo 101», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 644, o MONTES, V. L.: «Artículo 1438», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1938.

Además, admitiendo la renuncia a la compensación por razón de trabajo para la casa o para el otro cónyuge del artículo 41 del Código de Familia de Cataluña, con base en la libertad de contratación entre cónyuges, pero exigiendo su constancia en escritura pública con carácter constitutivo, puede verse: STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, S. 46/2012,

En cuanto a la forma de pago, plazos y garantías de la compensación, también se estará a lo que acuerden los esposos o convivientes y, a falta de acuerdo, se satisfará «*preferentemente* en un solo pago» (art. 14.1 Ley 35/2011). Esto último quiere decir que, en tales casos, el Juez, en principio, deberá inclinarse por que la compensación se realice en un solo pago, pero si las circunstancias hacen aconsejable el pago en diversos plazos podrá decretarlo así igualmente.

C.5 Compatibilidad con otros derechos de carácter patrimonial

El artículo 14.2 de la Ley 35/2011 establece que «la compensación es compatible con otros derechos de carácter patrimonial a los que tenga derecho el cónyuge o miembro de la pareja de hecho».

Cuando el titular del derecho a la compensación y el obligado a satisfacerla están o han estado unidos en matrimonio, esos derechos patrimoniales con los que la compensación es compatible serían la pensión alimenticia en caso de separación (arts. 90, D, 91, 142 y ss. Cc), la compensación por desequilibrio en caso de separación o divorcio, ya sea en forma de pensión o de prestación única (art. 97 Cc), y la indemnización en los casos de nulidad (art. 98), aparte de los que pudieran derivar del régimen económico matrimonial mismo a los que ya nos hemos referido.

Por lo que se refiere a la pensión alimenticia y la compensación del artículo 97 Cc, así como respecto a la indemnización por nulidad del matrimonio, estimamos que la existencia de la compensación de la Ley 35/2011, a pesar de su compatibilidad con aquéllas, deberá influir a la hora de fijar su cuantía disminuyéndola, ya que la necesidad del cónyuge alimentista beneficiario de la compensación será menor como consecuencia de ésta, el desequilibrio económico fundamento de la compensación del artículo 97 Cc será también inferior (aparte de que, si se determinan simultáneamente, no se podrá tener en cuenta para su fijación la colaboración en la explotación del otro esposo en sí misma –art. 97, 5.^a Cc–, dado que ésta ya queda cubierta con la compensación de la Ley 35/2011), y los «desajustes»¹²⁸ a indemnizar en caso de nulidad serán igual-

de 12 de julio (La Ley 148902\2012), *Diario La Ley*, n.º 8029, Sección Jurisprudencia, 22 de febrero de 2013.

¹²⁸ Sobre la indemnización del artículo 98 Cc ha declarado la STS 10 marzo 1992 (RJ 1002\2014), que «no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria que refiere el precepto 97 de aquel cuerpo legal, sino que más bien se trata de, en cierto sentido, una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no ha ido consolidándose en los años de convivencia, hasta producir su desaparición. No trata el precepto de

mente menores (aquí podríamos repetir lo que hemos dicho sobre el artículo 97, 5.^a como consecuencia de la remisión del artículo 98 Cc), pudiendo llevar a hacerlas desaparecer. Incluso, la compensación de la Ley 35/2011 puede influir en la atribución del uso de la vivienda familiar cuando no existen hijos menores, al hacer menos necesitado de protección desde el punto de vista económico, el interés del cónyuge que la recibe (art. 96, p. 3 Cc)¹²⁹. Por tanto, la compatibilidad existe en el plano teórico, aunque en el práctico será relativa, dado que la presencia de la pensión de la Ley 35/2011, podrá llegar a impedir que surjan los otros derechos al hacer desaparecer su supuesto de hecho o hará que éstos sean de menor entidad.

Dada la influencia de la compensación de los artículos 13 y ss. de la Ley 35/2011 en las medidas patrimoniales a adoptar en los casos de separación, divorcio y nulidad, si existe acuerdo sobre ella, creemos conveniente incluirlo en el convenio regulador (art. 90 Cc), en los procedimientos consensuales (art. 777 LEC)¹³⁰ o comunicar

imponer sanciones, aunque en un principio así pueda entenderse por cargar al cónyuge de mala fe la indemnización, lo que representaría volver a reconsiderar sus conductas determinativas de la nulidad decretada y, en su caso, los daños que pueda haber sufrido el otro consorte de buena fe, para cuya reparación queda abierta la vía del artículo 1902 Cc [STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5901)], sino que más bien la norma se proyecta a reducir distancias económicas sociales y derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial, polarizándose sobre los principios de autosuficiencia y neutralidad de costes, al faltar una adecuada institución estatal de previsión social autónoma, sobre todo para las mujeres carentes de actividades laborales, lo que la realidad de los tiempos parece cada vez demandar en forma urgente y necesaria de satisfacción de justicia social». Por su parte, señala Díez-PICAZO, L.: «Artículo 98», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 630: «la norma del artículo 98 Cc atribuye al cónyuge de buena fe un derecho a una indemnización, que tiene un fundamento objetivo; es decir, que el cónyuge que no provoca la causa de nulidad matrimonial, tiene derecho a ser resarcido por quien ha observado una conducta contraria a las normas de la buena fe. El fundamento objetivo es importante porque el cónyuge de buena fe no deberá probar la existencia de un daño, sino sólo su buena fe, para lo cual seguramente le servirá la propia sentencia en la que se declara la nulidad de su matrimonio... Por ello puede decirse que, seguramente, la disposición del artículo 98 no tiene una función resarcitoria, sino sancionadora; y ello, porque la indemnización tiene un contenido tasado... y no tiene en cuenta los daños que haya podido sufrir el cónyuge de buena fe, sino sólo su buena fe».

¹²⁹ Vid.: MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (art. 96, p. 1, 2 y 3 Cc)*, Civitas, Cizur-Menor (Navarra), 2005, pp. 291 y ss.

¹³⁰ Téngase en cuenta que, tal y como pone de manifiesto FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, I.: «Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad», *op. cit.*, p. 1356: «El artículo 90 del Cc regula el contenido del convenio regulador, que podrá ser ampliado por los cónyuges –cuando en su situación existan circunstancias que conenga regular y no estén incluidas en el artículo reseñado– o disminuido cuando no se puedan plantear todas y cada una de las situaciones previstas en el artículo citado...» En sentido similar se expresa: PÉREZ MARTÍN, a. J.: «Artículo 90», *Comentarios al Código civil*, Dirigidos por a. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 196. Con anterioridad, en este sentido, *vid.*: Díez-PICAZO, L.: «Artículo 90», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 551; ROCA TRÍAS, E.: «Art. 90», *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 384.

su existencia al Juez si el procedimiento es contencioso (art. 770 LEC) para que lo tenga en cuenta a la hora de decretar las medidas de los artículos 91 y ss. Cc Ahora bien, si no existe acuerdo no creemos que se deba acumular la petición de la compensación en dichos procedimientos, no solamente en los de mutuo acuerdo, lo que es obvio, sino tampoco en los contenciosos¹³¹, por varias razones: 1.^a Que no tiene la misma naturaleza que la pensión compensatoria. 2.^a Que, a diferencia de ésta, no se deriva en su esencia de la ruptura del matrimonio, como muestra el hecho de que también se genera cuando se transmite la explotación agraria a un tercero (art. 13.2 Ley 35/2011) o se liquida el régimen económico matrimonial por haberse pactado en capitulaciones su disolución y el paso a otro régimen diferente; 3.^a Que se trata de una norma relativa a la liquidación del régimen económico del matrimonio y, en concreto, a la liquidación de una deuda concreta que ha surgido durante su vigencia a favor de un esposo; 4.^a Que se establece un plazo específico para reclamar su pago (cinco años, art. 15 Ley 35/2011), a contar desde que tuvo lugar el acontecimiento que lo permite (art. 13.2 Ley 35/2011), que en nuestro caso sería a partir de la firmeza de la sentencia que declara la nulidad, la separación o el divorcio del matrimonio; 6.^o Que la fijación de la compensación en los procesos de nulidad, separación o divorcio, podría provocar una gran dilación en su resolución. Por todo ello, creemos que la compensación en estos casos deberá solicitarse dentro de los cinco años siguientes a la sentencia de separación, divorcio o nulidad matrimonial (art. 15 Ley 35/2011), bien independientemente, en el juicio declarativo correspondiente, bien (en caso de que el régimen fuera el de sociedad de gananciales), dentro del proceso de liquidación del régimen económico matrimonial (arts. 806 y ss. L.E.c.), en cuanto deuda de la sociedad a favor del esposo acreedor (art. 1398, núm. 3 Cc en relación con el artículo 1362, núms. 2 y 3 Cc, y artículo 1403 Cc), de modo que, una vez fijada judicialmente la compensación, la sentencia correspondiente pueda ser alegada para solicitar la pertinente modificación de las medidas adoptadas en el proceso matrimonial.

¹³¹ Contra: POVEDA BERNAL, M. I.: «La nueva Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias. Incidencia en el Derecho de familia», *op. cit.*, p. 236, que considera conveniente reclamar esta prestación en el proceso de divorcio, aunque reconoce que no es «aventurado pronosticar que muy probablemente se convertirá en un nuevo caballo de batalla en los procesos de divorcio contencioso en el ámbito rural». Por su parte, la SAP Baleares, Sección 4.^a, 17 de julio de 2012 (AC 2012\1207), desestima la reclamación de la compensación derivada del artículo 1438 Cc porque debía haberse solicitado dentro del procedimiento de divorcio anterior, en el que se ventilaron todas las cuestiones relativas a la ruptura del matrimonio.

IV. CONCLUSIÓN

Como colofón a estas reflexiones sobre la Ley, creemos que es de justicia destacar lo loable de esta iniciativa del legislador para hacer realidad la igualdad entre mujeres y hombres en el medio rural y afirmar que tanto la explotación agraria de titularidad compartida como el derecho a la compensación son dos expedientes idóneos para conseguirla. No obstante, estimamos que se debería haber tenido más presentes las peculiaridades propias del régimen de sociedad de gananciales frente al de separación de bienes para evitar resultados excesivos e injustificados en el primero que no se dan en el segundo.

De lege ferenda, creemos que sería conveniente actuar, no sólo sobre la propia Ley 35/2011, con el fin de corregir dichos excesos (sobre todo suprimiendo el derecho a la compensación en el régimen de gananciales) e introducir aclaraciones que faciliten y hagan más segura su aplicación, sino también en el propio Código civil. En cuanto a este último, estimamos que deberían hacerse alusiones en los lugares pertinentes de la normativa de los regímenes económicos matrimoniales a la posible existencia de explotaciones de titularidad compartida, a los efectos de tener en cuenta su regulación específica en materia de administración, responsabilidad, etc., diferente de la general característica de cada régimen económico matrimonial, así como al derecho de compensación por trabajo efectivo en la explotación agraria en el régimen de separación, en el que supone una mejora importante (recogiéndolo junto con el del art. 1438 Cc); igualmente se debería introducir una mención a este último al regular la compensación por desequilibrio del artículo 97 Cc, con el objeto de afirmar la compatibilidad de ambas compensaciones y excluir que la colaboración de un cónyuge en las actividades económicas del otro pueda ser tenida en cuenta para fijar la del artículo 97 Cc, si se reconoce la de la Ley 35/2011.

El debate en torno a la libertad de testar.

La Fundación Coloquio Jurídico Europeo, del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, ha organizado en el pasado mes de febrero, un Seminario sobre lo que algunos autores y estudiosos han considerado como un desiderátum que es el establecer la libertad de testar y derogar el derecho de legítimas. El Seminario ha suscitado un extraordinario interés del que queremos también hacernos partícipes, a través de esta crónica.

LIBERTAD DE TESTAR: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD, LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

El pasado 13 de febrero se celebró en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo una sesión sobre «Libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad», en la que actuaron como Ponente la Dra. Teodora Torres García y como Contraponente la Dra. María Paz García Rubio, si bien más que una contraposición de pareceres sobre los temas tratados, ambas se complementaron en la presentación de diversas cuestiones al hilo de la temática tratada.

Con un planteamiento ciertamente original, la estructura de la exposición se construyó a partir de la dicotomía, consagrada por el pensador Isaiah Berlín, entre la libertad en su sentido negativo y la libertad en sentido positivo, que posteriormente han reconocido como válida teóricos del Derecho de la categoría de Dürig, Alexy, Bobbio o Ferrajoli, pero que escasamente ha sido aplicada en el ámbito del Derecho privado. Partiendo de la consideración de la libertad negativa como «no impedimento o no restricción» que es un predicado de la acción, y de la libertad positiva como «autodeterminación o autonomía», su aplicación al ámbito del Derecho sucesorio llevó a las conferenciantes a considerar que la libertad de

testar en sentido negativo consistiría en la posibilidad de disponer del propio patrimonio (incluido el que podemos considerar patrimonio moral) sin impedimentos o sin imposiciones, para la que reservaron el término «libertad de testar» en su sentido más estricto. Por su parte, la libertad positiva de testar implicaría la de tomar las propias decisiones con plena validez jurídica, por inusuales, caprichosas o extrañas que estas sean, de suerte que supondría la autorrealización de los propios fines de acuerdo con la propia voluntad y que, para distinguirla de la anterior, fue denominada «libertad para testar».

En el primero de los sentidos señalados, «libertad de testar», la Dra. Torres tomó como punto de partida la conocida STC de 27 de abril de 2010, que resolvió un recurso de amparo en el que se trataba de dilucidar si se había o no producido una violación del principio constitucional de igualdad en la interpretación realizada por los tribunales ordinarios de una disposición testamentaria en la que se había establecido una sustitución fideicomisaria «*si sine liberis decesserit*», estableciendo que si uno de los potenciales llamados como fideicomisarios premuriera a sus antecesores inmediatos dejando «hijos legítimos» éstos, llegado el caso, se convirtieran en herederos; la cuestión se suscitó porque uno de los llamados como posibles fideicomisarios efectivamente premurió al fiduciario, dejando dos hijas adoptivas que, en la consideración del TSJ de Cataluña, no reunían las exigencias del testador. Por el contrario, el Tribunal Constitucional otorga el amparo y estima que las dos hijas adoptivas han visto violado su derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminadas por razón de nacimiento, consagrados en los artículos 14 y 39 de la Constitución, atribuyendo dicha violación al tribunal que al interpretar la cláusula testamentaria no tuvo en cuenta tales preceptos constitucionales. Con ello el máximo intérprete de la Constitución utiliza la llamada «finta alemana» y evita pronunciarse directamente sobre la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*) en materia testamentaria: esto es, sobre si una disposición del testador puede o no ser discriminatoria o, por extensión, contraria a otro derecho fundamental consagrado por la Constitución. La contraponente no se mostró conforme con el criterio del Tribunal Constitucional (tampoco con su precedente en la STEDH de 13 de junio de 2004 –caso Pla&Puncernau vs. Andorra– ni con la más reciente STS de 1 de marzo de 2013, en supuestos semejantes, que no idénticos al analizado) por varias razones, entre las que cabe destacar por un lado, que la libertad de testar es también un derecho constitucional protegido por los artículos 33 y 10 de la CE (en este caso como mani-

festación específica de la libertad genérica que constituye el libre desarrollo de la personalidad) y que como tal, también ha de ser tenido en consideración, al menos para ponderar, en el caso concreto, su peso en relación con del de cualquier otro derecho fundamental y, por otro, porque consideró que los dos preceptos constitucionales utilizados por el Tribunal se refieren a otro tipo de igualdad entre los hijos, en concreto, a la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y que la equiparación entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza es una decisión del legislador ordinario que no viene impuesta por la Constitución. Al hilo de las limitaciones a la libertad de testar se preguntaron también las intervinientes si existe o no un derecho subjetivo a testar como se quiera, incluido un modo poco convencional, extraño o irracional, o si por el contrario las exigencias de la moralidad social imponen límites no reglados.

De los límites que en la situación actual el ordenamiento español impone a la libertad de testar en sentido negativo (o libertad de testar en sentido estricto), las ponentes aludieron, como no podía ser de otra manera, a la cuestión de las legítimas. Plantearon cuestiones como su justificación o no en la sociedad actual, el panorama legislativo comparado, dentro y fuera de nuestro país, el problema de la constitucionalidad o no de su hipotética supresión, conjeturas diversas en relación con la reclamada modificación del Código civil en este punto y sus posibles líneas de futuro. En el coloquio que siguió a la exposición de ambas civilistas, este fue, sin lugar a dudas, el tema más controvertido y el que dio lugar a un más acalorado debate entre los partidarios de la supresión de las legítimas, por estimar que se trataba de una institución poco coherente con la estructura familiar de nuestros días, y quienes consideraban más atinado su mantenimiento, con las necesarias modificaciones. Ponente y contraponente eran más partidarias de esta segunda postura, si bien poniendo de relieve la conveniencia de modificar el Código civil español en la materia; para ello se pueden tomar en consideración las modificaciones operadas en otros sistemas tanto extranjeros (francés o alemán, entre otros) como de Derecho civil autonómico que van en la línea de «adelgazamiento» de la legítima: mantenimiento y disminución de la cuantía de la legítima para los hijos y descendientes, basada en el principio de solidaridad familiar, pero revisión –que no necesariamente exclusión– para otro tipo de parientes, como ascendientes y cónyuge viudo; si se opta por mantener la de este último, excluir su consideración como usufructuario, institución que en las actuales circunstancias puede complicar la sucesión y la relación entre los posibles

descendientes del difunto, que muchas veces no serán parientes del viudo; sustitución de la legítima *in natura* por un derecho de crédito pagadero en dinero, flexibilización de su pago, mayor protección de las donaciones hechas en vida por el causante, sobre todo de las más antiguas, frente a las pretensiones de los legitimarios, así como la conveniencia de admitir la posibilidad de renuncia anticipada a la legítima que ya ha mostrado buenos resultados en otros ordenamientos nacionales, como el gallego. En el punto de los sujetos legitimarios se analizó también la situación de la pareja de hecho, estimando la contraponente que la libertad de testar exigiría que pudiera excluirse al conviviente de la sucesión por la sola voluntad del futuro causante si necesidad de que concurran causas de desheredación y se haga en forma testamentaria; más que extender sin más los derechos sucesorios del viudo al conviviente superviviente, se trataría de establecer un sistema flexible que permitiera reconocerle derechos reales o personales frente a la herencia en función de las circunstancias del caso, conclusión a la que también llega la STC de 23 de abril de 2013, que declaró inconstitucional una buena parte de la ley Navarra de parejas de hecho, si bien con argumentos diferentes y no compartidos por la Profesora García Rubio. Finalmente, también en materia de legítimas, se analizó el interés de modificar las causas de desheredación y en concreto, se cuestionó la conveniencia o no de introducir una nueva causa para los casos en los que el causante y sus descendientes legitimarios hubieran perdido la relación afectiva propia de la familia, al modo que se ha hecho ya en el artículo 451.17.2 e) del CCCat, si bien se puso también de relieve la más que probable conflictividad de este tipo de situaciones.

En el punto relacionado con la libertad positiva de testar o libertad «para testar» como manifestación de la dignidad de la persona y especificación del libre desarrollo de la personalidad, los temas planteados fueron también del máximo interés; la Profesora Torres García analizó el significado del testamento como instrumento de autorrealización del testador, fin al que sirven sus exigencias materiales y formales, recalando especialmente en los requerimientos del testamento de las personas con discapacidad y la necesidad de acomodar totalmente nuestro ordenamiento jurídico, también en esta materia, a las exigencias de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, de la que forma parte España desde 2008 y que entre otras cosas, impide que ninguna sentencia de incapacitación elimine *ex ante* la capacidad para testar y obliga a reconocer la posibilidad de hacer testamento a cualquier persona que pueda

exteriorizar su voluntad por cualquier medio, lo cual exige una interpretación amplia de los requisitos de expresión verbal, oralidad y expresarse por escrito que se exigen en el Código civil para los testamentos notariales; incluso con la asistencia o apoyo de una tercera persona (¿curador?) si fuera necesario.

En atención a esa libertad positiva se pusieron de relieve también las principales salvaguardas de la voluntad del testador vulnerable en el derecho sucesorio comparado y español, destacando entre ellas en nuestro ordenamiento la intervención del notario como técnico independiente garante de la capacidad y, en su caso, de la integridad y legalidad de la voluntad testamentaria.

Esta libertad positiva se relacionó también con las labores de cuidado y, en concreto, se discutió sobre el testamento hecho a favor de los cuidadores, sean estos del círculo familiar o sean extraños, salvando en este caso las legítimas, de haberlas. El incremento de este tipo de relaciones un mundo en el que cada vez son más numerosos los sujetos que en los últimos años de su vida requieren de asistencia o ayuda que tal vez quieran o piensen en algún momento recompensar en su testamento, pone de relieve el interés del tema. Se puso de manifiesto la prevención que algunos ordenamientos del entorno tienen ante este tipo de disposiciones, como demuestran las modificaciones más o menos recientes del Derecho alemán o francés, que extienden una especie de causa de incapacidad relativa o prohibición de suceder para estos sujetos, o incluso la norma catalana que permite la disposición bajo supervisión notarial (art. 412.5.2 CCCat); se pusieron también de relieve la existencia de normas que, por el contrario, están en la línea de favorecer este tipo de disposiciones, como las contenidas en los artículos 203 y 204 de la LDC-Galicia que parece admitir con carácter general la validez de las disposiciones otorgadas a favor de quien cuide al testador, si bien planteando problemas de determinación del favorecido que no son siempre fáciles de resolver. En este sentido también se puso de manifiesto que la existencia de un mayor ámbito de libertad dispositiva del testador, en el sentido de libertad negativa antes señalado, permite al causante mayor libertad para otorgar beneficios a sus cuidadores. Entre otros temas se suscitó la problemática surgida por la «promesa» de beneficios testamentarios a cambio de las labores de cuidado y los posibles derechos del cuidador cuando el testamento no cumple aquellas promesas.

Por razones de tiempo fueron apenas aludidos otros temas relacionados con la libertad positiva, como el contenido extrapatrimonial del testamento, incluido la decisión sobre la tutela *post mortem* de los derechos de la personalidad y la del llamado «patrimonio

digital» constituido por los datos personales de todo tipo, imágenes, datos médicos, listados de personas, etc, que actualmente se acumulan en cuentas de e-mail, blogs, redes sociales, y otras realidades tecnológicas de creciente uso e importancia y cuya situación jurídica tras la muerte del titular está lejos de ser clara.

Como colofón se hizo también mención a la importancia que para la libertad de testar, en ambos sentidos, positivo y negativo, está destinado a tener el Reglamento (EU) n.º 650/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; de las varias razones argumentadas destaca por su importancia la novedad de permitir expresamente la inclusión como cláusula testamentaria de la llamada *professio iuris*, o cláusula de elección de ley (art. 22 Reglamento). La exposición terminó con una referencia a las posibles diferencias de género en el uso de la libertad de disponer *mortis causa*.

Para concluir esta reseña es de resaltar que, como sucede con todas las intervenciones organizadas por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, la versión escrita permitirá extenderse y disfrutar con mayor calma y rigor de las muchas e interesantes cuestiones que aquí han sido únicamente pergeñadas. (R.)

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 y Valores. Consumidores y Usuarios. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de Familia. Derecho Medioambiental. Espacio Judicial Europeo. Mercado de Valores Y Sociedades. Protección de Datos. Transportes. Unión Europea.—B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos. Consumidores y Usuarios. Derecho de la Competencia. Derecho de Sociedades. Espacio Judicial Europeo. Marcas, Dibujos y Modelos. Publicidad. Propiedad Intelectual. Seguros. Transportes. Unión Europea.—*II. Procedimientos Jurisdiccionales.* Consumidores y Usuarios. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de la Competencia. Derecho de Contratos. Derecho de la Persona. Derecho de Sociedades. Espacio Judicial Europeo. Marcas, Dibujos y Modelos. Protección de datos personales. Responsabilidad Civil. Seguros.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

BANCA Y VALORES

- 1. 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, p. 1). DOUE, L, núm. 321, de 30 de noviembre de 2013.**
- 2. Corrección de errores de la Directiva 2013/50/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, por la que se modifican la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, y la Directiva 2007/14/CE de la Comisión por la que se establecen disposiciones de aplicación de determinadas prescripciones de la Directiva 2004/109/CE (DO L 294 de 6.11.2013). DOUE, L, núm. 14, de 18 de enero de 2014.**

3. Decisión de Ejecución del Consejo, de 11 de febrero de 2014, por la que se aplica el Reglamento (UE) núm. 1024/2013 del Consejo, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito. *DOUE*, L, núm. 41, de 12 de febrero de 2014.
4. Decisión del Banco Central Europeo, de 4 de febrero de 2014, por la que se enumeran las entidades de crédito sujetas a la evaluación global (*BCE/2014/3*). *DOUE*, L, núm. 69, de 8 de marzo de 2014.
5. Reglamento Delegado (UE) núm. 241/2014 de la Comisión, de 7 de enero de 2014, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación aplicables a los requisitos de fondos propios de las entidades. *DOUE*, L, núm. 74, de 14 de marzo de 2014.

CONSUMIDORES Y USUARIOS

6. Decisión de Ejecución de la Comisión, de 25 de noviembre de 2013, sobre las directrices relativas al anexo I del Reglamento (CE) núm. 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los productos cosméticos. *DOUE*, L, núm. 315, de 26 de noviembre de 2013.
7. Decisión de la Comisión, de 5 de febrero de 2014, sobre los requisitos de seguridad que deben cumplir las normas europeas sobre productos láser de consumo con arreglo a la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la seguridad general de los productos. *DOUE*, L, núm. 36, de 6 de febrero de 2014.
8. Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010. *DOUE*, L, núm. 60, de 28 de febrero de 2014.

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

9. Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia. *DOUE*, L, núm. 69, de 8 de marzo de 2014.

DERECHO DE FAMILIA

10. Corrección de errores del Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la

cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO L 7 de 10.1.2009). *DOUE*, L, núm. 281, de 23 de octubre de 2013.

11. Decisión de la Comisión, de 27 de enero de 2014, por la que se confirma la participación de Grecia en la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. *DOUE*, L, núm. 23, de 28 de enero de 2014.

DERECHO MEDIOAMBIENTAL

12. Directiva 2014/38/UE de la Comisión, de 10 de marzo de 2014, por la que se modifica el anexo III de la Directiva 2008/57/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la contaminación acústica. *DOUE*, L, núm. 70, de 11 de marzo de 2014.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

13. Acta de corrección de errores del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007 (DO L 147 de 10.6.2009). *DOUE*, C, núm. 18, de 21 de enero de 2014.

MERCADO DE VALORES Y SOCIEDADES

14. Directiva 2013/58/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, que modifica la Directiva 2009/138/CE (Solvencia II) por lo que se refiere a sus fechas de transposición y aplicación, así como a la fecha de derogación de determinadas Directivas (Solvencia I). *DOUE*, L, núm. 341, de 18 de diciembre de 2013.
15. Corrección de errores de la 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 (DO L 182 de 29.6.2013). *DOUE*, L, núm. 353, de 28 de diciembre de 2013.
16. Recomendación de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. *DOUE*, L, núm. 74, de 14 de marzo de 2014.

PROTECCIÓN DE DATOS

17. Decisión del Supervisor Europeo de Protección de Datos, de 17 de diciembre de 2012, relativa a la adopción del Reglamento interno. *DOUE*, L, núm. 273, de 15 de octubre de 2013.

TRANSPORTES

18. **Directiva 2013/47/UE de la Comisión, de 2 de octubre de 2013, por la que se modifica la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el permiso de conducción. DOUE, L, núm. 261, de 3 de octubre de 2013.**

UNIÓN EUROPEA

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. 251, de 21 de septiembre de 2013.**
20. **Instrucciones prácticas a las partes sobre los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia. DOUE, L. Núm. 31, de 31 de enero de 2014.**
21. **Reglamento adicional del Tribunal de Justicia. DOUE, L, núm. 32, de 1 de febrero de 2014.**

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

CONSUMIDORES Y USUARIOS

22. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la seguridad de los productos de consumo y por el que se derogan la Directiva 87/357/CEE del Consejo y la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [COM(2013) 78 final – 2013/0049 (COD)]. DOUE, C, núm. 271, de 19 de septiembre de 2013.**
23. **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. 323, de 8 de noviembre de 2013.**
24. **Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2012, sobre los implantes mamarios de gel de silicona defectuosos fabricados por la empresa francesa PIP [2012/2621(RSP)]. DOUE, C, núm. 332 E, de 15 de noviembre de 2013.**
25. **Declaración del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las normas de control en el ámbito de la trazabilidad de los productos y la protección del consumidor. DOUE, C, núm. 351 E, de 30 de noviembre de 2013.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

26. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario y no alimentario entre empresas en Europa [COM(2013) 37 final]. DOUE, C, núm. 327, de 12 de noviembre de 2013.
27. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Informe de la Comisión sobre la política de competencia de 2012 [COM(2013) 257 final]. DOUE, C, núm. 67, de 6 de marzo de 2014.
28. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea [COM(2013) 404 final – 2013/0185 (COD)] y la 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 [C(2013) 3440]. DOUE, C, núm. 67, de 6 de marzo de 2014.
29. Defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Comunidad Europea Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 25 de octubre 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, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping por parte de países no miembros de la Comunidad Europea [COM(2012)0270 – C7-0146/2012 – 2012/0145(COD)] P7_TC1-COD(2012)0145 Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 25 de octubre 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. 72 E, de 11 de marzo de 2014.

DERECHO DE SOCIEDADES

30. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo – Un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas» [COM(2012) 740 final]. DOUE, C, núm. 271, de 19 de septiembre de 2013.
31. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al

Comité Económico y Social Europeo «Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial» [COM(2012) 742 final] y sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia [COM(2012) 744 final – 2012/0360 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 271, de 19 de septiembre de 2013.

32. Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de junio de 2012, sobre el futuro del Derecho europeo de sociedades [2012/2669(RSP)]. *DOUE*, C, núm. 332 E, de 15 de noviembre de 2013.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

33. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se facilita la libertad de circulación de los ciudadanos y de las empresas, simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea, y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012 [COM(2013) 228 final – 2013/119 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 327, de 12 de noviembre de 2013.

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

34. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (refundición) [COM(2013) 162 final – 2013/0089 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 327, de 12 de noviembre de 2013.
35. Resumen ejecutivo del dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (refundición) y la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 207/2009 sobre la marca comunitaria. *DOUE*, C, núm. 32, de 4 de febrero de 2014.

PUBLICIDAD

36. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Proteger a las empresas contra las prácticas comerciales engañosas y garantizar una aplicación efectiva – Revisión de la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa» [COM(2012) 702 final]. *DOUE*, C, núm. 271, de 19 de septiembre de 2013.

PROPIEDAD INTELECTUAL

37. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 3 de julio de 2012, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de la propiedad intelectual [COM(2011)0285 – C7-0139/2011 – 2011/0137(COD)]. P7_TC1-COD(2011)0137. *DOUE*, C, núm. 349 E, de 29 de noviembre de 2013.
38. Posición Del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 3 de julio de 2012 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) núm. .../2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual. *DOUE*, C, núm. 349 E, de 29 de noviembre de 2013.

SEGUROS

39. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 3 de julio de 2012, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2009/138/CE, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), por lo que se refiere a sus fechas de transposición y aplicación, así como a la fecha de derogación de determinadas Directivas [COM(2012)0217 – C7-0125/2012 – 2012/0110(COD)]. P7_TC1-COD(2012)0110. *DOUE*, C, núm. 349 E, de 29 de noviembre de 2013.
40. Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 3 de julio de 2012 con vistas a la adopción de la Directiva 2012/.../UE del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 2009/138/CE, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II), por lo que se refiere a la fecha de transposición, la fecha de aplicación y la fecha de derogación de determinadas Directivas. *DOUE*, C, núm. 349 E, de 29 de noviembre de 2013.

TRANSPORTES

41. Comunicación de la Comisión en el marco de la aplicación de la Directiva 2000/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa a las instalaciones de transporte de personas por cable (*Publicación de títulos y referencias de normas armonizadas conforme a la legislación sobre armonización de la Unión*). *DOUE*, C, núm. 268, de 17 de septiembre de 2013.
42. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las Normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos (programa evolutivo) [COM(2013) 130 final]. *DOUE*, C, núm. 327, de 12 de noviembre de 2013.

43. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Cuarto paquete ferroviario compuesto por los siete documentos siguientes: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al «Cuarto paquete ferroviario: completar el espacio ferroviario europeo único para fomentar la competitividad y el crecimiento europeos»**[COM(2013) 25 final]; **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se deroga el Reglamento (CEE) núm. 1192/69 del Consejo, relativo a las normas comunes para la normalización de las cuentas de las empresas ferroviarias** [COM(2013) 26 final – 2013/0013 (COD)]; **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 881/2004** [COM(2013) 27 final – 2013/0014 (COD)]; **Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) núm. 1370/2007 en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril** [COM(2013) 28 final – 2013/0028 (COD)]; **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias, la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único** [COM(2013) 29 final – 2013/0029 (COD)]; **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea (refundición)** [COM(2013) 30 final – 2013/0015 (COD)]; **Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la seguridad ferroviaria (refundición)** [COM(2013) 31 final – 2013/0016 (COD)]. *DOUE, C*, núm. 327, de 12 de noviembre de 2013.
44. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/53/CE del Consejo, de 25 de julio de 1996, por la que se establecen, para determinados vehículos de carretera que circulan en la Comunidad, las dimensiones máximas autorizadas en el tráfico nacional e internacional y los pesos máximos autorizados en el tráfico internacional** [COM(2013) 195 final/2 – 2013/0105 (COD)]. *DOUE, C*, núm. 327, de 12 de noviembre de 2013.
45. **Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de octubre de 2012, sobre los derechos de los pasajeros en todos los modos de transporte** [2012/2067(INI)]. *DOUE, C*, núm. 68, de 7 de marzo de 2014.

UNIÓN EUROPEA

46. **Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales.** *DOUE, C*, núm. 30, de 1 de febrero de 2014.

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

CONSUMIDORES Y USUARIOS

47. Asunto C-32/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de octubre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Badajoz – España) – Soledad Duarte Hueros/Autociba, S.A., Automóviles Citroën España, S.A. (Directiva 1999/44/CE – Derechos de los consumidores en caso de falta de conformidad – Escasa importancia de dicha falta de conformidad – Improcedencia de la resolución del contrato – Competencias del órgano jurisdiccional nacional). *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
48. Asunto C-218/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de octubre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Saarbrücken – Alemania) – Lokman Emrek/Vlado Sabronovic [Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 15, apartado 1, letra c) – Competencia en materia de contratos celebrados por consumidores – Eventual limitación de dicha competencia a los contratos celebrados a distancia – Relación de causalidad entre la actividad comercial o profesional dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor a través de Internet y la celebración del contrato]. *DOUE*, C, núm. 367, de 14 de diciembre de 2013.
49. Asunto C-478/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 14 de noviembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Fledkirch – Austria) – Armin Maletic, Marianne Maletic/lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH [Competencia judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 16, apartado 1 – Contrato de viaje celebrado entre un consumidor domiciliado en un Estado miembro y una agencia de viajes domiciliada en otro Estado miembro – Prestador de servicios utilizado por la agencia de viajes domiciliado en el Estado miembro del domicilio del consumidor – Derecho del consumidor de entablar una acción judicial contra las dos empresas ante el tribunal del lugar de su domicilio]. *DOUE*, C, núm. 9, de 11 de enero de 2014.

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

50. Asunto C-546/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 26 de septiembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Højesteret – Dinamarca) – Dansk Jurist- og Økonomforbund, que actúa en nombre de Erik Toftgaard/Indenrigs- og Sundhedsministeriet (Igualdad de trato en el empleo y la ocupación – Prohibición de discriminación por motivo de edad – Directiva 2000/78/CE – Artículo 6, apartados 1 y 2 – Negativa a abonar una remuneración por disponibilidad a los funcionarios que han cumplido 65 años y que tienen derecho a una pensión de jubilación). *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.

51. Asunto C-5/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de septiembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Lleida – España) – Betriu Montull, Marc/Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) (Política social – Directiva 92/85/CEE – Protección de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia – Artículo 8 – Permiso de maternidad – Directiva 76/207/CEE – Igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras – Artículo 2, apartados 1 y 3 – Derecho a un permiso en favor de las madres trabajadoras por cuenta ajena después del nacimiento de un hijo – Posible utilización por la madre trabajadora por cuenta ajena y por el padre trabajador por cuenta ajena – Madre que no es trabajadora por cuenta ajena y no está afiliada a un régimen público de seguridad social – Exclusión del derecho al permiso para el padre trabajador por cuenta ajena – Padres biológicos y padres adoptivos – Principio de igualdad de trato). *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
52. Asunto C-267/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de diciembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – Frédéric Hay/Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres (Directiva 2000/78/CE – Igualdad de trato – Convenio colectivo que reserva una ventaja en materia de remuneración y de condiciones de trabajo a los trabajadores que contraen matrimonio – Exclusión de las parejas que han celebrado un pacto civil de convivencia por el que se crea una pareja de hecho registrada – Discriminación basada en la orientación sexual). *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

53. Asunto T-566/08: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2013 – Total Raffinage Marketing/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de las ceras de parafina – Mercado del gatsch – Decisión mediante la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto de los mercados – Prueba de la existencia de la práctica colusoria – Concepto de infracción única y continua – Duración de la infracción – Interrupción de la infracción – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Igualdad de trato – Presunción de inocencia – Imputabilidad de la conducta infractora – Responsabilidad de una sociedad matriz por las infracciones de las normas sobre la competencia cometidas por sus filiales – Influencia decisiva ejercida por la sociedad matriz – Presunción en caso de posesión de una participación del 100 % – Proporcionalidad – Método de redondeo – Competencia jurisdiccional plena»). *DOUE*, C, núm. 313, de 26 de octubre de 2013.
54. Asunto T-364/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Duravit y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Deci-

sión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Coordinación del incremento de los precios e intercambio de información delicada a efectos comerciales – Infracción única y continuada – Carga de la prueba – Multas – Igualdad de trato – Proporcionalidad – Legalidad de las penas»). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.

55. Asunto T-368/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Rubinetteria Cisa/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Coordinación del incremento de los precios e intercambio de información delicada a efectos comerciales – Concepto de infracción – Comunicación de 2002 sobre la cooperación – Cooperación – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Cálculo del importe de la multa – Incapacidad contributiva»). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.
56. Asuntos acumulados T-373/10, T-374/10, T-382/10 y T-402/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Villeroy & Boch Austria y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Coordinación del incremento de los precios e intercambio de información delicada a efectos comerciales – Infracción única – Imputabilidad de la conducta infractora – Prueba – Multas – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Irretroactividad – Plazo razonable»). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.
57. Asunto T-375/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 — Hansa Metallwerke y otros/Comisión («Competencia — Prácticas colusorias — Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño — Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Coordinación del incremento de los precios e intercambio de información delicada a efectos comerciales – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Comunicación de 2002 sobre la cooperación – Reducción del importe de la multa – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Irretroactividad»). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.
58. Asunto T-376/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Mamoli Robinetteria/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE –

- Coordinación de los incrementos de precios e intercambio de información comercial sensible – Derecho de defensa – Comunicación de 2002 sobre la cooperación – Excepción de ilegalidad – Concepto de práctica colusoria – Cálculo del importe de la multa – Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006 – Gravedad – Coeficiente del importe adicional»). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.
59. Asunto T-378/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Masco/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el EEE – Coordinación del incremento de los precios e intercambio de información delicada a efectos comerciales – Infracción única»). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.
60. Asuntos acumulados T-379/10 y T-381/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Keramag Keramische Werke y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Coordinación del incremento de los precios e intercambio de información delicada a efectos comerciales – Duración de la infracción – Derecho de defensa – Acceso al expediente – Imputabilidad de la conducta infractora»). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.
61. Asunto T-380/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Wabco Europe y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Coordinación de los incrementos de precios e intercambio de información comercial sensible – Distorsión de la competencia – Prueba – Cálculo del importe de la multa – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Comunicación de 2002 sobre la cooperación – Dispensa de multa – Reducción del importe de la multa – Valor añadido significativo – Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006 – Principio de irretroactividad»). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.
62. Asunto T-386/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Dornbracht/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Coordinación de los incrementos de precios e intercambio de información comercial sensible – Excepción de ilegalidad – Gravedad de la infracción

– Circunstancias atenuantes – Igualdad de trato – Proporcionalidad – Principio de irretroactividad»). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.

63. Asunto T-396/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Zucchetti Rubinetteria/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Coordinación de los incrementos de precios e intercambio de información comercial sensible – Concepto de infracción – Infracción única – Mercado pertinente – Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006 – Gravedad – Coeficientes»). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.
64. Asunto T-408/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Roca Sanitario/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Imputabilidad de la conducta infractora – Multas – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Gravedad de la infracción – Coeficientes – Circunstancias atenuantes – Reducción del importe de la multa – Valor añadido significativo»). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.
65. Asunto T-411/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Laufen Austria/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Coordinación de los incrementos de precios e intercambio de información comercial sensible – Imputabilidad de la conducta infractora – Multas – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Gravedad de la infracción – Coeficientes – Circunstancias atenuantes – Crisis económica – Presión ejercida por los mayoristas – Comunicación de 2002 sobre la cooperación – Reducción del importe de la multa – Valor añadido significativo»). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.
66. Asunto T-412/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Roca/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados belga, alemán, francés, italiano, neerlandés y austriaco de productos y accesorios para cuartos de baño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Coordinación de los incrementos de precios e intercambio de información comercial sensible – Imputabilidad de la conducta infractora – Multas – Directrices para el cálculo de las multas de 2006 – Gravedad de la infracción – Circunstancias atenuantes – Crisis económica – Comunicación

- de 2002 sobre la cooperación – Reducción del importe de la multa – Valor añadido significativo»). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.
67. Asunto T-462/07: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Galp Energía España y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado español del betún de penetración – Decisión declarativa de una infracción del artículo 81 CE – Acuerdos anuales de reparto del mercado y de coordinación de los precios – Prueba de la participación en la práctica colusoria – Cálculo del importe de la multa»). *DOUE*, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.
68. Asunto T-482/07: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Nynäs Petroleum y Ninas Petróleo/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado español del betún de penetración – Decisión declarativa de una infracción del artículo 81 CE – Acuerdos anuales de reparto del mercado y de coordinación de los precios – Prueba de la participación en la práctica colusoria – Cálculo del importe de la multa»). *DOUE*, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.
69. Asunto T-495/07: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – PROAS/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado español del betún de penetración – Decisión declarativa de una infracción del artículo 81 CE – Acuerdos anuales de reparto del mercado y de coordinación de los precios – Traducción del pliego de cargos – Cálculo del importe de la multa – Plazo razonable – Fuerza de cosa juzgada»). *DOUE*, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.
70. Asunto T-496/07: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Repsol Lubricantes y Especialidades y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado español del betún de penetración – Acuerdos anuales de reparto del mercado y de coordinación de los precios – Derecho de defensa – Imputabilidad del comportamiento infractor – Principio de personalidad de las penas y las sanciones – Cálculo del importe de la multa – Fuerza de cosa juzgada»). *DOUE*, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.
71. Asunto T-497/07: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – CEPSA/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado español del betún de penetración – Acuerdos anuales de reparto del mercado y de coordinación de los precios – Traducción del pliego de cargos – Imputabilidad del comportamiento infractor – Plazo razonable – Principio de imparcialidad – Cálculo del importe de la multa – Fuerza de cosa juzgada»). *DOUE*, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.
72. Asunto C-435/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de septiembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – CHS Tour Services GmbH/Team4 Travel GmbH (Directiva 2005/29/CE – Prácticas

comerciales desleales – Folleto de venta que incluye información falsa – Calificación de «práctica comercial engañosa» – Caso en el que no cabe reprochar al comerciante haber incumplido su deber de diligencia). *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.

73. Asunto C-668/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 26 de septiembre de 2013 – Alliance One International Inc./Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado español de compra y primera transformación de tabaco crudo – Fijación de precios y reparto del mercado – Infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad de la conducta infractora de una filial a su sociedad matriz – Efecto disuasorio – Igualdad de trato – Cooperación – Obligación de motivación – Circunstancias atenuantes). *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
74. Asunto C-679/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 26 de septiembre de 2013 – Alliance One International, Inc./Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado español de compra y primera transformación de tabaco crudo – Fijación de precios y reparto del mercado – Infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad de la conducta infractora de una filial a su sociedad matriz – Obligación de motivación – Derechos fundamentales – Efecto disuasorio – Igualdad de trato – Circunstancias atenuantes – Cooperación – Facultad jurisdiccional plena – Ne ultra petita – Derecho a un proceso equitativo). *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
75. Asunto C-56/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de septiembre de 2013 – European Federation of Ink and Ink Cartridge Manufacturers (EFIM)/Comisión Europea, Lexmark International Technology SA (Recurso de casación – Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado de cartuchos de tinta – Decisión por la que se desestima una denuncia – Falta de interés comunitario – Escasa probabilidad de demostrar la existencia de una infracción del artículo 82 CE – Importancia de la gravedad de la supuesta infracción). *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
76. Asunto C-59/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de octubre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV (Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales – Ámbito de aplicación – Información engañosa difundida por una caja de seguro de enfermedad del régimen legal de seguridad social – Caja constituida bajo la forma de organismo de Derecho Público). *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
77. Asunto C-172/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 26 de septiembre de 2013 – EI du Pont de Nemours and Company/Comisión Europea, DuPont Performance Elastomers LLC, DuPont Performance Elastomers SA (Recurso de casación –

- Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de cloropreno – Fijación de precios y reparto del mercado – Infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad de la conducta infractora de una filial a su sociedad matriz – Control conjunto por dos sociedades matrices – Influencia determinante – Responsabilidad solidaria – Prescripción – Interés legítimo). *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
78. Asunto C-179/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 26 de septiembre de 2013 – The Dow Chemical Company/ Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de cloropreno – Fijación de precios y reparto del mercado – Infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad de la conducta infractora de una filial a su sociedad matriz – Control conjunto por dos sociedades matrices – Influencia determinante – Derecho de defensa – Incremento de la multa – Efecto disuasorio). *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
79. Asunto T-432/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2013 – Vivendi/Comisión («Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado francés de la banda ancha y de los contratos de telefonía – Decisión desestimatoria de una denuncia – Falta de interés comunitario – Importancia de la infracción alegada en relación con el funcionamiento del mercado interior – Probabilidad de poder demostrar la existencia de la infracción alegada»). *DOUE*, C, núm. 352, de 30 de noviembre de 2013.
80. Asunto C-510/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 24 de octubre de 2013 – Kone Oyj, Kone GmbH y Kone BV/ Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de la instalación y el mantenimiento de ascensores y escaleras mecánicas – Multas – Comunicación relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel – Recurso judicial efectivo). *DOUE*, C, núm. 367, de 14 de diciembre de 2013.
81. Asunto C-391/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de octubre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – RLvS Verlagsgesellschaft mbH/Stuttgarter Wochenblatt GmbH [Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales – Ámbito de aplicación *ratione personae* – Omisiones engañosas en los publirreportajes – Normativa de un Estado miembro que prohíbe cualquier publicación remunerada sin hacer constar la mención «publicidad» («Anzeige») – Armonización completa – Medidas más estrictas – Libertad de prensa]. *DOUE*, C, núm. 367, de 14 de diciembre de 2013.
82. Asunto T-42/13: Auto del Tribunal General de 19 de noviembre de 2013 – 1. garantovaná/Comisión («Recurso de anulación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del carburo de calcio y magnesio para las industrias del acero y del gas en el EEE, con excepción de Irlanda, España, Portugal y el Reino Unido – Multas

– Intereses de demora – Acto no recurrible – Inadmisibilidad»). *DOUE*, C, núm. 15, de 18 de enero de 2014.

83. Asunto T-79/12: Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2013 – Cisco Systems y Messagenet/Comisión («Competencia – Concentraciones – Mercados europeos de los servicios de comunicaciones por Internet – Decisión que declara la concentración compatible con el mercado interior – Errores manifiestos de apreciación – Obligación de motivación»). *DOUE*, C, núm. 31, de 1 de febrero de 2014.
84. Asunto C-40/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013 – Gascogne Sack Deutschland GmbH, anteriormente Sachsa Verpackung GmbH/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los sacos industriales de plástico – Imputabilidad a la sociedad matriz de la infracción cometida por la filial – Duración excesiva del procedimiento ante el Tribunal General – Principio de tutela judicial efectiva). *DOUE*, C, núm. 39, de 8 de febrero de 2014.
85. Asunto C-50/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013 – Kendrion NV/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los sacos industriales de plástico – Imputabilidad a la sociedad matriz de la infracción cometida por la filial – Responsabilidad solidaria de la sociedad matriz en cuanto al pago de la multa impuesta a la filial – Duración excesiva del procedimiento ante el Tribunal General – Principio de tutela judicial efectiva). *DOUE*, C, núm. 39, de 8 de febrero de 2014.
86. Asunto C-58/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013 – Groupe Gascogne SA/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los sacos industriales de plástico – Imputabilidad a la sociedad matriz de la infracción cometida por la filial – Consideración del volumen de negocios global del grupo para el cálculo del límite máximo de la multa – Duración excesiva del procedimiento ante el Tribunal General – Principio de tutela judicial efectiva). *DOUE*, C, núm. 39, de 8 de febrero de 2014.
87. Asunto T-399/09: Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2013 – HSE/Comisión [Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del carburo de calcio y del magnesio para las industrias del acero y el gas del EEE, con excepción de Irlanda, España, Portugal y Reino Unido – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto del mercado – Imputabilidad de la conducta infractora – Presunción de inocencia – Multas – Artículo 23 del Reglamento (CE) no 1/2003 – Circunstancias atenuantes – Infracción cometida por negligencia – Infracción autorizada o promovida por las autoridades públicas]. *DOUE*, C, núm. 39, de 8 de febrero de 2014.

88. Asunto C-446/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de diciembre de 2013 – Comisión Europea/Edison SpA (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado europeo del peróxido de hidrógeno y del perborato sódico – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Imputabilidad del comportamiento ilícito – Obligación de motivación). *DOUE*, C, núm. 45, de 15 de febrero de 2014.
89. Asunto C-447/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de diciembre de 2013 – Caffaro Srl, en régimen de administración extraordinaria/Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado europeo del peróxido de hidrógeno y del perborato sódico – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Cálculo de la multa – Duración de la infracción – Prescripción – Circunstancias atenuantes). *DOUE*, C, núm. 45, de 15 de febrero de 2014.
90. Asunto C-448/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de diciembre de 2013 – SNIA Spa, en régimen de administración extraordinaria/Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado europeo del peróxido de hidrógeno y del perborato de sodio – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Imputación de la responsabilidad en materia de competencia – Criterio de continuidad económica – Vulneración de los derechos de defensa – Obligación de motivación). *DOUE*, C, núm. 45, de 15 de febrero de 2014.
91. Asunto C-449/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de diciembre de 2013 – Solvay Solexis SpA/Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado europeo del peróxido de hidrógeno y del perborato sódico – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Conceptos de «acuerdo» y de «práctica concertada» – Concepto de «infracción única y continuada» – Cálculo de la multa). *DOUE*, C, núm. 45, de 15 de febrero de 2014.
92. Asunto C-455/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de diciembre de 2013 – Solvay S.A./Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado europeo del peróxido de hidrógeno y del perborato sódico – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Duración de la infracción – Conceptos de «acuerdo» y de «práctica concertada» – Comunicación sobre la cooperación – Obligación de motivación – Reducción de la multa). *DOUE*, C, núm. 45, de 15 de febrero de 2014.
93. Asuntos acumulados C-239/11 P, C-489/11 P y C-498/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de diciembre de 2013 – Siemens AG (C-239/11 P), Mitsubishi Electric Corp. (C-489/11 P), Toshiba Corp. (C-498/11 P)/Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Carteles – Mercado de los proyectos relativos a conductadores con aislamiento de gas – Reparto del mercado – Reglamento (CE) no 1/2003 – Prueba de la infracción – Infracción única y

continuada – Fuerza probatoria de declaraciones contrarias a los intereses del declarante – Multas – Importes iniciales – Año de referencia – Coeficiente multiplicador disuasorio – Competencia de plena jurisdicción – Igualdad de trato – Derecho de defensa – Obligatoriedad de motivación]. *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.

94. Asunto C-10/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de diciembre de 2013 – Transnational Company «Kazchrome» AO, ENRC Marketing AG/Consejo de la Unión Europea, Comisión Europea, Euroalliages [Recurso de casación – Dumping – Reglamento (CE) no 172/2008 – Importaciones de ferrosilicio originario de China, Egipto, Kazajstán, la Antigua República Yugoslava de Macedonia y Rusia – Reconsideración provisional parcial – Reglamento (CE) no 384/96 – Artículo 3, apartado 7 – Factores conocidos – Perjuicio para la industria de la Unión – Relación de causalidad]. *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.
95. Asunto C-281/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 19 de diciembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato – Italia) – Trento Sviluppo srl, Centrale Adriatica Soc coop/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores – Directiva 2005/29/CE – Artículo 6, apartado 1 – Concepto de «acción engañosa» – Carácter acumulativo de los requisitos enumerados por la disposición de que se trata). *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.
96. Asunto T-385/11: Sentencia del Tribunal General de 16 de enero de 2014 – BP Products North America/Consejo [«Dumping – Subvenciones – Importaciones de biodiésel originario de los Estados Unidos – Elusión – Artículo 13 del Reglamento (CE) no 1225/2009 – Artículo 23 del Reglamento (CE) no 597/2009 – Producto similar ligeramente modificado – Seguridad jurídica – Desviación de poder – Errores manifiestos de apreciación – Obligación de motivación – Igualdad de trato – Principio de buena administración»]. *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.
97. Asunto T-384/09: Sentencia del Tribunal General de 23 de enero de 2014 – SKW Stahl-Metallurgie Holding y SKW Stahl-Metallurgie/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del carburo de calcio y del magnesio para las industrias del acero y del gas en el EEE, excepto Irlanda, España, Portugal y el Reino Unido – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto del mercado – Derecho de defensa – Imputabilidad de la conducta ilícita – Obligación de motivación – Multas – Igualdad de trato – Circunstancias atenuantes – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Proporcionalidad – Responsabilidad solidaria a efectos del pago de la multa – Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006»). *DOUE*, C, núm. 71, de 8 de marzo de 2014.

98. Asunto T-391/09: Sentencia del Tribunal General de 23 de enero de 2014 – Evonik Degussa y AlzChem/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del carburo de calcio y del magnesio para las industrias del acero y del gas en el EEE, excepto Irlanda, España, Portugal y el Reino Unido – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto del mercado – Imputabilidad de la conducta ilícita – Multas – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Circunstancias agravantes – Reincidencia – Circunstancias atenuantes – Proporcionalidad – Duración de la infracción – Responsabilidad solidaria a efectos del pago de la multa – Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006»). *DOUE*, C, núm. 71, de 8 de marzo de 2014.
99. Asunto T-395/09: Sentencia del Tribunal General de 23 de enero de 2014 – Gigaset/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del carburo de calcio y del magnesio para las industrias del acero y del gas en el EEE, excepto Irlanda, España, Portugal y el Reino Unido – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto del mercado – Imputabilidad de la conducta ilícita – Obligación de trato – Circunstancias atenuantes – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Responsabilidad solidaria a efectos del pago de la multa – Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006»). *DOUE*, C, núm. 71, de 8 de marzo de 2014.
100. Asunto T-528/09: Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2014 – Hubei Xinyegang Steel/Consejo [«Dumping – Importaciones de determinados tubos sin soldadura de hierro o acero originarios de China – Determinación de una amenaza de perjuicio – Artículo 3, apartado 9, y artículo 9, apartado 4, del Reglamento (CE) no 384/96 [actualmente artículo 3, apartado 9, y artículo 9, apartado 4, del Reglamento (CE) no 1225/2009]»]. *DOUE*, C, núm. 71, de 8 de marzo de 2014.
101. Asuntos acumulados T-23/10 y T-24/10: Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014 – Arkema France/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados europeos de los estabilizadores térmicos de estaño y de los estabilizadores térmicos ESBO/ésteres – Decisión por la que se declara la existencia de dos infracciones del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Multas – Duración de la infracción – Prescripción – Interés legítimo en que se declare la existencia de una infracción – Pretensión de reforma – Importe de las multas – Duración de las infracciones – Competencia jurisdiccional plena»). *DOUE*, C, núm. 78, de 15 de marzo de 2014.
102. Asunto T-27/10: Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014 – AC-Treuhand/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados de los estabilizadores térmicos de estaño y de los estabilizadores térmicos ESBO/ésteres – Decisión por la que

se declara la existencia de dos infracciones del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Empresa asesora que no opera en los mercados afectados – Multas – Pretensión de anulación – Concepto de empresa – Principio de legalidad penal – Duración de la infracción – Prescripción – Duración del procedimiento administrativo – Plazo razonable – Derecho de defensa – Información tardía del procedimiento de investigación – Límite máximo del 10 % del volumen de negocios – Sanción de dos infracciones en la misma Decisión – Concepto de infracción única – Pretensión de reforma – Importe de las multas – Duración de las infracciones – Duración del procedimiento administrativo – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Valor de las ventas – Multa simbólica – Facultades de plena jurisdicción». *DOUE*, C, núm. 78, de 15 de marzo de 2014.

103. Asunto T-40/10: Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014 – Elf Aquitaine/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercados europeos de los estabilizadores térmicos de estaño y de los estabilizadores térmicos ESBO/ésteres – Decisión por la que se declara la existencia de dos infracciones del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Multas – Pretensión de anulación – Derecho de defensa – Información tardía de la investigación de la Comisión – Duración del procedimiento administrativo – Responsabilidad de una sociedad matriz por las infracciones de las normas sobre la competencia cometidas por sus filiales – Presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante – Duración de la infracción – Prescripción – Interés legítimo en que se declare la existencia de una infracción pasada – Multas impuestas a la sociedad matriz de un importe diferente al de las multas impuestas a la filial – Competencia jurisdiccional plena»). *DOUE*, C, núm. 78, de 15 de marzo de 2014.
104. Asunto T-342/11: Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014 – CEEES y Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado español de estaciones de servicio – Decisión desestimatoria de una denuncia – Reglamento (CE) no 1/2003 – Incumplimiento de los compromisos convertidos en obligatorios mediante una decisión de la Comisión – Reapertura del procedimiento – Multas sancionadoras – Multas coercitivas»]. *DOUE*, C, núm. 78, de 15 de marzo de 2014.

DERECHO DE CONTRATOS

105. Asunto C-64/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Anton Schlecker, que actúa con el nombre comercial «Firma Anton Schlecker»/Melitta Josefa Boedeker (Convenio de Roma relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales – Contrato de trabajo – Artículo 6, apartado 2 – Ley aplicable a falta de elección – Ley del país en el que el trabajador «realiza habitualmente su tra-

bajo» – Contrato que presenta vínculos más estrechos con otro Estado miembro). *DOUE, C*, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.

106. Asunto C-184/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de octubre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie van België – Bélgica) – United Antwerp Maritime Agencies (UNAMAR) NV/Navigation Maritime Bulgare (Convenio de Roma relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales – Artículos 3 y 7, apartado 2 – Libertad de elección de las partes – Límites – Leyes de policía – Directiva 86/653/CEE – Agentes comerciales independientes – Contratos de venta o compra de mercancías – Resolución del contrato de agencia por parte del empresario – Normativa nacional de transposición que prevé una protección más amplia que la protección mínima que exige la Directiva y que prevé asimismo la protección de los agentes comerciales en el ámbito de los contratos de prestación de servicios). *DOUE, C*, núm.367, de 14 de diciembre de 2013.

DERECHO DE LA PERSONA

107. Asunto C-486/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 12 de diciembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Gerechtshof te 's-Hertogenbosh – Países Bajos) – en el procedimiento promovido por X (Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Directiva 95/46/CE – Condiciones de ejercicio del derecho de acceso – Percepción de gastos excesivos). *DOUE, C*, núm. 45, de 15 de febrero de 2014.

DERECHO DE SOCIEDADES

108. Asunto C-174/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de diciembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien – Austria) – Alfred Hirman/Immofinanz AG (Procedimiento prejudicial – Derecho de sociedades – Segunda Directiva 77/91/CEE – Responsabilidad de una sociedad anónima por incumplimiento de sus obligaciones en materia de publicidad – Inexactitud de los datos de los folletos de suscripción – Alcance de la responsabilidad – Normativa de un Estado miembro que establece la restitución del precio que pagó el adquirente por la compra de acciones). *DOUE, C*, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

109. Asunto C-49/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Østre Landsret – Dinamarca) – The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs/Sunico ApS, M & B Hol-

ding ApS, Sunil Kumar Harwani [Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 1, apartado 1 – Ámbito de aplicación – Concepto de «materia civil y mercantil» – Acción ejercitada por una autoridad pública – Indemnización de daños y perjuicios por la participación de un tercero que no es sujeto pasivo del IVA en un fraude fiscal]. *DOUE, C*, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.

110. Asunto C-386/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski gradski sad – Bulgaria) – procedimiento entablado por Siegfried János Schneider [Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Ámbito de aplicación – Capacidad de las personas físicas – Competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios – Alcance – Procedimiento de jurisdicción voluntaria relativo al derecho de una persona sometida a curatela y cuyo domicilio se encuentra en un Estado miembro a disponer de inmuebles de su propiedad sitos en otro Estado miembro]. *DOUE, C*, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
111. Asunto C-519/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 17 de octubre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria – Hungría) – OTP Bank Nyilvánosan Működő Részvénytársaság/Hochtief Solution AG [Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencias especiales – Artículo 5, punto 1, letra a) – Concepto de «materia contractual»]. *DOUE, C*, núm. 367, de 14 de diciembre de 2013.
112. Asunto C-508/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 5 de diciembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landesgericht Salzburg – Austria) – Walter Vapenik/Josef Thurner [Espacio de libertad, seguridad y justicia – Reglamento (CE) núm. 805/2004 – Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados – Requisitos para la certificación como título ejecutivo de una resolución – Situación en la que la resolución fue adoptada en el Estado miembro del acreedor en un litigio entre dos personas que no realizan actividades comerciales o profesionales]. *DOUE, C*, núm. 45, de 15 de febrero de 2014.
113. Asunto C-9/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de diciembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de commerce de Verviers – Bélgica) – Corman-Collins SA/La Maison du Whisky SA [Competencia judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 2 – Artículo 5, punto 1, letras a) y b) – Competencia especial en materia contractual – Conceptos de «compraventa de mercaderías» y de «prestación de servicios» – Contrato de concesión

de venta de mercancías]. *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.

114. Asunto C-452/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de diciembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Krefeld – Alemania) – NIPPONKOA Insurance Co. (Europe) Ltd./Inter-Zuid Transport BV [Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículos 27, 33 y 71 – Litispendencia – Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales – Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) – Artículo 31, párrafo 2 – Concurso de normas – Acción de repetición – Acción declarativa negativa – Sentencia declarativa negativa]. *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

115. Asunto C-412/13 P: Recurso de casación interpuesto el 19 de julio de 2013 por Franz Wilhelm Langguth Erben GmbH & Co. KG contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 20 de febrero de 2013 en el asunto T-378/11, Franz Wilhelm Langguth Erben GmbH & Co. KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). *DOUE*, C, núm. 298, de 12 de octubre de 2013.
116. Asunto C-414/13 P: Recurso de casación interpuesto el 22 de julio de 2013 por Reber Holding GmbH & Co. KG contra la sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) dictada el 16 de mayo de 2013 en el asunto T-530/10, Reber Holding GmbH & Co. KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). *DOUE*, C, núm. 298, de 12 de octubre de 2013.
117. Asunto T-37/13: Auto del Tribunal General de 12 de julio de 2013 – Exakt Advanced Technologies/OAMI – Exakt Precision Tools (EXAKT) («Marca comunitaria – Solicitud de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 298, de 12 de octubre de 2013.
118. Asunto C-435/13 P: Recurso de casación interpuesto el 2 de agosto de 2013 por Erich Kastenholtz contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 6 de junio de 2013 en el asunto T-68/11, Erich Kastenholtz/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI). *DOUE*, C, núm. 304, de 19 de octubre de 2013.
119. Asunto T-599/10: Sentencia del Tribunal General de 6 de septiembre de 2013 – Eurocool Logistik/OAMI – Lenger (EUROCOOL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa EUROCOOL – Marca nacional figurativa anterior EUROCOOL LOGISTICS – 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 – Derecho a ser oído»]. *DOUE*, C, núm. 304, de 19 de octubre de 2013.
120. Asunto C-448/13 P: Recurso de casación interpuesto el 7 de agosto de 2013 por Delphi Technologies, Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 6 de junio de 2013 en el asunto T-515/11, Delphi Technologies, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI). *DOUE*, C, núm. 313, de 26 de octubre de 2013.
121. Asunto C-450/13 P: Recurso de casación interpuesto el 12 de agosto de 2013 por Donaldson Filtration Deutschland GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 30 de mayo de 2013 en el asunto T-396/11, ultra air GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). *DOUE*, C, núm. 313, de 26 de octubre de 2013.
122. Asunto T-320/10: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2013 – Fürstlich Castell'sches Domänenamt/OAMI – Castel Frères (CASTEL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa CASTEL – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Admisibilidad – Motivo de denegación absoluto no invocado ante la Sala de Recurso – Examen de oficio de los hechos – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 313, de 26 de octubre de 2013.
123. Asunto T-492/11: Sentencia del Tribunal General de 12 de septiembre de 2013 – «Rauscher» Consumer Products/OAMI (Representación de un tampón) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa un tampón para la menstruación – Motivo de denegación absoluto – Inexistencia de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 313, de 26 de octubre de 2013.
124. Asunto C-494/13 P: Recurso de casación interpuesto el 16 de septiembre de 2013 por GRE Grand River Enterprises Deutschland GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 3 de julio de 2013 en el asunto T-205/12, GRE Grand River Enterprises Deutschland GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.
125. Asunto C-495/13 P: Recurso de casación interpuesto el 16 de septiembre de 2013 por GRE Grand River Enterprises Deutschland GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 3 de julio de 2013 en el asunto T-206/12, GRE Grand River Enterprises Deutschland GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.

126. **Asunto C-509/13 P: Recurso de casación interpuesto el 24 de septiembre de 2013 por Metropolis Inmobiliarias y Restauraciones, SL contra la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) dictada el 11 de julio de 2013 en el asunto T-197/12, Metropolis Inmobiliarias y Restauraciones SL/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). DOUE, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.**
127. **Asunto T-338/09: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Müller-Boré & Partner/OAMI – Popp y otros (MBP) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa MBP – Marca comunitaria denominativa anterior ip_lawnúm.mbp./email – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 (actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009) – Signo nacional utilizado en el tráfico mercantil mbp.de – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento núm. 40/94 (actualmente artículo 8, apartado 4, del Reglamento núm. 207/2009)»]. DOUE, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.**
128. **Asunto T-200/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Avery Dennison/OAMI – Dennison-Hesperia (AVERY DENNISON) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa AVERY DENNISON – Marca nacional denominativa anterior DENNISON – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 – Objeto del litigio ante la Sala de Recurso»]. DOUE, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.**
129. **Asunto T-250/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Knut IP Management/OAMI – Zoologischer Garten Berlin (KNUT – DER EISBÄR) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa KNUT – DER EISBÄR – Marca nacional denominativa anterior KNUD – Motivo de denegación relativo – Riesgo de Confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 (actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009)»]. DOUE, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.**
130. **Asunto T-97/11: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Rovi Pharmaceuticals/OAMI – Laboratorios Farmacéuticos Rovi (ROVI Pharmaceuticals) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ROVI Pharmaceuticals – Marcas comunitaria figurativa anterior ROVI y nacional verbal anterior ROVIFARMA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Igualdad de trato»]. DOUE, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.**

131. Asunto T-437/11: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Golden Balls/OAMI (GOLDEN BALLS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa GOLDEN BALLS – Marca comunitaria denominativa anterior BALLON D’OR – Similitud de los signos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Pretensión de anulación formulada por la parte coadyuvante – Artículo 134, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal – Amplitud del examen que debe efectuar la Sala de Recurso – Obligación de pronunciarse sobre la totalidad del recurso – Artículos 8, apartado 5, 64, apartado 1, y 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.
132. Asunto T-448/11: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Golden Balls/OAMI – Intra-Press (GOLDEN BALLS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa GOLDEN BALLS – Marca comunitaria denominativa anterior BALLON D’OR – Similitud de los signos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Pretensión de anulación formulada por la parte coadyuvante – Artículo 134, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal – Amplitud del examen que debe efectuar la Sala de Recurso – Obligación de pronunciarse sobre la totalidad del recurso – Artículos 8, apartado 5, 64, apartado 1, y 76, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.
133. Asunto T-569/11: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Gitana/OAMI – Teddy (GITANA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa GITANA – Marca comunitaria figurativa anterior KITANA – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Identidad o similitud de los productos – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Denegación parcial de registro»]. *DOUE*, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.
134. Asunto T-284/12: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Oro Clean Chemie/OAMI – Merz Pharma (PROSEPT) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de la marca denominativa comunitaria PROSEPT – Marca denominativa nacional anterior Pursept – Motivo relativo de denegación – Riesgo de confusión – Similitud de signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Derecho de defensa – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.
135. Asunto T-243/10: Auto del Tribunal General de 11 de septiembre de 2013 – Rungis express/OAMI – Žito (MARESTO) («Marca

- comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.
136. Asunto T-562/11: Auto del Tribunal General de 10 de septiembre de 2013 – Symbio Gruppe/OAMI – Ada Cosmetic (SYMBIOTIC CARE) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Cancelación del registro internacional – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.
137. Asunto T-211/12: Auto del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Hübner/OAMI – Silesia Gerhard Hanke (Original silicea Kieselsäure-Gel) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 336, de 16 de noviembre de 2013.
138. Asunto C-609/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 26 de septiembre de 2013 – Centrotherm Systemtechnik GmbH/centrotherm Clean Solutions GmbH & Co. KG, Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Reglamentos (CE) nos 207/2009 y 2868/95 – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa comunitaria CENTROTHERM – Uso efectivo – Concepto – Medios de prueba – Declaración jurada – Artículo 134, apartados 1 a 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal – Facultad de modificación del Tribunal – Alcance de los motivos y de las pretensiones formuladas por una parte coadyuvante]. *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
139. Asunto C-661/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de septiembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Bélgica) – Martin y Paz Diffusion SA/David Depuydt, Fabriek van Maroquinerie Gauquie NV (Marcas – Directiva 89/104/CEE – Artículo 5 – Consentimiento del titular de una marca al uso por un tercero de un signo idéntico a ésta – Consentimiento prestado en el marco de una explotación compartida – Posibilidad que tiene dicho titular de poner fin a la explotación compartida y recuperar el uso exclusivo de su marca). *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
140. Asunto C-120/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013 – Bernhard Rintisch/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Bariatrix Europe Inc. SAS [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 74, apartado 2 – Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Regla 50, apartado 1, párrafos primero y tercero – Oposición del titular de una marca anterior – Existencia de la marca – Pruebas presentadas en apoyo de la oposición una vez finalizado el plazo fijado al efecto – No consideración – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Disposición contraria – Circunstancias que se oponen a que se tengan en cuenta pruebas nuevas o adicionales]. *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.

141. Asunto C-121/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013 – Bernhard Rintisch/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Valfleuri Pâtes alimentaires SA [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 74, apartado 2 – Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Regla 50, apartado 1, párrafos primero y tercero – Oposición del titular de una marca anterior – Existencia de la marca – Pruebas presentadas en apoyo de la oposición una vez finalizado el plazo fijado al efecto – No consideración – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Disposición contraria – Circunstancias que se oponen a que se tengan en cuenta pruebas nuevas o adicionales]. *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
142. Asunto C-122/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013 – Bernhard Rintisch/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Valfleuri Pâtes alimentaires SA [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 74, apartado 2 – Reglamento (CE) núm. 2868/95 – Regla 50, apartado 1, párrafos primero y tercero – Oposición del titular de una marca anterior – Existencia de la marca – Pruebas presentadas en apoyo de la oposición una vez finalizado el plazo fijado al efecto – No consideración – Facultad de apreciación de la Sala de Recurso – Disposición contraria – Circunstancias que se oponen a que se tengan en cuenta pruebas nuevas o adicionales]. *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
143. Asunto T-285/12: Sentencia del Tribunal General de 2 de octubre de 2013 – Cartoon Network/OAMI – Boomerang TV (BOOMERANG) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa BOOMERANG – Marca comunitaria figurativa anterior BoomerangTV – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
144. Asunto T-153/12: Auto del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – Microsoft/OAMI – Sky IP International (SKYDRIVE) («Marca comunitaria – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
145. Asunto C-490/13 P: Recurso de casación interpuesto el 13 de septiembre de 2013 por Cytochroma Development, Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sala Tercera) dictada el 3 de julio de 2013 en el asunto T-106/12: Cytochroma Development, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). *DOUE*, C, núm. 352, de 30 de noviembre de 2013.
146. Asunto T-282/12: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2013 – El Corte Inglés/OAMI – Sohawon (fRee YOUR STYLE).

- [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa comunitaria fRee YOUR STYLE. – Marcas denominativas anteriores, comunitaria y nacional, FREE STYLE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 352, de 30 de noviembre de 2013.
147. Asunto T-328/12: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2013 – Mundipharma/OAMI – AFT Pharmaceuticals (Maxigesic) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Maxigesic – Marca comunitaria denominativa anterior OXYGESIC – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 352, de 30 de noviembre de 2013.
148. Asunto T-379/12: Sentencia del Tribunal General de 15 de octubre de 2013 – Electric Bike World/OAMI – Brunswick (LIFECYCLE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa LIFECYCLE – Marca nacional denominativa anterior LIFECYCLE – Denegación parcial de registro por la Sala de Recurso – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 352, de 30 de noviembre de 2013.
149. Asunto T-453/12: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2013 – Zoo Sport/OAMI – K-2 (ZOOSPORT) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ZOOSPORT – Marca comunitaria denominativa anterior ZOOT y marca comunitaria figurativa anterior SPORTS ZOOT SPORTS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 352, de 30 de noviembre de 2013.
150. Asunto T-455/12: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2013 – Zoo Sport/OAMI – K-2 (zoo sport) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa ZOO Sport – Marca comunitaria denominativa anterior ZOOT y marca comunitaria figurativa anterior SPORTS ZOOT SPORTS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 352, de 30 de noviembre de 2013.
151. Asunto T-231/10: Sentencia del Tribunal General de 25 de octubre de 2013 – Merlin y otros/OAMI – Dusyma (Juego) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un juego – Dibujo o modelo anterior – Motivos de nulidad – Novedad – Carácter individual – Distinción entre producto y dibujo o modelo – Artículos 3, 4, 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»]. *DOUE*, C, núm. 359, de 7 de diciembre de 2013.

152. Asunto T-416/11: Sentencia del Tribunal General de 25 de octubre de 2013 – Biotronik SE/OAMI – Cardios Sistemas (CARDIO MANAGER) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa CARDIO MANAGER – Marca nacional denominativa anterior CardioMessenger – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Falta de prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 359, de 7 de diciembre de 2013.
153. Asuntos T-566/11 y T-567/11: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2013 – Viejo Valle/OAMI – Établissements Coquet (Taza y su platillo estriados y plato hondo estriado) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujos o modelos comunitarios registrados que representan una taza y su platillo y un plato hondo estriados – Causa de nulidad – Uso no autorizado de una obra protegida en virtud de la normativa sobre derechos de autor de un Estado miembro – Artículo 25, apartado 1, letra f), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»]. *DOUE*, C, núm. 359, de 7 de diciembre de 2013.
154. Asunto T-581/11: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2013 – Dimian/OAMI – Bayer Design Fritz Bayer (Baby Bambolina) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa Baby Bambolina – Marca nacional anterior no registrada Bambolina – Motivo de denegación relativo – Falta de uso en el tráfico económico de un signo cuyo alcance no sólo es local – Artículo 8, apartado 4, y artículo 53, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 359, de 7 de diciembre de 2013.
155. Asunto T-114/12: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2013 – Bode Chemie/OAMI – Laros (sterilina) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa sterilina – Marcas comunitarias denominativa y figurativa anteriores STERILLIUM y BODE Sterillium – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 359, de 7 de diciembre de 2013.
156. Asunto T-155/12: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2013 – Schulze/OAMI – GKL (Klassiklotterie) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Klassiklotterie – Marca nacional denominativa anterior NKL-Klassiklotterie – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 359, de 7 de diciembre de 2013.
157. Asunto T-417/12: Sentencia del Tribunal General de 23 de octubre de 2013 – SFC Jardibric/OAMI – Aqua Center Europa (AQUA FLOW) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa comunitaria AQUA FLOW – Marca figurativa nacional

- anterior VAQUA FLOW – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Declaración de nulidad – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Inexistencia de caducidad por tolerancia – Artículo 54, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 359, de 7 de diciembre de 2013.
158. Asunto T-191/12: Auto del Tribunal General de 7 de octubre de 2013 – Roland/OAMI – Textiles Well (wellness inspired by nature) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 359, de 7 de diciembre de 2013.
159. Asunto T-128/13: Auto del Tribunal General de 14 de octubre de 2013 – Vicente Gandía Pla/OAMI – Tesco Stores (MARQUÉS DE CHIVÉ) («Marca comunitaria – Oposición – Renuncia a la marca nacional – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 359, de 7 de diciembre de 2013.
160. Asunto T-378/12: Sentencia del Tribunal General de 5 de noviembre de 2013 – Capitalizaciones Mercantiles/OAMI – Leineweber (X) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa X – Marca comunitaria figurativa anterior X – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Carácter distintivo de la marca anterior – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 367, de 14 de diciembre de 2013.
161. Asunto T-451/12: Auto del Tribunal General de 24 de octubre de 2013 – Stromberg Menswear/OAMI – Leketoy Stormberg Inter (STORMBERG) [«Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria denominativa anterior STORMBERG – Renuncia del titular a la marca impugnada – Decisión de conclusión del procedimiento de caducidad – Petición de restitución in integrum – Obligación de motivación – Artículos 58, apartado 1, 76, apartado 1, y 81, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Recurso en parte manifiestamente inadmisibles y en parte manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»]. *DOUE*, C, núm. 367, de 14 de diciembre de 2013.
162. Asunto T-457/12: Auto del Tribunal General de 24 de octubre de 2013 – Stromberg Menswear/OAMI – Leketoy Stormberg Inter (STORMBERG) («Marca comunitaria – Marca comunitaria denominativa STORMBERG – Recurso contra la petición de transformación de una marca comunitaria en solicitudes de marcas nacionales – Inadmisibilidad del recurso ante la Sala de Recurso – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»). *DOUE*, C, núm. 367, de 14 de diciembre de 2013.
163. Asunto C-597/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 17 de octubre de 2013 – Isdin, S.A./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Bial-Portela & Ca SA [Recurso de casación – Marca comunitaria – Procedimiento

de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ZEBEXIR – Marca denominativa anterior ZEBINIX – Motivos de denegación relativos – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Obligación de motivación]. *DOUE*, C, núm. 367, de 14 de diciembre de 2013.

164. Asunto C-410/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 16 de octubre de 2013 – medi GmbH & Co. KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Solicitud de registro de la marca comunitaria denominativa medi – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartados 1, letra b), y 2, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Desnaturalización de las pruebas – Inexistencia]. *DOUE*, C, núm. 377, de 21 de diciembre de 2013.
165. Asunto T-536/10: Sentencia del Tribunal General de 8 de noviembre de 2013 – Kessel/OAMI – Janssen-Cilag (Premeno) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Premeno – Marca nacional denominativa anterior Pramino – Prueba de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Limitación de los productos designados en la solicitud de marca – Artículo 43, apartado 1, del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 377, de 21 de diciembre de 2013.
166. Asunto T-666/11: Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2013 – Budziewska/OAMI – Puma (Felino) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa a un felino – Dibujos o modelos anteriores – Motivo de nulidad – Falta de carácter singular – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Inexistencia de impresión general diferente – Artículo 6 y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»]. *DOUE*, C, núm. 377, de 21 de diciembre de 2013.
167. Asunto T-245/12: Sentencia del Tribunal General de 12 de noviembre de 2013 – Gamesa Eólica/OAMI – Enercon (Degradado de verdes) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Motivo de denegación absoluto – Solicitud de marca comunitaria consistente en un degradado de verdes – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Mala fe – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009 – Artículo 62 del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 377, de 21 de diciembre de 2013.
168. Asunto T-533/12: Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2013 – IBSolution/OAMI – IBS (IBSolution) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa IBSolution – Marca comunitaria figurativa anterior – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 377, de 21 de diciembre de 2013.

169. Asunto T-52/13: Sentencia del Tribunal General de 14 de noviembre de 2013 – Efaq Trade Mark Company/OAMI (FICKEN) [«Marca comunitaria – Solicitud de la marca comunitaria denominativa FICKEN – Motivo de denegación absoluto – Marca contraria al orden público o a las buenas costumbres – Artículo 7, apartado 1, letra f), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 377, de 21 de diciembre de 2013.
170. Asunto T-54/13: Sentencia del Tribunal General de 14 de noviembre de 2013 – Efaq Trade Mark Company/OAMI (FICKEN LIQUORS) [«Marca comunitaria – Solicitud de la marca comunitaria figurativa FICKEN LIQUORS – Motivo de denegación absoluto – Marca contraria al orden público o a las buenas costumbres – Artículo 7, apartado 1, letra f), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 377, de 21 de diciembre de 2013.
171. Asunto T-63/13: Sentencia del Tribunal General de 7 de noviembre de 2013 – Three-N-Products/OAMI-Munindra (AYUR) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa AYUR – Marcas del Benelux denominativas anteriores AYUS – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 377, de 21 de diciembre de 2013.
172. Asunto T-440/08: Auto del Tribunal General de 7 de noviembre de 2013 – 1-2-3.TV/OAMI – ZDF y Televersal Film- und Fernsehproduktion (1-2-3.TV) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 377, de 21 de diciembre de 2013.
173. Asunto C-383/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de noviembre de 2013 – Environmental Manufacturing LLP/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Société Elmar Wolf [Recurso de casación – Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Marca figurativa que representa una cabeza de lobo – Oposición del titular de las marcas figurativas internacionales y nacionales que incluyen los elementos denominativos «WOLF Jardin» y «Outils WOLF» – Motivos de denegación relativos – Perjuicio al carácter distintivo de la marca anterior – Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Artículo 8, apartado 5 – Cambio del comportamiento económico del consumidor medio – Carga de la prueba]. *DOUE*, C, núm. 9, de 11 de enero de 2014.
174. Asunto T-377/10: Sentencia del Tribunal General de 18 de noviembre de 2013 – Preparados Alimenticios/OAMI – Rila Feinkost-Importe (Jambo Afrika) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Jambo Afrika – Marcas comunitarias figurativas anteriores JUMBO, JUMBO CUBE, JUMBO MARINADE, JUMBO NOKKON, JUMBO ROF, JUMBO CHORBA MOUTON-MUTTON, JUMBO Aroma All purpose seasoning Condiment – Marcas nacionales figurativas anteriores JUMBO – Marca denominativa

anterior no registrada JUMBO – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009». *DOUE*, C, núm. 9, de 11 de enero de 2014.

175. Asunto T-313/11: Sentencia del Tribunal General de 21 de noviembre de 2013 – Heede/OAMI (Matrix-Energetics) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Matrix-Energetics – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Público pertinente – Fecha de apreciación del carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 9, de 11 de enero de 2014.
176. Asunto T-337/12: Sentencia del Tribunal General de 21 de noviembre de 2013 – El Hogar Perfecto del Siglo XXI/OAMI – Wenf International Advisers (Sacacorchos) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un sacacorchos – Dibujo o modelo nacional anterior – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Falta de impresión general distinta – Usuario informado – Grado de libertad del autor – Artículos 4, 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»]. *DOUE*, C, núm. 9, de 11 de enero de 2014.
177. Asunto T-443/12: Sentencia del Tribunal General de 21 de noviembre de 2013 – Equinix (Germany)/OAMI – Acotel (ancotel.) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa ancotel. – Marca comunitaria figurativa anterior ACOTEL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 9, de 11 de enero de 2014.
178. Asunto T-524/12: Sentencia del Tribunal General de 21 de noviembre de 2013 – Recaro/OAMI – Certino Mode [«Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria denominativa RECARO – Uso efectivo de la marca – Artículo 15, apartado 15, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Naturaleza del uso de la marca – Admisibilidad de nuevos elementos probatorios – Artículo 76, apartado 2, del Reglamento núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 9, de 11 de enero de 2014.
179. Asunto T-374/09: Sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2013 – Lorenz Shoe Group/OAMI – Fuzhou Fuan Leather Plastics Clothing Making (Ganeder) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Ganeder – Marca comunitaria denominativa anterior Ganter – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los signos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 15, de 18 de enero de 2014.

180. Asunto T-34/12: Sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2013 – Herbacin cosmetic/OAMI – Laboratoire Garnier (HERBA SHINE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa HERBA SHINE – Marcas nacional, comunitaria e internacional denominativas anteriores Herbacin – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 15, de 18 de enero de 2014.
181. Asunto T-410/12: Sentencia del Tribunal General de 28 de noviembre de 2013 – Vitaminaqua/OAMI – Energy Brands (vitaminaqua) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa vitaminaqua – Marcas nacionales denominativas anteriores VITAMINWATER – Marca comunitaria figurativa anterior GLACEAU vitamin water – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 15, de 18 de enero de 2014.
182. Asunto C-581/13 P: Recurso de casación interpuesto el 15 de noviembre de 2013 por Intra-Pressé contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 16 de septiembre de 2013 en el asunto T-488/11, Golden Balls Ltd/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). *DOUE*, C, núm. 24, de 25 de enero de 2014.
183. Asunto C-582/13 P: Recurso de casación interpuesto el 15 de noviembre de 2013 por Intra-Pressé contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 16 de septiembre de 2013 en el asunto T-437/11, Golden Balls Ltd/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). *DOUE*, C, núm. 24, de 25 de enero de 2014.
184. Asunto C-622/13 P: Recurso de casación interpuesto el 27 de noviembre de 2013 por Castel Frères SAS contra la sentencia del Tribunal General (Sala Sexta) dictada el 13 de septiembre de 2013 en el asunto T-320/10, Fürstlich Castell'sches Domänenamt Albrecht Fürst zu Castell-Castell/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). *DOUE*, C, núm. 24, de 25 de enero de 2014.
185. Asunto T-394/10: Sentencia del Tribunal General de 5 de diciembre de 2013 – Grebenshikova/OAMI – Volvo Trademark (SOLVO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa SOLVO – Marca comunitaria denominativa anterior VOLVO – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 24, de 25 de enero de 2014.
186. Asunto T-4/12: Sentencia del Tribunal General de 5 de diciembre de 2013 – Olive Line International/OAMI – Carapelli Firenze

- (Maestro de Oliva) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca figurativa Maestro de Oliva – Marca nacional denominativa anterior MAESTRO – Uso efectivo de la marca anterior – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 15, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 24, de 25 de enero de 2014.
187. Asunto T-361/12: Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2013 – Premiere Polish/OAMI – Donau Kanol (ECOFORCE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ECOFORCE – Marca comunitaria figurativa anterior ECO FORTE – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 24, de 25 de enero de 2014.
188. Asunto T-428/12: Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2013 – Banco Bilbao Vizcaya Argentaria/OAMI (VALORES DE FUTURO) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa VALORES DE FUTURO – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 24, de 25 de enero de 2014.
189. Asunto T-467/11: Sentencia del Tribunal General de 10 de diciembre de 2013 – Colgate-Palmolive/OAMI – dm-drogerie markt (360° SONIC ENERGY) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa 360° SONIC ENERGY – Marca internacional denominativa anterior SONIC POWER – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 31, de 1 de febrero de 2014.
190. Asunto T-591/11: Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2013 – Przedsiębiorstwo Handlowe Medox Lepiarz Lepiarz/OAMI – Henkel (SUPER GLUE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa SUPER GLUE – Marca del Benelux denominativa anterior SUPERGLUE – 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. 31, de 1 de febrero de 2014.
191. Asunto T-123/12: Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2013 – Smartbook/OAMI (SMARTBOOK) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa SMARTBOOK – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 31, de 1 de febrero de 2014.
192. Asunto T-487/12: Sentencia del Tribunal General de 11 de diciembre de 2013 – Eckes-Granini/OAMI – Panini (PANINI) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca

comunitaria figurativa PANINI – Marcas nacional y comunitaria denominativas anteriores GRANINI – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009». *DOUE, C*, núm. 31, de 1 de febrero de 2014.

193. Asunto T-156/12: Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2013 – Sweet Tec/OAMI (Forma oval) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma oval – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE, C*, núm. 39, de 8 de febrero de 2014.
194. Asunto T-388/12: Sentencia del Tribunal General de 16 de octubre de 2013 – Singer/OAMI – Cordia Magyarország (CORDIO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa CORDIO – Marca comunitaria denominativa anterior CORDIA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE, C*, núm. 45, de 15 de febrero de 2014.
195. Asunto T-38/12: Auto del Tribunal General de 26 de noviembre de 2013 – Pips/OAMI – s.Oliver Bernd Freier (ISABELLA OLIVER) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE, C*, núm. 45, de 15 de febrero de 2014.
196. Asunto T-179/12: Auto del Tribunal General de 27 de noviembre de 2013 – Wirtgen/OAMI (Forma de una fijación para cincel) («Marca comunitaria – Denegación del registro – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»). *DOUE, C*, núm. 45, de 15 de febrero de 2014.
197. Asunto T-242/13: Auto del Tribunal General de 27 de noviembre de 2013 – Castell Macía/OAMI – PJ Hungary (PEPE CASTELL) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE, C*, núm. 45, de 15 de febrero de 2014.
198. Asunto C-443/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de diciembre de 2013 [petición de decisión prejudicial planteada por la High Court of Justice (Chancery Division) – Reino Unido] – Actavis Group PTC EHF, Actavis UK Ltd/Sanofi [Medicamentos para uso humano – Certificado complementario de protección – Reglamento (CE) núm. 469/2009 – Artículo 3 – Condiciones de obtención de este certificado – Comercialización sucesiva de dos medicamentos que contienen, total o parcialmente, el mismo principio activo – Composición de principios activos de los cuales uno ya ha sido comercializado como medicamento con un principio activo único – Posibilidad de obtener varios certificados sobre la base de una misma patente y de dos autorizaciones de comercialización]. *DOUE, C*, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.

199. Asunto C-445/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2013 – Rivella International AG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Baskaya di Baskaya Alim e C. Sas (Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca figurativa que incluye el elemento denominativo «BASKAYA» – Oposición – Convenio bilateral – Territorio de un tercer Estado – Concepto de «uso efectivo»). *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.
200. Asunto C-484/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de diciembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank 's Gravenhage – Países Bajos) – Georgetown University/Octrooicentrum Nederland, que actúa bajo la denominación NL Octrooicentrum [Medicamentos para uso humano – Certificado complementario de protección – Reglamento (CE) núm. 469/2009 – Artículo 3 – Condiciones de obtención del certificado – Posibilidad de obtener diversos certificados complementarios de protección basados en una misma patente]. *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.
201. Asunto C-524/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de noviembre de 2013 – TeamBank AG Nürnberg/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Fercredit Servizi Finanziari SpA (Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca figurativa fnúm.ir Credit – Oposición del titular de la marca figurativa comunitaria FERCREDIT – Denegación del registro). *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.
202. Asunto C-159/13 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 12 de diciembre de 2013 – Fercal – Consultadoria e Serviços, Lda/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Jacson of Scandinavia AB [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Marca denominativa JACKSON SHOES – Solicitud de nulidad presentada por el titular del nombre comercial nacional Jacson of Scandinavia AB – Declaración de nulidad – Inadmisibilidad manifiesta]. *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.
203. Asunto C-670/13 P: Recurso de casación interpuesto el 13 de diciembre de 2013 por The Cartoon Network, Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Séptima) dictada el 2 de octubre de 2013 en el asunto T-285/12, The Cartoon Network, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.
204. Asunto T-528/11: Sentencia del Tribunal General de 16 de enero de 2014 – Aloe Vera of America/OAMI – Detimos (FOREVER) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa FOREVER – Marca nacional figurativa anterior 4 EVER – Motivo de denegación absoluto – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Uso efectivo de la

- marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.
205. Asunto T-149/12: Sentencia del Tribunal General de 16 de enero de 2014 – Investrónica/OAMI – Olympus Imaging (MICRO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa MICRO – Marca nacional figurativa anterior micro – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Facultad de modificación»]. *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.
206. Asunto T-304/12: Sentencia del Tribunal General de 16 de enero de 2014 – Message Management/OAMI – Absacker (ABSACKER of Germany) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de la marca comunitaria figurativa ABSACKER of Germany – Marca nacional figurativa anterior ABSACKER – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.
207. Asunto T-383/12: Sentencia del Tribunal General de 16 de enero de 2014 – Ferienhäuser zum See/OAMI – Sunparks Groep (Sun Park Holidays) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Sun Park Holidays – Marca comunitaria figurativa anterior Sunparks Holiday Parks – 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. 52, de 22 de febrero de 2014.
208. Asunto T-433/12: Sentencia del Tribunal General de 16 de enero de 2014 – Steiff/OAMI (Botón de metal en la parte central de la oreja de un peluche) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria consistente en la colocación de un botón en la parte central de la oreja de un peluche – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.
209. Asunto T-434/12: Sentencia del Tribunal General de 16 de enero de 2014 – Steiff/OAMI (Etiqueta con un botón de metal en la parte central de la oreja de un peluche) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria consistente en la colocación gracias a un botón de una etiqueta en la parte central de la oreja de un peluche – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.
210. Asunto T-475/12: Sentencia del Tribunal General de 13 de enero de 2014 – LaserSoft Imaging/OAMI (WorkflowPilot) [«Marca comunitaria – Solicitud de la marca comunitaria denominativa WorkflowPilot – Motivo de denegación absoluto – Carácter des-

criptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009». *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.

211. Asunto T-538/12: Sentencia del Tribunal General de 16 de enero de 2014 – Optilingua/OAMI – Esposito (ALPHATRAD) [«Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria figurativa ALPHATRAD – Uso efectivo de la marca – Importancia del uso – Artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, letra a), y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009». *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.
212. Asunto T-113/12: Sentencia del Tribunal General de 21 de enero de 2014 – Bial-Portela/OAMI – Probiotal (PROBIAL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa PROBIAL – Marcas nacionales, internacional, comunitaria denominativas y figurativas anteriores, rótulo de establecimiento, nombre comercial y distintivo Bial – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartados 4 y 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009». *DOUE*, C, núm. 61, de 1 de marzo de 2014.
213. Asunto T-232/12: Sentencia del Tribunal General de 21 de enero de 2014 – Wilmar Trading/OAMI – Agroekola (ULTRA CHOCO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ULTRA CHOCO – Marca nacional denominativa anterior ultra choco – Marca no registrada anterior ULTRA CHOCO, utilizada en el comercio en la Unión Europea y en Bulgaria – Artículo 60 del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Incumplimiento de la obligación de pago en plazo del importe de la tasa de recurso – Resolución de la Sala de Recurso mediante la que se declara el recurso no presentado». *DOUE*, C, núm. 61, de 1 de marzo de 2014.
214. Asunto T-216/11: Sentencia del Tribunal General de 28 de enero de 2014 – Progust/OAMI – Soprallex & Vosmarques (IMPERIA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa IMPERIA – Marca comunitaria figurativa anterior IMPERIAL – 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. 71, de 8 de marzo de 2014.
215. Asunto T-495/11: Sentencia del Tribunal General de 30 de enero de 2014 – Streng/OAMI – Gismondi (PARAMETRICA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa PARAMETRICA – Marca nacional denominativa anterior parameta – Motivo de denegación relativo – Falta de presentación de pruebas en la lengua del procedimiento de oposición – Regla 19, apartados 2 y 3, y regla 98, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 2868/95». *DOUE*, C, núm. 71, de 8 de marzo de 2014.

216. Asunto T-600/11: Sentencia del Tribunal General de 28 de enero de 2014 – Schuhhaus Dielmann/OAMI – Carrera (Carrera panamericana) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea Carrera panamericana – Marca comunitaria figurativa anterior CARRERA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 71, de 8 de marzo de 2014.
217. Asunto T-221/12: Sentencia del Tribunal General de 23 de enero de 2014 – Sunrider/OAMI – Nannerl (SUN FRESH) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SUN FRESH – Marcas comunitaria, del Benelux y nacionales denominativas y figurativas anteriores SUNNY FRESH, SUNRIDER SUNNY FRESH y SUNNYFRESH – Motivo de denegación relativo – Prueba del uso efectivo de las marcas anteriores – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 71, de 8 de marzo de 2014.
218. Asunto T-513/12: Sentencia del Tribunal General de 23 de enero de 2014 – NCL/OAMI (NORWEGIAN GETAWAY) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa NORWEGIAN GETAWAY – 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. 71, de 8 de marzo de 2014.
219. Asunto T-514/12: Sentencia del Tribunal General de 23 de enero de 2014 – NCL/OAMI (NORWEGIAN BREAKAWAY) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa NORWEGIAN BREAKAWAY – 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. 71, de 8 de marzo de 2014.
220. Asunto T-551/12: Sentencia del Tribunal General de 23 de enero de 2014 – Coppenrath-Verlag/OAMI – Sembella (Rebella) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa Rebella – Marca comunitaria denominativa anterior SEMBELLA – Motivo de negación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 207/2009 – Artículo 15, apartado 1, párrafo segundo, letra a), del Reglamento núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 71, de 8 de marzo de 2014.
221. Asunto T-47/13: Sentencia del Tribunal General de 29 de enero de 2014 – Goldsteig Käsereien Bayerwald/OAMI – Vieweg (goldstück) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa goldstück – Marca comuni-

- taria denominativa anterior GOLDSTEIG – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009». *DOUE*, C, núm. 71, de 8 de marzo de 2014.
222. Asunto T-68/13: Sentencia del Tribunal General de 23 de enero de 2014 – Novartis/OAMI (CARE TO CARE) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa CARE TO CARE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 71, de 8 de marzo de 2014.
223. Asuntos T-604/11 y T-292/12: Sentencia del Tribunal General de 4 de febrero de 2014 – Mega Brands/OAMI – Diset (MAGNEXT) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marcas comunitarias figurativa MAGNEXT y denominativa MAGNEXT – Marca nacional denominativa anterior MAGNET 4 – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 78, de 15 de marzo de 2014.
224. Asunto T-127/12: Sentencia del Tribunal General de 4 de febrero de 2014 – Free/OAMI – Noble Gaming (FREEEVOLUTION TM) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa FREEEVOLUTION TM – Marca nacional figurativa anterior free LA LIBERTÉ N’A PAS DE PRIX y marcas nacionales denominativas anteriores FREE y FREE MOBILE – Motivos de denegación relativos – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 78, de 15 de marzo de 2014.
225. Asunto T-339/12: Sentencia del Tribunal General de 4 de febrero de 2014 – Gandia Blasco/OAMI – Sachi Premium-Outdoor Furniture (Butaca cúbica) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa una butaca cúbica – Dibujo o modelo anterior – Motivo de nulidad – Carácter individual – Impresión global distinta – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»]. *DOUE*, C, núm. 78, de 15 de marzo de 2014.
226. Asunto T-357/12: Sentencia del Tribunal General de 4 de febrero de 2014 – Sachi Premium-Outdoor Furniture/OAMI – Gandia Blasco (sillón) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un sillón – Dibujo o modelo anterior – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Artículos 6 y 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 6/2002»]. *DOUE*, C, núm. 78, de 15 de marzo de 2014.
227. Asunto T-596/11: Auto del Tribunal General de 21 de enero de 2014 – Bricmate/Consejo («Recurso de anulación – Dumping – Importa-

ciones de baldosas de cerámica originarias de China – Derecho anti-dumping definitivo – Inexistencia de afectación individual – Acto reglamentario que incluye medidas de ejecución – Inadmisibilidad»). *DOUE*, C, núm. 78, de 15 de marzo de 2014.

228. Asunto T-141/12: Auto del Tribunal General de 23 de enero de 2014 – Pro-Duo/OAMI – El Corte Inglés (GO!) (Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento). *DOUE*, C, núm. 78, de 15 de marzo de 2014.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

229. Asunto T-214/11: Sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2013 – ClientEarth y PAN Europe/AESA [«Acceso a los documentos – Reglamento (CE) núm. 1049/2001 – Nombre de los expertos que presentaron observaciones a un proyecto de guía sobre la documentación científica que debe acompañar a las solicitudes de autorización para la comercialización de productos fitosanitarios y de sustancias activas contenidas en esos productos – Denegación de acceso – Excepción relativa a la protección de la intimidad y la integridad de la persona – Protección de datos personales – Reglamento (CE) núm. 45/2001 – Obligación de motivación»]. *DOUE*, C, núm. 313, de 26 de octubre de 2013.

RESPONSABILIDAD CIVIL

230. Asunto T-333/10: Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013 – ATC y otros/Comisión («Responsabilidad extracontractual – Policía sanitaria – Medidas de salvaguardia en situación de crisis – Medidas de protección en relación con la gripe aviar altamente patógena en determinados terceros países – Prohibición de importación de aves silvestres capturadas en el medio natural – Violación suficientemente caracterizada de normas jurídicas que confieren derechos a los particulares – Inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a la facultad de apreciación – Directivas 91/496/CE y 92/65/CE – Principio de cautela – Deber de diligencia – Proporcionalidad»). *DOUE*, C, núm. 325, de 9 de noviembre de 2013.
231. Asunto C-509/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de septiembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof – Austria) – procedimiento incoado a instancia de ÖBB Personenverkehr AG [Reglamento (CE) núm. 1371/2007 – Derechos y obligaciones de los viajeros de ferrocarril – Artículo 17 – Indemnización por el precio del billete de transporte en caso de retraso – Excepción de fuerza mayor – Procedencia – Artículo 30, apartado 1, párrafo primero – Facultades del organismo nacional responsable de la ejecución de este Reglamento – Posibilidad de obligar al transportista ferroviario a que modifique las disposiciones en materia de indemniza-

ción de los viajeros]. *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.

232. Asunto C-170/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – Peter Pinckney/KDG mediatech AG [Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia judicial – Materia delictual o cuasidelictual – Derechos patrimoniales de un autor – Soporte material que reproduce una obra protegida – Oferta en línea – Determinación del lugar donde se ha materializado el daño]. *DOUE*, C, núm. 344, de 23 de noviembre de 2013.
233. Asunto T-309/10: Sentencia del Tribunal General de 21 de enero de 2014 – Klein/Comisión («Responsabilidad extracontractual – Productos sanitarios – Artículos 8 y 18 de la Directiva 93/42/CEE – Inacción de la Comisión tras la notificación de una decisión de prohibición de comercialización – Infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que confiere derechos a los particulares»). *DOUE*, C, núm. 61, de 1 de marzo de 2014.

SEGUROS

234. Asunto C-22/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 24 de octubre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el/la Krajský súd Prešov – Eslovaquia) – Katarína Haasová/Rastislav Petrík, Blanka Holingová (Seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles – Directiva 72/166/CEE – Artículo 3, apartado 1 – Directiva 90/232/CEE – Artículo 1 – Accidente de tráfico – Fallecimiento de un pasajero – Derecho a indemnización del cónyuge y del hijo menor de edad – Perjuicio inmaterial – Indemnización – Cobertura por el seguro obligatorio). *DOUE*, C, núm. 367, de 14 de diciembre de 2013.
235. Asunto C-209/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de diciembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Walter Endress/Allianz Lebensversicherungs AG (Procedimiento prejudicial – Directivas 90/619/CEE y 92/96/CEE – Seguro directo de vida – Derecho de renuncia – Falta de información sobre las condiciones de ejercicio de ese derecho – Extinción del derecho de renuncia un año después del pago de la primera prima – Conformidad con las Directivas 90/619 y 92/96). *DOUE*, C, núm. 52, de 22 de febrero de 2014.

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**

Libros*

ADAME MARTÍNEZ, Miguel Ángel: *Specific performance as the preferred remedy in comparative law and CISG*, Aranzadi, 2013, 737 pp.

Miguel Ángel Adame, profesor titular de derecho civil en la Universidad de Sevilla, ha escrito un libro que, por varias razones, escapa al tipo de monografía usual de la doctrina española. En primer lugar, como es obvio, porque está escrito en inglés. Lo que, más allá de los conocimientos lingüísticos que tiene el autor, que está reconocido como abogado en los tribunales de Nueva York, tiene una lógica aplastante: se trata de derecho comparado y de Convención de Viena, y en un libro en que se trata de tú a tú a la doctrina internacional que ha estudiado con detenimiento el tema, y en que la gran mayoría de aportaciones son en inglés como *lingua franca*, hay que aplaudir la valentía de la opción tomada. Es más, es necesario que la doctrina española se internacionalice, y para ello no hay más remedio que competir con las mismas armas idiomáticas, en particular en aquellos temas en que la mayoría de opiniones se han expresado en inglés. En segundo lugar, porque es la segunda tesis doctoral del autor. En efecto, el libro responde a la tesis defendida en la Universidad de Virginia, dirigida por el profesor Paul B. Stephan, quien ha sido además consejero sobre derecho internacional en la secretaría de estado del gobierno de los EEUU. Este hecho singular conlleva una tercera razón: el uso del método del *law & economics*, poco desarrollado aquí todavía. Esto no significa, sin embargo, que estemos ante una obra escolástica del *law & economics*. Por su formación, Miguel Ángel Adame no rehúye los métodos científicos más tradicionales, como el histórico que, pese a las apariencias que pueda generar el título –a lo que me referiré luego–, o el comparado, y que se basa en la comparación de ordenamientos nacionales, textos del *soft law* europeo y de *restatements norteamericanos*. Tampoco es un libro estrictamente americano en su redacción. La profusión y extensión de las notas a pie de página, donde se descubren una mirada de detalles y donde verdaderamente el autor dialoga con el resto de la doctrina, lo alejan del estilo anglosajón y lo acercan a la típica tesis doctoral hispana. Puede, por ello, describirse la monografía como un híbrido, como un auténtico mestizaje de culturas jurídicas, con la riqueza de contenidos y de matices que de ello deriva.

En efecto, el título de la monografía puede resultar algo engañoso. Ni se ocupa solo del cumplimiento forzoso de la obligación ni el derecho comparado es el único método empleado. Además del cumplimiento forzoso de la

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

obligación, el autor dedica un capítulo –el capítulo 5– a la indemnización de daños y perjuicios, un remedio que en la mayoría de ordenamientos jurídicos, incluido el español desde la promulgación del Código Civil, es compatible con aquel. No siempre ha sido así; en los inicios del derecho romano, regía la regla *omnia condemnatio pecuniaria*, y unas muy buenas páginas del libro, con uso exquisito del método histórico, se dedican a analizar el tránsito a un sistema en que el remedio del cumplimiento forzoso deviene el remedio primario en un sistema jerarquizado. Este sistema jerarquizado de remedios no es exclusivo del CISG que profusamente disecciona Miguel Ángel Adame, pues el derecho uniforme de la compraventa ha sido la fuente de inspiración del *soft law* europeo. Por ello, el lector encontrará un minucioso estudio del cumplimiento forzoso en los PECL, el DCFR, los PICC –que no son propiamente europeos, ya que su pretensión es mundial– e incluso el CESL, que aun teniendo su origen en el DCFR –y más lejanamente en los PECL– está llamado a devenir un Reglamento Opcional europeo, por consiguiente, un texto con rango normativo y no meramente académico. La comparación se extiende a los ordenamientos legales de un buen número de países: además de nuestro Código Civil, se toman en consideración el francés, el italiano, el alemán, el portugués, el holandés, el derecho norteamericano, con especial énfasis en el *Uniform Commercial Code*, algunos sistemas mixtos, como el de Luisiana –que sirve para comparar, precisamente, dentro de los EEUU, con el recién mencionado *UCC*–, e, incluso, el nuevo derecho de contratos de la República China.

El libro se estructura en 6 capítulos. El primero es un capítulo de índole introductoria, en que el autor presenta y justifica el tema de su estudio, ofrece algunas claves metodológicas y se detiene en la distinta terminología con que tradicionalmente se ha denominado al remedio en cada sistema jurídico de los que somete a escrutinio. El segundo analiza los sistemas de remedios en el derecho comparado y en el CISG, notando la importancia que ha adquirido –hay que subrayar que no solo en relación con el sistema de remedios por incumplimiento, sino que se trata de toda una concepción que comienza con la facilidad para contratar al suprimirse requisitos como la causa o la forma y la determinación del objeto, sino también con circunstancias como la imposibilidad del objeto o el cambio de circunstancias– que es el de la conservación del negocio, principio al que, por cierto, ha dedicado una notable atención recientemente nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 15.1.2013, afirmando que el *favor contractus* «no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones al respecto, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos». El tercer capítulo reza el remedio del cumplimiento forzoso desde una perspectiva comparativa, aunque en realidad es un capítulo en buena medida histórico, pues se ocupa del progresivo abandono de la condena pecuniaria del derecho romano hasta las codificaciones del siglo XIX, para luego analizar su particular evolución en los sistemas de *civil* y de *common law* y en el nuevo derecho contractual europeo. El capítulo cuarto es el más filosófico o de política jurídica, pues está dedicado a argumentar a favor del remedio del cumplimiento forzoso

–y en contra, quienes defienden la mayor eficiencia del remedio de los *damages*–, con especial atención a los argumentos –de índole muy diversa– que proporciona el *law & economics*. El quinto capítulo, como ya se ha anunciado, abandona durante ochenta páginas el cumplimiento forzoso para ocuparse de la indemnización de daños y perjuicios, remedio complementario del cumplimiento específico. El último capítulo desmenuza la regulación del cumplimiento forzoso en el CISG, prestando atención su proceso de gestación y a todos sus pormenores, incluyendo sus modalidades –reparación y sustitución–, sus límites y la imposibilidad de su aplicación. El libro cierra con las conclusiones alcanzadas y los consabidos apéndices de aparatos legislativos y bibliográficos empleados.

Una de las cuestiones más trascendentales, y que es evocada por el título de la monografía, es el de si existe una verdadera jerarquía de remedios y, dentro del cumplimiento específico, si la hay entre reparación y sustitución. Para el autor, la tendencia internacional favorable a la preferencia del cumplimiento específico, por su contenido predeterminado en relación con la indemnización de daños y perjuicios que le otorga una mayor previsibilidad a las partes, se ha concretado en un orden en que la primera opción debe ser el cumplimiento forzoso de la obligación. En cuanto a la dicotomía entre reparación y sustitución, en su opinión no debe establecerse una norma rígida protectora de una u otra parte contractual, sino que hay que tomar en consideración las características de la prestación, de modo que si la venta lo es de un objeto producido por el vendedor, el remedio *a priori* más eficiente es la reparación, mientras que cuando se trata de objetos producidos en masa o cuando el incumplimiento reviste más gravedad el remedio más adecuado sería la sustitución. Los límites –que no limitaciones, pues son definidores del mismo remedio desde su interior– que el CISG y los textos de *soft law* introducen a la elección de este remedio por el acreedor –los costos irrazonables, significativamente, pero también la tempestividad, criterio que ya ha aplicado en España el TSJ de Navarra en su sentencia de 6.10.2003 con cita de los PECL– apuntan en la dirección que defiende el autor.

Resulta una tarea imposible compendiar en unos pocos párrafos toda la riqueza de fuentes de información, matices, discusiones doctrinales, argumentos de variados métodos científicos, que Miguel Ángel Adame pone a disposición del lector. Se trata de un libro magnífico, imprescindible para los comparatistas y para quienes quieran estudiar el incumplimiento contractual y sus remedios en un momento en que ya están dibujadas las líneas maestras de un marco conceptual no solo europeo sino mundial al que el derecho civil español, pese a la desatención que viene sufriendo del legislador estatal, tendrá necesariamente que acomodarse, más temprano que tarde, como han anticipado ya las propuestas de modernización civil y mercantil surgidas de la Comisión General de Codificación. Un libro con una clara vocación universal y que, por ello mismo, tiene que convertirse en una herramienta de suma utilidad para la doctrina y, en particular, para el legislador español en la inaplazable modernización del derecho de obligaciones y contratos.

Antoni VAQUER ALOY
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Lleida

FERRANTE, Alfredo: *La reducción del precio en la compraventa*, Aranzadi, Pamplona, 2012, 376 pp.

Nos encontramos ante una obra que ha sabido rescatar del olvido a una de las acciones más ambiguas y emblemáticas de nuestro ordenamiento. Era preciso un estudio detallado de la acción estimatoria; tema que, según el buen criterio que caracteriza al director de la tesis que fue en su día, el prof. Ramón Duran Rivacoba, puede calificarse de calidoscópico, novedoso y emergente. La obra sienta sus cimientos en un minucioso estudio de los textos más relevantes. Parte de un constante paralelismo entre los sistemas del *civil law* y *common law* a través de los códigos decimonónicos de diversos países (Francia, Italia, España, Holanda, Alemania, Suiza) y los textos más modernos desde los PECL hasta el DCFR (Darft Common Frame of reference), pasando por el Uniform Commercial Code, la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y Contratos, TRLGDCU, Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea, etc. Esto enriquece especialmente la obra de Alfredo Ferrante y nos advierte a los lectores de la relevancia práctica y actual de un tema tan clásico como es la acción estimatoria. Quizás se echa de menos un estudio histórico más profundo, pero totalmente compensado por una visión más moderna de la figura capaz de eclipsar un pasado tenebroso y huidizo por parte de la doctrina (el propio autor advierte de la poca dedicación clásica a la materia).

En la obra se perciben dos grandes bloques. Por una parte, un estudio de la naturaleza jurídica de la acción estimatoria o *quantum minoris*; y por otra parte, un estudio de los mecanismos para proceder al cálculo de dicha disminución del precio a través de fórmulas que florecen gracias un análisis económico del Derecho.

En cuanto a la primera parte, la monografía se inicia con un estudio de la acción *quantum minoris* desde el prisma de las acciones edilicias. Destaca el carácter autónomo que consigue dar el autor a la figura de la acción estimatoria; nos demuestra que estamos ante una acción que pretende tutelar un fin distinto al de la acción redhibitoria, que no es otro que mantener o conservar el contrato. Se analiza la compatibilidad de ambas acciones y se defiende matizar los posibles vicios existentes en un bien para aplicar uno u otro remedio. Se aboga, pues, por graduar los vicios y defender la acción resolutoria solamente si el defecto es grave, tal como hace el TRLGDC y ha defendido agudamente, entre otros, Fenoy Picón.

Desde el inicio de la obra se pretende dar el merecido protagonismo a la acción estimatoria y para ello el autor ha tenido que lidiar con obstáculos que la han oscurecido a lo largo de décadas, especialmente la acción de daños y perjuicios y los remedios de exacto cumplimiento (la reparación y sustitución). Pero estos obstáculos no impedirán configurar la acción estimatoria como un principio general básico que puede aplicarse incluso analógicamente a cualquier ámbito contractual.

En este sentido, por una parte, la obra se esfuerza en distinguir la acción estimatoria de uno de sus peores enemigos, como ha sido y es la acción de reclamación de los daños y perjuicios dado que se relaciona esta última acción con la entrega de una cantidad monetaria que podría englobar a la acción estimatoria. El esfuerzo consigue sus resultados dado que se demuestra que se distinguen claramente ambas acciones con sólidos argumentos especialmente a través del estudio de sus distintas funciones; además, la misma Convención de

Viena y la Directiva 1999/44 son prueba de que no estamos ante la misma figura al incorporar en sus textos la acción de reducción del precio. Se defiende la acumulación de ambas acciones aunque con determinadas limitaciones: cuantificando los daños y perjuicios exclusivamente como gastos indirectos y derivados del defecto con el eventual lucro cesante. Un ejemplo de tal acumulación sin solapamiento se observa en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y Contratos.

Pero la labor de distinción no acaba ahí, sino que se demuestra cómo en los sistemas del *common law*, propicio a la «abolición» o desconocimiento de la acción estimatoria se acerca al sistema del *civil law*, especialmente a través de la regulación inglesa donde los métodos de cálculo de los daños y perjuicios, como demuestra sobradamente el autor, son similares a los usados en la acción estimatoria. Por tanto, se regulan tanto en el sistema inglés como en el americano, lo que el autor denomina «remedios paralelos»

Por otra parte, se distingue la acción estimatoria de los remedios de exacto cumplimiento como son la reparación y sustitución del bien, especialmente en relación con la compraventa de los bienes de consumo, donde se jerarquizan los remedios: en primer lugar procede la reparación o sustitución del bien y en caso de fracaso de los mismos la reducción y resolución. Esto puede hacernos pensar que pierde importancia la acción estimatoria, como advierte el autor, aunque quizás lo que sucede es que el legislador pretende, en primer lugar, satisfacer las necesidades del consumidor y, desde luego, conservar el contrato. Además, bien demuestra el autor la multitud de supuestos en que cabe ejercitar directamente la acción estimatoria lo que supone un orden no jerárquico de remedios sino de sucesión temporal.

La conclusión de esta parte es un grito más que se adhiere a las tesis más modernas partidarias de no jerarquizar las acciones de reparación, sustitución, reducción del precio y resolución contractual, convirtiendo la acción estimatoria en un remedio general de incumplimiento. Se proclama la acción estimatoria como un principio general deseando la revalorización de aquellas posturas doctrinales que auspician la acción estimatoria como una acción general tanto para el cumplimiento esencial como no esencial, independientemente del tipo de bien. En este sentido, me vienen a la memoria las oportunas palabras de Pantaleón a principios de los años noventa «lo único que me parece razonable de *lege ferenda* es someter los supuestos de entrega al comprador (...) de cosa con vicios ocultos al régimen general de incumplimiento del contrato (...) y conservar la acción *quanti minoris* como uno de los medios –no de carácter indemnizatorio, sino restaurador de la equivalencia de las prestaciones– de tutela del acreedor frente al incumplimiento».

Tras el análisis de la acción estimatoria propiamente dicha, la obra contiene una segunda parte que se centra en el estudio de los métodos de cálculo de la rebaja del precio, aspecto complejo y sin un criterio uniforme en las disposiciones legales.

El cálculo de la reducción del precio puede hacerse de dos formas: 1.–A través del método proporcional que admite a su vez dos formas, la primera, la prevista en la CV, BGB, PECL, DCFR, TRLGDCU, Propuesta Reglamento europeo compraventa, etc., que se refiere a la valoración del bien en el momento de la entrega del producto; y la segunda, la prevista en la *Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels*, que siguiendo la forma anterior, sin embargo, opera su cálculo en el momento de la conclusión del contrato. 2.–A través del método de resta, de cálculo lineal o absoluto, dentro del cual destacan tres formas de cálculo: el cálculo consis-

te en la diferencia entre el valor que el bien hubiera tenido si fuera conforme y el valor objetivo del bien operando el cálculo en el momento de la entrega del bien; hallar la diferencia entre el valor que el bien hubiera tenido si fuera conforme y el valor objetivo del bien, calculando estos valores en el momento de conclusión del contrato; y el método de resta puro, que tiene presente el precio del contrato celebrado, correspondiendo la reducción del precio a la diferencia entre el precio de la compra y el valor del bien no conforme

Estos métodos de cálculo se estudian a través de los sistemas regulados legalmente.

Así, se analiza la reducción del precio en aquellos ordenamientos en los que no existe un criterio de cálculo. En Italia, por ejemplo, se recurre al criterio judicial acudiendo a criterios equitativos aunque existe una tendencia judicial de acercamiento al criterio proporcional. Otros ordenamientos como el francés, acuden al cálculo de la reducción del precio a través de un examen pericial por parte de expertos que acaban identificándolo con el montante necesario para efectuar la reparación, sensatamente criticado por el autor. En España en cambio, existen dos sistemas antitéticos: el del CC sin norma de cálculo precisa y la del TRLGDCU cuyo artículo 122 sí establece una fórmula de cálculo.

El CC español establece el cálculo siguiendo un criterio de proporcionalidad y una valoración pericial de la rebaja. El problema es que no se prevé el momento en que debe realizarse el cálculo, realizándose en la obra un minucioso estudio de la cuestión no solo desde el punto de vista doctrinal sino que también jurisprudencial. El autor se ocupa de establecer los «límites» entre la equiparación de la rebaja del precio al coste de reparación de los bienes y a la acción de indemnización de daños y perjuicios, incidiendo especialmente en la trayectoria dibujada por los tribunales de acudir a las acciones de incumplimiento para huir de la perentoriedad de los plazos de las acciones edilicias corriendo con ello el riesgo de desnaturalizar la acción estimatoria.

Se analizan también los sistemas legales donde sí existe una fórmula determinada de cálculo, como es el caso del artículo 50 CV. El lector encontrará un detallado estudio de sus antecedentes, método de cálculo, lagunas y propuestas de solución, tras considerar un fracaso el método en él establecido y seguido por otros textos legales (PECL, DCFR, Propuesta de Reglamento de compraventa europea, TRLGDCU, o la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos español).

Finalmente se hace una propuesta del método de cálculo de reducción del precio que se considera más adecuado por el autor tras el análisis detallado y comparativo de los existentes (los métodos de resta y proporcionales con sus variantes), decantándose por el método proporcional puro, puesto que es la única fórmula que calcula la reducción del precio prescindiendo tanto de una previa cuantificación del valor del bien no conforme, como del valor objetivo del bien. Interesante resulta también la propuesta ofrecida por el autor respecto a la compraventa de bienes de consumo y el papel de la acción estimatoria en la misma, reestructurando la jerarquía de los remedios.

En definitiva, el lector observará que estamos ante una obra necesaria, bien fundamentada y con un enfoque práctico que ahuyenta cualquier duda sobre la utilidad del trabajo de Ferrante. Estamos ante un valioso instrumento para todo investigador y muy útil para los profesionales del Derecho.

Esther TORRELLES TORRES
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Salamanca

RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P: *Galicia y su Derecho privado – Líneas históricas de su formación, desarrollo y contenido*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, 339 pp.

La problemática de los Derechos civiles «forales», «especiales» o «autonómicos» en el seno del Estado español no ha suscitado, a nuestro juicio, suficiente atención y reflexión por parte de los civilistas no especializados en relación con lo que sería de desear a la vista de su extraordinaria singularidad, su importancia cualitativa, su complejidad técnica y, sobre todo, su potencial de expansión y –eventualmente– de desequilibrio del conjunto del ordenamiento jurídico-civil español. Parecería que se trata tan solo de una cuestión que compete a los juristas del ámbito territorial específico en que esos Derechos civiles se desarrollan o, como mucho, de los interesados en los problemas del tradicionalmente denominado Derecho interregional. Esto se debe, sin duda, entre otras muchas razones, a la falta de buenos textos divulgativos sintéticos y asequibles que pongan en conocimiento de un público más amplio las principales líneas de evolución y las instituciones más vivas de esos ordenamientos y las razones que explican sus divergencias respecto al Derecho común español. A cubrir este hueco editorial en una alícuota parte trata de contribuir este encomiable volumen que aquí comentamos, y que ayuda a abrir horizontes en relación con el objeto de su estudio y suscita numerosas y profundas cuestiones.

Efectivamente, a pesar de lo que pueda hacer pensar por su título, el libro que nos ocupa no es una introducción histórico-jurídica al Derecho civil gallego, sino que se centra en la consideración de las principales líneas de fuerza que han caracterizado la construcción del *ius proprium* en Galicia sobre todo a partir de la Codificación civil española, en especial los estadios más recientes de su desarrollo, marcado por la sucesión de la Compilación de Derecho civil especial de Galicia (Ley 147/1963, de 2 de diciembre), la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, y la última «codificación» del Derecho civil gallego, *i. e.* la Ley 2/2006, de 14 de junio. Estas líneas de fuerza son, a nuestro juicio, y según se desprende de la lectura de la obra, la tensión entre «foralismo» y «autonomismo» en la concepción del Derecho civil gallego, la constante expansión material de este ordenamiento desde un punto de vista legal y el papel de la costumbre como fuente del Derecho y su relación dialéctica con los instrumentos legislativos. Todos estos temas son de constante referencia a lo largo de sus páginas y subyacen al discurso general de la obra.

Tras un interesante Prólogo del profesor Christian Baldus (Heidelberg), el libro se divide en dos partes perfectamente diferenciadas, una de corte más narrativo-descriptivo, la otra de orden más analítico-explicativo, con un capítulo intermedio (el cuarto), que sirve de transición entre ambas. En efecto, los tres primeros capítulos están destinados a relatar el *iter* legislativo que ha discurrido desde los primeros atisbos de una regulación legal del viejo Derecho civil gallego (por primera vez en su historia), a partir del Real Decreto de 2 de febrero de 1880, que incluyó a Galicia entre los territorios forales en orden a la formación de «Apéndices» al Código civil que contuvieran los restos de la regulación específica de las instituciones tradicionales, con vistas a una futura unificación material del Derecho civil español, hasta la reciente Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, que ha dado forma definitiva (hasta el momento) a esa realidad que el A. denomina correctamente la «experiencia jurídica gallega». En este camino se alternan las propuestas

académicas con las decisiones legislativas, en una relación dialéctica en ocasiones no exenta de tensiones, donde la exigencia de un mayor reconocimiento de la existencia y supervivencia de las figuras tradicionales jurídico-civiles gallegas –a veces en clara contradicción con las opciones del Código civil– ha ido ganando la partida a lo largo del tiempo, a la vez que se consolidaba la decantación por el autonomismo como base de legitimidad de la subsistencia de esta especialidad jurídica territorial, al igual que en otros territorios del Estado español. El A. relata con exhaustividad y pluma ágil el proceso histórico a través del cual se ha llagado a las formulaciones legales vigentes, sin que falten numerosas referencias a las propuestas alternativas brindadas por la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de este proceso de algo más de un siglo. Se dedica una amplia atención en el libro a la controvertida norma de la Compilación de 1963 –la principal consagración legislativa del «foralismo» gallego, en un contexto de fuerte uniformización política y legislativa–, duramente atacada por la doctrina posterior como «fragmentaria, incompleta, falta de entidad propia de un sistema jurídico, y, en consecuencia, en buena parte, de espaldas a la realidad social» (pág. 112), pero que el A. no acaba de valorar tan negativamente, a la vista de las circunstancias concretas en que hubo de realizarse y teniendo en cuenta la finalidad «transitoria» con que fue elaborada. Al menos tuvo una virtualidad –añadimos nosotros–, cual es la de servir de instrumento para hacer visible la subsistencia de esa realidad jurídica que se resistía a desaparecer, a pesar de las tendencias uniformadoras del régimen político por entonces vigente, y aun del propio movimiento codificador. La tendencia contraria –esto es, expansiva– es la que se encuentra, sin embargo, en las ulteriores formulaciones legislativas del fenómeno, hasta llegar a la regulación actualmente vigente de 2006.

Se echa de menos en esta parte del trabajo una mayor profundización en algunos aspectos de calado provistos de un interés general y que explican, en parte, el devenir ulterior del proceso legislativo, como fueron las trascendentales Sentencias del TC 88/1993 y 156/1993, que, interpretando el sentido del artículo 149.1.8.^a CE relativo a «la conservación, modificación y desarrollo» por las CC.AA. de su Derecho civil propio, consagraron la «concepción foralista» pero, al mismo tiempo, abrieron la puerta a la expansión legislativa de estos Derechos civiles autonómicos que hoy observamos por doquier (véanse págs. 114-116); y en relación en concreto con Galicia, la STC 47/2004, de 29 de marzo, que anulaba por inconstitucionales determinados extremos de la Ley 11/1993, de 15 de julio, del Parlamento de Galicia, sobre recurso de casación en materia de Derecho civil especial, la cual permitía motivar el recurso de casación sobre la base de un «error en la apreciación de la prueba que demuestre un desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción de uso o costumbre» (véase al respecto las págs. 159 y ss. y la nt. 110). Asimismo, hubiera sido deseable quizá un mayor análisis crítico de las opciones normativas adoptadas por el legislador gallego en las diversas etapas de ese proceso de consagración legal del *ius proprium*, cuyas motivaciones de fondo no siempre es claro si han obedecido a exigencias de orden técnico, o más bien a estrategias retóricas al servicio de determinados intereses políticos. También se observa en esta parte del libro un quizá excesivo protagonismo de las actuaciones legislativas –en conexión con las correspondientes propuestas doctrinales–, pero una escasa atención a las aportaciones de la jurisprudencia, a la que el propio A. reconoce, no obstante, una «particular intensidad e importancia» en el ámbito jurídico-civil gallego (véase pág. 45).

Antes de entrar en la segunda parte del trabajo (constituida por los dos últimos capítulos del libro), un interesante capítulo de transición (el cuarto del libro) está dedicado a la aproximación a la problemática jurídico-civil gallega por parte de algunos autores y eruditos de finales del s. XIX e inicios del XX (v. gr. Antonio Ferreira, Prudencio Rovira, Alfredo García Ramos o Nicolás Tenorio), autores en gran parte desconocidos no solo para los civilistas españoles en general, sino incluso para muchos estudiosos del fenómeno del Derecho civil gallego, pero cuyos escritos han perfilado algunos de los caracteres esenciales que presenta este ordenamiento en la actualidad, confirmando una vez más, *mutatis mutandis*, ese conocido aserto de *lord* Keynes, según el cual «las ideas de los economistas y filósofos políticos, tanto cuando son acertadas como cuando son erróneas, son más poderosas de lo que se cree habitualmente. En efecto, el mundo es gobernado por ellas y por casi nada más. Los hombres prácticos –quienes se creen libres de toda influencia intelectual– son, por lo general, esclavos de algún economista difunto»; lo que es perfectamente exportable también al ámbito jurídico.

La segunda parte del trabajo está dedicada, en efecto, no ya al desarrollo de un *iter* legislativo, sino al estudio de algunas figuras concretas de la tradición jurídica gallega recogidas de distintos modos en las formulaciones legales: en concreto, se centra el libro en la institución de la «casa» (también conocida como «casa patrucial» o «petrucial», «casar», «casal» o, más a menudo, «lugar acasariado») y la de la «veciña». En particular, respecto a la «casa», el capítulo 5º del libro se destina al problema de su indivisibilidad, a efectos de contribuir a conservar unidades de explotación agropecuaria de suficiente entidad como para resultar productivos y luchar así contra el minifundismo –y su consecuencia política: el caciquismo. Con todo, el A. no se limita a analizar las fundamentaciones concretas de esa prescripción legal, sino que dedica buen número de páginas a estudiar el fenómeno socioeconómico de la «casa» en la sociedad gallega y su organización sociofamiliar, con un abundante uso de la literatura antropológica, lo que resulta de gran interés– y que contrasta favorablemente con la mayor parte de los estudios sobre las instituciones jurídicas tradicionales, hechos a menudo sobre la base de fantasías identitarias y representaciones doctrinales arcaicas, y de espaldas a las nuevas realidades socioeconómicas evidenciadas a través de las aportaciones de las ciencias sociales, como el propio A. destaca respecto al proceso de elaboración legislativa del Derecho civil gallego (véase pág. 184). Esto mismo se observa en el capítulo sexto en relación con otra institución tradicional, la «veciña» –una forma de autoorganización de los cabezas de familia («patrucios») de una determinada circunscripción («parroquia») con intereses comunes de explotación agropecuaria– que ha sido reconocida en la Ley 4/1995 (arts. 10 ss.) y en la Ley 2/2006 (arts. 52 y ss.), de Derecho civil de Galicia, a pesar de la opción de muchos juristas y la dura polémica doctrinal en cuanto a su verdadera existencia actual, de la que el A. da cumplida cuenta en el libro con gran profusión de literatura especializada. Estos dos capítulos sirven de muestra de las incertidumbres y dificultades que presenta la inserción en los ordenamientos jurídicos modernos de figuras de la vida jurídica tradicional que responden a modelos socioeconómicos del pasado y son un buen ejemplo del modo en que dichas figuras son utilizadas para lo que el historiador Pio Caroni ha llamado certeramente la «invención de una tradición» (aunque en su caso con referencia al fenómeno opuesto al aquí tratado, es decir, la construcción de un nuevo Derecho común europeo). La lectura de estos dos capítulos deja al lector una sensación (probablemente en

contra de las propias intenciones del A., tal como se expresan, p. ej., en la pág. 56) de duda e incertidumbre respecto a la viabilidad y la legitimidad de estas construcciones jurídicas, particularmente en el actual contexto de creciente «europeización» del Derecho privado, y pone en cuestión la afirmación vertida por Christian Baldus en su Prólogo de que «apenas nadie postula un *Volksgeist* nacional que pudiera resucitar nuevamente» (pág. 12): se diría que más bien este desarrollo reciente de los Derechos civiles autonómicos españoles (no solo del gallego, claro está) es justamente expresión de un *revival* de la concepción savignyana –pero, desafortunadamente, sin la altura científica y la densidad cultural del sabio de Hessen. La obra de Rodríguez Montero abre la puerta a esa reflexión y a ese debate, y ofrece excelentes materiales para enfocarlo, por lo que, aunque solo fuera por eso, ya merecería la pena su atenta lectura.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Catedrático de Derecho romano
Universidad de Valladolid

VITERI ZUBIA, Ibon: *El pago anticipado en las obligaciones a plazo. El derecho al reembolso anticipado en el sector específico del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 390 pp.

La monografía constituye la tesis doctoral del autor. Tiene una estructura clara dividida en dos partes. La primera parte consta de cuatro capítulos, dedicados al estudio general de las obligaciones a plazo, para pasar luego a analizar cuándo puede el deudor pagar antes del vencimiento del término de cumplimiento, y cuándo puede el acreedor exigir el cumplimiento antes del vencimiento. Esta primera parte se concluye con el análisis de los supuestos en que se produce el cumplimiento anticipado y sus consecuencias. La segunda parte se centra en el pago o cumplimiento anticipado en las leyes especiales, y ocupa dos capítulos, dedicados respectivamente al reembolso anticipado en los préstamos hipotecarios, y al reembolso anticipado en los contratos de crédito al consumo.

El autor comienza con breve, pero clarificador, estudio del tiempo y su influencia en Derecho de Obligaciones, lo que permite configurar como categoría especial a las *obligaciones a plazo*, en las que se pueden englobar muy diversas modalidades, dependiendo de su origen o de la manera de fijar el elemento temporal. Esta parte concluye con un análisis detenido del artículo 1127 CC, en el que el autor destaca que el legislador español se ha alejado de la concepción clásica, según la cual el plazo se establece en beneficio del deudor, para pasar a tratar el elemento temporal como un límite a las facultades de las dos partes que integran la relación obligatoria. El acreedor no puede exigir el cumplimiento antes del día señalado y, si lo hace, el deudor puede enervar la pretensión oponiendo la falta de vencimiento. Pero tampoco el deudor tampoco puede obligar al acreedor a recibir el pago antes de tiempo, de modo que el acreedor puede rechazar el ofrecimiento anticipado de pago sin incurrir por ello en *mora credendi*. En este sentido, el artículo 1127 CC contiene una regla interpretativa aplicable cuando nada hayan establecido las partes, ni se pueda deducir otra cosa del tenor y circunstancias de la obligación.

Mayor extensión tienen los capítulos dedicados al estudio de cuándo puede cada una de las partes integrantes de la relación obligatoria imponer a la otra la realización de la prestación antes del momento del vencimiento. Por lo que se refiere a la facultad del acreedor de exigir el cumplimiento de la prestación antes del vencimiento del plazo, el autor realiza un pormenorizado estudio de cada uno de los supuestos previstos en el artículo 1129 CC. En esta parte de la obra tiene un gran interés el tratamiento del vencimiento anticipado de origen negocial. El autor se pronuncia claramente a favor del juego en este punto del principio de autonomía de la voluntad, de manera que las partes puedan prever supuestos específicos que determinen la posibilidad de exigir o cumplir anticipadamente. De manera particular se analizan aquí los pactos de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, lo que acaso hubiera requerido un tratamiento más amplio, aunque el autor se anticipa a la doctrina contenida en de la STJUE de 14 de marzo de 2013 y defiende la posibilidad de considerar abusiva esta cláusula cuando se trate de incumplimiento irrelevantes por parte del deudor hipotecario.

Además de lo anterior, en esta parte se diferencia de manera clara la posibilidad de exigir anticipadamente que tiene el acreedor en los supuestos legales (art. 1129 CC) y negociales, de los supuestos de vencimiento anticipado automático que se producen en los casos de aplicación de la Ley Concursal. El artículo 146 de esta ley determina que la apertura de la fase de liquidación produce el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados. El supuesto es diferente del regulado en el artículo 1129 CC. La Ley Concursal no pretende conceder a los acreedores la posibilidad de exigir anticipadamente el pago de sus créditos, sino que en este caso se produce efectivamente el vencimiento como efecto automático ineludible de la apertura de la fase de liquidación por ministerio de la ley. Por ello, en el artículo 1129 CC se pretende proteger el interés del acreedor afectado por alguno de los supuestos regulados en dicho precepto, mientras que a través del artículo 146 LC se trata de proteger el interés colectivo de todos los acreedores, suprimiendo la barrera que la existencia del plazo supone para proceder al pago de los créditos.

Desde la perspectiva del deudor, se dedica un capítulo al estudio de los supuestos en que éste puede imponer el cumplimiento anticipado al acreedor, sea en virtud de acuerdo o porque así se deriva de la naturaleza de la obligación. La parte más extensa del mismo, se ocupa del efectivo cumplimiento anticipado y del análisis del artículo 1126 CC, especialmente del fundamento y de las consecuencias que produce que el deudor pague por error anticipadamente, en cuanto a la posibilidad de reclamar los intereses y frutos percibidos. Es esta una de las partes más originales de la obra, en la que el autor se mueve con soltura en los diversos supuestos que se pueden plantear, de una enorme dificultad tanto dogmática como práctica, dependiendo de que se trate de obligaciones no dinerarias, o de obligaciones dinerarias, diferenciando en este último caso entre las que devengan o no intereses. No obstante el estudio podría haber profundizado en la problemática que suscita el cumplimiento anticipado en las obligaciones con pluralidad de sujetos. De manera especial en los casos de solidaridad, dado que, según reconoce el artículo 1140 CC, ésta puede existir aunque acreedores y deudores no estén ligados por unos mismos plazos. Igualmente podrían haberse tratado con mayor amplitud los problemas del cumplimiento anticipado del fiador en relación con la acción de reembolso (art. 1841 CC). En este mismo sentido, y desde el punto de vista concursal, acaso hubiera requerido un mayor detenimiento el problema de la posible extensión del vencimiento anticipado frente a codeu-

dores solidarios y fiadores o avalistas del concursado, tanto durante la fase de convenio como tras la apertura de la fase de liquidación.

La monografía culmina con una segunda parte «especial», por cuanto se refiere a la problemática del cumplimiento anticipado en algunas leyes especiales. Es cierto que los supuestos a analizar podrían haber sido otros, pero el autor justifica desde un principio que se quiere ocupar con carácter general de las operaciones de crédito. Desde esta perspectiva, se analiza en primer lugar el reembolso anticipado en los préstamos hipotecarios, y su regulación en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (varias veces modificada posteriormente), y en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. El autor estudia en profundidad las obligaciones de transparencia de las empresas que ofrecen contratos de préstamo o crédito hipotecario, pero sobre todo centra el problema de la posible amortización anticipada, y de la comisión a satisfacer en estos casos, desde un punto de vista exclusivamente temporal. En este sentido demuestra con sobrados argumentos que el posible cobro de una comisión no supone un incumplimiento sancionado por una cláusula penal. Estamos ante una facultad –la de amortización anticipada– conferida al prestatario en el mismo contrato, por lo que el eventual pago de dicha comisión supone exclusivamente una contrapartida de la facultad reconocida contractualmente. No existe, por tanto, incumplimiento contractual, ni novación extintiva de la relación obligatoria, tampoco estamos ante un supuesto de obligación alternativa o facultativa, sino exclusivamente ante una modificación temporal del momento del cumplimiento, que se concede al deudor.

En cuanto al reembolso anticipado en los contratos de crédito al consumo, el autor se centra en la regulación específica de que son objeto estos contratos en la Ley 16/2011, de 24 de junio, así como en estudio de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles. La primera de estas leyes se aparta del criterio del artículo 1127 CC, permitiendo al consumidor liquidar anticipadamente, de forma total o parcial, y en cualquier momento, las obligaciones nacidas del contrato de crédito. También en este caso, se reconoce al prestamista el derecho a cobrar una compensación por el reembolso anticipado, que le permite atenuar la pérdida sufrida como consecuencia del ejercicio de la facultad reconocida al deudor. Pero no se trata de reconocerle un derecho a compensación por los intereses dejados de percibir, sino de resarcir el riesgo del tipo de interés. La regulación en este punto de la Ley 28/1998 es similar, con la especialidad de que, salvo que otra cosa se pacte, los pagos parciales anticipados no pueden ser inferiores al 20 por 100 del precio del bien.

Como valoración general considero que se trata de una obra muy completa, con un tratamiento exhaustivo del elemento temporal en Derecho de obligaciones, y con aportaciones sumamente originales en el análisis de la problemática que plantea el reembolso anticipado en las operaciones de crédito con consumidores y usuarios de servicios bancarios.

Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valladolid

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUTIÁN

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

ATIAS, Ch.: «Exécution et efficacité des actes juridiques», *RD*, 2013, núm. 34, pp. 2288-2292.

Estudio jurídico sobre los problemas que plantean la ejecución de los actos jurídicos. Su eficacia. Utilización de la jurisprudencia. (*R. A. R.*)

CREUX-THOMAS, F.: «Le Code civil décodé», *SJ*, 2013, núm. 37, pp. 1672-1675.

Los actuales cambios jurídicos han llevado a una gran modificación del Código civil. Consecuencias: descodificación. (*R. A. R.*)

JACOB M. VICTOR: «The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy», *Yale L. J.*, 2013, vol. 123, núm. 2, pp. 513-528.

Análisis de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a su libre circulación (Reglamento general de protección de datos) de 25 de enero de 2012. El autor examina el «derecho al olvido» y las posibles consonancias que el texto comunitario tiene con el modelo propuesto en 2004 por Paul Schwartz (vid. «Property, Privacy, and Personal Data», *Harv. L. Rev.*, 2004, vol. 117, núm. 7, págs. 2055-2128) y otros modelos de origen estadounidense. El trabajo también explora brevemente la relación que puede darse entre privacidad, como protección de un derecho humano y su patrimonialidad, hablándose de un *pro-
pertizing personal data*. (*A. F.*)

LOBINGER, TH.: «Insichgeschäft und Erfüllung einer Verbindlichkeit. Ein Beitrag zur historisch-systematischen Restriktion von § 181 letzter HS BGB», *AcP*, núm. 3, 2013, pp. 366-404.

Largo artículo sobre el § 181 BGB, que prohíbe la autocontratación del representante, salvo que se trate del cumplimiento de una obligación. Tras un detenido estudio histórico, el autor llega a la conclusión de que la excepción estaba pensada para el tutor. (*M. G.-R.*)

PASQUINO, T.: «La buona fede in senso soggettivo nell'ermeneutica giurisprudenziale. Notazioni intorno alla portata generale dell'art. 1147 cod. civ.», *NGCC*, 2013, núm. 10, pp. 523-535.

Artículo dedicado al concepto subjetivo de la buena fe en el derecho privado italiano: apuntes históricos sobre los orígenes del principio de buena fe, buena fe y estados subjetivos relevantes (el error), la buena fe y la culpa grave, la presunción de buena fe... (*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.

Imposibilidad de derogar normas que afectan al orden público mediante acuerdo de los particulares. ¿Es correcto el lugar de esta norma en el Código civil?. (*R. A. R.*)

SUPIOT, A.: «Ontologie et déontologie de la doctrine», *RD*, 2013, núm. 21, pp. 1421-1428.

El autor manifiesta la necesidad de estudiar el derecho no sólo desde el exterior, sino también teniendo en cuenta los valores y hechos internos que están en el mismo objeto de estudio. (*R. A. R.*)

VV.AA.: «Le rôle créateur de la pratique juridique», *GP*, 2013, núm. 107-108.

Número especial que recoge las ponencias del Coloquio organizado por el despacho de abogados Clifford Chance en París el 27 de noviembre de 2012 sobre el papel creador de la práctica y su influencia en la formación jurídica y en la elaboración normativa. (*R. A. R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

AZZI, T.: «La cession á titre gratuit du droit d'auteur», *RIDA*, núm. 237, julio 2013, pp. 90-135.

Ante la frecuencia de los supuestos de cesión del derecho de autor a título gratuito, el artículo aborda su régimen jurídico. En particular, se pregunta en qué medida estas cesiones son reconocidas por el derecho francés. (*C. J. D.*)

BEURSKENS, M./KAMOCKI, P./KETZAN, E.: «Les autorisations tacites –une révolution silencieuse en droit d'auteur numérique. Perspectives étatsunienne, allemande et française», *RIDA*, núm. 238, octubre 2013, pp. 3-109.

Perspectiva estadounidense, alemana y francesa de las autorizaciones tácitas en el ámbito digital del derecho de autor. (C. J. D.)

BIANCA, C. M. Y OTROS: «La riforma del diritto della filiazione», *NLCC*, 2013, núm. 3, pp. 437-650.

Comentario de la reforma en materia de filiación introducida por la L. 10 dicembre 2012, núm. 219, que contiene disposiciones sobre el reconocimiento de hijos naturales.

Especiales revisiones de la nueva noción de parentesco, especialmente en supuestos de hijos extramatrimoniales y adoptados; revisión de los requisitos de consentimiento de los afectados y el derecho de los menores a ser oídos.

Análisis de la posición de los progenitores demandados y los herederos de éstos y de los efectos del reconocimiento de filiación, como la alimentación, educación, compañía, respeto de su personalidad. (M. R. D. R.)

BINCTIN, N.: «Droit d'auteur et droit des successions», *RIDA*, núm. 234, pp. 3-189.

El Derecho de sucesiones es uno de los ámbitos en los que el Derecho civil varía más de unos países a otros: El autor presenta el caso francés, desde la perspectiva del derecho de autor. (C. J. D.)

CENDON, P.: «Cellule staminali somministrate ai pazienti sofferenti di gravi malattie neurologiche (Parere pro veritate)», *DFP*, 2013, núm. 2, pp. 593-610.

Artículo relativo a la existencia de un derecho de la persona a no sufrir y análisis de la normativa europea en torno a la impartición de medicinas por compasión. (Alma R.G.)

CERVETTI, P. D.: «Du bon usage de la contractualisation en droit de la propriété littéraire et artistique», *RIDA*, núm. 238, octubre 2013, pp. 110-193.

El autor aborda la perspectiva contractual de los convenios entre particulares que tengan por objeto el derecho de la propiedad literaria o artística, en búsqueda de criterios útiles en la formación del contrato. (C. J. D.)

CLÉMENT-FONTAINE, M.: «Les communautés épistémiques en ligne: un nouveau paradigme de la création», *RIDA*, núm. 235, pp. 113-193.

Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación permiten realizar un trabajo intelectual que es resultado de la aportación entrelazada de varios sujetos (por ejemplo, en blogs, wiki, foros,...). Desde la perspectiva del derecho de autor, el artículo aborda cuestiones relativas a lo que denomina *comunidades epistemológicas online*, constituidas por grupos de coautores, que no comparten tiempo ni situación geográfica, y que tienen por objeto producir conocimientos con destino al público. (C. J. D.)

FUSTANEIO, R.: «I diritti civili dei minori dopo l'istituzione dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza», *NGCC*, 2013, núm. 9, pp. 433-450.

Estudio de la ley de 12 de julio de 2011 núm. 112, que ha regulado la figura de la Autoridad Garante de la Infancia y de la Adolescencia con la

finalidad de tutelar los derechos e intereses de los menores de edad: el derecho del menor a ser escuchado, el derecho del menor a ser informado, los derechos procesales del menor en el proceso civil, el derecho del menor a la familia, el derecho del menor a la salud... (*Alma R.G.*)

GOMPEL, S./LAVIK, E.: «Qualité, mérite, esthétique et destination: examen de l'exclusion par le droit d'auteur de l'UE d'autres critères que celui de l'originalité», *RIDA*, núm. 236, abril 2013, pp. 101-295.

Examen de la exclusión por la UE de criterios distintos de la originalidad para la valoración del derecho de autor: en particular, la calidad, el mérito, la estética y el destino. (*C. J. D.*)

LA TORRE, M.: «Il nome: contrassegno dell'identità personale», *GC*, 2013, núm. 9, pp. 443-472.

Reflexiones sobre el derecho al nombre y su consideración como bien jurídico susceptible de protección como bien de la personalidad. (*M. R. D. R.*)

LABBÉE, X.: «Suicide pour tous!», *GP*, 2013, núm. 51-52, pp. 6-8.

Crítica al proyecto de ley presentado en el parlamento francés para que el individuo pueda poner fin a su vida. ¿Es necesaria la intervención del legislador? (*R. A. R.*)

MACREZ, F.: «Le droit d'auteur, le programme d'ordinateur et la Cour de Justice» *RIDA*, núm. 234, pp. 191-289.

El autor afirma que el derecho de autor en Europa está, desde hace unos años, en manos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; cuestiona la legitimación del Tribunal para ello, prestando especial atención a la doctrina en materia de protección del programa de ordenador. (*C. J. D.*)

MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Crónica de España (2008-2011). Primera Parte: Crónica legislativa», *RIDA*, núm. 234, pp. 289-411.

Primera parte de la crónica sobre Derecho de autor en España, referida en particular a la legislación. (*C. J. D.*)

— «Crónica de España (2008-2011). Segunda parte: Crónica jurisprudencial», *RIDA*, núm. 235, pp. 194-237.

Segunda parte de la crónica del derecho de autor en España, referida en esta ocasión a la jurisprudencia. (*C. J. D.*)

MARTIAL-BRAZ, N./ROCHFEL, J./GATTONE, E.: «Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe», *RD*, 2013, núm. 42, pp. 2788-2794.

Estudio sobre la proposición de ley de protección de datos de 25 de enero de 2012 realizada por expertos europeos. (*R. A. R.*)

MARTIAL-BRAZ, N.: «Sûretés réelles et droit d'auteur: l'impossible union?», *RIDA*, núm. 236, abril 2013, pp. 50-99.

La autora cuestiona el antagonismo entre las garantías reales y el derecho de autor. (C. J. D.)

MERCAT-BRUNS, M.: «La personne au prisme des discriminations indirectes», *RD*, 2013, núm. 37, pp. 2475-2482.

Problemas jurídicos en torno a la igualdad de la persona por razón de la edad, fundamentalmente para las personas mayores, y por razón del trabajo. (R. A. R.)

MIELE, M.: «Diritti della personalità e segni identificativi delle persone. Note a margine del d.p. c.m. 28 gennaio 2011», *RDC*, 2013, núm. 4, pp. 899-915.

Análisis de los títulos nobiliarios y escudos y armas identificativos de las familias nobiliarias como bienes de la personalidad, susceptibles de protección jurídica y reconocibles en la actualidad tanto a diferentes tipos de personas jurídicas como a las personas físicas. (M. R. D. R.)

RICKETSON, S.: «Chronique d'Australie (Partie I-Législation)», *RIDA*, núm. 237, julio 2013, pp. 136-215.

Crónica del derecho de autor en Australia, referida en particular a la legislación. (C. J. D.)

— «Chronique d'Australie (Seconde Partie)», *RIDA*, núm. 238, octubre 2013, pp. 194-307.

Crónica del Derecho australiano de autor, referida en particular a la jurisprudencia reciente. (C. J. D.)

ROTH, C./BURGAUD, F.: «Charte des droits fondamentaux vs Convention européenne: dommages collatéraux en vue», *RD*, 2013, núm. 29, pp. 1977-1980.

Los problemas que se plantean en cuanto al solapamiento de ambos textos legales. (R. A. R.)

SAKATA, H.: «La formation du concept de l'auteur dans le copyright britannique», *RIDA*, núm. 236, abril 2013, pp. 3-49.

El autor estudia la formación del concepto de autoría en el derecho británico de propiedad intelectual. (C. J. D.)

SENFLEBEN, M.: «Résultats de recherche sur Internet – Citation licite?», *RIDA*, núm. 235, pp. 3-111.

En relación con el derecho de cita, el artículo aborda la relación entre el derecho de autor y los resultados producidos por los motores de búsqueda en Internet. (C. J. D.)

TAFFOREAU, P.: «La musique en ligne et les droits voisins: essai de bilan, une décennie après L'entrée en vigueur de la directive DADVSI du 22 mai 2001», *RIDA*, núm. 237, julio 2013, pp. 5-89.

Balance del derecho de autor en relación con la música online, a los diez años de la entrada en vigor de la Directriz DADVSI, del 22 de mayo de 2001. (C. J. D.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALPA, G.: «I “principi fondamentali” e l’armonizzazione del diritto contrattuale europeo», *CI*, 2013, núms. 4-5, pp. 825-838.

Artículo sobre los derechos fundamentales en cuanto principios generales de derecho contractual en la Carta Europea y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (*Alma R.G.*)

ANTIPAS, J.: «La responsabilité civile des préposés et des commettants à la lumière du droit comparé interne», *RD*, 2013, núm. 44, pp. 2928-2935.

Problemas jurídicos que se plantean en torno a la responsabilidad civil en el contrato de obra, atendiendo al Derecho comparado y francés. (*R. A. R.*)

ATIAS, Ch.: «L’irrévocabilité relative de l’acte unilatéral», *RD*, 2013, núm. 26, pp. 1765-1767.

La irrevocabilidad de los actos unilaterales. Problemas jurídicos que se plantean. (*R. A. R.*)

AYMERIC, N.: «L’incidence du comportement du débiteur sur la prescription», *RTDC*, 2013, núm. 3, pp. 519-538.

El autor estudia la opinión generalizada de que los comportamientos del deudor de falta grave o dolo que cuestionan los mecanismos de limitación de la responsabilidad civil contractual deben producir el mismo efecto que la prescripción, ese deudor no podría oponer la prescripción de la acción. Para ello, propone utilizar por analogía la regulación de la prescripción en el contrato de transporte regulado en el Código de comercio. (*R. A. R.*)

AZAR-BAUD, M. J.: «L’introduction d’une action de groupe en droit de la consommation», *GP*, 2013, núm. 244-246, pp. 16-20.

La acción conjunta en materia de consumo. Estudio de la *class action* a la francesa en el nuevo proyecto de ley de consumo. (*R. A. R.*)

BAILLY, A./HARANGER, X.: «Point de départ du délai de prescription et connaissance des faits permettant d’exercer l’action», *GP*, 2013, núm. 333-334, pp. 11-12.

Estudio jurisprudencial sobre la influencia del comportamiento de las partes en el conocimiento de los hechos a efectos de prescripción. Comienzo del plazo desde que el titular conocer o debería conocer el hecho. (*R. A. R.*)

BAKOUCHE, D.: «Le préjudice n’est-il reparable qu’à la condition que la victime puisse se le représenter?», *SJ*, 2013, núm. 24, pp. 1162-1165.

Petición de indemnización a los herederos del difunto causante del daño. Concepción subjetiva del daño. Pérdida de esperanza de vida. (R. A. R.)

BENOS, C.: «L'altruisme dans le contrat du prêt 'a usage», *RD*, 2013, núm. 35, pp. 2358-2362.

La causa y los motivos que llevan al contrato de comodato. Estudio de la cuestión. (R. A. R.)

BERTINO, L.: «La proporzionalità dei rimedi contro l'inadempimento del contratto», *CI*, 2013, núms. 4-5, pp. 988-1013.

Artículo dedicado al principio de proporcionalidad y el juicio sobre la gravedad en la resolución judicial; posición doctrinal al respecto antes del vigente código civil italiano y el principio de proporcionalidad en relación a los pactos sobre la gravedad del incumplimiento. (Alma R.G.)

— «Sulla validità di una clausola di irrisolubilità del contratto per inadempimento», *NGCC*, 2013, núm. 10, pp. 536-551.

Estudio de la cláusula por la que las partes pactan que, en caso de un eventual y futuro incumplimiento contractual, el acreedor no pueda pedir la resolución del contrato. En concreto, se analiza la función de la cláusula de irrisolubilidad, dudas doctrinales acerca de la validez de la cláusula, efectos de la cláusula y resarcimiento del daño. (Alma R.G.)

BONTEMPI, P.: «Usura e retroattività», *NGCC*, 2013, núms. 7-8, pp. 656-663.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 11 de enero de 2013 núm. 602 dedicado al anatocismo bancario. (Alma R.G.)

BOUTONET, M./MEKKI, M.: «Plaidoyer en faveur d'une extension des responsables de la dépollution immobilière», *RD*, 2013, núm. 19, pp. 1290-1297.

Problemas de contaminación inmobiliaria y su extensión a los sujetos intervinientes en la construcción. (R. A. R.)

CALVO, R.: «Nullità, inefficacia e circolazione immobiliare», *RTDPC*, 2013, núm. 3, pp. 995-1008.

Revisión de las causas y efectos de la nulidad e ineficacia contractual en los supuestos de transmisión inmobiliaria, con especial referencia a los supuestos excepcionales de protección de terceros adquirentes de buena fe. (M. R. D. R.)

CAPELLO, A.: «La faute civile et la violation des règles régissant une activité sportive ou professionnelle», *RTDC*, 2013, núm. 4, pp. 777-796.

El autor estudia el concepto de ilícito civil a lo largo de la historia como cuestión previa para determinar si hay o no obligación de comportarse de una forma en el ámbito deportivo. ¿Cualquier obligación preexistente que se incumple es ilícito civil? No. Es necesario distinguir entre violación de regla deontológica y violación de regla deportiva. Aplicación del 1382 CC sólo a la violación de una obligación profesional, nunca a la violación de una regla de juego. (R. A. R.)

CAPRIOLI, E. A.: «Première décision sur la preuve et la signature électronique d'un contrat de crédit à la consommation», *SJ*, 2013, núm. 18, pp. 866-869.

Estudio sobre la sentencia de la corte de apelación de Nancy invalidando la decisión del tribunal de instancia de Epinal de 12 de diciembre de 2011 sobre los bancos online y los prestamistas en caso de firma electrónica. (R. A. R.)

CARO, J. E.: «Le recours du sous-traitant industriel à l'encontre du maître d'ouvrage privé», *GP*, 2013, núm. 60-61, pp. 21-24.

Necesidad de una reglamentación legal para proteger a las subcontratas frente a los contratistas de empresas principales para evitar fraudes. Problemas sobre el concepto de subcontratista industrial: campo de aplicación y recursos en caso de impago. (R. A. R.)

CASTON, A./AJACCIO, F.: «Responsabilité, à l'égard des tiers, de l'assureur de responsabilité décennale au titre des attestations d'assurance», *GP*, 2013, núm. 60-61, pp. 9-15.

Estudio a propósito de dos sentencias de la corte de casación, sección 3.^a, de 24 de octubre de 2012 sobre la naturaleza, extensión y límites de la responsabilidad del asegurador por responsabilidad decenal. (R. A. R.)

CASTON, A./AJACCIO, F./PORTE, R.: «2013 et la responsabilité des constructeurs devant la Cour de cassation», *GP*, 2013, núm. 331-332, pp. 5-9.

Evolución jurisprudencial en el ámbito de la responsabilidad del constructor a lo largo del 2013. Posiciones tradicionales y novedades. (R. A. R.)

CASTRON, A.: «Des droits à indemnisation de l'acquéreur contre le promoteur vendeur d'ouvrage immobilier», *RDI*, 2013, núm. 11, pp. 517-525.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación, sala 3.^a, de 10 de julio de 2013 por el que se refuerza el paralelismo en el régimen de responsabilidad del vendedor de un inmueble antes y después de la recepción de la obra. Protección del adquirente. (R. A. R.)

D'ADDA, A.: «Danno ambientale e tecniche rimediali: le forme del risarcimento», *NGCC*, 2013, núms. 7-8, pp. 407-422.

Artículo dedicado a la responsabilidad por daño ambiental y, en particular, al tema de las formas de reparación de tal daño. (Alma R.G.)

DESSUET, P.: «L'attestation RC décennale prochainement définie par arrêté», *RDI*, 2013, núm. 12, pp. 565-574.

Estudio a propósito de la reforma del artículo L 243-2 del Código de seguro sobre la reforma del seguro de responsabilidad civil decenal por el que se prevé la fijación de unas menciones mínimas relativas a las «attestations». Posiciones críticas por el contenido excesivo de dicha mención. (R. A. R.)

DIVO, A./FÉLIZOT, CH.: «État des lieux sur les locations meublées de courte durée: définitions et contrôles», *GP*, 2013, núm. 137-138, pp. 15-18.

Estudio sobre el arrendamiento de apartamentos amueblados de corta duración. Escasez legislativa, competencia entre particulares y hoteles y problemática jurídica. Controles administrativos y de la comunidad de propietarios. (R. A. R.)

ENGERT, A.: «Regelungen als Netzgüter. Eine Theorie der Rechtsvereinheitlichung in Vertragsrecht», *AcP*, núm. 3, 2013, pp. 321-365.

Estudio sobre la conveniencia de la unificación jurídica, especialmente en la Unión Europea, basándose en los estudios económicos del efecto de red o externalidades de red (*network effects*), según el que, cuanto más sujetos utilizan un elemento (como, p. ej., el teléfono), mayor es su valor. Por supuesto, el autor defiende la unificación del Derecho contractual europeo, pero advirtiendo que si se mantiene el Derecho de cada miembro y sólo se ofrece un modelo europeo al que las partes pueden adherirse, el efecto puede ser negativo. (M. G.-R.)

FACCI, G.: «Il contratto immeritevole di tutela nell'ordinamento sportivo», *CI*, 2013, núm. 3, pp. 645-673.

Una reciente sentencia ha llamado de nuevo la atención sobre la validez del contrato concluido en violación de disposiciones reglamentarias establecidas en el ordenamiento deportivo: las normas reglamentarias deportivas y el artículo 36 de la Constitución; la autonomía privada de las Federaciones y el contrato normativo. (Alma R.G.)

FARACE, D.: «Note sul c.d. diritto di ritenzione e sul privilegio del vettore», *NGCC*, 2013, núms. 7-8, pp. 756-762.

Comentario a la ordenanza del Tribunal de Milán de 22 de octubre de 2012 sobre el derecho de retención en el contrato de transporte. (Alma R.G.)

FAURE-ABBAD, M.: «Responsabilité des constructeurs et des vendeurs pour les dommages intermédiaires: unité ou diversité?», *RDI*, 2013, núm. 10, pp. 456-462.

Responsabilidad civil por daños causados por intermediarios en el proceso de construcción del inmueble. Estudio según el Derecho común del Código civil y la posición de la jurisprudencia, en cuanto a responsabilidad del arquitecto y constructor; la singularidad de la responsabilidad del vendedor de inmuebles sobre plano. (R. A. R.)

FEREY, S./GISELL, F.: «Pour une prise en compte de parts de marché dans la détermination de la contribution à la dette de réparation», *RD*, 2013, núm. 41, pp. 2709-2712.

Contribución de varios sujetos en la producción del daño. Reparto de la indemnización para su reparación. (R. A. R.)

FERRANDO, G.: «Meccanismi negoziali a protezione dei soggetti deboli», *RTDPC*, 2013, núm.3, pp. 977-993.

Nuevas consideraciones sobre las diferentes medidas de protección de sujetos con discapacidad sobrevenida de su voluntad, para la defensa de sus intere-

ses, en los diferentes negocios en los que pueden participar. Especial consideración de la necesidad de complementar su capacidad de obrar en los contratos de índole patrimonial y de naturaleza sucesoria. (*M. R. D. R.*)

FOULON, M./STRICKLER, Y.: «Accords et force exécutoire en France», *GP*, 2013, núm. 244-246, pp. 8-13.

El desplazamiento del procedimiento civil en materia de ejecución de contratos. Aparición de medios alternativos de resolución de conflictos. Ventajas e inconvenientes. (*R. A. R.*)

FRATA, L.: «La concezione unitaria del danno non patrimoniale e la sua quantificazione nell'illecito plurioffensivo», *NGCC*, 2013, núm. 9, pp. 777-781.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 17 de abril de 2013 núm. 9231 acerca del análisis del nuevo estatuto jurídico del daño a la persona, con particular atención al aspecto liquidatorio del mismo. (*Alma R.G.*)

GHESTIN, J.: «La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle», *SJ*, 2013, núm. 37, pp. 1614-1618.

Estudio a propósito de la decisión del Consejo Constitucional de 13 de junio de 2013 sobre la ley de seguridad en el empleo. (*R. A. R.*)

GRATTON, L.: «Le dommage déduit de la faute», *RTDC*, 2013, núm. 2, pp. 275-298.

Problemas de la decisión jurisprudencial de que el daño viene derivado de una falta. Carga de la prueba en el autor del acto ilícito. Necesidad de distinguir entre daño y perjuicio para solucionar la naturaleza probatoria o sustancial de la regla de responsabilidad. La reparación depende del carácter del ilícito. (*R. A. R.*)

GRIMALDI, C.: «La durée de la offre», *RD*, 2013, núm. 43, pp. 2871-2873.

Plazo de duración de la oferta en los casos de contratación sin plazo de duración definido. Estudio jurídico. (*R. A. R.*)

GUERRERO, N.: «Prescription de l'action en nullité pour vice du consentement: de l'importance de la caractérisation de la découverte de l'erreur», *SJ*, 2013, núm. 48, pp. 2157-216.

Error en el consentimiento como vicio de nulidad del contrato. Plazo de prescripción de la acción: comienzo y final. (*R. A. R.*)

GUIGUET-SCHIELÉ, Q.: «Repenser l'échange», *RTDC*, 2013, núm. 3, pp. 539-555.

Frente a la venta el autor analiza la permuta bajo el término «échange». La permuta implica una noción mas extensa y propia para el contrato civil. Como tal comprueba que dicho contrato tiene unos criterios insuficientes y contradictorios y su régimen jurídico es incompleto. Frente a su gran utilización en la antigüedad comprueba que hoy en día se utiliza poco y sólo en

algunos sectores, pero es muy incomprometido y no se ha adaptado a la evolución social y jurídica actual. Solicita una redefinición. (R. A. R.)

HENNEMANN, M.: «Zugang von Erklärungen im europäischen Vertragsrecht», *ZEuP*, núm. 3, 2013, pp. 565-584.

Estudio del acceso de la declaración a la persona a que va dirigida, o incluso la innecesariedad de ese acceso. En Alemania, la doctrina mayoritaria considera que se produce el acceso de una declaración de voluntad cuando la declaración ha llegado al ámbito del receptor de tal manera, que éste en circunstancias normales tiene la posibilidad de conocer el contenido de la declaración. Esta doctrina difiere en un punto fundamental de algunos proyectos europeos, puesto que éstos se conforman con que la declaración llegue al ámbito de poder del receptor, pero no hacen referencia a que se produzca en circunstancias «acostumbradas» o «normales». (M. G.-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.

El secreto profesional como obligación de la profesión del abogado respecto de su cliente. Exigencias legales a distintos niveles. (R. A. R.)

HOFMANN, F.: «Gewinnherausgabe bei Vertragsverletzungen. ‚Bereicherungsrechtliche‘ Überlegungen unter Berücksichtigung des englischen Recht», *AcP*, núm. 4, 2013, pp. 469-506.

Estudio comparado del Derecho alemán e inglés sobre la protección de bienes inmateriales tales como la facultad de fotografiar un bien de nuestra propiedad (el autor pone el ejemplo de un castillo), o de dejarse fotografiar. Frente a la protección que brinda el derecho sobre bienes inmateriales, que es bastante más breve, se propone la realización de contratos que prohíban la fotografía de esos lugares o esas personas. En caso de incumplimiento, a pesar de la discusión que hay en Alemania al respecto, propone el autor que se tenga que restituir todo el enriquecimiento que se ha obtenido de la comercialización de ese derecho inmaterial (M. G.-R.)

INNOCENTI, F.: «I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale», *CI*, 2013, núm. 3, pp. 741-770.

Artículo que profundiza en la responsabilidad por daño medioambiental: la tutela del medio ambiente y los problemas relacionados con la imputación de la responsabilidad, los objetivos de la política ambiental y el principio «quien contamina paga», los modelos de responsabilidad: de la directiva 2004/35/CE al decreto legislativo núm. 152/2006. (Alma R.G.)

JACQUIN, A.: «Obligation de délivrance du bailleur: que reste-t-il de la liberté contractuelle?», *GP*, 2013, núm. 109-110, pp. 11-14.

El autor niega el carácter de orden público de esta obligación del arrendador. Admisión por la corte de casación de estas cláusulas de forma restrictiva. Posición crítica del autor. (R. A. R.)

JAEGER, TH.: «Die parallele Anwendung von BGB und Europäischem Kaufrecht beim Rückgewährschuldverhältnis», *AcP*, núm. 3, 2013, pp. 507-537.

Tras la Propuesta de la Comisión de un Derecho de compraventa europeo común, podrán las partes dentro del ordenamiento jurídico alemán utilizar un segundo régimen de Derecho civil, objetivamente limitado. Este régimen deberá, por una parte, interactuar con el Derecho alemán, y, por otra, entrar en competencia con éste.

Esta interacción y competencia es el objeto de este trabajo, donde se toma como ejemplo la relación de deuda restitutoria. (*M. G.-R.*)

JEAN, J. P.: «La capacité légale de recevoir à titre gratuit peut-elle être restreinte contractuellement?», *SJ*, 2013, núm. 46, pp. 2060-2062.

Estudio a propósito de la sentencia de la corte de casación civil, sección 1, de 25 de septiembre de 2013. (*R. A. R.*)

KAMINSKI MARGOT E.: «Drone Federalism: Civilian Drones and the Things They Carry», *CLR*, 2013, vol. 4, mayo, *The Circuit*, pp. 57-74.

Frente a la previsión de que, en el año 2015 [vid. *FAA Modernization and Reform Act* de 2012, H.R. 658, 112th Cong. (2012)], se utilicen drones en el espacio aéreo estadounidense, y frente a su posible regulación por el Congreso de los EEUU, la autora se decanta para adoptar una regulación de carácter federal. El objetivo de la autora consiste en poner de manifiesto que la experiencia previa de cada Estado en la regulación de otros tipos de normativas sobre la privacidad contribuiría a que la futura normativa se desarrolle de la forma más apropiada. De esta manera, se garantizaría el derecho del ciudadano a proteger su vida privada, que es un aspecto a tener necesariamente en cuenta en virtud de la primera enmienda de la Carta de Derechos de los Estados Unidos. (*A. F.*)

KLEINSCHMIDT, J.: «Einheitliche Verjährungsregeln für Europa? Zu den Gewährleistungsfristen im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht», *AcP*, núm. 4, 2013, pp. 538-571.

Estudio sobre los plazos de garantía en la Propuesta de la Comisión de un Derecho de compraventa común europeo. El autor se muestra crítico con la propuesta por no diferenciar plazos de prescripción según casos y circunstancias. (*M. G.-R.*)

KLESTA, L.: «La responsabilità medica in Francia: l'epilogo di un percorso movimentato?», *NGCC*, 2013, núm. 9, pp. 479-494.

Artículo que toma como punto de partida dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo francés de 28 de junio y 3 de junio de 2010, que han reabierto el debate sobre la naturaleza jurídica, contractual o extracontractual, de la responsabilidad del médico. (*Alma R.G.*)

KÖTZ, H.: «Vorvertragliche Verhandlungen und ihre Bedeutung für die Vertragsauslegung», *ZEuP*, núm. 4, 2013, pp. 777-788.

Artículo sobre la importancia de las negociaciones previas al contrato como medio para interpretar el propio contrato. Se trata de un estudio com-

parativo del Convenio de Viena sobre los Contratos Internacionales para la Venta de Mercaderías y los distintos proyectos sobre una legislación contractual común para Europa confrontados con el Derecho inglés. En este último ordenamiento existe una regla de exclusión de las negociaciones precontractuales en la interpretación del contrato. (*M. G.-R.*)

LASSNER, M.: «Les baux commerciaux et la médiation», *GP*, 2013, núm. 109-110, pp. 15-16.

Ventajas o beneficios de la mediación como procedimiento de solución de conflictos en el contrato de arrendamiento. (*R. A. R.*)

LAURIN, Y.: «Sur la résolution des conflits d'intérêts dans la profession d'avocat», *GP*, 2013, núm. 118-119, pp. 10-11.

Reacción del autor a la desconfianza actual en los abogados. El autor recuerda determinadas normas deontológicas que parecen olvidadas por los mismos profesionales y que vienen desde la época antigua. Necesidad de un texto legal que las recoja y evite comportamientos abusivos del profesional. (*R. A. R.*)

LAUVERGNAT, L.: «Signification électronique et contradictoire: une contradiction», *GP*, 2013, núm. 83-85, pp. 13-16.

Estudio a propósito de la reforma del procedimiento previsto para el 1 de septiembre de 2012. Problemas de garantías frente al papel. (*R. A. R.*)

— «L'effet interruptif du commandement de payer avant saisie-vente: le temps presse!», *GP*, 2013, núm. 249-250, pp. 14-15.

Estudio a propósito del art. 2244 del Código civil sobre prescripción modificado en 2008. Aplicación importante a lo largo de 2013 por la multiplicidad de embargos y sus consecuencias. (*R. A. R.*)

LEQUETTE, S.: «Réflexions sur la durée du pacte de préférence», *RTDC*, 2013, núm. 3, pp. 491-517.

El acuerdo entre las partes de un plazo para ejercitar un derecho preferente de adquisición denominado contrato de prioridad ha llevado a la jurisprudencia francesa a negar la prescripción extintiva de tal acción mientras no termine el plazo pactado, salvo el derecho de realización unilateral por una de las partes. La duración se convierte en una condición de validez del contrato. (*R. A. R.*)

LEROY, M.: «Donation indirecte et répartition des bénéficiaires», *GP*, 2013, núm. 53-54, pp. 7-10.

Vías de los padres para repartir a sus hijos ingresos complementarios derivados de su actividad social. Atribución de parte de los dividendos mayor a su participación social. Decisión jurisprudencial: implica una donación indirecta. (*R. A. R.*)

LEROYER, A.M.: «L'interdiction de recevoir de l'article 909 du Code civil: une mesure à élargir», *SJ*, 2013, núm. 46, pp. 2063-2065.

El problema de los abusos a mayores ante las medidas de protección prevista en el artículo 909 del Código civil. (R. A. R.)

LIBERATI, G.: «L'affidamento a un familiare della carta di pagamento e l'obbligo di diligente custodia», *NGCC*, 2013, núm. 10, pp. 852-859.

Comentario al laudo del Árbitro bancario financiero de Roma de 15 de marzo de 2013 relativo a la responsabilidad por el uso fraudulento de los instrumentos de pago. (*Alma R.G.*)

LUTHER, CH.: «Kompensationsschadensersatz statt Drittschadensliquidation», *AcP*, núm. 4, 2013, pp. 572-603.

Trabajo sobre un problema particular del Derecho alemán. En ciertos casos, y a pesar de la tipicidad del sistema de responsabilidad extracontractual, se concede una indemnización a quien no ha sido parte en una relación determinada. Así, p. ej., cuando el mandatario obra en su propio nombre, y luego el dueño del negocio sufre un daño por culpa del cocontratante de dicho mandatario.

Según el autor, la liquidación de daños de un tercero no cumple la función del desarrollo del Derecho, eliminando contradicciones entre las normas. Por el contrario, la figura daña la sistemática del Derecho civil y muestra resultados inadecuados. En su lugar debería admitirse una pretensión a la indemnización de los daños por compensación. (*M. G.-R.*)

MAIOLO, F.: «Ripetizione dell'indebito e nozione di "pagamento", tra prestazioni di dare e prestazioni di fare», *NGCC*, 2013, núms. 7-8, pp. 387-406.

Artículo dedicado al régimen jurídico del cobro de lo indebido. (*Alma R.G.*)

MARTIN, D.: «Aspects de la monnaie électronique», *RD*, 2013, núm. 31, pp. 2117-2122.

Estudio a propósito de la ley núm. 2013-100, de 28 de enero de 2013 que traspone la directiva comunitaria 2009/110/CE. (R. A. R.)

MAZIAU, N.: «La responsabilité des personnes morales au regard des crimes majeurs contre les droits de l'homme», *RD*, 2013, núm. 16, pp. 1081-1088.

Estudio sobre las consecuencias de los actos de multinacionales y la violación de los derechos humanos previstos en la Convención de derechos humanos. (R. A. R.)

MOORE, J. G.: «La réparation du préjudice corporel: son évolution de 1930 à nos jours», *GP*, 2013, núm. 279-281, pp. 9-16.

Evolución histórica a lo largo del siglo XX y XXI sobre la reparación del daño corporal. Necesidad de una reparación íntegra del daño. Importancia de la historia para conocer el futuro del tema. (R. A. R.)

NAPOLI, G. E.: «Problematiche connesse al risarcimento del danno a favore dei congiunti della vittima», *DFP*, 2013, núm. 3, pp. 1102-1132.

Artículo relativo a la debatida materia sobre los límites del derecho al resarcimiento a favor del cónyuge de un sujeto que ha perdido la vida a causa de un ilícito. Recientemente el Tribunal Supremo italiano ha cuestionado los tradicionales obstáculos que excluían al cónyuge de la víctima directa de tales indemnizaciones. (*Alma R.G.*)

NICOLINI, M.: «Contratto simulato e prova testimoniale della simulazione», *NGCC*, 2013, núm. 6, pp. 532-538.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 18 de febrero de 2013 sobre la patología del contrato simulado y los aspectos probatorios de la simulación. (*Alma R.G.*)

NIGRO, C. A.: «Ancora sulla configurabilità di un generale obbligo di *alert* di fonte legale: spunti di riflessione dalla MiFID Review», *NGCC*, 2013, núm. 10, pp. 890-898.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Trapani de 3 de abril de 2013 acerca de la subsistencia de un deber de información posterior a la celebración de un contrato de compraventa de instrumentos financieros. (*Alma R.G.*)

NOGUÉRO, D.: «La déclaration du risque: quel support?», *GP*, 2013, núm. 116-117, pp. 9-16.

Estudio sobre la declaración de un riesgo o siniestro en la fase precontractual del seguro. Multiplicidad de comportamientos por los aseguradores. Posición de la corte de casación, sección penal. (*R. A. R.*)

— «La lézarde consommériste pour la résiliation du contrat d'assurance», *GP*, 2013, núm. 335-337, pp. 9-19.

Estudio a propósito del proyecto de ley denominado «ley Hamon» sobre consumo. Innovaciones técnicas del proyecto. (*R. A. R.*)

NOLAN DONAL: «Varying the standard of care in negligence», *C. L. J.*, 2013, vol. 72, núm. 3, pp. 651-688.

Reflexión crítica sobre el estándar de diligencia. El autor considera que este *standard* ofrece un apropiado equilibrio entre la responsabilidad y su excusabilidad. El artículo examina, desde la perspectiva inglesa, algunos estándares aplicables. Entre los aspectos analizados se encuentran el test de *Wednesbury* (test de lo no razonable en el ámbito de derecho público: vid. *Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* (1948) 1 KB 223), la imprudencia, el dolo, la culpa leve y la negligencia grave. El artículo tiene su perfecto complemento en otra publicación del autor donde se analiza, en términos conceptuales, el deber de diligencia, decantándose hacia su reestructuración (vid. NOLAN DONAL: «Deconstructing the duty of care», *L.Q.R.*, 2013, vol. 129, octubre, pp. 559-588). (*A. F.*)

PAISANT, G.: «La reconnaissance du caractère abusif de clauses ambiguës dans un modèle de contrat proposé aux consommateurs», *SJ*, 2013, núm. 19-20, pp. 927-930.

El contrato de adhesión y las cláusulas abusivas en materia de consumidores. (R. A. R.)

— «Les dispositions du Code de la consommation relative au démarchage à domicile ne s'appliquent pas à la personne ayant contracté pour les besoins de son activité professionnelle», *SJ*, 2013, núm. 38, pp. 1676-1678.

Aplicación de determinadas disposiciones del Código de consumo cuando el producto es necesario para actividades profesionales. (R. A. R.)

— «Confirmatios sur l'action collective en suppression de clauses abusives», *SJ*, 2013, núm. 11-12, pp. 533-537.

Posibilidad de aplicar una acción colectiva por parte de las asociaciones de consumidores solicitando la anulación de las cláusulas abusivas. (R. A. R.)

PARANCE, B.: «De la responsabilité du propriétaire négligent pour les déchets abandonnés sur son site», *SJ*, 2013, núm. 50, pp. 2284-2287.

Responsabilidad civil del propietario que no retira las basuras ni demás objetos abandonados en su propiedad. Negligencia o culpa. (R. A. R.)

— «Comment concilier le droit des contrats avec les obligations environnementales poursuivant la satisfaction de l'intérêt général?», *RD*, 2013, núm. 10, pp. 647-658.

Coordinación entre las normas generales de derecho de los contratos y las obligaciones de respeto al medioambiente impuestas por el bien general. (R. A. R.)

PATTI, S.: «Autonomia contrattuale e diritto privato europeo», *CI*, 2013, núm. 3, pp. 633-644.

Artículo que profundiza en la autonomía contractual como principio de derecho privado europeo: los límites de la libertad contractual en la tradición de los códigos civiles europeos, los nuevos límites de la libertad contractual, nuevas técnicas de distribución y nuevas reglas de conclusión del contrato, la información suficiente como condición de la autonomía contractual. (*Alma R.G.*)

PATTI, F. P.: «Il rifiuto dell'offerta parziale di esecuzione in forma specifica dell'obbligo risarcitorio», *NGCC*, 2013, núm. 6, pp. 622-628.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 18 de diciembre de 2012 núm. 23316, que debate si el dañado puede rechazar una oferta tardía y parcial de ejecución en forma específica de la obligación resarcitoria, conservando la legítima expectativa a obtener el resarcimiento integral y por equivalente de los daños sufridos. (*Alma R.G.*)

PENUTI, M. C.: «Gli accessori del credito trasferiti ex art. 1263 cod. civ. al cessionario», *NGCC*, 2013, núms. 7-8, pp. 696-701.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 13 de febrero de 2013 núm. 3579 acerca de la legitimación activa del cesionario del crédito

para solicitar el resarcimiento del daño en virtud de la responsabilidad pre-contractual, contra el falso representante que ha concluido con el cedente el contrato, título del crédito cedido. (*Alma R.G.*)

PIZZIMENTI, I.: «Successioni mortis causa “di serie” nel contratto di locazione?», *NGCC*, 2013, núm. 6, pp. 564-568.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 13 de febrero de 2013 núm. 3548 relativo al régimen jurídico de la subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento de vivienda. (*Alma R.G.*)

QUÉTAND-FINET, C.: «La nature juridique du paiement: ce que la controverse nous apprend», *RD*, 2013, núm. 14, pp. 942-944.

Problemas teóricos sobre el pago: su naturaleza jurídica. Disputa jurídica y datos a tener en cuenta. (*R. A. R.*)

REALI, A.: «Permuta di cosa presente con cosa futura a favore di terzi e divieto della donazione di cose future», *RDC*, 2013, núm. 4, pp. 939-955.

Análisis del requisito de existencia del objeto del contrato en el momento de su celebración o posibilidad de su existencia en el futuro. Diferencia entre contratos onerosos y gratuitos, como la permuta y la donación. Especial referencia al tema en los contratos a favor de tercero. (*M. R. D. R.*)

RIZZO, N.: «Inadempimento e danno da ritardo tra diritto comune e diritto privato europeo», *RDC*, 2013, núm. 4, pp. 827-855.

Análisis de la figura de la mora en el cumplimiento contractual, a propósito de la nueva regulación de Derecho Privado Europeo: diferencias en torno al término y sus efectos en el interés, causa y satisfacción del contrato. (*M. R. D. R.*)

ROBERT, A.: «La responsabilité civile de l'expert judiciaire», *RD*, 2013, núm. 13, pp. 855-862.

Estudio a propósito de la decisión de la Corte de casación, sección 2.^a, de 13 de septiembre de 2012 y las consecuencias del artículo 1382 CC. (*R. A. R.*)

ROUSSET, G.: «Vente sur Internet de médicaments: suite et fin?», *GP*, 2013, núm. 216-220, pp. 5-8.

Regulación de las buenas prácticas a seguir en las ventas por internet de medicamentos fijadas en el decreto ministerial de 20 de junio de 2013. Insuficiencia y problemas jurídicos. (*R. A. R.*)

RUFFO, E.: «Responsabilità del *tour operator* in caso di trasporto sostitutivo», *NGCC*, 2013, núm. 6, pp. 544-550.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 11 de diciembre de 2012 sobre la responsabilidad del organizador de un viaje, con particular referencia al incumplimiento de los servicios confiados por aquel a un tercero en ejecución de un contrato de viaje combinado. (*Alma R.G.*)

RUMI, T.: «Il Leasing “al consumo”», *NLCC*, 2013, núm. 3, pp. 851-892.

Novedosa visión del leasing como contrato de crédito al consumo en su doble vertiente objetiva, relativa a bienes muebles e inmuebles (en materia de construcción). (*M. R. D. R.*)

SALANITRO, U.: «L'evoluzione dei modelli di tutela dell'ambiente alla luce dei principi europei: profili sistematici della responsabilità per danno ambientale», *NLCC*, 2013, núm. 3, pp. 795-821.

Análisis de la evolución de la responsabilidad civil por daños medioambientales, a la luz de la normativa europea: tutela de los intereses colectivos y vías de defensa. (*M. R. D. R.*)

SCARPA, D.: «Ricostruzione ermeneutica della *hardship clause* nel diritto positivo italiano», *CI*, 2013, núms. 4-5, pp. 951-987.

Estudio de la cláusula *hardship* en el derecho comercial internacional, entendido como deber para las partes contratantes de adaptar el contrato a los cambios sobrevenidos de circunstancias. (*Alma R.G.*)

SUTTERLIN, O.: «Incidences de la responsabilité délictuelle sur la cession de terrains pollués», *RD*, 2013, núm. 10, pp. 676-680.

Posible responsabilidad civil en los casos de transmisión de terrenos contaminados. Problemas jurídicos que se presentan. (*R. A. R.*)

TOURNAFOND, O./TRICOIRE, J.PH.: «La suppression de la garantie intrinsèque», *RDI*, 2013, núm. 11, pp. 526-528.

Estudio crítico a propósito de la supresión de la garantía intrínseca prevista en los acabados como forma de protección del adquirente. Consecuencias. Estudio a propósito de la Ordenanza núm. 2013-890 de 3 de octubre relativa a la garantía financiera en caso de venta en estado futuro de acabado; y Ley núm. 2013-659, de 1 de julio habilitando al gobierno para adoptar medidas legislativas que aceleren el proyecto de construcción. (*R. A. R.*)

TRAULLÉ, J.: «L'indemnisation du préjudice né de l'impossibilité du contracter avec un tiers après la conclusion d'un contrat vicié», *RD*, 2013, núm. 40, pp. 2651-2657.

El contrato viciado permite a quien sufre el vicio solicitar una indemnización. Análisis del contenido de dicha indemnización. (*R. A. R.*)

VAGNI, L.: «Promessa del venditore di riparare il bene e tutela dell'affidamento dell'acquirente— nota a Cass., sez.un., 13 novembre 2012 núm. 19702», *GC*, 2013, núm. 5-6, pp. 1027-1034 (*M. R. D. R.*)

VALENTINO, D.: «La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette», *RDC*, 2013, núm. 5, pp. 1157-1195.

Observaciones en torno al derecho fundamental de la libertad de empresa y sus limitaciones por el Derecho de Consumo, en los momentos de precon-

tractuales, contractuales y postcontractuales. Tutela del consumidor como parte débil del contrato frente a todo tipo de empresa: acciones de nulidad, desistimiento, resarcitoria, etc. (*M. R. D. R.*)

VALORE, P.: «Responsabilità del medico certificatore: esclusa se manca il nesso di causalità:— osservazione a Cass. 27 novembre 2012 núm. 20996», *GC*, 2013, núm. 5-6, pp. 1018-1020 (*M. R. D. R.*)

— «Colpa medica e onere della prova— osservazione a Cass. 9 ottobre 2012 núm. 17143», *GC*, 2013, núm. 9, pp. 1802-1805 (*M. R. D. R.*)

VILLANACCI, G.: «Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica», *CI*, 2013, núms. 4-5, pp. 917-950.

Artículo que aborda varias cuestiones relativas a la autonomía privada y la buena fe: la derogación del dogma de la intangibilidad de la autonomía privada, fuentes heterónomas del contrato, la buena fe entre cláusula y principio, la expansión del papel de la buena fe en las disposiciones de consumidores. (*Alma R.G.*)

VINEY, G.: «Le contentieux des antennes-relais», *RD*, 2013, núm. 22, pp. 1489-1498.

Problemas jurídicos sobre la responsabilidad civil en materia de antenas colocadas en edificios y sus posibles radiaciones. (*R. A. R.*)

VV.AA.: «Sur la voie de l'action de groupe», *GP*, 2013, núm. 135-136.

Número especial sobre las acciones colectivas de protección al consumidor con determinadas ponencias en el Coloquio organizado por el Instituto de Investigación jurídica de la Sorbona junto al Instituto de Derecho ético y patrimonial de la Universidad de París el 26 de abril de 2013. (*R. A. R.*)

VV.AA.: «Contentieux du vaccin contre l'hépatite B», *RD*, 2013, núm. 34, pp. 2306-2318.

Estudio de varios autores sobre la sentencia de la Corte de casación Civil, sección 1.^a, de 10 de julio de 2013 núm. 12-21314. (*R. A. R.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BELLANI, V.: «*Orphan Work* in cerca di autore», *Dir. Aut.*, 2013, núm. 3, pp. 262-271.

Artículo dedicado a los usos de obras huérfanas. (*Alma R.G.*)

BINCTIN, N.: «Un phonogramme n'est pas un disque», *SJ*, 2013, núm. 42, pp. 1894-1897.

Estudio jurídico sobre la naturaleza del fonograma. Su diferencia con el disco al transcribir de forma arbitraria un sonido. (*R. A. R.*)

BOSINI, R. S.: «Acquisti immobiliari, reciprocità e interpretazione analogica», *NGCC*, 2013, núm. 9, pp. 821-827.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 21 de marzo de 2013 núm. 7210 sobre el régimen jurídico de las adquisiciones inmobiliarias en Italia por parte de extranjeros. (*Alma R.G.*)

BOTTONI, F.: «Tutela della proprietà, cumulo di rimedi e tramonto dell'occupazione appropriativa», *NGCC*, 2013, núms. 7-8, pp. 736-742.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 14 de enero de 2013 núm. 705, a propósito de la cual se abordan varias cuestiones: acciones reivindicatoria y de restitución (naturaleza jurídica, presupuestos y carga probatoria), resarcimiento del daño por lesión de la posesión y la adquisición de la propiedad por ocupación. (*Alma R.G.*)

BOURASSIN, M.: «La forcé d'attraction du gage des stocks», *RD*, 2013, núm. 20, pp. 1363-1369.

El embargo de mercancías de estocaje y sus consecuencias en caso de aumento posterior al embargo de tales mercancías. (*R. A. R.*)

CALVO, R.: «Nullità, inefficacia e circolazione immobiliare», *RTDPC*, 2013, núm. 3, pp. 995-1008.

Revisión de las causas y efectos de la nulidad e ineficacia contractual en los supuestos de transmisión inmobiliaria, con especial referencia a los supuestos excepcionales de protección de terceros adquirentes de buena fe. (*M. R. D. R.*)

— «La potestà di riscatto del venditore», *RDC*, 2013, núm. 6, pp. 1319-1336.

Consideraciones sobre el pacto de reserva de dominio o la posibilidad de retracto del objeto vendido en los supuestos de incumplimiento del pago del precio por el comprador. (*M. R. D. R.*)

CARUSO, G.: «L'arte in cucina», *Dir. Aut.*, 2013, núm. 4, pp. 329-334.

Artículo dedicado al estudio de la obra gastronómica: ¿puede considerarse entre las obras del ingenio protegidas por la normativa reguladora del derecho de autor? (*Alma R.G.*)

CAVALLARO, M.: «Prime considerazioni sulla riforma della disciplina condominiale», *NLCC*, 2013, núm. 5, pp. 933-963.

Observaciones en torno a la reforma de la legislación en materia de propiedad horizontal, tras la l. 11 diciembre 2012 núm. 220, que introduce modificaciones en los órganos de la comunidad y, especialmente, en relación a la administración y sistema de quórum necesarios para la adopción válida de acuerdos tomados en Junta de propietarios. (*M. R. D. R.*)

CHOLET, D.: «L'erreur de désignation du syndic de copropriété dans l'acte d'appel constitue un vice de forme», *SJ*, 2013, núm. 51, pp. 2326-2328.

Vicio procedimental de forma en los casos de procedimientos judiciales cuando se designa de forma errónea al presidente de la comunidad. (*R. A. R.*)

DAGOME-LABBE, Y.: «La mise en oeuvre du retrait litigieux», *SJ*, 2013, núm. 14, pp. 659-661.

Retracto litigioso sobre créditos cedidos en bloque. Regulación y consecuencias. (*R. A. R.*)

DI MICO, P.: «La ritrasmissione di opere su Internet e la comunicazione al pubblico secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea», *Dir. Aut.*, 2013, núm. 4, pp. 293-309.

Artículo a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de marzo de 2013, que protege a los autores permitiendo que obtengan una compensación adecuada por el uso que terceros hagan de las obras protegidas, especialmente cuando dicha utilización consista en una comunicación al público. (*Alma R.G.*)

DI ROSA, G.: «Profili ricostruttivi della nuova disciplina del condominio negli edifici», *RDC*, 2013, núm. 4, pp. 789-800.

Observaciones a la reforma del régimen jurídico de la propiedad horizontal, y en especial a la normativa sobre la figura del administrador. (*M. R. D. R.*)

DIETRICH HILL, T.: «The Arithmetic of Justice: Calculating Restitution for Mortgage Fraud», *Colum. L. Rev.*, 2013, vol. 113, núm. 11, pp. 1939-1976.

En casos de fraude hipotecario, delito federal relacionado con la propiedad, debe devolverse –a tenor del *Mandatory Victims Restitution Act*– la propiedad tomada o, si ello es imposible, pagar la pérdida, que puede ser compensada también por una devolución parcial de la propiedad.

A la hora de calcular la pérdida, se subtrae del préstamo impagado el valor de la garantía para el mismo. El artículo destaca el desacuerdo entre las Cortes en identificar el valor de esta garantía, pudiéndose tomar como referencia tanto el valor de tasación de mercado como el precio pagado por la ejecución hipotecaria del bien. Luego, el autor indica que debería utilizarse presuntamente el segundo de estos valores, excepto cuando se demuestra que este precio no se aproxima al valor del bien en la fecha de la devolución. (*A. F.*)

FABIANI, M.: «Il falso letterario, artistico o musicale», *Dir. Aut.*, 2013, núm. 3, pp. 238-244.

Artículo relativo, por una parte, a la diferencia entre la obra literaria falsificada y el plagio y, por otra parte, a los instrumentos de tutela existentes en la hipótesis de la obra falsificada tanto para el autor de la misma como para el público engañado. (*Alma R.G.*)

GOUT, O.: «Quel droit commun pour les sûretés réelles?», *RTDC*, 2013, núm. 2, pp. 255-274.

El autor expone que a pesar de la gran novedad existente a nivel legal, por las recientes reformas del derecho de garantías reales, existe a su vez una gran falta de normas que permitan ver su regulación global o en conjunto. ¿Sería deseable una normativa más elaborada y armónica, atendiendo a las distintas modalidades de garantías?. (R. A. R.)

GOYMOUR AMY: «Mistaken Registrations of Land: Exploding the Mith of “Title by Registration”» *C. L. J.*, 2013, vol. 72, núm. 3, pp. 617-650.

Interesante artículo en el que se trata, desde el punto de vista inglés, la adquisición *a non domino*. En virtud de la *Land Registration Act* de 2002, la extensión del asiento registral, además de asignar prioridad, confiere el título (*title by registration*). Esto, porque la mayoría de la doctrina ha concluido que si un sujeto (A) viene registrado por error como propietario del bien de otra persona (B), a pesar de que no tenga el consentimiento de (B) y del error, la primera adquiere un título que puede transmitirse válidamente a un tercero (C)

En el estudio, el autor critica esta postura que, aunque loable en la teoría, considera poco viable en la práctica y aboga por un cambio de sistema que pueda resolver de una mejor manera los problemas que se originan en situaciones similares frente a dos sujetos, (B) y (C), que son ambos mercedores de tutela (A. F.)

LAMBERT, TH.: «Une représentation de l’odeur en droit des propriétés intellectuelles», *RD*, 2013, núm. 30, pp. 2039- 2043.

Derecho de propiedad intelectual sobre el olor de una fragancia. Su representación al exterior. (R. A. R.)

LARDEUX, G.: «Qu’est-ce que la propriété?. Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l’histoire», *RTDC*, 2013, núm. 4, pp. 741-757.

El autor critica que la figura fundamental que impulsó el Código civil francés, el derecho de propiedad, se haya definido mal y haya llevado a ambigüedades derivadas de su propia historia. El código se separa del Derecho Romano y adopta una noción política e irreal del derecho de propiedad. Sería necesario hacer una revisión del concepto que permita incluir la propiedad sobre otros derechos y bienes. Impulso hacia ello de la propia Corte de casación francesa. (R. A. R.)

LONGHINI, S.: « Il calcio d’autore», *Dir. Aut.*, 2013, núm. 3, pp. 245-261.

Artículo dedicado a la protección de los acontecimientos deportivos, sobre todo a raíz del fenómeno cada vez más frecuente de la difusión abusiva de los partidos de fútbol a través de internet. (Alma R.G.)

MARCHESE, F.: «L’interpretazione musicale. Diritti degli artisti interpreti o esecutori. Profili internazionali e comparati», *Dir. Aut.*, 2013, núm. 2, pp. 113-154.

Artículo sobre los problemas jurídicos que plantea la interpretación musical: recorrido por el Derecho Comparado y especial análisis de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutores. (Alma R.G.)

MASTROLILLI, F.: «Falsi d'autore e autenticità dell'opera. Brevi riflessioni sull'arte contemporanea», *Dir. Aut.*, 2013, núm. 3, pp. 203-237.

Artículo relativo a la autenticidad de la obra producto del ingenio: la declaración de autenticidad, las sanciones por la obra cuya autenticidad se ha certificado falsamente, remedios que proporciona la normativa reguladora del derecho de autor. (*Alma R.G.*)

MORETTI, M.: «Il concetto di esecuzione musicale dal vivo ai fini del trattamento tributario delle attività di intrattenimento e di spettacolo», *Dir. Aut.*, 2013, núm. 4, pp. 310-328.

Artículo dedicado a los elementos característicos que han de reunir los espectáculos o manifestaciones de entretenimiento para ser considerados como tales, y a los impuestos que recaen sobre los mismos. En particular, estudio del concepto de «música en vivo» a los efectos de su clasificación como actividad de espectáculo o de entretenimiento. (*Alma R.G.*)

POLAUD-JULIAN, F.: «L'adieu au brevet et le retour à la Nature des sequences d'ADN:l'arrêt Myriad Genetic de la Cour Suprême des États Unis», *RD*, 2013, núm. 39, pp. 2594-2598.

Estudio sobre la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en torno al mapa genético. El asunto Miriad Genetic. (*R. A. R.*)

RICCHIUTO, S.: «Product Placement e libertà artistica dell'autore», *Dir. Aut.*, 2013, núm. 2, pp. 91-112.

Artículo dedicado a los problemas jurídicos que plantea la figura *Product Placement*, expresión usada ya en los años ochenta por la doctrina estadounidense y alemana, para indicar una particular técnica de comunicación publicitaria, consistente en la inserción planificada de un producto o de una marca de empresa en una obra cinematográfica, televisiva, teatral, literaria o musical. (*Alma R.G.*)

SCALETARIS, P.: «Convocazione tardiva del condominio all'assemblea e abuso del diritto:– nota ad. App. Firenze 19 settembre 2012, núm. 1186», *GC*, 2013, núm. 5-6, pp. 1237-1241. (*M. R. D. R.*)

SPOTO, G.: «La mediazione civile e le liti condominiali», *CI*, 2013, núms. 4-5, pp. 1071-1085.

Artículo sobre la posible aplicación de la normativa reguladora de la mediación civil a los conflictos vecinales. (*Alma R.G.*)

SUPER DAVID A.: «A new new Property», *Colum. L. Rev.*, 2013, vol. 113, núm. 11, pp. 1773-1896.

Retomando como punto de referencia el artículo publicado por Charles Reich en 1964. *Vid.* Reich Charles A.: «The New Property», *Yale L. J.*, 2014, vol. 73, núm. 5, pp. 733-787) el autor desarrolla un estudio monográfico sobre la propiedad bajo múltiples aspectos. (*A. F.*)

VIGLIONE, F.: «Proprietà e usucapione: antichi problemi e nuovi paradigmi», *NGCC*, 2013, núm. 9, pp. 464-478.

Artículo a propósito de la decisión judicial *J.A. Pye Ltd. v. The United Kingdom*, que ha dado origen a un intenso debate en Europa sobre el fundamento de la usucapción, sus reglas y su compatibilidad con un determinado modelo de propiedad más vinculado a la función social que a un derecho de libertad. (*Alma R.G.*)

VIVANT, M.: «Droit d'auteur: déroutante territorialité», *RD*, 2013, núm. 29, pp. 1973- 1976.

Estudio sobre la ley aplicable al derecho de autor. Normas de derecho internacional privado. (*R. A. R.*)

WESTER-OUISSSE, V.: «Le transfert de propriété solo consensu: principe ou exception?», *RTDC*, 2013, núm. 2, pp. 299- 313.

La evolución jurídica en el derecho francés ha llevado a este autor a afirmar que la transmisión de la propiedad por el mero consentimiento en Francia ha pasado de ser la regla a una excepción, dados los bienes que se transmiten. El modelo a seguir será el de los vecinos europeos que han establecido otro requisito junto al consentimiento para que se produzca el efecto transmissivo. (*R. A. R.*)

DERECHO DE FAMILIA

AMBROSINI, L.: «La responsabilità del genitore “inadempiente”: accordi fra genitori e poteri del giudice anche alla luce della l. num. 219/2012», *DFP*, 2013, núm. 3, pp. 1133-1170.

Artículo sobre la ampliación del poder del juez, a raíz de la Ley núm. 219/2012, ante el incumplimiento por parte de uno de los progenitores de los acuerdos existentes entre ambos padres. (*Alma R.G.*)

BALTI, A.: «Sull'assegnazione consensuale della casa familiare in assenza di prole e sul diritto del coniuge non assegnatario all'indennità di occupazione», *DFP*, 2013, núm. 3, pp. 937-972.

Comentario jurisprudencial sobre los problemas jurídicos derivados de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges tras la separación, en aquellos casos más polémicos en que no existan hijos entre el matrimonio. (*Alma R.G.*)

BAZIN, E.: «Solutions de principe en matière de contribution alimentaire et de liquidation du régime matrimonial», *SJ*, 2013, núm. 10, pp. 470-473.

Normas legales y acuerdos entre las partes sobre la pensión de alimentos y la liquidación del régimen económico matrimonial. Efectos. (*R. A. R.*)

BELLELLI, A.: «I doveri del figlio verso i genitori nella legge di riforma della filiazione», *DFP*, 2013, núm. 2, pp. 645-653.

Artículo sobre el deber filial de respeto a los progenitores y el deber de contribución a las cargas familiares en el nuevo artículo 315 bis del código civil italiano. (*Alma R.G.*)

BIANCA, C, M. Y OTROS: «La riforma del diritto della filiazione», *NLCC*, 2013, núm. 3, pp. 437-650.

Comentario de la reforma en materia de filiación introducida por la L. 10 dicembre 2012, núm. 219, que contiene disposiciones sobre el reconocimiento de hijos naturales.

Especiales revisiones de la nueva noción de parentesco, especialmente en supuestos de hijos extramatrimoniales y adoptados; revisión de los requisitos de consentimiento de los afectados y el derecho de los menores a ser oídos.

Análisis de la posición de los progenitores demandados y los herederos de éstos y de los efectos del reconocimiento de filiación, como la alimentación, educación, compañía, respeto de su personalidad. (*M. R. D. R.*)

— «L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l. num. 219 del 2012», *GC*, 2013, núm. 5-6, pp. 205-221.

Reflexiones sobre la reforma del Derecho de Familia en el Ordenamiento Jurídico italiano, en relación con el reconocimiento de hijos extramatrimoniales y su tratamiento igualitario y sin discriminaciones en cuanto a los efectos de la filiación.

Primacía de los intereses del hijo en la reforma de las normas relativas a las formas y efectos del reconocimiento de filiación. (*M. R. D. R.*)

— «La riforma della filiazione: alcune note di lume», *GC*, 2013, núm. 9, pp. 439-441.

Observaciones en torno a la desaparición de los diferentes tratamientos jurídicos de los hijos legítimos e ilegítimos en el Ordenamiento jurídico italiano. Consideraciones en torno a la equiparación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, recogiendo el cambio de la sociedad italiana. (*M. R. D. R.*)

BRUNETTA, F.: «Adozione del figlio adottivo: un nuovo tassello nell'equiparazione tra coppie etero e coppie dello stesso sesso in Germania», *NGCC*, 2013, núms. 7-8, pp. 375-386.

Artículo a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 19 de febrero de 2013, que ha señalado que la pareja de hecho del mismo sexo, inscrita, puede adoptar al hijo previamente adoptado por su pareja y no sólo, como ocurría hasta la citada sentencia, al hijo biológico de la pareja. (*Alma R.G.*)

BUSNELLI, F./VITUCCI, C.: «Frantumi europei di famiglia», *RDC*, 2013, núm. 4, pp. 767-787.

Reflexiones críticas sobre la evolución del Derecho de Familia y la institución del matrimonio. Revisión del matrimonio y la familia a la luz de los derechos humanos y del Derecho Internacional Privado. Insistencia en las especialidades sobre la materia en los diferentes Ordenamientos Jurídicos y la dificultad de una uniformización y tratamiento. (*M. R. D. R.*)

CASONATO, M.: «L'alienazione parentale nella sentenza núm. 7041/2013 della Cassazione civile», *NGCC*, 2013, núm. 9, pp. 433-450.

Artículo dedicado al síndrome de alienación parental. (*Alma R.G.*)

COCUCCIO, M.: «Promessa di matrimonio: è ammesso il “ripensamento”, ma non sono risarcibili i danni morali», *DFP*, 2013, núm. 2, pp. 431-443.

Comentario jurisprudencial sobre la naturaleza de la promesa de matrimonio y sus efectos. En concreto, sobre si la obligación de resarcimiento por incumplimiento de la promesa de matrimonio posee naturaleza contractual o aquiliana. (*Alma R.G.*)

COSTA, C.: «Consenso duplice-congiunto e singola sottoscrizione di un preliminare di vendita di immobile in comunione legale», *NGCC*, 2013, núm. 6, pp. 554-561.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 30 de enero de 2013 núm. 2202 sobre los efectos jurídicos que posee la venta de un bien inmueble por parte de un cónyuge sujeto al régimen de comunión legal de bienes, celebrado sin el consentimiento del otro cónyuge. (*Alma R.G.*)

— «Responsabilità della comunione per debiti personali dei coniugi: ancora non chiaro il concetto di quota», *NGCC*, 2013, núms. 7-8, pp. 668-674.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 14 de marzo de 2013 núm. 6575 acerca de la responsabilidad patrimonial de los cónyuges bajo el régimen de comunión legal de bienes: el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el concepto de cuota y la responsabilidad subsidiaria de los bienes comunes por deudas personales de un cónyuge bajo el régimen de comunión legal y, en consecuencia, sobre la medida en que los bienes comunes pueden ser objeto de ejecución. (*Alma R.G.*)

DE PAMPILIS, M.: «Il contratto atipico di mantenimento: tra aleatorietà e proporzionalità delle prestazioni», *NGCC*, 2013, núm. 10, pp. 862-866.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 25 de marzo de 2013 núm. 7479 sobre la calificación jurídica del contrato atípico de mantenimiento y los requisitos del mismo, con particular referencia al elemento de la aleatoriedad del contrato. (*Alma R.G.*)

DI ROSA, G.: «Scienza, tecnica e diritto: recenti applicazioni giudiziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita», *NGCC*, 2013, núm. 6, pp. 611-620.

Comentario a las ordenanzas del Tribunal de Florencia de 12 de diciembre de 2012 y del Tribunal de Catania de 7 de enero de 2013 sobre algunos problemas novedosos que plantean las técnicas de reproducción asistida: así, destino de los embriones enfermos a los fines de búsqueda científica y tecnológica, irrevocabilidad del consentimiento de los usuarios de las técnicas frente a la tutela de la vida y el desarrollo del embrión, el derecho al conocimiento de los propios orígenes biológicos en la procreación médicamente asistida de tipo heterólogo... (*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. 786-790.

Influencia de la futura ley del matrimonio de personas del mismo sexo sobre los menores. ¿Es constitucional? (*R. A. R.*)

FATTA, C.: «Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della *second-parent adoption*», *NGCC*, 2013, núm. 6, pp. 525-529.

Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de febrero de 2013, *X and others v. Austria*, relativa a una pareja austriaca compuesta por dos mujeres, en la que una de ellas pretende adoptar al hijo de la otra. (*Alma R.G.*)

FEINBERG JESSICA R.: «Avoiding Marriage Tunnel Vision», *Tul. L. Rev.*, 2013, vol. 88, núm. 2, pp. 257-316.

La autora toma conciencia del aumento de los derechos que la comunidad lésbica, gay, bisexual y de trans-género (movimiento LGBT) ha logrado, mediante el progresivo reconocimiento de su matrimonio. Sin embargo, considera que este resultado se concilia mal con otro objetivo, como es el reconocimiento de las relaciones no matrimoniales. Se destaca que, al reconocerse el matrimonio para estas categorías, tiende a minusvalorarse el otro aspecto. La autora considera que la falta de armonía de estos objetivos es un grave error que, en los Estados que han legalizado el matrimonio del mismo sexo, ha conllevado una pérdida de protección de las relaciones no matrimoniales, sean éstas heterosexuales o pertenecientes al movimiento LGBT. Se propone reestructurar los estatus de la relación fuera del matrimonio, para armonizar y otorgar derechos tanto a las parejas formalizadas como a las que no lo son. (*A. F.*)

FRANCO, L.: «Il gesto di Ettore»: dalla tradizione al cambiamento antropologico. Coppie omosessuali tra affidamento e adozione», *NGCC*, 2013, núm. 10, pp. 506-522.

Artículo a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 11 de enero de 2013 núm. 601, en la que se atribuye la guarda y custodia exclusiva del hijo a la madre que mantiene una relación afectiva de convivencia con otra mujer. (*Alma R.G.*)

GAZZONI, F.: «Assegno divorzile, capacità lavorativa e *choosiness*», *DFP*, 2013, núm. 2, pp. 554-571.

Comentario al decreto del Tribunal de Bari de 15 de septiembre de 2012 sobre el deber que tiene el cónyuge beneficiario de una pensión por divorcio de activarse para la búsqueda de un trabajo idóneo para su mantenimiento. (*Alma R.G.*)

GODECHOT-PATRIS, S./GUILLAUMÉ, J.: «La loi núm. 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe», *RD*, 2013, núm. 26, pp. 1756-1767.

Estudio de la ley de matrimonio de parejas del mismo sexo desde el punto de vista del derecho internacional privado. (*R. A. R.*)

INGENITO, C.: «Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – nota a CEDU, sez, II, 25 settembre 2012 ricorso núm. 33783/09», *GC*, 2013, núm. 9, pp. 1608-1619 (*M. R. D. R.*)

JUSTON, M.: «La parole de l'enfant devant le juge aux affaires familiales: enfant-roi, enfant-proie», *GP*, 2013, núm. 74-75, pp. 11-14.

Problema de equilibrar la protección del menor en los procedimientos de familia y el derecho a ser oído. Debates teóricos y prácticos sobre el tema. El nuevo procedimiento de coaudición y sus ventajas. (*R. A. R.*)

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.

Evolución desde el proyecto de ley hasta las posibles consecuencias de la ley de matrimonio de personas del mismo sexo. Consecuencias jurídicas en todos los ámbitos. (*R. A. R.*)

LO GIUDICE, M.: «Configura violenza privata l'imposizione, dietro minaccia, del taglio dei capelli alla moglie», *DFP*, 2013, núm. 3, pp. 839-844.

Comentario jurisprudencial sobre los daños causados entre cónyuges por el incumplimiento de deberes conyugales, con especial atención a los casos de violencia doméstica. (*Alma R.G.*)

LUDOVICI, G.: «La procreazione come unica ed esclusiva fonte dell'obbligo di mantenimento dei figli da parte dei genitori determina l'eccezionalità e la sussidiarietà dell'intervento degli ascendenti di grado superiore», *DFP*, 2013, núm. 2, pp. 578-590.

Comentario jurisprudencial sobre el carácter subsidiario del deber de mantenimiento de los hijos por parte de los ascendientes, por consiguiente, tal deber siempre se presenta supeditado a que ninguno de los progenitores esté en condiciones de mantener a los hijos. (*Alma R.G.*)

MANES, P.: «Il trust abitativo, l'art. 2645 ter come norma sugli effetti e prove di un trust giudiziale», *CI*, 2013, núm. 3, pp. 605-616.

Artículo relativo a los trusts y la separación patrimonial en las relaciones familiares y personales. (*Alma R.G.*)

MANTOVANI, M.: «Questioni in tema di accertamento della maternità e sistema dello stato civile», *NGCC*, 2013, núm. 6, pp. 323-337.

Artículo que profundiza en el papel privilegiado de la mujer en la determinación de la filiación a la luz de la reciente ley de 10 de diciembre de 2012 núm. 219, que persigue la unificación del estado de la filiación y la finaliza-

ción de la distinción, existente hasta el momento en el ordenamiento jurídico italiano, entre hijos naturales e hijos legítimos. (*Alma R.G.*)

MATTIONI, M.: «Errore sull'orientamento sessuale del coniuge e interpretazione dell'art. 122 cod. civ.», *NGCC*, 2013, núm. 9, pp. 784-789.

Artículo a propósito de la sentencia del Tribunal de Milán de 13 de febrero de 2013 relativo a la relevancia de la homosexualidad del cónyuge en el sentido del artículo 122 del código civil italiano y, en particular, acerca de la reconducción del error sobre la orientación sexual del otro cónyuge al error sobre la identidad y no al error sobre una cualidad personal. (*Alma R.G.*)

MEIER-BOURDEAU, A.: «Le nouveau régime matrimonial franco-allemand. à propos de la loi du 28 janvier 2013», *SJ*, 2013, núm. 7, pp. 294-296.

Estudio a propósito de la ley de 28 de enero de 2013 núm. 2013-98 por el que se regula la posibilidad de aplicar opcionalmente el régimen económico de participación con ganancias para los matrimonios franco-alemanes. (*R. A. R.*)

MORACE, A.: «Tutela della famiglia e dei soggetti deboli mediante la destinazione allo scopo», *RDC*, 2013, núm. 6, pp. 1365-1406.

Análisis del régimen jurídico aplicable a los supuestos de destinación de bienes al sostenimiento de las cargas familiares y sus efectos jurídicos en los diferentes regímenes económico matrimoniales o situaciones de parejas. (*M. R. D. R.*)

OLIVERO, L.: «C'è post@ per tua moglie: internet, infedeltà e addebito», *NGCC*, 2013, núm. 10, pp. 942-948.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 12 de abril de 2013 núm. 8929 sobre los problemas jurídicos derivados de la vulneración del deber de fidelidad conyugal cometido *on line*. (*Alma R.G.*)

PARINI, G. A.: «Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno: limiti e rapporti con la misura dell'addebito nella separazione», *NGCC*, 2013, núm. 9, pp. 810-816.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Belluno de 8 de marzo de 2013 sobre la responsabilidad civil en el ámbito de la familia, en particular, sobre los daños originados por la vulneración de los deberes conyugales. (*Alma R.G.*)

PICCOLO, P.: «Accesso ai dati sensibili(ssimi) tra tutela della *privacy* e diritti "di pari rango" nelle cause di nullità matrimoniale», *DFP*, 2013, núm. 3, pp. 1171-1206.

Artículo relativo a la problemática relación entre el derecho de acceso a datos íntimos y la tutela del derecho a la intimidad: normativa y evolución jurisprudencial. Particular atención a la adquisición y uso de los datos clínicos del cónyuge que se muestra contrario a la solicitud de nulidad matrimonial. (*Alma R.G.*)

PORCELLI, M.: «Note preliminari allo studio sull'unificazione dello stato giuridico dei figli», *DFP*, 2013, núm. 2, pp. 654-675.

Estudio amplio de las novedades introducidas por la Ley de 10 de diciembre de 2012 núm. 219 en la unificación del estado jurídico de hijo: hacia la superación de la disparidad de trato existente de forma tradicional en el ordenamiento italiano entre la filiación natural y la filiación legítima. (*Alma R.G.*)

PRINZI, A.: «Sulla legittimazione all'impugnazione del riconoscimento del figlio consapevolmente falso e sulla interpretazione assiologica e sistematica dell'art. 263 c.c.», *DFP*, 2013, núm. 3, pp. 973-989.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 17 de octubre de 2012, que examina la problemática de la admisión de la impugnación del reconocimiento de un hijo por defecto de verdad disciplinado en el artículo 263 del código civil italiano, refiriéndose a la hipótesis en que el autor del reconocimiento lo haya realizado de mala fe. (*Alma R.G.*)

RAOUL-CORMEIL, G.: «La consécration de la vie familiale homosexuelle par la loi du 17 mai 2013», *GP*, 2013, núm. 235-236, pp. 9-18.

La ley del matrimonio del mismo sexo francesa de 17 de mayo de 2013. Disposiciones nuevas que contiene: condición del matrimonio, derechos y deberes de los cónyuges; adopción de menores y el nombre. (*R. A. R.*)

RAPISARDA, I.: «Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta», *NGCC*, 2013, núm. 10, pp. 929-938.

Comentario a las ordenanzas del Tribunal de Florencia de 29 de marzo de 2013 y del Tribunal de Milán de 3 de abril de 2013, que vuelven a debatir acerca de la prohibición absoluta de recurrir a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo. (*Alma R.G.*)

ROUVIÈRE, F.: «Le concept d'homoparentalité: une analyse méthodologique», *GP*, 2013, núm. 65-66, pp. 5-12.

Utilización del concepto de homoparentalidad, rechazando cualquier cuestión sobre el derecho de la filiación y el derecho de la familia. Concepto unido al matrimonio homosexual. Implicación en la reestructuración de la filiación. Consecuencias de su consagración como nuevo régimen de la filiación. (*R. A. R.*)

TRACY A. THOMAS: «Same-Sex Divorce», *CLR*, 2014, vol. 5, febrero, *The Circuit* pp. 218-227.

Interesante artículo, en el cual el autor examina cómo una pareja casada del mismo sexo puede divorciarse, en la hipótesis de que se haya trasladado a vivir a un país que no acepta esta tipología de matrimonio. Teniendo presente que 17 estados de los Estados Unidos actualmente admiten este tipo de matrimonio, el trabajo intenta desvelar las principales problemáticas a las que este tipo de divorcio puede enfrentarse, sobre todo debido a que la competencia jurisdiccional sobre el divorcio requiere la residencia de una de las partes, mientras que la del matrimonio no. El autor analiza los conflictos de leyes que pueden surgir, las prohibiciones constitucionales y hasta la posibilidad de pedir la nulidad de estos matrimonios, con el afán de resaltar que los tribunales ya no pueden limitarse a denegar la acción de divorcio entre personas

del mismo sexo, sino que deben considerar un abanico legal más amplio relacionado con este aspecto. (A. F.)

VV.AA.: «États généraux du droit de la famille», *GP*, 2013, núm. 88-89.

Número especial que recoge el Coloquio organizado por el Consejo General de la abogacía de París el 24-25 de enero de 2013. Análisis del contrato en el ámbito del derecho de familia, actualidad jurídica y judicial de la familia en el 2012 y el papel del abogado de familia. (R. A. R.)

VV.AA.: «Gestation pour autrui», *RD*, 2013, núm. 35, pp. 2349-2387.

Estudio de varios autores a propósito de las sentencias de la corte de casación civil, sala 1.^a de 13 de septiembre de 2013 núm. 12-18315 y núm. 12-30138. (R. A. R.)

DERECHO DE SUCESIONES

CAFFARENA., S.: «Il diritto di abitazione e uso a favore del coniuge si sommano alla quota intestata anche nella successione legittima— nota a Cass, sez., un., 27 febbraio 2013 num. 4847», *GC*, 2013, núm. 9, pp. 1756-1762 (M. R. D. R.)

CASEY, J.: «Assurance -vie et droit des successions», *GP*, 2013, núm. 300-302, pp. 7-15.

Necesidad de contar, en la relación existente entre el seguro de vida y el derecho sucesorio no sólo con lo previsto en el artículo 132-13 del Código de seguros sino también con reglas jurídicas que permiten determinar como el seguro de vida queda fuera del derecho de sucesiones. Cuestiones que se plantean y soluciones jurisprudenciales. (R. A. R.)

— «Divorce: quel devoir de conseil pour l'avocat face à une expertise 255, 10^o?», *GP*, 2013, núm. 151-152, pp. 5-8.

Facultad del juez de nombrar un notario para proyectar la liquidación del patrimonio entre los esposos. ¿Es útil dado el importe excesivo de sus honorarios? (R. A. R.)

CRISTIANI, F.: «Riflessioni a proposito di “testamento digitale”. La prospettiva del diritto internazionale privato», *NGCC*, 2013, núm. 10, pp. 495-505.

Reflexiones acerca de la problemática suscitada por la hipótesis del testamento redactado a través del uso de tecnologías informáticas. (Alma R.G.)

DE FREANDA, D.: «Le conseguenze della caduta in comunione dei crediti ereditari», *NGCC*, 2013, núm. 10, pp. 953-959.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 16 de abril de 2013 núm. 9158, que se alinea a una reciente orientación jurisprudencial que mantiene que los créditos hereditarios se integran dentro de la comunidad hereditaria y cada uno de los partícipes en ésta tiene la facultad de actuar por sí solo para hacer valer todo el crédito común. (Alma R.G.)

FERRANDO, G.: «Meccanismi negoziali a protezione dei soggetti deboli», *RTDPC*, 2013, núm. 3, pp. 977-993.

Nuevas consideraciones sobre las diferentes medidas de protección de sujetos con discapacidad sobrevinida de su voluntad, para la defensa de sus intereses, en los diferentes negocios en los que pueden participar. Especial consideración de la necesidad de complementar su capacidad de obrar en los contratos de índole patrimonial y de naturaleza sucesoria. (*M. R. D. R.*)

JULIEN, M.: «L'assiette de l'usufruit légal du conjoint survivant», *RD*, 2013, núm. 34, pp. 2283-2287.

A la vista del artículo 757 del Código civil, que permite al cónyuge superviviente optar, cuando hay hijos comunes, al usufructo de todos los bienes existentes. Problemas y secretos de dicho artículo. (*R. A. R.*)

LAURENT-BONNE, N.: «Le testament du sourd-muet. Perspectives historico-comparatives», *RTDC*, 2013, núm. 4, p. 797-806.

Formalidades y límites al testamento de un sordo mudo en el Derecho francés, y en el derecho europeo. Evolución histórica y fundamentos. (*R. A. R.*)

LEROY, M.: «La protection du conjoint survivant par l'assurance-vie», *GP*, 2013, núm. 165-166, pp. 11-21.

Forma de protección del cónyuge superviviente mediante su nombramiento como beneficiario del seguro de vida. Ventajas con otras técnicas y donaciones entre los cónyuges. Problemas en caso de nuevo matrimonio cuando el otro cónyuge también ha hecho seguro de vida con beneficiario. (*R. A. R.*)

LISANTI, C.: «La *professio juris* dans le règlement Successions du 4 juillet 2012», *GP*, 2013, núm. 165-166, pp. 23-26.

Estudio del Reglamento de sucesiones europeo que entra en vigor el 17 de agosto de 2015. Conflicto de jurisdicciones y de leyes. Posibilidad de elegir por anticipado la ley aplicable en caso de muerte, como fuente de seguridad y proximidad. (*R. A. R.*)

MACCARI, M. V.: «Accettazione del legato in sostituzione di legittima e tutela dei creditori: è possibile esperire l'azione revocatoria?», *NGCC*, 2013, núm. 9, pp. 831-837.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 19 de febrero de 2013 núm. 4005 acerca del legado en sustitución de la parte de legítima y remedios de los acreedores con carácter general. (*Alma R.G.*)

PERTOT, T.: «I diritti di abitazione ed uso nella successione legittima del coniuge: la soluzione delle sezioni unite», *NGCC*, 2013, núms. 7-8, pp. 748-754.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 27 de febrero de 2013 núm. 4847 acerca del derecho de habitación sobre la vivienda familiar y del derecho de uso sobre los bienes muebles a favor del cónyuge superviviente. (*Alma R.G.*)

SASSI, A.: «Testamento e garanzie giurisdizionali», *RDC*, 2013, núm. 6, pp. 1407-1435.

Consideraciones sobre el tratamiento jurisprudencial de la sucesión testamentaria en diferentes supuestos de ineficacia de las cláusulas testamentarias: nulidad, legitimarios, supuestos de desheredación. Reflexión sobre la posibilidad de impugnaciones judiciales o uso de medios de conciliación extrajudicial como el arbitraje. (*M. R. D. R.*)

SAUVAGE, F.: «Le testament-partage fait à des descendants de degrés différents est-il bien né?», *SJ*, 2013, núm. 8, pp. 362-364.

Forma testamentaria como forma alternativa al testamento legal. Forma de suceder donde es el testador quien determina el destino de los bienes de la herencia. (*R. A. R.*)

ZACCARIA, A.: «La collazione dei crediti inesigibili», *RDC*, 2013, núm. 6, pp. 1437-1450.

Observaciones en torno a la posibilidad de colación de créditos e inaplicabilidad a los créditos inexigibles por razones de índole familiar. (*M. R. D. R.*)

VARIA

DOMÉJ, T.: «Ein wackliger Balanceakt. Die geplante Verordnung über die Europäische voläufige Kontenpfändung», *ZEuP*, núm. 3, 2013, pp. 496-527.

Estudio sobre Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, de 25 julio 2011.

La autora considera que será un instrumento que facilitará enormemente la ejecución forzosa transfronteriza, aunque echa en falta una mayor protección del deudor contra el que se dicta la orden. (*M. G.-R.*)

HELLAND, I./ KOCH, S.: «Methodische Grundlagen der juristischen Entscheidungsfindung im norwegischen Privatrecht», *ZEuP*, núm. 3, 2013, pp. 585-618.

Trabajo sobre los fundamentos metódicos para encontrar la solución jurídica en Derecho privado noruego. (*M. G.-R.*)

MONTALIVET, P.: «La “marketisation” du droit. Réflexions sur la concurrence de droit», *RD*, 2013, núm. 44, pp. 2923-2926.

Existencia de distintos derechos nacionales concurrentes en ciertos asuntos. Tendencias a su estudio de mercado y tentativas de mejora que han llevado a hablar de «marketización» del derecho. (*R. A. R.*)

OBERHAMMER, P.: «Das schweizerische Zivilprozessrecht und seine Kodifikation», *ZEuP*, núm. 4, 2013.

Artículo que hace un repaso a las principales características de la nueva Ordenanza procesal suiza (schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO), que entró en vigor el 1 de enero de 2011. (M. G.-R.)

STEFFEK, F.: «Rechtsfragen der Mediation und des Güterichterverfahrens – Rechtsanwendung und Regulierung im Spiegel von Rechtsvergleich und Rechtstatsachen», *ZEuP*, núm. 3, pp. 528-564.

A instancias de la Directiva europea sobre Mediación, el 28 junio 2012 aprobó el Bundestag, y un día después el Bundesrat, La Ley de Promoción de la Mediación y de otros Procedimientos de Resolución de Conflictos Extrajudicial (*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*). El autor saluda la ley como muy positiva. (M. G.-R.)

SÜB, R.: «Das Europäische Nachlasszeugnis», *ZEuP*, núm. 4, 2013, pp. 725-750.

Trabajo sobre el certificado sucesorio europeo, figura que comienza a ser posible con el Tratado de Maastricht, de 1992, ya que estableció la labor y competencia de la Comunidad Europea en medidas para la mejora de la cooperación judicial en asuntos civiles y penales.

Tras diversos proyectos, el propósito se ha hecho realidad con el Reglamento núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. El capítulo VI es el que se ocupa del certificado sucesorio. (M. G.-R.)

WINKLER VON MOHRENFELS, P.: «Die Rom III-VO. Teilvereinheitlichung des europäischen internationalen Scheidungsrecht», *ZEuP*, núm. 4, 2013, pp. 699-724.

Repaso al Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. (M. G.-R.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

LABELLA, E.: «Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici», *CI*, 2013, núm. 3, pp. 688-740.

Artículo que analiza el panorama europeo sobre los remedios existentes ante la realización de las prácticas comerciales desleales prohibidas. (*Alma R.G.*)

MALAURIE-VIGNAL, M.: «Les valeurs immatérielles et virtuelles de l'entreprise, entre protection et liberté», *RD*, 2013, núm. 28, pp. 1919-1923.

Composición de la empresa: bienes materiales, inmateriales y virtuales. Problemas jurídicos de estos dos últimos. (R. A. R.)

DERECHO DE SOCIEDADES

BERTREL, M.: «La détention du contrôle d'une société commerciale relève-t-elle vraiment du droit civil?», *RTDC*, 2013, núm. 4, pp. 759-776.

Carácter civil o mercantil del acto de adquisición del control de una sociedad. Comúnmente se ha entendido como civil, pero debe ser así o ser considerado como un acto de mercantilidad. Problemas que plantea en el derecho de sociedades y el impedimento de entrar en holding de la sociedad civil. (R. A. R.)

CENTONZE, M.: «Lo scioglimento di società per azioni in pendenza del recesso del socio», *RDC*, 2013, núm. 4, pp. 801-825.

Análisis de las diferentes situaciones de disolución de una sociedad por acciones y posibilidades de retirada de uno de los socios, y las diferentes vías jurídicas y efectos de estas situaciones. (M. R. D. R.)

DEUMIER, P.: «La RSE et les droits fondamentaux», *RD*, 2013, núm. 23, pp. 1564-1569.

Responsabilidad de la empresa y su influencia en los derechos fundamentales. Consecuencias. (R. A. R.)

FAMILY, R.: «La RSE: du concept à la norme», *RD*, 2013, núm. 23, pp. 1558-1563.

Concepto teórico y legal de la responsabilidad social de la empresa. (R. A. R.)

FILIPPELLI, M.: «Sul problema dell'estensione del sistema dualistico alle società a responsabilità limitata», *CI*, 2013, núms. 4-5, pp. 849-873.

Artículo sobre la administración y el control en las sociedades de responsabilidad limitada. (*Alma R.G.*)

PIANTELLI, A.: «La distinzione dei patti parasociali dai patti sociali nella società di capitale riformata», *CI*, 2013, núm. 3, pp. 771-796.

Artículo relativo a los criterios de distinción entre los pactos parasociales y los pactos sociales celebrados por los socios en la reforma del derecho societario italiano. (*Alma R.G.*)

VERSE, D. A.: «Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Sitzverlegung –Zwischenbilanz nach “National Grid Indus” und “Vale”», *ZEuP*, núm. 3, 2013, pp. 458-495.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado la libertad de residencia de las sociedades en dos sentencias decisivas: «Nacional Grid Indus» y «Vale». Tomando esta situación como punto de partida, el artículo

analiza en general el estado de la movilidad en el mercado interno y desarrolla los distintos grupos de casos de traslado de domicilio transfronterizo, analiza los propósitos de la Unión al respecto y también la situación en Derecho alemán. (*M. G.-R.*)

VV.AA.: «Réorganisation et restructuration d'entreprise: quel traitement social?», *GP*, 2013, núm. 230-234.

Número especial que recoge el coloquio celebrado por la asociación «Derecho y Comercio» en Aix-les-Bains el 8-9 de junio de 2013. (*R. A. R.*)

ZATTARA-GROS, A.F.: «Vade-mecum à l'usage des rédacteurs de clause de non concurrence insérée dans un acte de cession de droits sociaux», *GP*, 2013, núm. 258-260, pp. 11-14.

Estudio jurisprudencial sobre los criterios de validez de las cláusulas de no competencia insertadas en los contratos de cesión de derechos sociales. Particularidades. (*R. A. R.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

TISSEYRE, S.: «Régulation du secteur bancaire et enjeu d'efficacité des règles prudentielles», *GP*, 2013, núm. 79-80, pp. 6-9.

Estudio a propósito de las reglas sobre gestión y prevención de riesgos establecidas para el funcionamiento de los bancos. Problemas de confianza en el sector bancario. Crítica del autor. (*R. A. R.*)

DERECHO CONCURSAL

BELLOMIA, V.: «“Annotazione” ex art. 2843 cod. civ. e “formalità” ex art. 45 l. fall.: note sull'opponibilità della cessione del credito ipotecario al fallimento del debitore ceduto», *NGCC*, 2013, núm. 9, pp. 793-799.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 12 de diciembre de 2013 núm. 3402, que se enmarca dentro de un debate jurisprudencial que tiene por objeto la anotación de la cesión del crédito hipotecario en virtud del artículo 2843 del código civil italiano y su oponibilidad en caso de declaración de quiebra del deudor cedido en virtud del artículo 45 de la ley reguladora de la quiebra. (*Alma R.G.*)

CONFORTINI, V.: «Interesse di classe e autonomia concorsuale», *RDC*, 2013, núm. 5, pp. 1224-1247.

Comentarios sobre las diferentes situaciones de la empresa en un procedimiento concursal: viabilidad empresarial y estructura, efectos y negociaciones para llegar al acuerdo en un procedimiento concursal, cuando intervienen intereses de clase. Propuesta o iniciativas en torno a la creación de un estatuto normativo de autonomía concursal. (*M. R. D. R.*)

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 el tema en materia de arrendamiento financiero y quiebra. (*R. A. R.*)

TEBOUL, G.: «Petite sonate d'automne du droit des entreprises en difficulté», *GP*, 2013, núm. 289-290, pp. 5-9.

Estudio a propósito de la regulación existente entre la normativa actual que regula las empresas con problemas económicos y la futura regulación dada la actual situación de preparación de reforma. Posición legal y jurisprudencial al respecto. (*R. A. R.*)

VV.AA.: «Droit des entreprises en difficulté», *GP*, 2013, núm. 121-124.

Número especial en el que se analiza desde un punto fundamentalmente jurisprudencial los problemas y soluciones a las empresas en dificultades económicas: confusión de patrimonios, compensación, embargabilidad de bienes, etc. (*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 SUPREMO

Nota de sentencia

Cesión de créditos futuros *pro solvendo*: eficacia traslativa y alcance de la resistencia al concurso del cedente Nota de jurisprudencia sobre la STS de 6 de noviembre de 2013 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo)*

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La sentencia que es objeto de esta nota jurisprudencial pasará a formar parte de las sentencias de obligada cita en materia de cesión de créditos. Y ello por varias razones que paso a exponer brevemente: en primer lugar, porque con ella ya es jurisprudencia la STS de 22 de febrero de 2008 (sentencia núm. 125/2008), que asumió la conocida como «tesis intermedia» en el ámbito del alcance de la resistencia al concurso de la cesión de créditos futuros; en segundo lugar, porque inclina la balanza hacia una de las dos líneas jurisprudenciales existentes sobre la eficacia traslativa de la cesión de créditos pro solvendo; y, en tercer lugar, porque distingue entre la cesión de créditos pro solvendo y la pignoración de créditos, dos figuras cuyas líneas delimitadoras tienden en ocasiones a difuminarse.

* Agradezco al Profesor Dr. D. Fernando Pantaleón las observaciones y sugerencias realizadas al original de esta nota de jurisprudencia, que han contribuido, sin duda alguna, a mejorarlo.

Proyecto de Investigación «El coste del incumplimiento: daños indemnizables y daños indemnizados (II)» (DER 2011-24293) dirigido por el Profesor Dr. D. Antonio Manuel Morales Moreno y subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

PALABRAS CLAVE

Cesión de créditos futuros, cesión de créditos pro solvendo, pignoración de créditos, concurso de acreedores.

ABSTRACT

This court decision will become part of the most important cases on assignment of credit rights, for several reasons. I shall explain them briefly.

First of all, because it confirms the previously decided Supreme Court decision of 22/2/2008 (STS No. 125/2008). Hence, as there are already two consistent Supreme Court decisions supporting the so called «intermediate theory» in the area of the extension of the special privilege of an assignment of future credit rights in the case of assignor's insolvency, it can be considered as case-law from now on.

Secondly, because it leans towards one of the two existing lines of case-law on the transfer of the credit in case of a pro solvendo assignment of credit rights.

And, thirdly, because it distinguishes between two concepts which have been frequently confused, namely, the pro solvendo assignment of credit rights and the pledge over credit rights.

KEY WORDS

Assignment of future credit rights, pro solvendo assignment of credit rights, pledge over credit rights, insolvency.

1. JUSTIFICACIÓN

¿Por qué, de entre las numerosas sentencias que produce la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, merece ser destacada precisamente ésta?

Porque trata dos problemas dogmáticos relevantes, como son: (1) la eficacia traslativa de la cesión de créditos *pro solvendo*; y (2) el alcance de la resistencia al concurso de la cesión de créditos futuros. Temas, los mencionados, cuya actualidad y trascendencia práctica es indudable.

Porque, con ella, ya es jurisprudencia la doctrina sentada en la STS de 22 de febrero de 2008¹, una sentencia clave en materia de cesión de créditos futuros y «[...] *uno de los casos más sorprendentes de defectuosa comprensión de una sentencia del Tribunal Supremo por la posterior jurisprudencia menor* [...]»².

Porque separa instituciones que algunos se resisten a distinguir: la cesión de créditos *pro solvendo* y la pignoración de créditos.

¹ Sentencia núm. 125/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.

² PANTALEÓN/GREGORACI: «El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros», en *RCP*, núm. 20/2014, pp. 15 a 42, en p. 17.

Y porque, junto a la, muy próxima en el tiempo, STS de 28 de noviembre de 2013³, pasa a formar parte de las sentencias de obligada cita en los trabajos sobre cesión de créditos.

2. LOS HECHOS⁴

2.1 El caso que dio origen a la sentencia anotada era un supuesto de cesión *pro solvendo* de créditos futuros, en el que el cedente fue declarado posteriormente en suspensión de pagos y el deudor cedido era una Administración Pública. En concreto, los personajes implicados eran el Real Oviedo S.A.D. (cedente), La Caixa (cesionario) y el Principado de Asturias (deudor cedido).

El crédito cedido era el derivado del Convenio de Colaboración suscrito entre el Real Oviedo y el Principado de Asturias, en virtud del cual este último se obligaba a pagar al Real Oviedo 1.202.024 euros por los cuatro años de duración del citado convenio, a razón de 300.506 euros por temporada⁵. Era ésta la contraprestación a la obligación del Real Oviedo de desarrollar actividades publicitarias y deportivas del Principado.

La Caixa y el Real Oviedo firmaron una póliza de crédito a interés variable, pactando que:

«[C]omo garantía específica de las obligaciones asumidas [...], la acreditada –Real Oviedo– cede irrevocablemente a favor de La Caixa el derecho de crédito consistente en los pagos que en virtud del contrato/convenio de colaboración [...] entre la acreditada y el Principado de Asturias, tiene concertados a su favor en concepto de fomento del deporte y divulgación de la imagen de Asturias y, a tal fin, cursa orden irrevocable al Principado de Asturias para que realice su pago directamente mediante ingreso en el depósito [...].

[A] hacerse efectivo el importe de la subvención que garantiza este crédito se destinará, hasta donde alcance, a la amortización del mismo.

La Caixa podrá, además, dar por vencido anticipadamente el crédito, en iguales términos que los previstos en el contrato crediticio que se adiciona, en caso de pérdida o retirada total o parcial a la parte acreditada de la subvención que tiene concedida y que se ha pignorado en garantía del mismo».

El convenio de colaboración entre el Real Oviedo y el Principado de Asturias se suscribió el 16 de marzo de 2002.

La póliza de crédito a interés variable en la que se pactó la cesión *pro solvendo* de créditos se celebró unos días después: el 22 de marzo de 2002.

³ Sentencia núm. 750/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena. Y conforme a la cual ni el conocimiento, ni el consentimiento del deudor cedido constituyen requisito de eficacia de la transmisión del crédito (*vid. infra* § 6).

⁴ Los hechos relatados por el Alto Tribunal se han completado con la sentencia de instancia [Sentencia número 146 de la sección 4.ª de la AP de Asturias, de 6 de abril de 2011]. No me ha sido posible localizar la sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Oviedo.

⁵ Las cuatro temporadas que cubría eran: 2002-2003, 2003-2004, 2004-2005 y 2005-2006.

2.2 Por providencia de 3 de julio de 2003 (transcurrida, pues, la primera de las cuatro temporadas cubiertas por el citado convenio de colaboración) se admitió a trámite la solicitud de suspensión de pagos solicitada por el Real Oviedo. Por Auto de 11 de febrero de 2004 se declaró la insolvencia provisional del Real Oviedo. Por Auto de 16 de diciembre de 2004 se aprobó el Convenio.

El crédito de La Caixa frente al Real Oviedo fue reconocido en la lista de acreedores de la suspensión de pagos como crédito ordinario, sin derecho de abstención. La Caixa no se personó en el procedimiento de suspensión de pagos del Real Oviedo, ni se adhirió al convenio aprobado en su seno.

Lo que sí había hecho La Caixa el 6 de marzo de 2003, cuatro meses antes de que se admitiera a trámite la solicitud de suspensión de pagos del cedente, fue reclamar al Principado de Asturias el pago correspondiente a la temporada 2002/2003. Contra la resolución administrativa que denegó el pago, La Caixa interpuso recurso, que fue estimado por el Principado de Asturias el 21 de octubre de 2004. En enero y en marzo de 2006 el Principado de Asturias procedió a ingresar en la cuenta asociada a la póliza de crédito las sumas correspondientes a la citada temporada (300.506 euros), no sin antes haber consultado al Juzgado, que tramitaba la suspensión de pagos del Real Oviedo, si existía impedimento legal para que hiciese pago a La Caixa de la mencionada cantidad. A lo que dicho Juzgado contestó, por Providencia dictada el 5 de julio de 2005, que, en efecto, no existía impedimento legal para que hiciese pago a La Caixa de la factura de 300.506 euros, a la vista de que la cesión del crédito fue anterior a la presentación de la solicitud de la suspensión de pagos.

2.3 Sin embargo, el Real Oviedo interpuso demanda frente a La Caixa, reclamándole la restitución de los 300.506 euros percibidos del Principado de Asturias con posterioridad a la admisión de la suspensión de pagos, además de otras cantidades⁶.

Tanto en Primera Instancia como en Apelación se estimó la demanda en cuanto a la restitución de los 300.506 euros. El Juzgado basó su decisión en que el derecho de crédito frente al Principado de Asturias no había nacido al iniciarse el procedimiento de suspensión de pagos y, por ello, antes de ese episodio La Caixa no ostentaba su efectiva titularidad patrimonial. La Audiencia Provincial de Asturias compartió la conclusión del Juez.

La Caixa interpuso recurso de casación, que formuló en los siguientes términos:

«[...] la sentencia recurrida, al vincular la eficacia de la cesión, en concreto su oponibilidad a terceros, al reconocimiento unilateral del crédito por parte del deudor cedido o a su vencimiento de acuerdo con la normativa que regula los contratos administrativos de obra, infringe [...] la disposición adicional 3.^a de la Ley 1/1999 [...]»⁷.

2.4 El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y declaró que la cesión de créditos celebrada entre el Real Oviedo y La Caixa era una cesión

⁶ A las que no me refiero por su falta de relevancia a los efectos de la presente nota.

⁷ Así como una pluralidad de normas de «*carácter un tanto heterogéneo*» (FD 3).

de créditos futuros *pro solvendo* y no una pignoración de créditos futuros; que la cesión *pro solvendo* tiene eficacia plenamente traslativa del crédito cedido; y que el crédito cedido no formaba parte de la masa activa del concurso del Real Oviedo.

Las tres cuestiones jurídicas que se trataron en la sentencia son, pues, las siguientes: (a) la distinción entre la cesión de créditos *pro solvendo* y la pignoración de créditos; (b) la eficacia traslativa de la cesión de créditos *pro solvendo*; y (c) el alcance de la resistencia al concurso de la cesión de créditos futuros.

3. CESIÓN DE CRÉDITOS *PRO SOLVENDO* Y PIGNORACIÓN DE CRÉDITOS

3.1 En el Fundamento de Derecho 4 el Alto Tribunal afirma que

«[L]o que pactaron el Real Oviedo S.A.D. y La Caixa no fue una pignoración del crédito que correspondía al Real Oviedo del convenio de colaboración firmado con el Principado de Asturias, sino una cesión *pro solvendo*, con función de garantía, de la devolución del crédito concedido por La Caixa».

3.2 Suele ser habitual no distinguir la cesión de créditos *pro solvendo* de la pignoración/cesión limitada en garantía de créditos, probablemente porque aquélla desempeña de hecho un papel de garantía y de reforzamiento de los intereses del acreedor/cesionario, quien cuenta tras ella con dos posibles vías alternativas de satisfacción⁸, pues tiene ahora frente a sí a dos deudores. Pero lo anterior no significa que la cesión *pro solvendo* y la pignoración de créditos sean dos figuras idénticas: aunque en la práctica pueda llegar a ser difícil diferenciarlas, no por ello hay que concluir que son lo mismo. Hace bien, pues, el Alto Tribunal en separarlas.

La diferencia entre ambas figuras se desprende claramente de una de las notas más características del régimen jurídico de la cesión *pro solvendo*: el cesionario tendrá que tratar de satisfacer su interés, en primer término, a costa del crédito cedido y, mientras tanto, la acción derivada de la obligación principal quedará en suspenso (art. 1170 III CC); lo cual, es lo contrario de lo que cabe predicar de una garantía en sentido técnico jurídico que (a) no obstaculiza el libre ejercicio por el acreedor de la obligación garantizada y (b) no le impone la realización en primer término de la garantía, a fin de satisfacer su interés. De hecho, esto no se desea de antemano y se subordina al incumplimiento de aquella obligación⁹.

3.3 Puesto que son figuras distintas, cuentan con remedios distintos para el caso del concurso del deudor (cedente o pignorante, según el caso), que el Alto Tribunal explica en el Fundamento de Derecho 8:

«En el primer caso [pignoración de créditos] el acreedor pignoraticio goza, en el procedimiento concursal, de la consideración de

⁸ PANTALEÓN: «Cesión de créditos», *ADC*, 1988, p. 1053.

⁹ PANTALEÓN: «Cesión de créditos», *ADC*, 1988, p. 1053.

un acreedor con privilegio especial, con un derecho real de garantía, mientras que en el caso de la cesión [pro solvendo], el cesionario tiene derecho a impedir que el crédito cedido forme parte de la masa activa y, en su caso, a reclamar su separación».

Cuestión distinta es la resistencia al concurso del cedente de la cesión plena de créditos futuros, que no debe ser diferente a la resistencia al concurso del pignorante de la prenda/cesión en garantía de créditos futuros. De hecho, como veremos más adelante¹⁰, la STS de 22 de febrero de 2008, que se ocupó del problema aludido, acogió la misma tesis, tanto para las cesiones plenas no fiduciarias de créditos, a título de compraventa o de pago, *pro soluto* o *pro solvendo*, como para las cesiones en garantía.

4. EFICACIA TRASLATIVA DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS *PRO SOLVENDO*

4.1 El Alto Tribunal afirma que la eficacia típica de la cesión de créditos *pro solvendo* es plenamente traslativa. En concreto, en el Fundamento de Derecho 7 se puede leer lo siguiente:

«Esta eficacia traslativa de la cesión de créditos opera no sólo cuando ha sido realizada *pro soluto* sino también cuando lo es *pro solvendo*. Como hemos argumentado en otras ocasiones, en supuestos de *factoring* con recurso o impropio, la distribución del riesgo de insolvencia no tiene por qué decidir el efecto traslativo, de manera que también en esa clase de *factoring* el cesionario adquiere plenamente el crédito cedido.

[...]

El hecho de que en la cesión *pro solvendo* el crédito cedido lo sea para pago de una obligación preexistente, y por ello el deudor de esta obligación primitiva no quede liberado sino cuando el cesionario cobre el crédito cedido, no impide el efecto traslativo pleno de la cesión de crédito, de modo que, como afirma la doctrina, “el cesionario es titular del crédito cedido desde que se consintió la transmisión y no desde que se satisfizo el crédito en que consistía”.»

A partir de la lectura del Fundamento reproducido se desprende que la asunción del riesgo de insolvencia del deudor cedido por el cedente no decide el efecto traslativo, de modo que, aunque la obligación primitiva no se extinga hasta la efectiva realización del crédito cedido, éste se ha transmitido al cesionario desde el mismo momento en que se consintió tal cesión.

4.2 La sentencia anotada se coloca, así, en la línea jurisprudencial en la que cabe situar, además de las SSTs de 11 de febrero de 2003¹¹, 6 de octubre

¹⁰ *Vid. infra* § 5.

¹¹ Sentencia núm. 80/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

de 2004¹² y 6 de noviembre de 2006¹³, citadas por el propio TS, las de 31 de mayo de 2007¹⁴ y 5 de noviembre de 2008¹⁵.

Y, tal y como subraya el propio Tribunal, se aleja de aquella otra línea jurisprudencial que, enfrentándose a la anterior, niega la eficacia traslativa de la cesión *pro solvendo*, y entre las que cabe situar, las SSTs de 27 de junio de 2003¹⁶, 5 de marzo de 2004¹⁷, 4 de diciembre de 2007¹⁸ y 2 de febrero de 2001¹⁹, todas ellas citadas en el ya mencionado Fundamento de Derecho 7²⁰. Sentencias, éstas, que, en orden a negar a cesionarios anticipados de créditos futuros preferencia en el concurso o en la ejecución singular del cedente, ponen en cuestión el efecto plenamente traslativo de la titularidad del crédito de cesiones *pro solvendo*, por la vía de interpretarlas como cesiones fiduciarias con mera finalidad de cobro.

4.3 Y no podemos más que alegrarnos de que el Alto Tribunal haya inclinado la balanza hacia la primera de las líneas jurisprudenciales citada, porque la cesión de créditos, se articule *pro soluto* o *pro solvendo*, siempre transmite la plena titularidad: tanto la cesión *pro soluto*, como la cesión *pro solvendo* cumplen una función de pago de una obligación preexistente y ésta es causa bastante para justificar la plena transmisión del crédito en ambos casos²¹. Lo que las diferencia es el momento en que se produce la extinción de la obligación originaria, que en la cesión *pro soluto* es contemporánea a la cesión del crédito, y en la cesión *pro solvendo* tiene lugar con la realización del crédito cedido; de modo que también es distinta la distribución del riesgo de insolvencia del deudor cedido, que en la cesión *pro soluto* asume el cesionario y en la cesión *pro solvendo*, el cedente.

Pero el que la extinción de la obligación originaria no se produzca hasta la efectiva realización del crédito cedido, no significa más que, entretanto, coexisten ambas obligaciones, estando la acción derivada de la obligación primitiva en suspenso (art. 1170 III CC). Lo que en modo alguno impide la efectiva transmisión del crédito cedido en el momento en que se consintió: la cesión *pro solvendo* transmite la propiedad del crédito, operando como una condición resolutoria de la transmisión, no como una condición suspensiva²².

¹² Sentencia núm. 957/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Muñoz.

¹³ Sentencia núm. 1086/2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.

¹⁴ Sentencia núm. 622/2007. Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil.

¹⁵ Sentencia núm. 997/2008. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

¹⁶ Sentencia núm. 677/2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

¹⁷ Sentencia núm. 136/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo; de esa misma fecha cabe citar también la sentencia núm. 149/2004. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

¹⁸ Sentencia núm. 1315/2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

¹⁹ Sentencia núm. 67/2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

²⁰ Sobre esta división jurisprudencial, véase GARCÍA-VICENTE: *La prenda de créditos*, 2006, p. 235, nota 23, con más referencias en ella. Para una síntesis de ambas líneas jurisprudenciales, puede verse también el Auto núm. 98/2009, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 14 de julio de 2009.

²¹ PANTALEÓN: «Cesión de créditos» en ADC, 1988, pp. 1051 y 1052. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II. Las relaciones obligatorias*, 2008, pp. 972 a 975. GARCÍA VICENTE: *La prenda de créditos*, 2006, pp. 234 y 235. GARCÍA CRUCES: «Contratos de financiación y contratos bancarios», en *Contratos mercantiles, T. I*, Bercovitz, A. y Calzada, 2009, pp. 1135 a 1525, en pp. 1199 y 1200.

²² STS de 6 de noviembre de 2006 (FD 5).

5. ALCANCE DE LA RESISTENCIA AL CONCURSO DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS FUTUROS

5.1 El Alto Tribunal plantea la cuestión jurídica indicada, en los siguientes términos:

«La cuestión controvertida gira en torno a los efectos que sobre la cesión de aquel crédito produjo la suspensión de pagos del acreedor cedente (Real Oviedo), a la vista de que el crédito de La Caixa (cesionario), en garantía de cuyo pago se había producido la cesión *pro solvendo* del crédito del Real Oviedo frente al Principado de Asturias, fue reconocido en la lista de acreedores de la suspensión de pagos como crédito ordinario, sin derecho de abstención».

El Tribunal Supremo apunta que, aunque la cuestión viene resuelta en la actualidad por la regla prevista en la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 1/1999 reguladora de las Entidades de Capital Riesgo y de sus sociedades gestoras, este régimen no era aplicable al presente caso²³. A pesar de ello, continúa el Alto Tribunal,

«[...] lo anterior no es óbice para que, bajo la normativa general, lleguemos a la conclusión de que la cesión tuvo lugar en el momento en que se pactó, pues para entonces estaban adecuadamente determinados los caracteres definitorios del crédito que se cedía. Esto responde a la doctrina que expusimos en la Sentencia 125/2008, de 22 de febrero».

Así pues, la *ratio decidendi* de esta cuestión es la ya citada STS de 22 de febrero de 2008 y, en concreto, su Fundamento de Derecho Tercero, que el Alto Tribunal reproduce en la sentencia de 2013 y que transcribo a continuación también aquí:

«[...] Las cesiones de créditos futuros (llamadas “cesiones anticipadas”) exigen para su eficacia, como se ha dicho por autorizada doctrina, “que los caracteres definitorios del crédito de que se trate resulten adecuadamente determinados, a más tardar en el momento de nacimiento del mismo, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes (art. 1271 CC), aunque no es indispensable que cuando la cesión anticipada del crédito se concluya se haya ya realizado el contrato o surgido la relación jurídica de la que nacerá el crédito en cuestión, ni que esté entonces determinada la persona del futuro deudor”. Al otorgarse la cesión anticipada, el cedente

²³ Ya que su aplicación a las cesiones de créditos que tengan como deudor a una Administración pública deriva de la modificación introducida por la disposición final tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, muy posterior al momento de la cesión de créditos del presente caso (22 de marzo de 2002). Bajo la redacción anterior, aplicable al caso, la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999 excluía expresamente de su aplicación a las cesiones de créditos que tuvieran por deudor a una Administración Pública.

pierde, desde luego, el poder de disposición sobre el crédito, y una eventual cesión posterior sería ineficaz. La efectiva transferencia solo se producirá en el instante del nacimiento del crédito, sin que se requiera un ulterior negocio jurídico ni un acto de entrega o “cuasi traditio” específico, y el crédito se transferirá al cesionario con el contenido con que efectivamente nazca. Aunque el tema ha sido discutido, al menos en los casos en que se hubiera celebrado ya el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, el crédito en cuestión –según la opinión doctrinal que parece más fundada– “nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio”.»

La conclusión a la que llega el Alto Tribunal, en la sentencia de 2013, es que el crédito cedido a La Caixa no formaba parte de la masa activa del Real Oviedo:

«Por esta razón, el juzgado que tramitaba la suspensión de pagos no se equivocó cuando autorizó que La Caixa pudiera cobrar el crédito cedido frente al deudor cedido, el Principado de Asturias.

Y por esta razón, no procedía atender a la pretensión contenida en la demanda sobre la restitución a la masa del crédito cedido». [FD 8]

El fallo de la sentencia es correcto. Pero habría sido deseable que hubiera explicado con mayor detenimiento la subsunción del caso concreto en la doctrina jurisprudencial aplicada: en otras palabras, el Tribunal Supremo acierta al seleccionar la doctrina aplicable al caso y llega a la solución correcta, pero no nos hace partícipes del *iter* que ha seguido para llegar a ella. Intentar colmar esa laguna constituye el objetivo de las líneas que siguen.

5.2 En la fundamentación jurídica de la STS de 22 de febrero de 2008 que he reproducido más arriba²⁴ cabe distinguir hasta tres tipos de cuestiones relacionadas con la cesión de créditos futuros: 1) la posibilidad de las cesiones anticipadas de créditos futuros en nuestro Ordenamiento; 2) el momento en que se produce la efectiva transferencia del crédito del cedente al cesionario; y 3) la integración (o no integración) del crédito en la masa activa, en el caso en que, entre el momento de la cesión anticipada y el del nacimiento del crédito, el cedente sea declarado en concurso.

5.2.1 En nuestro Ordenamiento jurídico son posibles las cesiones anticipadas de créditos futuros siempre y cuando los caracteres definitorios del crédito de que se trate resulten adecuadamente determinados, a más tardar, en el momento del nacimiento del mismo, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes.

En el caso concreto, el Alto Tribunal considera que en el Convenio de colaboración estaba claramente especificado el importe de la obligación de

²⁴ Que adopta la tesis mantenida por PANTALEÓN: «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, pp. 1094 y 1095.

pago que asumía el Principado de Asturias, su causa y la forma de pago, mediante cuatro plazos, cuyos vencimientos coincidían con la conclusión de cada una de las cuatro temporadas por las que se establecía el patrocinio (Fundamento de Derecho 5)²⁵.

Así pues, la cesión de créditos futuros celebrada entre el Real Oviedo y La Caixa fue conforme a nuestro Ordenamiento jurídico.

5.2.2 Una vez que hemos comprobado en las líneas anteriores que en el caso concreto la cesión de créditos futuros estuvo bien hecha, la siguiente cuestión que hay que afrontar es cuándo se produjo la efectiva transferencia del crédito futuro cedido a La Caixa: conforme a la doctrina jurisprudencial sentada en la mencionada STS de 22 de febrero de 2008, la efectiva transferencia del crédito futuro cedido se producirá en el instante de su nacimiento, sin que se requiera un ulterior negocio jurídico, ni un acto de entrega o *quasi traditio* específico.

Así pues, para determinar cuándo se produjo la efectiva transferencia del crédito cedido a La Caixa, habría que preguntarse cuándo nació dicho crédito.

Pero la cuestión realmente crucial en el caso concreto era si el crédito cedido había nacido antes o después de la admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos del Real Oviedo. Porque si el crédito cedido hubiera nacido antes del concurso, el problema no habría existido: el crédito habría nacido, sin lugar a dudas, en cabeza de La Caixa. Las dificultades surgirían si el crédito hubiera nacido tras el concurso; porque en este caso habría que enfrentarse a la tercera de las cuestiones que he planteado: ¿se habría integrado o no el crédito cedido en la masa activa del concurso?

5.2.3 Para responder a la pregunta que acaba de ser formulada, el Tribunal Supremo acogió en la STS de 22 de febrero de 2008 (y, por tanto, también acoge en la sentencia que ahora anoto) la tesis doctrinal²⁶ en virtud de la cual

«[...] se impone una respuesta diferenciada. Si en el momento de la cesión, o en todo caso antes de la fecha de la quiebra, se hubiera ya celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de cesión anticipada [...] el crédito en cuestión nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición de su patrimonio, y no se integrará, consecuentemente, en la masa de la quiebra»²⁷.

Y la acogió tanto para las cesiones plenas no fiduciarias de créditos, a título de compraventa o de pago, *pro soluto* o *pro solvendo*, como para las cesiones en garantía.

²⁵ Este tema se abordó también en la instancia, en donde se llegó a la conclusión contraria: la Audiencia Provincial de Asturias consideró que los caracteres definitorios del crédito no resultaban adecuadamente definidos en el convenio de colaboración suscrito entre el Real Oviedo y el Principado de Asturias (*vid.* FD 3).

²⁶ Para una visión de las tesis doctrinales que se han mantenido y sus defensores véase PANTALEÓN/GREGORACI: *RCP*, núm. 20/2014, pp. 28 a 30.

²⁷ PANTALEÓN: «Cesión de créditos», *ADC*, 1988, p. 1095.

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al caso concreto nos lleva a la conclusión de que, aunque el crédito cedido hubiera nacido después del concurso del Real Oviedo, habría nacido directamente en cabeza de La Caixa ya que la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada ya se había celebrado antes de la cesión y, por tanto, antes del concurso (recuérdese que el Convenio de colaboración se suscribió cinco días antes de la cesión *pro solvendo*).

En definitiva, cabe concluir que, con independencia del momento del nacimiento del crédito cedido, éste nació directamente en cabeza de La Caixa. Por tanto, no se integró en la masa activa del concurso del Real Oviedo.

5.2.4 Un último (pero significativo) apunte: la sentencia de 2013, no sólo hace jurisprudencia de la STS de 22 de febrero de 2008, sino que, además, parece querer extender su doctrina jurisprudencial a casos que ésta excluyó de su ámbito de aplicación.

La STS de 22 de febrero de 2008 declaró que la legislación y la jurisprudencia relativas a las cesiones de créditos derivados de los contratos de las Administraciones Públicas imponían una excepción a «*la construcción de la cesión anticipada con un efecto directo a favor del cesionario (Direkterwerb)*», que el Alto Tribunal había acogido como regla, «*desde el punto de vista del Derecho civil*».

Como se recordará, en el caso analizado, el deudor cedido era una Administración Pública (el Principado de Asturias). Y, de hecho, las dos sentencias de instancia, se acogieron a la excepción aludida²⁸. Sin embargo, el Tribunal Supremo aplicó la doctrina general, tal y como acabamos de exponer en las líneas anteriores.

¿Significa esto que han hecho mella en el Alto Tribunal las críticas expresadas por la doctrina a la excepción contemplada en la STS de 22 de febrero de 2008²⁹? Y si fuera así, ¿hasta dónde se extendería la regla general? ¿A todos los contratos públicos? ¿Sólo a los contratos de patrocinio³⁰? Con los datos disponibles no es posible dar una respuesta a estas preguntas. Pero es de esperar que en próximas decisiones se siga el camino que parece haber querido abrir la sentencia de 2013, pues la extensión de la regla general no puede más que acogerse favorablemente: y es que no existe razón para la excepción aludida, sobre todo si tenemos en cuenta que, desde la reforma

²⁸ En el FD 4 de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias podemos, de hecho, leer lo siguiente: «[...] *la construcción de la cesión anticipada de crédito con efecto directo a favor del cesionario, aparece obstaculizada en el marco de la contratación pública cuya normativa determina que la Administración ha de pagar cuando se haya expedido la certificación o documento que acredita la realización del contrato concertado con ella, en el caso la única verificación es la integrada por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de Octubre de 2004 pero aunque se pretendiese retrotraer sus efectos a fines transmisivos del crédito cedido por Real Oviedo S.A.D. al final de la temporada 2002/2003, en dicho concreto momento, principios de julio de 2003, no era exigible el pago al disponer la Administración de un plazo para abonar el precio del contrato desde que se acredita su ejecución, dos meses en la normativa a la época contemplada en la recurrida, treinta días tras la reforma del artículo 200 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, introducido por la Ley 15/2010 de 5 de julio*» (ahora, art. 216.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

²⁹ Véase, a este respecto, el comentario a la STS de 22 de febrero de 2008 de GARCÍA VICENTE publicado en *CCJC*, núm. 79, 2009, pp. 128 a 147, en especial, p. 141.

³⁰ Así califica el TS el contrato celebrado entre el Real Oviedo y el Principado de Asturias (FD 5).

operada por la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 1/1999, es expresamente aplicable a los casos en que el deudor cedido sea una Administración Pública.

6. DOS CITAS OBLIGADAS

6.1 La anotada STS de 6 de noviembre de 2013, debería pasar a formar parte del grupo de sentencias de referencia obligada en materia de cesión de créditos.

A partir de ella, debería quedar clara (a) la plena eficacia traslativa de la cesión de créditos *pro solvendo*, (b) la necesaria distinción entre esta figura y la prenda de créditos, y (c) el alcance de la resistencia al concurso del cedente de las cesiones de créditos futuros, que debe ser el mismo con independencia de que sean cesiones plenas, a título de compraventa o de pago, *pro soluto* o *pro solvendo*, o limitadas en garantía³¹.

6.2 En el mismo mes en que se dictó la sentencia anotada, la Sala 1.^a dictó otra sentencia sobre cesión de créditos³², en la que el Alto Tribunal declaró que ni el conocimiento, ni el consentimiento del deudor cedido constituyen requisito de eficacia de la transmisión del crédito.

La aludida decisión debería disipar definitivamente las dudas sobre la necesidad de un acto de *quasi traditio* para la transmisión del crédito cedido en las cesiones plenas de créditos o para la pignoración del crédito en las cesiones en garantía³³.

En fin, compárese la doctrina de esta sentencia con el artículo 450-6 de la Propuesta de Código Mercantil³⁴, en virtud del cual, el deudor cedido quedará obligado con el cesionario «*en virtud de la notificación de la cesión del crédito*».

³¹ Acaba de dictarse la sentencia 38/2014, de 12 de febrero, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, sobre el alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros. El Juzgado acoge en la sentencia citada la tesis de la STS de 6 de noviembre de 2013, tras reconocer que, con ella, la STS de 22 de febrero de 2008 ya es jurisprudencia, y abandonar expresamente la conocida como «tesis estricta», que había mantenido en las sentencias 210/2012 y 211/2012, de 20 de julio (*vid.* FJ Cuarto, *in fine*; sobre las sentencias de 2012 citadas, véase PANTALEÓN/GREGORACI: *RCP*, núm. 20/2014, pp. 18 a 21 y 32).

Estando en pruebas el presente trabajo, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona también ha acogido la tesis intermedia (sentencia 116/2014, de 3 de abril).

³² La STS de 28 de noviembre de 2013 (en concreto, *vid.* FD Tercero), ya citada al comienzo de este comentario y cuya doctrina ha sido confirmada por la STS de 5 de febrero de 2014 (sentencia núm. 43/2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena. *Vid.* FD Noveno).

³³ Que, no obstante, ya deberían haberse disipado a partir de la tantas veces citada STS de 22 de febrero de 2008 que declaró que no se requiere un ulterior negocio jurídico ni un acto de entrega o «*quasi traditio*» específico (*vid. supra* el reproducido FD 3 de la sentencia mencionada).

En el ámbito de la pignoración de créditos, la exigencia de notificación al deudor del crédito pignorado puede llegar a constituir un obstáculo letal para muchas prendas de créditos futuros. Sobre ello, *vid.* PANTALEÓN/GREGORACI: *RCP*, núm. 20/2014, pp. 22 y 23.

³⁴ *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Gabriel GARCÍA CANTERO, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doctrina del abuso de derecho. En particular, en el ámbito de la propiedad horizontal.–Tal y como declara la sentencia de la Sala 1.^a de 1 de febrero de 2006 (Recurso de casación núm. 1820/2000) se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, como recuerda la Sentencia de 18 de mayo de 2005, con apoyo en reiterada doctrina jurisprudencial, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, exigiendo su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo).

En materia de propiedad horizontal constituye doctrina de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que «el abuso de derecho, se traduce en el uso de una norma, por parte de la comunidad o de un propietario, con mala fe, en perjuicio de otro u otros copropietarios, sin que por ello se obtenga un beneficio amparado por la norma». (STS de 26 de septiembre de 2012; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En el presente caso se trata de unas obras realizadas por un copropietario de una comunidad de propietarios, integrada por dos únicos copropietarios, sin el consentimiento del otro copropietario y que han afectado a elementos comunes. En concreto, se ejecutaron dos tipos de obras: por un lado, obras realizadas en la cubierta, el muro y forjado en la vivienda; por otro lado, apertura de huecos. La actora solicita en su demanda que la demandada proceda a la supresión y demolición de las mencionadas obras por su cuenta, cargo y riesgo.

En primera instancia se estima parcialmente la demanda, en relación únicamente con la apertura de huecos.

En apelación se revoca la sentencia de primera instancia desestimando así completamente la demanda.

El Alto Tribunal mantiene la sentencia dictada en primera instancia pues considera que es aplicable la doctrina del abuso de derecho a la demanda interpuesta por la actora en relación con las obras realizadas por la demandada en la cubierta, el muro y forjado ya que dichas obras comportan una importantísima mejora en el conjunto del inmueble y no han afectado a la estabilidad del edificio, ni han ocasionado ningún daño o perjuicio a la vivienda de la actora. La restitución al estado originario es, además, casi imposible desde el punto de vista técnico, sin que suponga ningún beneficio al otro condueño, antes al contrario, se vería perjudicado en el supuesto de remoción al estado anterior a la realización de las obras litigiosas. (*B. G. F.*)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor y libertad de expresión. Ponderación entre ambos derechos. Derecho a la réplica.—Es doctrina jurisprudencial la inclusión en la protección del honor prevista en el artículo 18.1 CE el prestigio profesional, si bien se exige que el ataque revista una cierta intensidad para que pueda apreciarse una transgresión de este derecho fundamental (SSTS de 25 de marzo de 1993, 12 de mayo de 1995, 10 de noviembre de 1997 y 29 de febrero de 2012, entre otras). La limitación del derecho al honor por el ejercicio de las libertades de expresión e información también afecta a la modalidad del prestigio profesional. Los posibles conflictos han de resolverse atendiendo a la técnica de la ponderación. En este sentido, el artículo 20.1.a) CE no reconoce un derecho al insulto, luego la protección al derecho al honor prevalecerá frente a la libertad de expresión siempre que se empleen frases ofensivas, sin relación con las ideas y opiniones que se expongan. Sin embargo, la libertad de expresión debe prevalecer cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, cuando se ponen en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en la que se desarrolla esa crítica ven disminuir su significación ofensiva, aumentándose con ello el grado de tolerancia exigible. Así sucede en los contextos de contienda política, pero también en los casos de conflictos laborales, sindicales, deportivos, procesales u otros (SSTS de 9 de septiembre de 1997, 13 de noviembre de 2002 y 23 de febrero de 2006, entre otras). Siguiendo las SSTC de 26 de febrero y 15 de octubre de 2001, el Tri-

bunal Supremo declara que cuando las expresiones son formalmente denigratorias hay que examinar el contexto en el que se producen, dado que la polémica suscitada, el sentido del discurso y su finalidad podrán justificar, en su caso, dichas expresiones, como ejercicio legítimo de la libertad de expresión en su vertiente de derecho a la réplica. (STS de 28 de septiembre de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Juan, decano del Colegio Notarial de Valencia, interpuso demanda de protección de su derecho al honor contra el Colegio Notarial de Madrid y contra Don José, ex decano de este Colegio Notarial. Entiende que las declaraciones anónimas contenidas en la revista editada por el Colegio Notarial de Madrid, dirigida por el demandado, supusieron una intromisión ilegítima en su derecho al honor.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia, en su sentencia de 12 de diciembre de 2008 estimó parcialmente la demanda, declarando que había existido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante al calificar al demandante como bufón, siendo ésta una expresión claramente ofensiva, por innecesaria, insultante y no amparada en el ejercicio de la libertad de expresión e información. La sentencia de 4 de noviembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11.ª, desestima el recurso interpuesto por los demandados.

Contra dicha sentencia los demandados interponen recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo, declarando que en el supuesto en cuestión ha de prevalecer la libertad de expresión frente al derecho al honor. Entiende que si bien los términos empleados en la publicación litigiosa se podrían considerar inadecuados y resultar aisladamente ofensivos, al ser puestos en relación con el contexto en el que se producen, como crítica a actuaciones o comentarios anteriores efectuados por el demandante contra la actividad del demandado, no revisten trascendencia suficiente para concluir que existe una intromisión al derecho al honor del actor, sino que son expresión del enfrentamiento público en el que se acentúa la agresividad verbal y se eleva el tono de la discusión en su deseo de descalificar al adversario (*G.M.A.*)

3. La colisión entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen.—El artículo 20.1 CE recoge el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, y el derecho de comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. El artículo 18 CE reconoce, con igual grado de protección, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos, y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. El derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, atribuyendo a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública, y a impedir

la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien difunde. Sin embargo, el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, y se encuentra sujeto a las limitaciones derivadas de la existencia de otros derechos fundamentales y, en concreto, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. El conflicto entre ambos derechos debe ser resuelto a través de un juicio de ponderación. No obstante, el derecho a la libertad de expresión tiene una posición prevalente por resultar esencial como garantía de la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. La protección de estas libertades alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través de la prensa.

A la hora de valorar el peso que debe tener cada uno de los derechos fundamentales en colisión, hay que tener en cuenta los siguientes criterios. En primer lugar, hay que determinar si la información tiene relevancia pública o interés general, o se refiere a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública. En tales casos, el peso de la libertad de información es más intenso [art. 8.2.a) LO 1/1982]. En segundo lugar, la prevalencia de la libertad de información exige que ésta cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad hay que entender el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aún cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada. En tercer lugar, la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende. No se le puede dar un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, pues la Constitución no reconoce un derecho al insulto. En cuarto lugar, la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, pues respecto de la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de ésta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión. **(STS de 24 de julio de 2012; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El demandante considera que el reportaje «El nazi más buscado huye a Sudamérica», publicado por la revista V, vulnera su derecho a la imagen. La revista lo ilustra con varias fotografías donde aparecía el actor y donde se le relacionaba con el cobro de importantes cantidades de dinero efectuadas por familiares de miembros de las SS alemanas. Se solicita una indemnización por daños y perjuicios, por intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen, y la publicación de la sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que no hubo utilización indebida de la imagen del actor, pues éste ya había autorizado su difusión a un medio público. Una vez autorizada, no tiene sentido prohibir que se difunda ahora por la revista V. Además, los hechos relatados son ciertos y la fotografía fue tomada en un acto público en una localidad donde el actor es un personaje público. La imagen no muestra partes de la vida íntima del actor ni se utiliza su imagen con fines comerciales, sino que la demandada estaba ejerciendo su derecho a la información.

La Audiencia Provincial, en cambio, sí estimó el recurso de apelación planteado por el demandante. Según la Audiencia, en la medida en que se transmiten mensajes en la revista que desmerecen la persona del recurrente, se ha producido una vulneración del derecho al honor a través de la divulgación in consentida de su imagen. La publicación por la revista V constituye una extralimitación porque no cumple la finalidad para la que se cedió la imagen. El actor cedió su imagen al periódico local para su difusión en un ámbito territorial más reducido que el de la revista –de tirada nacional– y para que su obra pictórica fuera conocida por el público, no para que se le relacionase con un médico nazi.

La editora de la revista interpone recurso de casación, alegando, básicamente, que las fotografías publicadas se enmarcan en la excepción que plantea el artículo 8.2 LO 1/1982, en la medida en que estamos ante un personaje público y su imagen fue captada en un lugar abierto al público. El Tribunal Supremo confirma el interés público de la información publicada, en la medida en que se trata de un tema de especial sensibilización en la opinión pública. Además, entiende que debe prevalecer el derecho de información en el presente caso, dada su influencia sobre la opinión pública libre. Por otro lado, el requisito de la veracidad de la información tampoco debe ser cuestionado. Respecto al derecho a la propia imagen, la veracidad es immanente salvo que se manipule la representación gráfica, lo que no se produce en este caso. El reportaje en cuestión se limita a transmitir información veraz sobre sucesos con trascendencia pública. Para que ceda el derecho a la propia imagen frente a la libertad de información, es necesario que: 1) ésta sea veraz; 2) exista un interés público en la captación y difusión de la imagen; 3) que dicho interés, a la vista de las circunstancias concretas, se considere constitucionalmente prevalente respecto del interés del perjudicado. En definitiva, el Tribunal Supremo concluye que en este caso la libertad de información debe prevalecer sobre la propia imagen del demandante.

NOTA.–Existe una abundante jurisprudencia en relación a la colisión de los derechos de intimidad y propia imagen por un lado, y el derecho a la libertad de opinión e información por otro. La prevalencia de uno u otro deberá hacerse después de haber realizado una labor de ponderación (SSTS de 13 de enero de 1999, de 29 de julio de 2005 ó de 21 de julio de 2008, entre otras). La libertad de opinión e información prevalece sobre los derechos del artículo 18 CE, en la medida en que estamos ante una libertad individual y, además, de interés general, puesto que contribuye a formar una opinión pública libre (SSTS de 20 de julio de 2005 y 11 de marzo de 2009). Así será siempre y cuando: 1) la información sea de interés y relevancia pública; 2) no se produzca humillación, o la información sea contraria a la dignidad de las personas; 3) la veracidad de la información –no reciben protección los simples rumores o meras insinuaciones–. No existe un derecho al insulto, pero sí un derecho a la crítica (SSTS de 18 de febrero de 2009 y 17 de junio de 2009). Por otro lado, la veracidad de la información que se da no necesariamente significa total exactitud, sino que requiere el haber utilizado la diligencia precisa para comprobar la exactitud de la

información (STS de 22 de febrero de 2006). Se producirá una intromisión ilegítima al derecho a la intimidad cuando se revelen hechos carentes de interés legítimo para la opinión pública. (S.L.M.)

4. Incapacidad y discapacidad: Enfermedad psíquica: Trastorno bipolar del sujeto: Recurso extraordinario por infracción procesal: Falta de motivación de la sentencia.—La sentencia razona adecuadamente la denegación de la designación de la persona propuesta como tutora por el interesado en previsión de ser declarado incapaz, y ello evaluando los siguientes factores: 1.º) Para el nombramiento de la persona encargada de la tutela, debe primar el interés superior del incapacitado; 2.º) El incapacitado es muy influenciado por personas ajenas, dada su enfermedad; 3.º) Estas mismas razones llevan a evitar el nombramiento de personas que pudieran administrar su importante patrimonio, de forma no conveniente a sus intereses; y 4.º) Todo ello se deriva del enjuiciamiento de la prueba obrante en autos. Por todo ello procede la desestimación del recurso extraordinario por falta de motivación de la sentencia.

Interpretación del artículo 12 del Convenio de la ONU de 2006: Incapacitación parcial respecto a los bienes: Doctrina de la STS de 28 de abril de 2009: no procede la curatela.—El presunto incapacitado, que se defiende por sí mismo, alega en el recurso de casación que según el informe del forense, es capaz de manejar el dinero de bolsillo y algo más, pero que sería recomendable que le supervisasen en este último aspecto, estimando el recurrente que procede constituir una curatela en lugar de una tutela parcial sobre los bienes; invoca el artículo 12 del Convenio de 2006 estimando que a la luz del mismo la curatela es también el mecanismo más idóneo para determinar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

Del artículo 12.1 del Convenio se deduce que, manteniéndose la personalidad, pueden someterse estas personas a un sistema de protección o de apoyo, precisamente para proteger su personalidad. Coincidiendo con este planteamiento, los artículos 215.2 y 287 CC establecen un sistema de protección distinto de la tutela, denominado curatela, que coexiste con la incapacitación parcial. Efectivamente el artículo 760 LEC, que derogó el artículo 210 CC, establece que «la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela a que haya de quedar sometido el incapacitado». En interpretación de dicho artículo, la STS 282/2009, de 28 de abril declaró que: *En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesitan asistencia para actividades cotidianas, pero no requieren para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua STS de 5 marzo 1947 donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no sólo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación posterior a la CE de 1978. De este modo puede afirmarse*

que la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad».

Esta tendencia interpretativa queda incorporada a la doctrina constitucional en la STC 174/2002, de 9 de octubre, que dice: *La incapacidad total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable.*

De acuerdo con esta doctrina debe concluirse que la decisión de incapacitar de forma limitada al recurrente únicamente en lo relativo a la disposición de sus bienes, sometiéndole a tutela únicamente en este aspecto, se ajusta a las normas vigentes en España, porque: 1.º) Se ha constatado que el recurrente está afectado por una enfermedad psíquica; 2.º) Que esta enfermedad impide al sujeto gobernarse por sí mismo, en el sentido de la STS 781/2004, de 14 de julio, que entiende que *el autogobierno se concibe como la idoneidad de las personas para administrar sus intereses.* En el presente caso se ha probado que la enfermedad que padece el sujeto le afecta en el aspecto patrimonial para todo tipo de transacciones y operaciones económicas, que llevan a declarar *la incapacidad total para la administración y disposición de sus bienes*, y que sólo es capaz de manejar dinero de bolsillo. Y 3.º) teniendo en cuenta el importante patrimonio mobiliario del sujeto, consistente precisamente en depósitos bancarios, inversiones mobiliarias y otras del mismo tipo, está plenamente justificado el sometimiento a tutela parcial, limitada exclusivamente a disposición y manejo de su patrimonio, sin que afecte a otros aspectos personales.

Autotutela: interpretación del artículo 234-1.º CC.—Además de rechazar la pretendida vulneración de la dignidad de la persona por inaplicación de la Convención de 2006, dado que la mencionada STS de 2009 declaró que la incapacidad es sólo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y que no vulnera la dignidad de la persona, se examinan y resuelven las siguientes cuestiones:

1.^a La previsión de designación de tutor por parte del mismo interesado para el caso de que el mismo debiera ser sometido a un procedimiento de protección de este tipo, no aparece establecida en la Convención de 2006.

2.^a En la llamada *autotutela* el artículo 223.2 CC establece que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, «en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor»; consecuencia de ello el artículo 234.1 C establece un orden de prelación en el que el primer lugar resulta preferido para el nombramiento de tutor, el designado por el propio tutelado, de acuerdo, con el artículo 223.2 Cc. Se adopta así la llamada *autotutela* que concuerda con el Código civil catalán.

3.^a Sin embargo, el propio artículo 234.2 CC establece que «excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas si el beneficio [...] del incapacitado así lo exigiere». De todo ello se concluye que en los ordenamientos que han previsto la delación voluntaria de la tutela, el Juez no está vinculada por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección. En cualquier caso, debe efectuarse en resolución motivada.

Esta circunstancia concurre en el presente procedimiento (**STS de 17 de julio de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En el primer Fundamento de Derecho se contiene el siguiente *resumen de los hechos probados*:

1.º) Como consecuencia de las denuncias efectuadas el 25 de febrero de 2010 por los responsables de la agencia bancaria donde D. Obdulio tenía sus depósitos, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Gijón abrió unas diligencias previas. El objeto de las denuncias fue que D. Obdulio había estado sacando cantidades importantes de dinero de su cuenta, ingresándolas en otra cuenta a nombre suyo y de Purificación, que le acompañaba en estos actos. Estas diligencias fueron sobreseídas.

2.º) El 19 de febrero de 2010, seis días antes de la presentación de la denuncia, D. Obdulio había otorgado un poder general en favor de D.ª Purificación. Después de la denuncia y antes de la presentación de la demanda de incapacitación por el Ministerio Fiscal, el 5 de marzo de 2010, D. Obdulio otorgó una escritura pública en la que para el caso de que fuera necesario organizar una tutela respecto de sí mismo según lo establecido en el artículo 223 CC, disponía que fuera designada tutora D.ª Purificación.

3.º) D. Obdulio está afectado por un trastorno bipolar sujeto a tratamiento; dicha alteración es crónica y persistente y precisa supervisión para el cuidado de sus bienes, de modo que sólo es capaz de manejar el dinero de bolsillo, al tener afectada el área de cálculo. D.ª Purificación asiste al Sr. Obdulio, con quien no tiene ningún tipo de parentesco.

4.º) Con fecha 11 de mayo de 2010, y a consecuencia de la denuncia presentada por la entidad bancaria, el MF formuló demanda promoviendo la declaración de incapacidad de D. Obdulio. El demandado se opuso.

5.º) La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Gijón, de 21 de julio de 2010, declaró la incapacidad parcial de D. Obdulio para la disposición y administración de sus bienes, sujeto a la tutela de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. Argumentó en resumen lo siguiente: (i) la declaración de incapacidad debe afectar exclusivamente el cuidado y la administración de los bienes; (ii) debe nombrarse tutor a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias; (iii) no procede nombrar tutora a D.ª Purificación, dado el importante patrimonio de D. Obdulio, las actitudes de la citada señora en las visitas en que acompañó a D. Obdulio a la entidad bancaria, retirando importantes sumas de dinero, que ha colocado en una cuenta conjunta con la citada cuidadora, a quien se ha otorgado un poder general y se la ha contratado como empleada del hogar, de lo que se deduce que *existe en D.ª Purificación un interés distinto del mero cuidado y atención personal del demandado, debido al trastorno que padece D. Obdulio, y la cuantía de su patrimonio, procediendo, para proteger su interés, designar a la Administración pública tutora del mismo.*

6.º) Apeló D. Obdulio y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sec. 7 con sede en Gijón, de 29 de marzo de 2011 desestimó el recurso. Entendiendo esta sentencia: (i) que ha quedado acreditado el trastorno que sufre, apreciando la prueba practicada, un nuevo examen y analizando el visionado de la grabación de la vista; (ii) desde el punto de vista económico o patrimonial, son evidentes las dificultades señaladas por el perito en cuanto a los severos límites de cálculo que padece D. Obdulio, a lo que se viene a unir su forma de ser, sin parientes y viviendo solo, lo que posibilita fáciles manipulaciones por terceros, datos determinantes a la hora de no plantear excesivas dudas sobre la necesidad de someterlo a vigilancia en este terreno económico, no así en lo personal, en el que presenta cierta autonomía; (iii) entiende que el Sr. Obdulio es hábil para gobernarse a sí mismo en el terreno personal, *pero no así en el patrimonial en todas las esferas y para todo tipo de operaciones y transacciones económicas por lo que la incapacidad total para la administración y disposición de sus bienes deviene inevitable, por lo que se hace necesario someterlo a vigilancia en este terreno económico;* y (iv) por lo que respecta al tutor, entiende que debe nombrarse a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, porque *debe primar el interés superior del incapacitado, procurando designar a la persona más idónea, para salvaguardar sus bienes de la posible influencia de terceras personas ajenas con intereses espurios, que podrían administrar su patrimonio de forma no conveniente a sus intereses y en su claro perjuicio, razones que avocan ratificar la decisión de instancia en orden a la designación de tutor.*

NOTA.—Sorprende la rapidez de resolución firme del pleito, de algún modo poco frecuente en la reciente praxis de la Sala 1.ª, dado que entre la demanda de incapacitación instada por el Ministerio Fiscal y la sentencia firme del Tribunal Supremo, transcurren sólo dos años, dos meses y seis días. Dada la materia objeto del recurso hay que congratularse del especial esfuerzo que, sin duda, ha hecho la Sala para lograrlo y felicitarla por ello. Entrando en el fondo, esta sentencia viene a completar la doctrina establecida inicialmente por la STS de 29 de abril de 2009, luego ratificada por otras, estableciendo un *corpus* que ha venido a suplir la omisión del Legislativo al dejar sin desarrollo el ya famoso artículo 12 del Convenio de 2006, siguiendo la orientación interpretativa mayoritariamente civilista frente a una persistente doctrina que suele calificarse de «social» [Últimamente, 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*, ADC, 2013, pp. 59 ss. cuya postura personalmente no comparto]. En el presente caso, la contraposición radica, de forma emblemática, entre la curatela solicitada por el propio enfermo y la plena incapacidad patrimonial que uniformemente han venido a decidir los tribunales de instancia y la Sala 1.ª del Tribunal Supremo (siendo, en ambas decisiones, idéntica la Magistrada Ponente).

Tampoco es frecuente que concurra una especial colaboración entre las entidades bancarias y los Tribunales a la hora de denunciar aparentes abusos cometidos sobre mayores con características de

personas dependientes. Por otro lado, cuando existe una persona acaudalada que vive sola, y carece de parientes, es lógico que busque persona de confianza que le ayude en la gestión de su patrimonio. La sentencia nada dice de la personalidad de D.^a Purificación, ni de la concreta ayuda por ella buscada; omite la edad, profesión, estado civil etc. de la mujer que entró a su servicio; sólo que parecía contar con la confianza del enfermo, pero que, sin embargo, ha suscitado graves sospechas en las oficinas bancarias y ante los tribunales (¿resucita en la realidad el antiguo *tutor suspectus*, otrora tan denostado? o ¿habrá que perseguir al moderno *caza-indiano*, que acaso actúe oculto en modestas agencias de colocación de personal doméstico?). Con todo conviene no olvidar la fuerza de convicción que tuvieron las pruebas aportadas, y que la descalificación que hace el Tribunal Supremo de una concreta forma de autotutela se hace a título *excepcional*. La tozuda realidad, a veces cruel, supera con creces bienintencionados idealismos (G.G.C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

5. Compraventa de acciones: Resolución por incumplimiento: Presunciones judiciales: Pacto contractual de no concurrencia.—A diferencia del artículo 2727 CC. it. 1942, y del artículo 349 CC. port. 1966, el artículo 386.1 de nuestra LEC 2000 se limita a declarar que a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La STS de 19 de abril de 2002 dice que si bien las presunciones forman parte de la actividad intelectual probatoria, operando en la fase de la fijación de los hechos, la LEC no regula un medio de prueba, sino un método de razonamiento para la obtención de la convicción sobre hechos controvertidos en el litigio. La Exposición de Motivos de esta ley la califica de método de fijar la certeza de ciertos hechos. Y la STS de 7 de noviembre de 2002 afirma que las presunciones judiciales constituyen una actividad intelectual que exige partir de una proposición o dato conocido para sentar otra proposición o dato desconocido. En consecuencia el artículo 386 LEC ha sido interpretado en el sentido de que permite tener por demostrado un hecho que no ha sido acreditado por prueba directa o, en concurrencia con ella, a partir de uno o varios hechos probados, cuando exista un nexo lógico entre éstos y aquél que se trata de demostrar, pero no obliga al Juez a acudir a las presunciones, por lo que su control por vía del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del artículo 469.1.4.º LEC exige que el juzgador haya hecho uso de ellas y que la inferencia no se ajuste a las reglas de la lógica, sin que sea suficiente que la apreciación del Tribunal de instancia no sea unívoca o sea dudosa (SSTS de 19 de abril de 2002, y 19 y 22 de febrero y 21 de diciembre de 2007).

Valoración de la prueba testifical.—El artículo 376 LEC 2000, igual que en la derogada, no permite en el recurso extraordinario de infracción procesal la revisión de la valoración de la prueba testifical, salvo cuando sea irrazonable o incurra en arbitrariedad o error patente. La tacha de un testigo, no le convierte en inidóneo ni impide al Tribunal poder tener en cuenta su testimonio, y, en sentido inverso, puede no hacerlo, aunque no se admita la recusa-

ción o tacha. La sentencia recurrida, de forma expresa rechaza la «descalificación indiscriminada» de todos los testigos, dado el resultado adverso para la recurrente de la testifical.

Se rechaza la reinterpretación del contrato.—La recurrente al amparo de los artículos 1091 y 1124 CC pretende una reinterpretación del contrato, con olvido de que nuestro ordenamiento procesal articula un sistema de doble instancia, por virtud del cual las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en apelación agotan en el orden civil las instancias, lo que, a salvo de supuestos excepcionales que aquí no concurren, no permite revisar la interpretación del contrato, ya que otra cosa supondría convertir la casación en una tercera instancia, alejada de la finalidad que la norma asigna al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en el orden civil, como recoge el preámbulo del acuerdo de esta Sala sobre criterios de admisión de 30 de diciembre de 2011, en la unificación de la aplicación de la ley civil y mercantil.

Incumplimiento resolutorio: Doctrina jurisprudencial: Entrega de avales como obligación accesoria.—Esta Sala ha declarado de manera reiterada que para que pueda entrar en juego la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas se exige la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, prescindiendo de la «voluntad deliberadamente rebelde» exigida en etapas anteriores, lo que se ajusta a la criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de Viena de 1980. También apuntan en este sentido, aunque no constituyan Derecho positivo, el artículo 9:301.1 de los Principios de Derecho Europeo de contratos, según el cual «una parte puede resolver un contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte», siendo esencial —a tenor del artículo 8:103b)— «cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado»; y el artículo 1199 de la propuesta de anteproyecto de la ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación, según el cual «cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida a su finalidad, haya de considerarse como esencial» (en este sentido la STS de 16 mayo de 2012 y las en ella citadas). La sentencia recurrida califica la obligación de entrega de los avales como incumplimiento de «una obligación accesoria» y la de primera instancia, en términos no contradichos por la de apelación, que el incumplimiento de la obligación de garantía «en absoluto frustra la pretensión de la parte», lo que se ratifica por el hecho de que su cumplimiento «parece no haber sido exigido en ningún momento dado que debía haberse cumplido a la firma del contrato y los compradores pagaron y dieron instrumentos de pago sin exigir dicha entrega», o, dicho de otro modo, la actuación de la propia demandante pone de relieve que la obligación accesoria, además, no era esencial.

Doctrina de los actos propios.—La clásica regla *venire contra factum proprium non valet*, constituye una manifestación del principio de buena fe que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuar cuando se han creado en un tercero unas expectativas razonables, de tal forma que impide un posterior comportamiento contradictorio. Para la aplicación de dicha regla es preciso que concurren: 1) una conducta jurídicamente relevante previa y consciente en sus consecuencias; 2) que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; y 3) que las expectativas

defraudadas por la actuación posterior sean razonables (SSTS de 2 de mayo y 18 de octubre de 2011, y 8 de mayo de 2012). En el presente caso no procede aplicarla dado que se basa en una errónea valoración de la prueba sobre la ejecución por uno de los actores de actos prohibidos por el contrato, en manifestaciones vertidas en un procedimiento laboral en el que el Juez que conocía del mismo las tuvo por no probadas. **(STS de 5 de septiembre de 2012;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.] (G.G.C.)

6. Compraventa de vivienda: Inhabilidad del objeto: Falta de retranqueo: Demolición parcial administrativa: Cumplimiento por equivalencia.—La parte actora junto con la restitución de la cantidad entregada, solicitó la pertinente indemnización de daños y perjuicios, concretada en un importe similar al que precisaría para adquirir una vivienda de las mismas características, más los gastos de cancelación anticipada del préstamo hipotecario sobre la nueva vivienda. Sin embargo, en la sentencia recurrida se enfocan dichas partidas como gasto innecesario y no derivado de la resolución contractual, entendiéndose que basta con volver a la situación originaria de restitución de prestaciones, más las cantidades que la demandada reconoce y no impugna. Igualmente se rechaza en la sentencia recurrida el valor de tasación de una vivienda de análogas características a la en su día adquirida y cuyo contrato se resuelve pues las fluctuaciones del mercado no han de incidir en el marco contractual.

Este Tribunal debe manifestar que al amparo de los artículos 1124, 1101 y 1106 CC, invocados en el recurso y, en su día, en la demanda, se han de valorar la totalidad de los perjuicios padecidos con el fin de alcanzar una reparación integral, incluyéndose el importe y los gastos derivados del negocio de sustitución o *compraventa de remplazo* (STS de 14 de mayo de 2003), pues lo interesado por la parte recurrente, antes actora, es un cumplimiento por equivalencia, y optar por otra solución es primar el incumplimiento, pues en este caso el vendedor recuperaría el inmueble devolviendo el importe inicialmente pactado, y pudiendo obtener en el mercado un precio mayor, con lo que obtendría un enriquecimiento injusto, de forma que la resolución contractual acabaría otorgando al infractor una situación de privilegio que acarrea el empobrecimiento del perjudicado, quien con el importe obtenido no lograría una reparación efectiva, hasta el punto que como alega le habría resultado más rentable que la Audiencia Provincial hubiese acordado la desestimación de la demanda.

Valor para determinar el importe del cumplimiento por equivalencia.—Según la STS de 10 de marzo de 2009 tal valor es el que se deduce de su naturaleza, el correspondiente al momento en que debió producir el cumplimiento por equivalente (*aestimatio rei*). Ahora bien, el principio de pleno resarcimiento de los perjuicios causados —ligado a la aplicación del artículo 1101 CC, es decir a la concurrencia de algún género de dolo o culpa por el deudor en el incumplimiento, como es el caso—, exige que para determinar los perjuicios sufridos por la imposibilidad de adjudicarse los inmuebles en las condiciones pactadas se tengan en cuenta, entre otros posibles factores, los cambios de valor producidos hasta la fecha en que se satisfaga la indemnización. En el caso examinado, el incumplimiento lleva un retraso en el abono del equivalente económico con respecto del momento en que debió ser cumplida, y con ello un mayor costo del negocio de reemplazo necesario para la restitución del acreedor a la situación equivalente a la que hubiera obtenido mediante el cumplimiento *in natura*, el cual entra en los perjuicios indemni-

zables, para lo cual es necesario incrementar la cuantía ajustándola al cálculo que resulte del valor económico que tenga el negocio en el momento de fijarla. Propiamente no puede decirse que estemos en presencia de una deuda de valor, sino de una ejecución por reemplazo de la obligación subsistente (*perpetuatio obligationis*) y del abono de los perjuicios derivados del retraso en su cumplimiento, cifrados en la cuantía que supone la actualización de los costos económicos de la operación.

Fijación del *quantum*.—Ciertamente la fijación de la indemnización es una cuestión que queda a criterio de la sentencia recurrida, o tribunal de instancia, pero la concreción de los conceptos y bases en las que se funda, pueden ser objeto de examen casacional (STS de 10 de marzo de 2009). El restablecimiento al estado inicial como principio ideal acarrea que el perjudicado debe ser indemnizado «de forma total», tanto en el daño material como en el moral, tanto en el daño emergente como el lucro cesante (STS de 22 de febrero de 1982); es decir, el perjudicado debe ser restituido a la situación anterior a la producción del hecho que dio lugar al daño.

No ha lugar a devolver los frutos percibidos por el comprador.—El vendedor alegó que debió acordarse la devolución de frutos por el comprador, es decir el precio de un hipotético canon arrendaticio por el uso de la vivienda, pero ello no es de recibo dado que el comprador ha estado sometido a un disfrute no pacífico de la vivienda, derivado de la ilegalidad urbanística provocada por la vendedora y por la compensación que se produce por la mayor superficie edificada que se devuelve, y que no fue tasada por el perito de la actora (art. 1124 CC).

Este Tribunal asumiendo la instancia condena a la parte demandada, en los mismos términos que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, al pago de 347.063 euros en concepto de principal, en concepto de restitución, y por los gastos de adquisición y de cancelación de la antigua hipoteca, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, manteniendo los demás acuerdos de la sentencia del Juzgado (**STS de 18 de julio de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La diferencia fundamental entre las sentencias de primera y segunda instancia radica en que la segunda fija el *quantum* indemnizatorio teniendo en cuenta el precio de compra de la vivienda inicialmente adquirida, mientras que el Tribunal Supremo, coincidiendo con el Juzgado de Primera Instancia, toman como punto de referencia el precio de adquisición de una nueva vivienda de análogas características en momento posterior. Los hechos discurren entre 1999 (fecha inicial de compra del piso) y 2005 (interposición de la demanda por incumplimiento). (*G.G.C.*)

7. Compraventa de vivienda por construir, sobre plano y precio cierto: Resolución por incumplimiento.—La actora había suscrito un documento denominado «reserva de vivienda», el 25 de julio de 2003, con la promotora Indelgestión, haciendo constar que entregaba 3000 euros «en concepto de señal», sobre la venta de la vivienda núm. 1-2D, más trastero y plaza de garaje, de futura construcción con determinada localización, de aproximadamente 71 metros cuadrados, siendo 102.172 euros el precio, más IVA, y se fijaba fecha para firmar el documento privado de compraventa. Por dificultades urbanísticas se modificó el proyecto, por lo que no pudo construirse la

vivienda contratada; a requerimiento de la compradora la promotora ofreció el cambio a elegir entre dos opciones de parecidas características, el piso Ñ con un costo de 114.489 euros, o bien el piso Q, con un costo superior a los 180.000 euros; ambas opciones fueron rechazadas por la compradora que insistió en el cumplimiento exacto del compromiso. La compradora demandó a la promotora pidiendo: a) que se condenara a la entrega de la vivienda descrita en el contrato; b) si ello no fuera posible, se condene «bien a entregar a esta parte la vivienda que sustituye en la nueva promoción a la adquirida, en este caso la letra Q de la segunda planta con la atemperación o disminución del precio ofertado o en todo caso a pagar a esta parte la diferencia entre el precio de compra de la vivienda que se señala en el contrato, al que en la fecha en que esa imposibilidad se constate corresponde a otro de las mismas características, edificado en la nueva promoción».

La promotora demandada alegó que no se trataba de un contrato de compraventa, ya que se habían pactado unas arras de desistimiento y que no hubo consentimiento.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vera en sentencia de 9 de marzo de 2007 estimó sustancialmente la demanda, con los siguientes razonamientos: a) el contrato celebrado no era una compraventa, pero generó obligaciones entre las partes; b) de lo allí establecido se deduce que la demandada se comprometió a reservar dicha vivienda sin ofrecerla a otro comprador, para que la actora pudiera comprarla, señalándose el periodo de venta e ingresando una cantidad; c) no puede entenderse justificado el incumplimiento por las razones administrativas alegadas, porque las limitaciones impuestas por el Ayuntamiento son ajenas a la compradora y podían haberse previsto por la promotora, «quien no debió asumir compromisos con terceros sin tener la certeza de poder proceder a su cumplimiento»; d) Al ser imposible el cumplimiento en forma específica, debía procederse a la indemnización de los daños y perjuicios y al no existir en los autos datos sobre el valor que pueda tener una vivienda de las mismas características que la que se quería comprar «se estima adecuado señalar el interés legal del dinero que se hubiese entregado a cambio de la vivienda, que es el valor de la misma para las partes, desde el momento en que se suscribió el pacto incumplido hasta la fecha de la interposición de la demanda, es decir 7.333.38 euros, debiéndose proceder a la devolución de los 3000 euros.

Apelaron ambas litigantes y la sentencia de 25 de abril de 2008 de la Audiencia Provincial de Almería, sec. 3.^a, desestimó ambos recursos. Los argumentos utilizados son los siguientes: a) La obligación de entrega de la vivienda era de imposible cumplimiento, porque fue vendida a tercero, y la propia actora reconoce la imposibilidad de cumplimiento de su primera petición, en cuanto que no existe tal vivienda; b) Es sin duda un verdadero contrato de compraventa de vivienda sobre plano, o de cosa futura, con precio cierto, medidas de superficie y modo de pago, que sin embargo no pudo consumarse en tanto que fue imposible la entrega de la vivienda pactada al no existir tras cambio de proyecto por exigencias urbanísticas y otros intereses privados de la promotora, resolviéndose el mismo y ofertando la demandada la entrega de parte del precio pactado más intereses legales; c) se trata de una resolución contractual conforme al artículo 1124 CC, de modo que debe devolverse el objeto del contrato, que nunca fue entregado, y del precio con sus intereses, en este caso, la señal dada, y ello aunque no fuese solicitado específicamente por la actora; d) no concurriendo razón objetiva alguna que impidiera a la actora fijar con exactitud el importe de la indemnización pretendida y articular en la

instancia los medios de prueba conducentes a su acreditación o cuantificación, aunque los conociera; e) el hecho de que la vendedora hubiera variado la ubicación de la vivienda acordada se estima como incumplimiento del contrato, dando paso a la acción alternativa que autoriza la restitución de la prestación y el resarcimiento de daños y perjuicios.

La compradora presenta recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, desestimándose el primero y estimándose en parte el segundo.

No hay incongruencia, ni falta de motivación, ni incongruencia omisiva, ni la prohibición de las condenas con reserva de liquidación.—Se confunden en general los aspectos procesales con los sustantivos. La congruencia solo exige una respuesta judicial motivada a las pretensiones suscitadas como objeto del proceso. Pero el recurso pretende que hay un error en la valoración de la prueba y que, en consecuencia, no acierta a identificar la relación jurídica contractual entre las partes, lo que es objeto de casación. No cabe confundir el deber de motivación con una argumentación extensa ni con una respuesta pormenorizada; es reiterada la jurisprudencia según la cual sólo una motivación que por arbitraria, deviniere inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 CE. Sobre la incongruencia omisiva debe recordarse que una cosa es la incongruencia, por eludir resolver una pretensión debatida, que el hecho de que dicha pretensión reciba una respuesta desestimatoria, que es lo que verdaderamente ocurrió. Por último, la infracción del artículo 219 LEC, que prohíbe las condenas con reserva de liquidación, sólo resultaría posible si lo pedido hubiera sido una indemnización de daños y perjuicios, aspecto que el propio recurrente niega pues su tesis es que formuló una pretensión principal y dos subsidiarias, ninguna de las cuales tenían dicha naturaleza, sino la de una prestación sustitutiva de la imposibilidad de cumplimiento en forma específica.

Naturaleza del contrato de entrega de apartamento a construir como compraventa de cosa futura.—El contrato otorgado entre la promotora y la recurrente debe ser calificado como compraventa de cosa futura, que es aquel contrato por el que una de las partes se obliga, a cambio de un precio en dinero o signo que lo represente, a entregar una vivienda o local en proyecto o en construcción, una vez terminada. Constituye una modalidad característica de la compraventa de cosa futura, al menos como regla general (así en SSTs de 17 de febrero de 1967, 3 de junio 1970, 28 de noviembre de 1973, 1 de julio de 1992, 18 de febrero de 2010 y 30 de marzo de 2012, entre otras). Es un contrato complejo que requiere que la cosa futura no sea imposible en cuanto a su existencia, calificado dentro del tipo *emptio rei speratae*, es decir como un contrato conmutativo, a diferencia de la *emptio spei* que es aleatorio, por lo cual presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar (STS de 30 de octubre de 1989). La STS de 1 de julio de 1992 dice que no se trata de una inexistencia total, a modo de venta de esperanza, sino de la concurrencia de una futuridad prevista, sin condicionalidades convenidas expresamente, pendiente únicamente de su consolidación mediante la efectiva y materializada función constructiva; lo que presupone en el vendedor la obligación de hacer entrega al comprador de lo enajenado, una vez alcance realidad exterior, con el deber de desplegar las actividades necesarias para que dicha existencia se produzca y así dar cumplimiento cabal y preciso al negocio en el que se obligó —por lo cual no reviste naturaleza precontractual (STS 17 de junio de 1986)— ya que

el comprador adquirió el local en función de su terminación, pues expresamente se pactó que el resto del precio, aún debitado, sería efectivo a la entrega del local de referencia. En aplicación de la doctrina anterior se llega a la conclusión de que el contrato celebrado entre la recurrente y la promotora constituye una c.v. de cosa futura consistente en el piso identificado con el número 1-2D, tal como acertadamente entendió la sentencia recurrida.

Cumplimiento por equivalente.—La compradora solicitó el cumplimiento mediante la entrega de un piso igual al que había contratado en cuanto a la superficie y al precio y para el caso de que ello no fuera posible, la prestación sustitutoria, consistente en la diferencia entre el precio que debería haber pagado caso que se hubiera entregado la vivienda contratada, y el que costaría un piso de las mismas características de aquel que compró y que estuviera edificado en la nueva promoción. Lo pedido no fue una indemnización, sino el equivalente caso de que fuera imposible el cumplimiento exacto.

Esta correcta petición no fue atendida por los tribunales en las sentencias de instancia dictadas en este litigio, al resultar imposible el cumplimiento específico por haber sido vendidos a terceros los pisos de las mismas o parecidas características de aquella promoción. En estas circunstancias, debería haberse aceptado la petición alternativa por incumplimiento de contrato, formulada en la demanda, que no consiste en una indemnización por los daños y perjuicios, sino en una prestación sustitutoria, que suple la de entrega de la cosa. No es posible la aplicación del artículo 219 LEC para excluir este tipo de condena, porque los elementos de la petición están perfectamente identificados: la diferencia entre el precio acordado, 102.172 euros, más IVA, y el precio que en el momento de la petición de cumplimiento del contrato tenía un piso de las mismas características en la misma promoción. (STS de 19 de julio de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G.G.C.)

8. Compraventa de inmuebles: Resolución a instancia de los compradores por incumplimiento del vendedor: Falta de entrega de la licencia de primera ocupación: Doctrina jurisprudencial: Sentencia del Pleno de 12 de marzo de 2009: Prueba.—En relación con el contenido de la obligación de entrega de la cosa vendida cuando se trata de venta de inmuebles destinados a vivienda, la STS de 3 noviembre 1999 ha declarado que la denominada licencia de primera ocupación o de primera utilización no tiene más finalidad que la de contrastar que se han respetado en la realidad la licencia de construcción, o sea comprobar si se han cumplido o no las condiciones establecidas en esta licencia de construcción y si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede habilitarse al uso a que se le destina. Se trata de un compromiso asumido por el constructor-vendedor con la Administración, del que sólo se libera mediante la ejecución fiel y cumplida de la obra, caso en que la Administración, según declara la Sala 3.^a TS, está obligada a expedir la licencia de primera ocupación, que no es discrecional, sino una actividad reglada que no se suple por el transcurso del tiempo (SSTS, Sala 3.^a, sec. 5.^a, de 18 de julio de 1997, 1 de junio, 23 de junio, 20 de octubre y 14 de diciembre de 1998). Puesto que quien construye para vender no puede desconocer este deber, a él incumbe cumplir el deber administrativo —ajeno, en principio, a la parte compradora—, de gestionar la licencia de primera ocupación y de cumplir así la obligación nacida del contrato de compraventa de entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto. Pero ello no significa que siempre tenga un carácter esencial, de modo que su incumplimiento permita en todo caso ejer-

citar la pretensión resolutoria. Es preciso determinar en cada supuesto si el incumplimiento de esta obligación tiene o no carácter esencial.

(i) en primer lugar resulta concluyente lo que las partes hayan pactado, pues si la entrega de la cédula se convino con carácter de obligación esencial del vendedor, es obvio que su incumplimiento puede dar lugar a la resolución;

(ii) si la entrega de la cédula no se convino expresamente con tal carácter no puede emitirse un juicio definitivo aplicando en abstracto las reglas generales, sino que deben examinarse las concretas circunstancias; la entrega debe considerarse obligación accesoria cuando la falta de concesión responde sólo a la sobrecarga o retraso de la Administración concedente, y no a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos exigidos para su otorgamiento. Es así necesario que la falta de licencia no resulte impedimento sustancial para el uso del inmueble (habitabilidad) y el acceso a sus suministros dentro del plazo exigible para su entrega. En esta línea se sitúa la Ley del Suelo andaluz, y aparentemente las resoluciones del DGRN de 9, 12, 20 y 22 de diciembre de 2008, interpretando el TRLS de 2008, aunque surgen dudas interpretativas al respecto.

La Sala 1.º del Tribunal Supremo, en Pleno, en sentencia de 12 de marzo de 2009, con ánimo de sentar una doctrina general, considera oportuno fijar los siguientes criterios:

(i) La falta de cumplimiento del deber de obtención de la licencia de primera ocupación por parte del promotor-vendedor no tiene, en principio, carácter esencial, salvo si se ha pactado como tal en el contrato o lleva consigo un incumplimiento esencial de la obligación de entrega del inmueble, según las condiciones pactadas en el contrato.

(ii) Debe valorarse como esencial la falta de obtención de licencia de primera ocupación en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en este caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente.

(iii) De conformidad con las reglas sobre distribución de la carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria, corresponde a la parte vendedora—obligada en calidad de agente de la edificación, a obtener la licencia de primera edificación—probar el carácter meramente accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, demostrando que el retraso en su obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.

Aplicando esta doctrina al caso del recurso resulta lo siguiente:

Tras cumplirse el segundo y último de los plazos estipulados para la entrega (31 de octubre de 2005) las obras no se encontraban finalizadas y por ello los inmuebles no podían ser objeto de entrega en la forma que se había pactado, al faltar el certificado final de obra expedido por la dirección facultativa, que las partes había configurado como requisito para entender finalizada la obra y en condiciones aptas para ser entregada. Sin embargo, el referido certificado se expidió el 8 de noviembre de 2005, esto es poco más de una semana después. Esta pequeña demora, aunque susceptible de ser indemnizada, no resulta suficiente para permitir a la compradora desistir válidamente del contrato, dado que en un tiempo tan escaso no parece lógico que hayan podido quebrar sus expectativas contractuales, habida cuenta de que el plazo no se estableció en el

contrato como esencial; un indicio es el hecho de que la parte, después de expresar su voluntad resolutoria procedió a centrar su negativa a escriturar en otros incumplimientos que nada tienen que ver con dicho plazo, como la falta del certificado de final de obra y de licencia de primera ocupación.

Pero si el pequeño retraso en la conclusión de la obra no amparaba la resolución, esta sí encuentra justificación en el incumplimiento de la obligación de entregar la licencia de primera ocupación, la cual, a falta de pacto, su valoración como esencial debe resultar de las circunstancias concurrentes. La promotora, que solicitó la licencia de primera ocupación de los edificios en que se encontraban integrados la vivienda y el garaje objeto de la venta, dos días después de que la compradora formulara requerimiento resolutorio, no ha demostrado que la falta de licencia obedezca a una simple demora y no a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos, es decir, no ha demostrado que no existan obstáculos para su obtención. Esta tesis justifica la resolución contractual en el entendimiento de que no puede ser obligada a escriturar y a cumplir con su parte del contrato cuando subsiste la incertidumbre de si la promotora va a poder cumplir en un plazo razonable, siquiera tardíamente, con su obligación de entregar la referida licencia de primera ocupación, al no haber logrado, como le incumbía, disipar las dudas sobre la existencia de posibles impedimentos legales para su otorgamiento. **(STS de 10 de septiembre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G.G.C.)

9. Reversión de donaciones.—El mecanismo de la reversión de donaciones se encuentra regulado en el artículo 812 CC. Producido el acontecimiento reversional (fallecimiento del donatario sin posteridad), la eficacia de la donación se extingue y concluye con efectos *ex nunc*, es decir, desde el momento del fallecimiento del donatario, con la caducidad de los actos dispositivos de éste. En estos casos, los bienes donados vuelven a las manos del donante en el estado en que se hallen jurídica y materialmente. De esta forma, la reversión da lugar inevitablemente a un procedimiento paralelo de liquidación posesoria, que comprende tanto las reglas de accesión, como las del derecho a las impensas realizadas.

Las mejoras introducidas en el bien donado por la actividad de los cónyuges.—La plusvalía o aumento de valor que experimente el objeto donado como consecuencia de la actividad de cualquiera de los cónyuges, implicará un derecho de crédito a favor de la sociedad legal de gananciales por el importe del aumento de valor experimentado al tiempo de producirse el efecto reversional. No obstante, el artículo 1359.II CC no contempla ninguna presunción *iuris et de iure* o *iuris tantum* a favor de la ganancialidad del plusvalor experimentado, sino que éste debe probarse por quien lo alegue. La mejora no cambia la calificación privativa del bien, ni la condición de los posibles beneficiarios de dicha mejora, ya sean éstos los propios cónyuges o ascendientes donantes del bien, ya los herederos del cónyuge donatario fallecido. El fundamento de la ganancialidad del incremento del valor experimentado por la actividad de los cónyuges, cuando quede acreditado, se encuentra en los criterios de ganancialidad dispuestos en el artículo 1347.1.º CC. **(STS de 25 de septiembre de 2012; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—A contrajo matrimonio con B el 19 de mayo de 2001, que falleció sin descendencia el 17 de enero de 2008. El 21 de noviembre de 2000, C y D otorgaron escritura de donación pura y simple de una farmacia a favor de su hijo B, valorando el

inmueble en 10 millones de pesetas y el establecimiento en 90 millones, de los cuales 80 millones correspondían al fondo de comercio y 10 al mobiliario, instalaciones y útiles. La donación se consideró expresamente como mejora, sin obligación de colacionar. Simultáneamente, el 21 de enero de 2000, ambas partes suscribieron un documento privado por el que B, en compensación a la dispensa de colación efectuada en la escritura pública, se obligaba a abonar a sus padres 50 millones de pesetas, a razón de diez entregas anuales de cinco millones cada una, la primera de ellas el 31 de diciembre de 2001. Tras el fallecimiento de B, sus padres, conforme al artículo 812 CC, otorgaron escritura de reversión de la farmacia a su favor el 4 de abril de 2008.

El Juzgado de Primera Instancia confirmó el derecho de reversión y reconoció un derecho de crédito a la sociedad de gananciales frente a los donantes por el importe ya pagado en compensación de la dispensa de colación de la farmacia, así como por el importe de las existencias adquiridas y de los gastos e inversiones en concepto de nuevas instalaciones que se realizaron. El importe de ese crédito se concretó en un 25% de la diferencia de su valor existente en la actualidad. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso presentado por A, en el sentido de considerar como crédito de la sociedad de gananciales el 100% de la diferencia de valor apreciada en el fondo de comercio de la farmacia.

C y D interponen recurso de casación alegando: 1) no hay norma que haga depender los efectos de los artículos 1359 y 1360 CC de la causa de disolución del matrimonio; 2) estos preceptos determinan qué parte de la mejora en el bien privativo ha sido debida al trabajo o actividad del cónyuge no propietario; 3) la infracción de los artículos 812 y 456 CC. Según el Tribunal Supremo, se han introducido mejoras en el objeto donado constante el matrimonio del donatario bajo el régimen conyugal de gananciales (art. 1359 CC). Se configura una donación con causa onerosa, donde el incumplimiento de la prestación modal, pago establecido en compensación de no colacionar la farmacia adquirida, permitiría al donante proceder a su revocación (art. 647 CC). Sin embargo, en el presente caso no procede esta calificación, puesto que no se han cumplido los requisitos de publicidad sobre donación de bienes inmuebles (art. 633 CC), presupuestos necesarios para su perfección (*ad solemnitatem*). Todo elemento prestacional debe estar integrado en la escritura donacional para su posible juego en el mecanismo traslativo que define a la donación. Cuando falta dicha integración, como ocurre en este caso, no cabe apreciar la unidad causal del marco negocial resultante, de forma que dichos actos jurídicos operan de un modo independiente y autónomo. El documento privado se presenta como un negocio de finalidad *mortis causa*, que trae causa de la donación efectuada, y que tiene por objeto la compensación del donatario respecto de la dispensa de colación del bien donado. Por tanto, las mejoras introducidas en el objeto donado deben incluirse en el proceso de reversión. En atención a todas estas consideraciones, el Tribunal Supremo estima el recurso planteado.

NOTA.—El artículo 812 CC establece el derecho de reversión de las donaciones. Tiene lugar a favor de los ascendientes donantes cuando sus descendientes donatarios fallecen sin haber dejado posteridad y los bienes donados siguen existiendo en la herencia. La reversión legal se produce tanto en la sucesión testada como en la intestada. Los requisitos que se deben producir para aplicar el derecho de reversión son: *a)* que se haya producido una donación *inter vivos*; *b)* que exista un parentesco en línea recta entre el donante y el donatario, siendo indiferente el grado; *c)* la premoriencia del donatario sin posteridad; *d)* que las cosas que han sido donadas existan en la herencia en el momento de abrirse la sucesión *mortis causa* del donatario —cabe la subrogación en el caso de que el donatario haya enajenado las cosas—. Las consecuencias que se derivan del juego automático de la reversión son: 1) los actos de disposición realizados *inter vivos* por el donatario, incluso a título gratuito, de las cosas donadas no decaen; 2) los frutos de la cosa donada que haya percibido el donatario en vida le corresponderán a éste y a sus derechohabientes —no se les aplica la reversión—; 3) las accesiones que se hayan producido en vida del donatario seguirán el régimen de la accesión, sin perjuicio del reintegro por el donante a la herencia de las indemnizaciones que haya tenido que pagar; 4) el donante tendrá que abonar a la herencia las cantidades relativas a mejoras necesarias y útiles realizadas por el donatario, haciendo suyas estas mejoras —las voluntarias las hará suyas sin necesidad de abonar el gasto—; 5) los desperfectos, menoscabos y gravámenes impuestos por el donatario sobre la cosa deberá soportarlos el donante, sin tener derecho a indemnización. (S.L.M.)

10. Contrato de arrendamiento de obra (art. 1544 CC).—Del contrato de arrendamiento de obra surge la obligación del arquitecto no sólo de redactar un proyecto técnicamente viable, sino de asumir la dirección de la obra durante la ejecución, de manera tal que ésta pueda ser llevada a su práctica material de acuerdo con lo proyectado.

Condena al pago de intereses: *dies a quo*.—A este respecto la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha seguido el criterio con arreglo al cual, prescindiendo del alcance dado a la regla *in illiquidis non fit mora*, se atiende al canon de razonabilidad en la oposición a la reclamación del actor para decidir la procedencia o no de condenar al pago de intereses y para la concreción del *dies a quo* del devengo. Este moderno criterio, según precisan las Sentencias de 16 de noviembre de 2007 —que cita las de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de 2007— y de 19 de mayo de 2008, entre las más recientes, da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de la razonabilidad (a) el fundamento de la reclamación; (b) las razones de la oposición; (c) la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de la adeudado; y demás circunstancias concurrentes. Lo decisivo a estos efectos es, pues —como precisa la Sentencia de 20 de febrero de 2008—, la certeza de la deuda u obligación, aunque se desconozca su cuantía, siendo procedentes desde la fecha de la intimación judicial que constituya en mora al deudor. (STS de 26 de septiembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La sociedad X contrató los servicios de la empresa de arquitectura Y para proceder a la ejecución de un edificio de viviendas con locales y apartamentos. En cumplimiento de esta relación contractual, redactó el proyecto de ejecución de obra y asumió la dirección durante la fase de ejecución, en la que se detectó un exceso en la altura de las construcciones sobre la altura de la cornisa por encima de 3,50 metros, siendo ésta la máxima permitida por las normas urbanísticas del Ayuntamiento en el que se estaba ejecutando la obra en el momento del otorgamiento de la licencia. Esta actuación causó un daño a la entidad promotora derivado de la demolición parcial de la cubierta para ajustar la cumbre a la normativa urbanística y licencia de obras. Intervino también en la obra el arquitecto E, a quien la empresa de arquitectura demandada solicitó se le notificase la pendencia del proceso.

En Primera Instancia se desestima la demanda.

La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación y estima en parte la demanda, en concreto, en relación con la empresa de arquitectura demandada. Ésta interpone recurso de casación. (B. G. F.)

11. Responsabilidad civil por accidente de tráfico: Daños sufridos por acompañante de ciclomotor de 15 años: Acción ejercitada por los padres de la víctima como herederos y no como perjudicados: Indemnización procedente a favor del perjudicado: Legitimación de los padres.—

No se discute que la víctima falleció antes de que sus padres formularan reclamación judicial en sede civil, y por tanto, antes del juicio y de que recayera sentencia, como tampoco se discute que el fallecimiento trae causa del propio accidente de tráfico y que los padres del fallecido, independientemente de su legitimación para reclamar la indemnización que con arreglo a la Tabla I les correspondía como perjudicados por el fallecimiento de su hijo, optaron por reclamar como herederos la mayor indemnización que le habría correspondido a éste por los daños personales sufridos (lesiones y secuelas), en el entendimiento de que se trataba de un derecho incorporado al patrimonio de la víctima desde el momento en que fue concretado con el alta definitiva, y que, por ende, estaban en disposición de adquirir *mortis causa*, dado que el daño se ha producido y se ha generado el derecho a la indemnización y como tal entra dentro de la herencia transmisible, conforme al artículo 659 CC.

El derecho de la víctima a ser resarcido por las lesiones y daños nace como consecuencia del accidente que causa este menoscabo físico y la determinación de su alcance está en función de la entidad e individualización del daño, según el resultado de la prueba que se practique, que no tiene que ser coincidente con la del informe médico-forense. La consolidación posterior de las lesiones supone, por un lado, que los daños sufridos quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y que se valoren, a efectos de determinar el importe de la indemnización, en el momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado; por otro, que la acción pueda ejercitarse puesto que la víctima tiene conocimiento del mismo, por lo que es a partir de entonces cuando comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización.

En el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente

determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento. Como declara la STS de 10 de diciembre de 2009, a partir de entonces existe una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde momento a integrar su patrimonio hereditario, con lo que sus herederos —en este caso, sus padres—, son los que ostentan derecho —*iure hereditatis*—, y, por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su obligación de indemnizar lo que el causante sufrió efectivamente y pudo recibir en vida, a cuenta de la cual la aseguradora había entregado ya la cantidad de 312.527,75 euros.

Para determinar la cuantía de la indemnización no cabe invocar la STS de 10 de diciembre de 2009 por referirse a un supuesto sustancialmente distinto. El derecho incorporado al patrimonio del perjudicado por una lesión permanente es una indemnización fijada a priori con sujeción a parámetros determinados (gravedad fisiológica de la lesión, edad y progresión por gravedad y acumulación de lesiones) cuya consideración excluye la de cualquier otro, como la esperanza de vida. Pero aquí el fallecimiento trae causa del propio accidente y es un efecto más del mismo; por lo tanto debe ser considerado a todos los efectos relacionados con la fijación de la indemnización, tanto en sí mismo como en relación con el alcance de la lesión permanente sufrida. Ahora bien, como la ley solo regula el fallecimiento pero no su incidencia sobre el resto del daño, debe resolverse la laguna aplicando los principios de compatibilidad de indemnizaciones por distintos conceptos (incapacidad temporal, lesión permanente y daño a los familiares por fallecimiento) y proporcionalidad de la indemnización por lesión permanente con respecto al tiempo que medió desde el accidente hasta la muerte, durante la cual esta se ha sufrido.

Las consecuencias lesivas ya no atienden al futuro, porque desaparecieron con el fallecimiento, por lo que aquellos parámetros temporales y personales considerados en abstracto dejan de serlo porque se conocen los perjuicios, reales y ciertos, que ha sufrido desde la fecha del siniestro y que no quedan absorbidos por la muerte posterior por cuanto tienen entidad propia e independiente y han generado, hasta ese momento, unos perjuicios evidentes a la víctima susceptibles de reparación en un sistema que indemniza el daño corporal en razón de la edad y a las expectativas de vida del lesionado, las cuales no se han cumplido por fallecimiento anticipado de la víctima. Salvo el daño que resulta del fallecimiento, compatible con los anteriores, pero que no se reclama, ya no hay incertidumbre alguna sobre la duración de las lesiones y secuelas, por lo que el crédito resarcitorio que se transmite por herencia deberá hacerse en razón del tiempo transcurrido desde el accidente hasta su fallecimiento, y no por lo que le hubiera correspondido de haber vivido conforme a las expectativas normales de un joven de quince años, puesto que aquello que se presumía como incierto dejó de serlo a partir de ese trágico momento. **(STS de 13 de septiembre de 2012; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Importante sentencia que aclara la legitimación de los padres de un menor que tiene un accidente cuando circulaba como acompañante de una moto, sufriendo importantes lesiones y secuelas, falleciendo después de haber sido dado de alta. En realidad los padres eligieron una de las vías que la legislación de accidentes de

circulación les ofrece, precisamente la que creían más beneficiosa, dirigiéndose contra la aseguradora del dueño de la moto. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente su demanda reduciendo su petición que rebasaba el millón de euros, a algo menos de 900.000. Pero la Audiencia Provincial desestimó íntegramente su demanda. El Tribunal Supremo analiza minuciosamente la acción ejercitada y los daños inferidos a la víctima que los padres pueden reclamar *iure successionis*, rebajando considerablemente la indemnización a la suma de 14.207,75 euros. Pero en el FD 5.º añaden el párrafo siguiente: «Sin duda esta indemnización no puede quedar reducida a la proporción que impone una simple regla aritmética. El impacto que unas lesiones de esta naturaleza han producido en un corto espacio de tiempo [desde el 2 de octubre de 2006, fecha del accidente, al 14 de julio de 2007] a los bienes básicos de un joven de 15 años de edad, no puede indemnizarse únicamente en función de unas expectativas de vida truncadas prematuramente con motivo del accidente. Es cierto que la remuneración del daño moral ya viene incluida en la determinación de los días de baja y las secuelas y la edad de la víctima se tienen en cuenta a la hora de otorgar el valor del punto. Lo que no se tiene en cuenta es esa mayor concentración de dolor, sufrimiento y afectación, inmediato e imprevisible, causado a quien, a raíz del accidente, ha estado obligado a convivir durante un corto de tiempo con unas gravísimas lesiones, razones todas ellas que permiten incrementar en un 10% la indemnización que proporcionalmente le corresponde conforme a las reglas propias del sistema de valoración». Esta poco frecuente manifestación de sentimientos por parte de la Sala, que puede significar también una discreta disconformidad del Pleno con los criterios aplicados por el SLV, apoyado obviamente en la casi imposible «baremación» –aunque conveniente por regla general– del daño moral, no puede, en último término, dejar indiferentes a los juristas (G.G.C.)

12. Responsabilidad civil: Accidente circulación: Colisión recíproca y daños personales para un conductor: Concurrencia de causas: Falta de prueba sobre la mayor incidencia causal de uno de los conductores: Resarcimiento íntegro: Reposición de actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia.—En casos de colisión recíproca de vehículos constituye jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS de 16 de diciembre de 2008, que el artículo 1.1, I y II, LRCSVM 1995, establece un criterio de imputación de responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción; este principio solamente excluye la imputación cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado, si los daños se deben únicamente a ella, o una fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo, salvo, en el primer caso, que concurra también negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la indemnización contemplado expresamente en la ley como título de atribución de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización. El riesgo específico de la circulación aparece contemplado como título de atribución de la responsabilidad, frente a la tradicional responsabilidad por culpa

o subjetiva en que el título de imputación es la negligencia del causante del resultado dañoso. Resulta evidente que en este supuesto no puede hablarse con propiedad de compensación de culpas, sino que únicamente puede examinarse la concurrencia de causas en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos implicados. En tales casos la particularidad no reside en una supuesta alteración de las reglas sobre la carga de la prueba o en la alteración de los criterios de imputación establecidos en la citada ley, sino en la necesidad de determinar a cuál de los dos corresponde la eficiencia causal en la producción del daño, o si esta debe ser distribuida proporcionalmente entre ambos por haber actuado concurrentemente. En suma, una recíproca colisión de vehículos no supone excepción alguna a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por el riesgo de la circulación que establecía la Ley de 1995 y la vigente en la actualidad.

La aplicación de esta doctrina determina la declaración de responsabilidad del demandado y la estimación del recurso. Es un hecho acreditado que en el siniestro se vieron implicados los dos vehículos, dato suficiente para presumir vinculación causal de su actuación generadora del riesgo y del resultado característico. Como regla de principio, ambos conductores deben responder del daño corporal causado a los ocupantes del otro vehículo en atención al riesgo creado por su propio vehículo; en particular, el demandado debe responder por el riesgo por él generado mediante la conducción, de los daños personales causados al demandante.

En relación con el porcentaje de responsabilidad de cada uno hay variedad de criterios; el llamado método de condenas cruzadas, acogido por la jurisprudencia francesa y por alguna Audiencia Provincial española, que supone que cada parte responde íntegramente, o al 100%, del daño ocasionado a la otra parte; en sentido opuesto, otras Audiencias Provinciales siguen el resarcimiento proporcional y no íntegro de los daños corporales recíprocos sin culpas probadas, por el efecto compensatorio de la carga de la prueba. de modo que, a falta de prueba, cada uno de los dos conductores contribuyeron en la misma proporción (es decir, al 50%).

En trance de unificar la doctrina existente, esta Sala en pleno se inclina por entender que la solución del resarcimiento proporcional es procedente sólo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en otro caso, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina de las condenas cruzadas. Las razones en que se basa esta conclusión son las siguientes: *a)* es la doctrina seguida por un número considerable de Audiencias Provinciales; *b)* Es una solución aceptada expresamente en la legislación francesa; *c)* es una doctrina próxima, aunque no sea coincidente, a la que inspira la jurisprudencia de esta Sala tendente a proclamar la solidaridad impropia entre los agentes que concurren a causar el daño cuando no puede establecerse la proporción en que cada uno ha contribuido; *d)* es acorde con los principios de Derecho europeo de responsabilidad civil (art. 3:102); *e)* es la doctrina más acorde con la presunción de causalidad, que rige en el sistema de responsabilidad objetiva por riesgo.

En consecuencia, ante un caso de incertidumbre causal en que no se ha podido acreditar el concreto porcentaje en que ha contribuido el riesgo de cada vehículo al resultado producido, procede declarar a cada uno de sus conductores plenamente responsable de los daños sufridos por los ocupantes del otro vehículo implicado en la colisión, de tal manera que corresponde al

demandado abonar el 100% de los daños personales reclamados por el recurrente que resulten acreditados.

Siguiendo el criterio establecido en STS de 29 abril 2009, refrendado por las SSTs de 25 de mayo de 2010, 3 de marzo y 18 de julio de 2011, en la medida que estamos ante un recurso formulado por razón de la cuantía al amparo del ordinal 2.º del artículo 477.2 LEC, no procede asumir la instancia y sí devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en relación con la citada pretensión, con plena jurisdicción a la hora de valorar la prueba, pues esta solución no está excluida del artículo 487.2 LEC para los recursos como el presente, y se estima necesaria, en este caso, para evitar que la decisión del asunto se vea privada de una instancia **(STS de 10 de septiembre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Sorprende que en ambas instancias se desestimara, sin más, la demanda reclamando los daños personales derivados de la colisión, basándolo en falta de prueba del lugar exacto del impacto, y también respecto de quien de ambos conductores invadió el carril contrario. Parece razonable la doctrina que el Pleno de la Sala 1.ª sienta con el propósito de unificar la jurisprudencia. Por otra parte, el decenio casi transcurrido desde la colisión sin que las partes tengan todavía sentencia firme ¿no parece motivo determinante para que el Pleno hubiera asumido la instancia? (G.G.C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

13. Nulidad de liquidación de gananciales: Recurso extraordinario: Valoración de la Prueba: Efectos de la cosa juzgada: Motivación.—Respecto a la valoración de la prueba cabe citar la STS del 17 de julio de 2012, invocando la sentencia del Pleno de 13 de abril de 2010, en donde se declara que «la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien de la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba en cuanto, según doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, bien de la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador. En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de instancia y es ajena a la casación y ahora al recurso extraordinario por infracción procesal». Tampoco puede admitirse que la sentencia de apelación haya incurrido en una motivación irracional e ilógica por comprender en sus razonamientos jurídicos el concepto de cosa juzgada material y los efectos o consecuencias jurídicas que se derivan para el pleito en cuestión; del mismo modo que la lógica de dicho concepto impide que se vuelva a replantear la prueba sobre cuestiones o extremos sujetos a la sentencia firme en un juicio sobre nulidad de testamento por incapacidad mental del esposo.

Usucapión extraordinaria de bienes muebles: Presupuestos objetivos: artículos 1941 y 1955 CC: Interrupción de la prescripción ex artículo 1945 CC.—Conforme a la STS de 11 de julio de 2012, la usucapión requiere de la posesión y del transcurso de tiempo como presupuestos generales de su propia configuración como fenómeno jurídico, conforme al artículo 1941 CC que articula la *possessio ad usucapionem* en relación a la posesión en concep-

to de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. Dicho planteamiento queda reforzado con los artículos 447 y 444 CC que respectivamente establecen que «sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio», así como que «los actos ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa o con violencia no afectan a la posesión», con lo que *toda posesión ad usucapionem, ya sea ordinaria bien sea extraordinaria, debe reunir los presupuestos indicados*. Conforme a estos presupuestos, la rotundidad del artículo 1955 2.º CC no deja lugar a dudas: *También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición*, y por tanto su irrevindicabilidad.

No se puede compartir la tesis de la sentencia de apelación que comunica, de forma directa y concluyente, los efectos invalidantes de la nulidad del testamento sobre el plano jurídico-real de los efectos adquisitivos de la usucapión extraordinaria, cuando ésta no requiere del justo título ni de la buena fe del adquirente. En el presente caso no puede negarse que, con la compra de acciones, el recurrente llevó a cabo una posesión en concepto de dueño mediante el ejercicio de los derechos inherentes a su condición de accionista, actuando públicamente como dueño de las acciones compradas.

En parecidos términos nos tenemos que pronunciar sobre la concurrencia del presupuesto de una posesión pacífica y no interrumpida. En este sentido tampoco se puede compartir el planteamiento de la sentencia de apelación que determina el momento interruptivo de la prescripción adquisitiva con la demanda en que se insta la nulidad del testamento de 2011, argumentando que el pleito de la nulidad del testamento era una cuestión de previo pronunciamiento para poder pedir la nulidad de la compraventa celebrada.

Para que se interrumpa la posesión se requiere la interposición de una acción específica y contradictoria de la posesión del demandado, lo que no se ha pronunciado en el presente caso, en donde el recurrente no fue parte del proceso que llevó a la nulidad del testamento y no consta que, a los efectos adquisitivos aquí analizados, haya sido citado judicialmente hasta el curso del presente procedimiento, diciembre de 2008, con lo que su posesión pacífica e ininterrumpida ha superado con creces el plazo de seis años establecido en el artículo 1955, 2.º CC. La consumación de este efecto adquisitivo se produce con total independencia de la condición hereditaria de los sujetos intervinientes. **(STS de 28 de septiembre de 2012; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Los miembros de un matrimonio sin hijos fallecen sucesivamente: El marido el 9 de octubre de 1995, habiendo otorgado testamento abierto un año antes, designando heredera universal a su esposa, la cual, en la misma fecha había testado igualmente a favor de su esposo. El 5 de agosto de 1996 la viuda liquida la sociedad de gananciales en escritura pública, aceptando su herencia y adjudicándose la mitad indivisa de las acciones ahora en litigio. El mismo día aquella vende a un sobrino nieto suyo, parte de acciones de tres sociedades que habían constituido los negocios conyugales y donde el comprador ya era accionista (empresa familiar). En marzo del 2000 fallece intestada la viuda, sucediéndole abintestato, sus hermanos y sobrinos, entre ellos la madre del comprador de acciones. En enero de 2001, unos sobrinos del marido premuerto piden y obtienen judicialmente la nulidad del testamento otorgado

en 1994, por incapacidad mental del testador. La sentencia firme de la Audiencia Provincial es del 8 de enero de 2004. Con fecha 31 octubre 2008, los actores, sobrinos del marido, piden la nulidad de la escritura de liquidación de gananciales y la adjudicación parcial de la herencia, así como la nulidad de la compraventa de acciones que efectuó la viuda. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó íntegramente el recurso de apelación.

NOTA.—Si se permite una imagen literaria cabría decir que el *alma en pena* de un testamento abierto otorgado en 1994, cuya nulidad por incapacidad mental se logra veinte años más tarde, ha distraído a los interesados para interrumpir con eficacia una prescripción extraordinaria del comprador de un paquete importante de acciones que, ganancialmente, había pertenecido al testador y se enajenó por la viuda tras la liquidación. ¿Tiene ahora mucho sentido rehacer la liquidación de la sociedad conyugal operada en 1996? Es probable que los últimos destinatarios —parientes colaterales— de los bienes de ambos cónyuges sean las mismas personas, o sus herederos. La dirección letrada no ha estado muy ágil ni atenta en el caso, incluso se le insinúa discretamente en la sentencia la vía no utilizada de la acumulación de acciones, porque el argumento de la Sala 1.ª para estimar el recurso resulta inapelable (*G.G.C.*)

14. Prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y adquisición del dominio por usucapión.—La correlación entre ambas figuras resulta inevitable a tenor de los artículos 1962 y 1963. II.º CC, que contemplan la prescripción de las acciones reales tras la pérdida de la posesión (aquél para los bienes muebles y éste para los inmuebles), sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio o derechos reales por usucapión.

La primacía o preferencia de los efectos de la adquisición del dominio respecto de las reglas de la prescripción extintiva, de suerte que actúan como presupuesto o condicionante para que esta última pueda producir sus plenos efectos, se desprende de la interpretación conceptual y metodológica que presentan ambas figuras, así como de la razón sistemática de su respectiva regulación en el Código Civil. La pérdida del derecho de dominio por el mero transcurso del tiempo, que implica la prescripción extintiva de la acción, carecería de fundamento, conforme a lo dispuesto en el artículo 348 CC, como pieza angular de nuestro sistema patrimonial, si previamente no se hubiera producido una pérdida de la posesión que resulte relevante para lesionar el derecho de dominio del titular de la acción, es decir, que represente una posesión para la usucapión en concepto de dueño (arts. 447 y 1941 CC).

Si bien es admisible el postulado general de que «los derechos reales pueden prescribir incluso subsistiendo éstos», no es plenamente adecuado establecer, desde este postulado genérico, la tesis que fundamenta la prescripción extintiva de la acción en el ámbito exclusivo de la culpa del titular por la inactividad o falta de defensa del derecho. Dicha cuestión viene a confirmar, en todo caso, el presupuesto ancilar en orden a que se dé una pérdida de posesión relevante para la adquisición del dominio mediante una posesión *ad usucapionem*, en la medida en que la falta de ejercicio o defensa por el titular del derecho es tenida en cuenta a los efectos de calibrar los presupuestos objetivos que deben concurrir para hacer hábil la nueva posesión iniciada,

particularmente respecto de los requisitos de que se trate de una posesión pacífica y no interrumpida.

La STS de 23 de junio de 1965 deja meridianamente claro que tanto para la prescripción adquisitiva ordinaria como para la extraordinaria se requiere la posesión en concepto de dueño y, por su parte, la STS de 18 de mayo de 2001 estima la prescripción de la acción reivindicatoria pero sobre la base de la constatación de la posesión del recurrente que considera consumada a los efectos de la citada prescripción.

Usucapión: presupuestos generales.—La usucapión requiere de la posesión y del transcurso del tiempo como presupuestos generales de su propia configuración como fenómeno jurídico, conforme a lo expresamente contemplado en el artículo 1941 CC, que articula la *possessio ad usucapionem* en relación a la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. Dicho planteamiento queda reforzado en relación con la regulación general en materia de posesión, particularmente de lo dispuesto en los artículos 447 y 444 CC que, respectivamente, establecen que «sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio», así como que «los actos ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa o con violencia no afectan a la posesión»; con lo que toda posesión *ad usucapionem*, ya sea ordinaria o bien sea extraordinaria, debe reunir los presupuestos indicados.

Poseción *ad usucapionem*: no lo es la posesión clandestina.—La clandestinidad de la posesión constituye un vicio insubsanable de la posesión que la hace inhábil para la usucapión, mientras dicho vicio subsista o no se purgue.

Inscripción registral: protección al titular inscrito. Especial referencia a la brindada por los artículos 35 y 38 LH.—En nuestro Derecho la inscripción no viene configurada, por regla general, como una inscripción de naturaleza constitutiva. En esta línea, también cabe pensar que la regulación registral está principalmente orientada a otorgar su protección a los terceros adquirentes. Sin embargo, la generalidad de estos postulados no determina que la inscripción resulte simplemente declarativa con una función meramente informativa o probatoria respecto de los derechos de los terceros, sino que otorga, también, una especial protección al titular inscrito. En particular, los artículos 35 y 38 LH contemplan, respectivamente, la denominada usucapión *secundum tabulas*, y el principio de legitimación registral derivado de la presunción de exactitud del Registro, de forma que se opera un «reconocimiento posesorio» que permite acceder a su titular ya a una tutela interdictal, bien a la posesión hábil para usucapir y, en definitiva, a una situación de legitimación en virtud de la apariencia jurídica. No obstante, como puntualización esencial, debe señalarse que la protección dispensada en virtud de dicho reconocimiento posesorio queda establecida, conforme a la usucapión *secundum tabulas*, mediante una presunción *iuris tantum*, de suerte que debe de haberse producido fuera del Registro, aunque resulte presumida por la inscripción. La inscripción sirve, por tanto, de refuerzo de una posible usucapión extra-registral, pero de ninguna forma suple o convalida la ausencia o los vicios que puedan presentarse en la configuración de los presupuestos objetivos de la usucapión.

El recurso a la equidad.—Se configura como un elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de cada caso, especialmente cuando éstas no vienen contempladas por la generalidad de la norma. Nada que ver con una cuestión de valoración de prueba.

(STS de 11 de julio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El 26 de noviembre de 1965 se otorgó escritura pública en la que se procedió a la agrupación de las fincas registrales núm. 000 y núm. 002, correspondientes a un mismo Registro de la Propiedad, y a la venta de dichas fincas, por mitad y pro-indiviso. Los títulos de adquisición del vendedor (a partir de ahora, V) eran los siguientes: la finca núm. 000 derivaba de una previa permuta con don Teodosio, otorgada en la misma fecha y ante el mismo notario y que estaba pendiente de inscripción; la finca núm. 002 tenía su causa de adquisición en la herencia de su padre. Los compradores eran C1, hermano de V, y C2.

La agrupación de fincas nunca fue inscrita por V ni por los compradores.

El 11 de mayo de 1970 V inscribe a su nombre, como titular único y exclusivo, la finca núm. 000.

El 14 de septiembre de 1996 fallece V y sus herederos otorgan cuaderno particional en donde la citada finca 000 se adjudica por mitad a los herederos y al cónyuge supérstite. La viuda fallece en 1998 y los herederos proceden a adjudicarse su mitad.

A fecha 5 de noviembre de 1998 los herederos de V aparecen como únicos titulares registrales de la finca 000.

C1 fallece el 22 de febrero de 1998 figurando en el haber de su herencia la mitad indivisa del total de la finca, de las agrupadas, de forma que en los pertinentes trámites sus herederos descubren que la finca núm. 000 estaba ya a nombre y titularidad de los herederos de V.

El 15 de octubre de 2001, el abogado de los herederos de C1 requiere a los de V para que se abstengan de cualquier acto de dominio sobre la finca.

El 30 de noviembre de 2001, los herederos de V venden dicha finca a T1, T2 y T3, que inscriben su dominio el 1 de diciembre de 2001.

Los herederos de C1 interponen acción declarativa de dominio y reivindicatoria frente a los herederos de V y frente a T1, T2 y T3 y, subsidiariamente, de reclamación de daños y perjuicios contra los herederos de V para el supuesto de que los actores no pudiesen recuperar la finca litigiosa por haber pasado legítimamente a poder de terceros.

En primera instancia se desestiman ambas acciones y se estima la usucapión de la finca reivindicada y consolidación de la posición de los adquirentes (T1, T2 y T3) como terceros adquirente de buena fe.

En apelación se estiman parcialmente los recursos interpuestos por los herederos de C1 (actores) respecto de la pretensión subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios, lo que implica la desestimación de las excepciones relativas a la usucapión consumada y a la prescripción de la acción reivindicatoria.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de apelación.

NOTA.—La tesis sobre la relación entre la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y la prescripción adquisitiva del domi-

nio mantenida por esta sentencia ha sido confirmada por la STS de 19 de noviembre de 2012 (núm. 540/2012). Sobre ambas, véase Luz M. Martínez Velencoso: «Prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y adquisición del dominio por usucapión: ¿dos figuras en liza?», *InDret*, abril 2013, 26 pp., en particular, pp. 22 a 26.

En el relato de los hechos de la sentencia analizada se aprecia una errata en los nombres de las personas implicadas, que puede llevar a confusión (dicha errata no existe, sin embargo, en la sentencia recurrida, Sentencia núm. 484/2009, de 30 de junio de 2009, de la Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid). (B. G. F.)

15. Acción declarativa de dominio. Requisitos generales.—Esta acción va dirigida a obtener la mera declaración de existencia de la titularidad dominical, sin solicitar la condena a la restitución de la cosa. Su objeto, por tanto, se concreta en la verificación de la realidad del título, lo que la hace especialmente indicada en los siguientes supuestos: (a) perturbación sin despojo de la posesión; (b) inquietación de la posesión; y (c) integración de títulos incompletos o defectuosos de dominio.

La acción declarativa de dominio se proyecta como una acción de defensa y protección del derecho real, cuyo ejercicio queda amparado en el contenido y reconocimiento que del mismo se dispone en el artículo 348 CC respecto del derecho de propiedad, como derecho paradigmático en el campo de los derechos reales.

Para su aplicación se exige los mismos requisitos que para el ejercicio de la acción reivindicatoria salvo el requisito de la posesión contraria del demandado que, por definición, no se contempla en el objeto de esta acción. Así pues, lo que debe demostrarse es el dominio de la cosa y su identificación.

Acción declarativa de dominio. La prueba del dominio por el actor.—La prueba del dominio viene referida al acto de adquisición del mismo y como *questio facti* se remite a la prueba del título que, en sentido material, viene a describir todo acto o negocio jurídico capaz de determinar la producción de efectos jurídicos de carácter real.

Esta prueba no se realiza de una forma apriorística, ni tasada, de modo que hay que estar a las reglas generales en la materia en orden a la demostración de un derecho mejor y más probable que el del demandado; el demandante puede valerse del juego de las presunciones, particularmente de la contemplada en el artículo 38 LH. esto es, de la *possessio ad usucapionem*, si bien con un alcance *iuris tantum*, dado el carácter no tabular que tiene la usucapión en nuestro sistema registral. En todo caso, en la confrontación de los medios de prueba, y dado el objeto y finalidad de la acción, deben tener preferencia aquellos que impliquen o favorezcan un título hábil para adquirir el dominio.

La acción declarativa tiene por objeto verificar la realidad del título, esto es, la prueba del dominio, lo cual presupone dos cosas: (1) que dicho título resulte puesto en duda o discutido; y (2) que esté legitimado activamente para su ejercicio el titular dominical actual de la cosa, no un titular que, aunque lo fue en tiempo pretérito, ha dejado de serlo en el momento en que se plantea la demanda, ni el que sencillamente no lo fue ni puede serlo con título hábil para ello.

Acción de enriquecimiento injustificado. El requisito de la subsidiariedad.—La categoría del enriquecimiento injustificado tiene como punto de parti-

da principal el debido resarcimiento de un desplazamiento o enriquecimiento patrimonial que carece de razón jurídica o justificación que lo legitime.

Su función de cláusula general de cierre parece clara: el Derecho de obligaciones aparece estructurado de tal modo que busca impedir que tenga lugar un desplazamiento o enriquecimiento injusto; ahora bien, si, a pesar de ello, dicho enriquecimiento injusto se produce, entonces el alcance sistemático del principio permite que la prohibición del enriquecimiento injusto se convierta en regla sancionadora de la atribución realizada, determinando la correspondiente restitución (STS de 21 de octubre de 2005).

La doctrina jurisprudencial de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo se mueve en la dirección señalada proclamando, a veces de modo explícito y terminante y otras de forma implícita, que la interdicción del enriquecimiento injusto tiene en nuestro ordenamiento jurídico el valor de un auténtico principio general del Derecho (entre otras, las SSTs de 12 de enero de 1943, 23 de noviembre de 1946, 22 de diciembre de 1962, 1 de diciembre de 1980, 12 de julio de 2000, 28 de febrero de 2003 y 6 de febrero de 2006).

La admisión de este fundamento se proyecta también como un criterio de interpretación del marco de aplicación de la acción, determinando su carácter subsidiario: y así, dicha caracterización puede inferirse directamente del carácter supletorio como fuente que comporta necesariamente la aplicación de los referidos principios generales del Derecho.

Este planteamiento, o caracterización general de la acción no resulta incompatible con el tenor de las sentencias que usualmente se citan en apoyo de la no subsidiariedad de la acción, particularmente de las SSTs de 12 de abril de 1955 y 28 de enero de 1956, pues antes que negar dicha caracterización lo que resuelven en realidad es la pertinente concurrencia en estos casos de la pretensión de enriquecimiento injustificado con otra distinta pretensión, independiente y autónoma de ésta, como es la del resarcimiento de daños y perjuicios causados. Casos claramente diferenciables del supuesto en donde el demandante opta por acumular la pretensión del enriquecimiento injustificado, de forma indiscriminada, en un contexto en donde hay normas concretas y preferentes de aplicación, solicitando, además, un idéntico resultado petitorio para todas las pretensiones formuladas.

De ahí que, salvada la posible concurrencia de acciones, en los términos señalados, la concreción de la aplicación subsidiaria de la acción comporte, entre otros extremos, las siguientes consideraciones: (1) Si con la pretensión del enriquecimiento injustificado se pide lo mismo o no que otra acción al servicio del actor; (2) si la pretensión de fondo del enriquecimiento injustificado viene ya regulada por normas concretas o por la previsión normativa; (3) si la norma preferente de aplicación elimina, expresa o indirectamente, cualquier otra vía que, teniendo idéntico o distinto fundamento, persiga un mismo resultado u otro parecido; (4) si el ordenamiento jurídico, al señalar una acción específica y preferente, otorga un plazo de prescripción con el que ha pretendido cerrar la cuestión ante cualquier otra posibilidad de reclamación referida al mismo objeto, a sus subrogados o parte de él; (5) si la acción específica y preferente ha perdido la viabilidad del éxito por defecto de prueba o interacción de alguna causa imputable al actor. **(STS de 19 de julio de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Don Sergio contrajo matrimonio con doña Antonieta, bajo el régimen económico conyugal de separación de bienes.

Don Sergio falleció el 20 de septiembre de 2002 sin descendencia y otorgó testamento instituyendo herederos a sus sobrinos.

Don Sergio, en el intervalo temporal 1959 a 1977, adquirió distintos inmuebles, todos ellos en la localidad de Sineu, constante matrimonio con la actora, y con el otorgamiento de la escritura pública a su nombre y titularidad.

La principal cuestión que se plantea en el presente litigio es la relativa a la posible aplicación de la acción declarativa de dominio y, en su defecto, la aplicación subsidiaria de la acción de enriquecimiento injustificado, en relación con la titularidad de unos bienes inmuebles respecto de los que la esposa del causante (demandante y recurrente en casación) alega que su adquisición respondió a la existencia de un patrimonio común o, en su caso, a la utilización del patrimonio privativo del cónyuge no adquirente (esto es, de la demandante).

Los hechos que destaca el Alto Tribunal son los siguientes: *a*) los cónyuges eran consecuentes en la aplicación del régimen de separación de bienes; *b*) una parte del dinero de la actora no se ingresaba en cuentas comunes, actuando con total independencia de su cónyuge en la administración de su patrimonio propio; *c*) el hecho de que algunas cuentas y productos bancarios, así como que una casa y un solar se pusiesen a nombre de ambos cónyuges, en comunidad ordinaria por partes iguales, pone de relieve que se ha tenido en cuenta a la esposa/actora en el destino del ahorro de ambos cónyuges; *d*) la titularidad del negocio principal correspondía al esposo, que lo había recibido por herencia; *e*) no resulta acreditado que el causante, al adquirir los inmuebles objeto del litigio, hubiese pagado su precio con dinero procedente del patrimonio de su esposa.

El recurso de casación interpuesto por la actora no prospera debido a que, por un lado, no acredita su dominio sobre los bienes inmuebles (requisito imprescindible para el éxito de la acción declarativa de dominio); y, por otro lado, el caso concreto no resiste el análisis de contraste que debe informar la aplicación subsidiaria de la acción de enriquecimiento injustificado, pues la pretendida indemnización del trabajo aportado por la recurrente al negocio familiar tiene un cauce específico y preferente de aplicación a dilucidar autónomamente en el curso de la pertinente liquidación del régimen conyugal. (*B. G. F.*)

16. Propiedad horizontal. Exigencias en materia de mayorías en la adopción de acuerdos que implican la modificación del título constitutivo. Especialidad de los locales comerciales.—El artículo 12 LPH, en relación con el artículo 17 LPH, exige la unanimidad de la junta de propietarios para adoptar acuerdos que impliquen la modificación de los elementos comunes, por constituir una modificación del título constitutivo. Sin embargo, esta regla se flexibiliza cuando hablamos de locales comerciales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal. Aunque la fachada del edificio consta de plantas bajas donde están situados los locales y de pisos, la zona reservada a los primeros constituye una situación arquitectónica menos rígida, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales. Ello

no significa que los propietarios de los locales comerciales puedan realizar cualquier tipo de obra, afecte o no a elementos comunes, en beneficio de la actividad comercial que desarrolla. Los propietarios de los locales comerciales solamente pueden ejecutar obras que supongan la alteración de la fachada del edificio cuando su utilización no menoscabe o altere la seguridad del edificio o su estructura general y cuando no perjudique los derechos de otros propietarios. Se debe tener en cuenta que cuando la existencia de puertas abiertas se recoja en el propio título constitutivo de división de la propiedad horizontal, la efectiva apertura posterior de los huecos no implica una modificación del título constitutivo. **(STS de 28 de septiembre de 2012;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En su sentencia de 29 de septiembre de 2006, el Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Barcelona estima íntegramente la demanda planteada por la comunidad de propietarios de un edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal contra el propietario de uno de los locales comerciales del edificio. En ella se solicitaba que se declarase la ilegalidad de las obras realizadas por éste consistentes en abrir varios huecos de acceso al vestíbulo y pasillo de entrada al edificio. La apertura de los huecos se había sometido a votación de la comunidad, habiendo sido denegada. Entiende el Juzgado que la no impugnación de dicho acuerdo lo convierte en ejecutable y de obligado cumplimiento por el demandado.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por el copropietario demandado. Entiende que se ha acreditado que en el título de división de la finca en propiedad horizontal existía la previsión de que los locales tuvieran salida al vestíbulo del edificio, que los huecos estuvieron anteriormente abiertos y que todavía lo estaban en otros locales comerciales distintos a los del recurrente.

La parte demandante interpone recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo, confirmando la sentencia de instancia.

NOTA.—En particular, en relación con otra STS reciente acerca de las exigencias en materia de mayorías requeridas para la adopción de acuerdos de la comunidad de propietarios que impliquen una modificación de los elementos comunes, se recomienda la lectura de la obra G. Minero Alexandre, «Comentario a la sentencia de 22 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1562)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, enero/abril 2012, pp. 147-167 (G.M.A.)

17. Legitimación de los comuneros para impugnar los acuerdos.—

El artículo 18 LPH establece una regla de legitimación y un requisito de procedibilidad. Limita la posibilidad de impugnar los acuerdos de la Junta de propietarios a los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta, a los ausentes por cualquier causa y a los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto.

Instalación de un ascensor *ex novo* ocupando espacio privativo o común de uso privativo.—Se puede plantear el problema de la instalación de un ascensor en aquellos inmuebles que no tienen este servicio, ocupándose

parte de un espacio de naturaleza privativa, ocupación que, con carácter general, no contará con el consentimiento del propietario afectado. El problema lo ha resuelto el Tribunal Supremo a partir de la ponderación de los bienes jurídicos afectados: 1) el derecho del propietario a no ver perjudicado su derecho de propiedad; 2) el derecho de la comunidad de propietarios a instalar un ascensor, como elemento que garantizará la accesibilidad y la habitabilidad del inmueble. En estos casos, dicha instalación, que constituirá una servidumbre, procederá cuando concurran los siguientes requisitos: 1) el oportuno resarcimiento de los daños y perjuicios cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo; 2) las mayorías exigidas legalmente para la adopción de tal acuerdo, sin que resulte preceptivo el consentimiento del copropietario directamente afectado; 3) que el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo.

La instalación de un ascensor en un edificio que carecía del mismo y que es necesario para la habitabilidad del inmueble, constituye un servicio o mejora exigible. Al ser una mejora, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.1 LPH, será suficiente una mayoría de 3/5 para su válido establecimiento, sin perjuicio de que, en caso de que se trate de suprimir barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, sea suficiente una mayoría simple (art. 17.1.III LPH). Al constituir una mejora, los demandantes también están obligados a hacer frente a los gastos de instalación. (STS de 20 de julio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Varios propietarios de un inmueble interponen demanda solicitando que se declarase la nulidad de los acuerdos adoptados en Junta de propietarios relativos a la instalación de un ascensor.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la nulidad de los acuerdos adoptados en las Juntas impugnadas. Añadió: 1) que los acuerdos impugnados no se habían aprobado con las mayorías exigibles; 2) que la instalación del ascensor perjudicaba a los propietarios que tenían un derecho de uso del lugar por donde se preveía su colocación; 3) que se había exonerado de su obligación de participar a algunos propietarios sin que estos acuerdos contaran con las mayorías exigibles; 4) que la instalación del ascensor era una obra de mejora, por lo que los demandantes tenían derecho de separación y de negarse a contribuir a su colocación en los términos previstos en la LPH.

La Audiencia Provincial estimó íntegramente el recurso de apelación, señalando: *a)* que los demandantes no estaban legitimados para ejercitar acción de impugnación de los acuerdos por el hecho de que se hubiera privado del derecho a voto a algunos copropietarios, pues ninguno de ellos había sufrido tal privación; *b)* que las obras de instalación de un ascensor no eran obras de mejora, sino que afectaban a la accesibilidad y habitabilidad del inmueble, por lo que su válida aprobación no requería más que la concurrencia de una mayoría de 3/5 de los propietarios que representaran las 3/5 partes de las cuotas de participación; *c)* todos los acuerdos adoptados se habían adoptado conforme a las mayorías exigibles y que el patio, lugar de colocación del ascensor, no hacía inservible todo un espacio común, sino que sólo limitaba en un 25% su uso, circuns-

tancia que había sido valorada para fijar una indemnización a favor del propietario afectado; *d*) en cuanto a la exención a la participación de gastos de algunos propietarios, ésta es válida por estar prevista en los estatutos; *e*) al no tratarse de una obra de mejora, no existía la posibilidad de negarse a costearla en los términos aprobados, sin que fuera necesario el consentimiento de los propietarios afectados para declarar plenamente válidos los acuerdos.

La parte demandada formaliza recurso de casación. Declara, en primer lugar, el Tribunal Supremo que sólo el comunero que haya acudido a la Junta y haya salvado su voto estará legitimado para impugnar. En segundo lugar, entiende que efectivamente uno de los propietarios demandantes verá afectado el uso, no de un elemento privativo, sino de un elemento común cuyo uso privativo tenía atribuido, como consecuencia de la instalación del ascensor. Sin embargo, su consentimiento para la validez del acuerdo no es necesario, acogiendo el punto de vista de la Audiencia Provincial. En cuanto a la exoneración de gastos, los estatutos de la comunidad preveían la exclusión de los copropietarios del parking en los gastos derivados de la instalación del ascensor. Por tanto, el Tribunal Supremo desestima el recurso.

NOTA.—La instalación de servicios que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalías, requieren la mayoría simple de votos de los propietarios totales, que a su vez representen la mayoría de las cuotas, incluso si tales obras o servicios implicaran la modificación del título constitutivo o de los estatutos. Esta misma mayoría se exige igualmente a la hora de aprobar el régimen de gastos y eventuales exenciones para sufragar la correspondiente instalación. En estos casos, todos, con independencia de que se haya votado a favor o en contra, estarían obligados a consentir las obras que requiera la eliminación de la barrera arquitectónica. En cualquier caso, será necesario el consentimiento expreso del propietario afectado (art. 11.4 LPH), que si se negase a prestarlo, podrá acudir a la vía judicial. No obstante lo anterior, la privación de esa parte de su espacio privativo deberá ir acompañada de la oportuna indemnización (art. 564 CC). Ahora bien, procederá la instalación siempre y cuando el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo (STS de 10 de octubre de 2011). (*S.L.M.*)

18. Impugnación de acuerdos de la junta de propietarios. Doctrina de los actos propios.—El Tribunal Supremo recuerda la doctrina sentada en sus anteriores SSTS de 30 de enero de 1999, 25 de julio de 2000, 28 de octubre de 2009 y 16 de febrero y 20 de marzo de 2012, que, en relación con la doctrina de los actos propios, cuya base legal se encuentra en el artículo 7.1 CC, exige la concurrencia de los siguientes requisitos: i) el acto que pretende combatirse debe haberse adoptado o realizado libremente; ii) el acto ha de ser concluyente e indubitado, en el sentido de constitutivo de la expresión de un consentimiento para crear, modificar o extinguir un derecho generando una situación desacorde con la ulterior conducta de ese sujeto; iii) debe existir un nexo causal entre dicho acto y la incompatibilidad posterior; iv) el acto debe

ser susceptible de ser confirmado. En relación con actos acordados por una Junta de Propietarios, el Tribunal Supremo declara que no es posible la impugnación de los acuerdos que pretenda reconducir el debate a tiempos anteriores, cuando existe un acto jurídico firme y acatado por todos los propietarios, aceptado por unanimidad de la junta de propietarios, que ha sido objeto de una continuada aplicación durante un período de tiempo prolongado, para obtener una rebaja de las contribuciones comunales. De ahí que sea contrario tanto con la doctrina de los actos propios como con la ejecutividad y fuerza vinculante de los acuerdos comunitarios adoptados en junta de propietarios, que no sean radicalmente nulos y que no hayan sido impugnados, el hecho de que tras la incorporación de un nuevo propietario, y sin ninguna alteración de las circunstancias, la comunidad tuviera que hacer frente a la reclamación judicial de los nuevos vecinos discordantes. El Tribunal Supremo recuerda el contenido de las SSTs de 19 de noviembre de 1996, 28 de febrero, 19 de octubre y 30 de diciembre de 2005 y 7 de junio de 2006, en las que se declara que los acuerdos de este tipo que no han sido impugnados en el plazo de caducidad que se establece en la regla cuarta del artículo 16 LPH gozan de plena validez y eficacia, y obligan a los propietarios. **(STS de 13 de julio de 2012; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña Ana, Doña Sara y Don Antonio, propietarios de diferentes pisos en la Calle A, núm. 000, de San Sebastián, interpusieron demanda de juicio ordinario contra la Comunidad de Propietarios a la que pertenecen, así como contra todos los propietarios que la configuran. En ella solicitan la nulidad de determinados acuerdos adoptados por la Junta y de las cuotas de participación que se habían fijado para los demandantes en el título constitutivo de la comunidad. En segundo lugar, se solicita la fijación de nuevas cuotas de participación comunitarias y la condena a la comunidad a la regularización de las liquidaciones correspondientes a los trimestres afectados por las cuotas impugnadas.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Donostia-San Sebastián de 10 de junio de 2008 estimó parcialmente la demanda, por entender que la negativa a modificar las cuotas de participación existentes supone un abuso de derecho y vulnera el principio de igualdad. En consecuencia, se declaró la nulidad de uno de los acuerdos impugnados, se estableció que la copropietaria Doña Ana estaba exenta de abonar los gastos de agua, y se condenó a la comunidad de propietarios a regularizar las liquidaciones de saldo referidas en la demanda, respecto de esta propietaria, y a fijar nuevas cuotas de participación en la comunidad.

La comunidad de propietarios demandada interpuso recurso de apelación. Éste es desestimado por la Audiencia Provincial. Tras ello, la comunidad de propietarios interpone doble recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. Este último es estimado. En consecuencia, el Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida, en el único sentido de desestimar la demanda en cuanto a la nulidad del acuerdo de la Junta de Propietarios y la consiguiente fijación de cuotas. *(G.M.A.)*

19. El reconocimiento del derecho de paternidad de los autores.—El artículo 14 LPI reconoce a los autores el derecho moral de paternidad. Significa que en cada reproducción que se haga de una obra, debe aparecer el nombre del autor como reconocimiento de su condición de tal, so pena de incurrir en una infracción de los derechos de propiedad intelectual. Cuando se reproduce una obra plástica, la aparición de la firma del autor en esa reproducción supone el reconocimiento suficiente de la paternidad de la obra. **(STS de 10 de julio de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En 1906, el artista plástico H pintó, por encargo de la sociedad O, un cartel publicitario para promocionar la cerveza de esta entidad. El citado cartel incluía un personaje conocido como «Gambrinus». En 1946, C, antecesora de O, solicitó el registro como marca mixta del logotipo del personaje señalado, que obtuvo el 1 de julio de 1948, que ha ido renovando y está en vigor. A ello le ha ido sucediendo el registro de una pluralidad de signos con esa imagen asociados para diversos productos y servicios. La demandada HK procede de la fusión por absorción entre A y GC, por lo que es la sucesora de las relaciones de este último, que a su vez lo es por absorción de C. HK realizó entre enero y junio de 2005 una campaña en una página web en la que se utilizó la imagen del citado cartel original dibujado por H, en el que consta la firma del artista.

VEGAP, gestora de los derechos del pintor, interpone demanda contra HK alegando la utilización del personaje sin autorización y sin señalar a quién pertenece su autoría. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por entender que HK hizo un uso legítimo de su marca, concedida en 1948, bien en la misma forma en la que se había concedido, bien en forma similar sin alterar de manera significativa sus caracteres distintivos. Por su parte, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó la infracción basada en la utilización de la obra como marca, pero la revocó en cuanto la demandada había introducido en Internet la imagen enmarcada del cartel original del personaje, condenando a HK al pago de una indemnización.

Ambas partes interpusieron sendos recursos de casación. El recurso planteado por HK fue desestimado. En cuanto al de VEGAP, ésta alega que la utilización del personaje en la página web constituía una infracción del derecho moral de autor reconocido en el artículo 14.3.º LPI (derecho de paternidad). Sin embargo, el Tribunal Supremo, rechazando igualmente este recurso, entiende que la forma en la que la obra ha sido divulgada ofrece datos suficientes como para entender atribuida la paternidad a su autor, por lo que no se vulnera dicho derecho.

NOTA.—Un derecho moral muy importante que tienen los autores, junto con el derecho de divulgación, es el relativo a la paternidad. Los derechos de propiedad intelectual se reconocen desde el mismo momento en que se crea algo con los requisitos del artículo 10 LPI. El proceso creativo conlleva tanto esfuerzo, que la LPI ofrece la protección propia del derecho de propiedad, si bien especial. Hasta tal punto es así, que se convierte en un requisito imprescindible que en cada copia de la obra aparezca claramente quién es el autor de la

misma, con su nombre, firma o signo –o su seudónimo o nada si es que quiere mantenerse en el anonimato–. Incluso en aquellos casos en que el legislador ha previsto supuestos en que cabe hacer uso de las obras sin el consentimiento del autor (cita, ilustración en la enseñanza), es necesario identificarlo. El fin es claro: evitar el plagio, que alguien se atribuya a sí mismo una obra ajena. (S.L.M.)

20. Doctrina de los actos propios. Encaje en el ordenamiento español.—En ausencia de regulación expresa en el Código Civil, doctrina y jurisprudencia coinciden en que la doctrina de los actos propios es una manifestación del principio de buena fe, que, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, impone el artículo 7 CC. En cita de la STS de 22 de julio de 2010, el Tribunal Supremo afirma que con ello se trata de proteger la confianza surgida por la apariencia creada por una relación jurídica o situación de hecho, limitando la libertad de actuar cuando se han creado unas expectativas razonables, esto es, impidiendo la admisión como legítimo de un comportamiento posterior contradictorio a esa previa expresión inequívoca de una determinada voluntad.

Criterios de interpretación de los contratos.—En un sistema consensualista como el español, la interpretación de un contrato no puede quedarse en el análisis de lo expresado con claridad por las partes en la letra de éste, sino que se debe investigar si ello coincide con lo querido o si, por el contrario, consciente o inconscientemente, los contratantes expresaron algo distinto. Si se demuestra una voluntad común diferente a lo que se deduce de lo expresado en el contrato, prevalece la voluntad realmente querida por las partes. Solamente cuando no existe prueba de lo consentido entra en juego la regla interpretativa que impone tener por consentido lo que con claridad expresaron consentir las partes. Ello es acorde con las tendencias doctrinales sobre la función de la interpretación contractual que se pusieron de manifiesto en los Principios UNIDROIT y la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación de 2009. Sin embargo, dado que la normativa reguladora del derecho de autor no tiene un carácter dispositivo, incluso cuando las partes hubiesen querido reconocer y hubiesen reconocido en el contrato que el objeto de éste es una obra protegida por el derecho de autor, este reconocimiento no se traduce per se en una vinculación a los contratantes a aquel efecto.

Obras plásticas. Identificación de los objetos protegidos por el derecho de autor y por los derechos de propiedad industrial.—De entre los distintos regímenes de relación entre los bloques de protección de una misma obra plástica por el derecho de autor y por la propiedad industrial, el Derecho de la Unión Europea excluye el de separación absoluta, según el cual la propiedad intelectual de los autores plásticos no es susceptible de tutela por vía del diseño y viceversa, ya que la duplicidad vendría superflua. Así se declara en el artículo 17 de la Directiva 1998/71/CE, de 13 de octubre, de Protección jurídica de los dibujos y modelos y en el artículo 96.2 del Reglamento CE 6/2002, de 12 de diciembre, de dibujos y modelos comunitarios. Concretamente, en el ordenamiento español ambas tutelas se entienden independientes, acumulativas y compatibles. La Exposición de Motivos y la disposición adicional décima de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial es clara en este sentido. Las finalidades de las normas que tutelan derecho de autor y diseño son muy distintas. Mientras

que la primera otorga un reconocimiento y protección a quien contribuye a la formación y desarrollo de la cultura y ciencia de manera original, la segunda protege las innovaciones formales referidas a las características de apariencia de los productos en sí o de su ornamentación. De ahí que para acceder a la tutela por el derecho de propiedad industrial se exija la novedad o singularidad, y el nacimiento de la protección por el derecho de autor se condicione a la existencia de originalidad. Por ello, podremos encontrarnos obras plásticas puramente artísticas protegidas únicamente por el derecho de autor o bien obras de arte aplicadas a la industria y creaciones diseñadas o utilizadas para ser reproducidas artesanalmente o industrialmente en serie, que podrán merecer los dos tipos de tutela, en caso de cumplir las dos condiciones exigidas para ello. **(STS de 27 de septiembre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En junio de 1997, doña Laura, doña Marta e Industrias de Iluminación T suscribieron un contrato por el que esta última encargó a las dos primeras el diseño de una farola a fin de concurrir en un concurso convocado por la entidad PE, creada por el Ayuntamiento de Barcelona, en cuyas bases se establece la cesión a PE de los derechos de explotación del diseño ganador durante un plazo de diez años. El diseño creado por doña Laura resultó ganador. Un año más tarde, doña Laura e Industrias de Iluminación T suscribieron un nuevo contrato de cesión de derechos de explotación tanto del diseño ganador como de dos variantes del mismo. En octubre de 2000, PE autoriza la explotación del modelo de farola ganador del concurso a Industrias de Iluminación T y a la compañía AB. En junio de 2006 doña Marta comunica a Industrias de Iluminación T la resolución del contrato vigente entre ambas. Un mes más tarde, doña Marta cede a AB sus derechos de explotación del diseño ganador y de sus variantes con un carácter de cesión en exclusiva.

Doña Marta y AB interpusieron demanda contra Industrias de Iluminación T, alegando, por un lado, el impago por parte de esta última de las regalías acordadas en el contrato vigente entre ellas, y ejercitando, en segundo lugar, las acciones por infracción de derechos de propiedad intelectual sobre el diseño ganador por los actos de explotación de éste llevados a cabo por la demandada con posterioridad a la resolución del contrato.

En su sentencia de 20 de octubre de 2008 el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona estima la pretensión contractual pero desestima la pretensión basada en la infracción de los derechos de propiedad intelectual, pues entiende que la actuación de la demandada estaba amparada por el contrato de cesión de derechos de explotación existente entre Industrias de Iluminación T y la entidad PE.

Doña Marta y AB interponen recurso de apelación, que es desestimado por la sentencia de 27 de enero de 2010 de la sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona. En este caso, la Audiencia entendió no probada la existencia de originalidad requerida para la protección del diseño de la farola por el derecho de autor.

Contra esta última sentencia doña Marta y AB interponen sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. El Tribunal Supremo no acoge ninguno de los motivos alegados en ellos.

NOTA.—A la hora de exponer el carácter consensualista del sistema español, el Tribunal Supremo se apoya en el artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos redactada por la Comisión General de Codificación, sección civil, según el cual: «*Los contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras*», así como en el artículo 4 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, que establece: «*El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes*», y en el apartado 1 del artículo 5:101 de los Principios de Derecho Europeo de los contratos, que declara: «*El contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras*». Se recomienda la lectura de las siguientes obras: L. Díez-Picazo y Ponce de León, A. M. Morales Moreno, y E. Roca Trias, *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.*, n.º 2, 2009, pp. 480 y ss; y A. M. Morales Moreno, *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, entre otros (G.M.A.)

21. Calificación negativa del registrador de la propiedad. Legitimación activa del registrador para interponer recurso ante la DGRN contra resolución dictada por este órgano.—El Tribunal Supremo reitera su doctrina jurisprudencial sentada en las SSTs de 20 de septiembre de 2011 y de 2 de enero y 28 de junio de 2012, estableciendo que la inseguridad jurídica creada por la nueva redacción del artículo 328 LH debe entenderse que el registrador de la propiedad únicamente está legitimado activamente para impugnar una resolución dictada por la DGRN cuando exista un interés legítimo suficiente. Interés que habrá de acreditarse de manera efectiva en la demanda y que normalmente se vincula a una eventual responsabilidad civil o disciplinaria del registrador relacionada con la función calificadora registral si su nota de calificación hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la DGRN. El Tribunal Supremo considera que el artículo 328 LH no contradice el texto de la Exposición de Motivos de la reforma de 2005 de la LH, sino que lo confirma al aclarar, por un lado, la regla general de la vinculación de todos los registradores a las resoluciones de la DGRN cuando resuelve recursos frente a la calificación, y la imposibilidad del registrador de recurrir la decisión de su superior jerárquico cuando revoca su calificación; y, por otro lado, en precisión de lo anterior, la excepción a esta regla general en aquel supuesto en el que la resolución de la DGRN pueda repercutir de modo efectivo en la esfera jurídica del registrador, como sucede cuando media amenaza de responsabilidad disciplinaria contra el concreto registrador, puesto que de no revisarse la causa que justifica el anuncio de amenaza o responsabilidad disciplinaria en cuestión el registrador podría ver vulnerado su derecho en el expediente que se tramite. No existe, sin embargo, una legitimación del registrador para recurrir resoluciones de la DGRN en base a razones que tengan que ver con la defensa objetiva y abstracta de la legalidad o a la simple disconformidad con la decisión del superior jerárquico.

Estatutos societarios. Elusión fraudulenta de la aplicación de la norma que regula un tipo societario.—No tiene sentido que los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada allí donde la Ley de Sociedades Profesionales exige certidumbre jurídica contengan ambigüedad y allí donde la ley trata de evitar que las sociedades profesionales eludan su responsabilidad frente a terceros, descargándola sobre personas naturales, opten por la alternativa más favorable a la elusión de esa responsabilidad. Es jurídicamente exigible que mediante cláusulas estatutarias dudosas no se desnaturalice el tipo societario escogido para el desarrollo del objeto social. (STS de 18 de julio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El registrador accidental del Registro Mercantil núm. 2 de Valencia y la registradora titular de este Registro interponen una demanda contra la resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2007, solicitando que se declare la nulidad de dicha resolución y que se confirme la calificación negativa efectuada por el primer registrador. Estas actuaciones se acumulan a la demanda interpuesta por el Consejo General de la Abogacía Española, con un petitum equivalente.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia dicta sentencia de 23 de octubre de 2008, por la que estima parcialmente el recurso interpuesto por los registradores y desestima íntegramente el recurso interpuesto por el Consejo General de la Abogacía Española.

Los demandantes originarios interponen sendos recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia. El recurso presentado por el Consejo de la Abogacía Española es desestimado por la sentencia de 29 de abril de 2009 de la sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, por considerar que existe falta de legitimación del recurrente, mientras que el recurso interpuesto por los registradores es estimado, revocando la sentencia de primera instancia y anulando la resolución de la DGRN y, por tanto, manteniendo la calificación negativa parcial del Registrador.

La Administración del Estado interpone recurso de casación por interés casacional en su modalidad de aplicación de norma que no llevaba más de cinco años en vigor, a saber la modificación del artículo 328 LH por la Ley 24/2005, de 19 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, y, por otra parte, la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

El Tribunal Supremo desestima los dos motivos del recurso. En primer lugar, reitera como doctrina jurisprudencial que el registrador de la propiedad está legitimado activamente para impugnar la resolución dictada por la DGRN siempre que acredite su derecho por el anuncio de apertura de expediente disciplinario. En este caso, al contener la resolución de la DGRN recurrida una advertencia al registrador sobre las consecuencias de su calificación negativa en el plano disciplinario, el Tribunal Supremo entiende que era innegable la legitimación de los registradores demandantes. En segundo lugar, el Tribunal Supremo entiende que la resolución de la DGRN responde a un criterio que permite burlar con gran facilidad la Ley de Sociedades Profesionales.

NOTA.—Acerca de la legitimación de los registradores frente a la DGRN resulta aconsejable la lectura de L. Prats Albentosa,

«Legitimación en el proceso verbal de revisión de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 825/2011, parte Comentario. Este autor señala que el artículo 328 LH debe interpretarse restrictivamente, al ser una norma extraordinaria de legitimación, lo que conlleva la exigencia acumulativa de dos condiciones: 1) la DGRN, mediante resolución expresa, debe haber revocado la calificación negativa del registrador que pretende combatir esa resolución; y 2) esta resolución debe afectar a un derecho o interés del que sea titular este registrador en el sentido de atribuir a dicho registrador defectos manifiestos en el ejercicio de la función calificadora, determinantes, de manera real, y no meramente hipotética, de su responsabilidad civil o disciplinaria. (G.M.A.)

DERECHO DE SUCESIONES

22. Renuncia traslativa como forma especial de aceptación de herencia.—La interpretación y el alcance del artículo 1000.1 CC como un supuesto de aceptación de la herencia requiere una previa delimitación conceptual en la medida en que dicha aceptación se la suele ejemplificar con las denominadas *renuncias traslativas*. Nuestro Derecho patrimonial admite como principio general la renunciabilidad de los derechos subjetivos, siempre que no sea contraria al interés o al orden público o se realice en perjuicio de tercero. Pero como sucede en el ámbito de las relaciones jurídico-reales, en donde las renunciaciones traslativas no constituyen, en rigor, auténticas renunciaciones, pues carecen del efecto extintivo, también su aplicación a este supuesto de aceptación especial de la herencia resulta equívoca y debe matizarse. En este sentido debe señalarse que *la renuncia traslativa, entendida en términos de aceptación de herencia, no comporta, en ningún caso, la transmisión directa del «ius delationis» al beneficiario de la misma; por tanto, el adquirente lo será siempre del heredero y no del causante cuya herencia es aceptada con esta fórmula*. El marco interpretativo del artículo 1000 debe realizarse en atención al artículo 990 CC, en donde, *a sensu contrario*, y a diferencia de la repudiación en sentido estricto, que es siempre pura o neutra, se infiere la admisión de la renuncia traslativa, como aceptación de la herencia, en beneficio ya de coherederos, o bien de extraños (terceros u otros vocados); también debe tenerse en cuenta el artículo 999 CC, referido a las formas que puede presentar la aceptación pura de la herencia, ya expresa o tácita, pues a diferencia de lo en él dispuesto, que en última instancia permite que la labor interpretativa alcance subjetivamente a la propia declaración de voluntad o actos que presuman dicha aceptación, el artículo 1000 debe interpretarse objetivamente en el ámbito de la tipificación contemplada, de suerte que contrastado el hecho de referencia —en nuestro caso, venta, donación o cesión del derecho—, queda determinada implícitamente la aceptación de la herencia. Delimitado, de este modo, el contexto interpretativo, no hay inconveniente alguno en señalar, conforme a la doctrina reciente, que *la renuncia traslativa, a tenor del artículo 1000.1 CC comporta una implícita aceptación ex lege de la herencia y, por tanto, del «ius delationis», que causaliza al inmediato negocio de atribución intervivos realizado, particularmente el de una cesión gratuita del derecho hereditario*.

Problemas interpretativos.—La utilización de estas fórmulas de aceptación de la herencia suelen realizarse con la finalidad de eludir la tributación de la correspondiente transmisión intervivos que se opera, sin reparar, debidamente, en los problemas de interpretación y adjudicación de la herencia que posteriormente se pueden derivar. En el presente caso no hay duda alguna de que la declaración del padre del causante, manifestada en la escritura de 29 de mayo de 2003, comporta una necesaria aceptación de sus derechos hereditarios en la herencia de su hijo conforme a la expresa cesión de los mismos a sus restantes hijos. La interpretación del negocio testamentario otorgado el 23 mayo 1996, queda extramuros de la interpretación que resulte de la renuncia traslativa, rigiéndose por sus propias reglas. Y en este ámbito la interpretación viene presidida por *la regla de la preponderancia de la voluntad real del testador (art. 675 CC) del que se desprende que el resultado final de la interpretación debe ser la fijación de la voluntad querida por el testador. Dicha fijación o averiguación debe proyectarse en el plano de la declaración formal testamentaria que realiza el testador, y no en el marco subjetivo de la interpretación de las meras intenciones que pudiera encerrar su voluntad interna.*

En consecuencia, la interpretación literal del testamento resulta tanto el punto de partida como también el punto de llegada del curso interpretativo, en la medida en que los términos de la declaración formal testamentaria son claros y no dejan lugar a duda; a saber, atribución al padre de un legado en pago de la legítima, mediante la cuota legal que le corresponda, ausencia de gravamen sobre el mismo, y la falta de disposición testamentaria relativa a la posible renuncia o imposibilidad de aceptación del legado por parte del legitimario. De este modo cabe concluir que *la vocación hereditaria por la vía testamentaria confluó en una plena existencia y efectividad del «ius electionis» como derecho actual de aceptar la herencia, esto es, la existencia de una sucesión abierta, la designación del beneficiario a través del negocio testamentario, su determinación y supervivencia respecto del causante y su pertinente aptitud y capacidad para heredar.*

Extensión del ámbito de legitimación de la aceptación a favor del legatario legitimario.—Si la renuncia traslativa comporta una implícita aceptación *ex lege* de la herencia lo es, en la medida en que también presupone el ejercicio de aceptación del pertinente *ius delationis*, como presupuesto de legitimación para adquirir el derecho hereditario. Desde esta perspectiva se comprende mejor que la cuestión debatida no se centra tanto en saber si la aceptación del legatario legitimario debe entenderse condicionada, en todo caso, a su aceptación como heredero de la herencia, sino más bien si en el ámbito de legitimación para adquirir el derecho hereditario el legatario legitimario ostenta en la sucesión un propio y efectivo *ius delationis*. Al respecto no cabe duda alguna que *en nuestro Derecho de sucesiones, con independencia de que se estructura la legítima como una vocación más de las consignadas en el artículo 658 CC o, en su caso, del concreto título por el que se le instituya, el legitimario tiene reconocido ex lege un propio y diferenciado «ius delationis» respecto del quantum legal que le corresponda como derecho hereditario, reconocimiento o atribución que, sin lugar a dudas, le permite aceptar su derecho hereditario a través de las formas especiales dispuestas o tipificadas en el artículo 1000.1 CC.*

Nulidad de la partición.—Desestimado el primer motivo del recurso de casación en el sentido de apreciar la plena validez de la renuncia traslativa del padre a favor de sus restantes hijos, y, por tanto, de la implícita aceptación

de la herencia de su hijo, hace innecesario entrar en la valoración de los restantes motivos de casación formulados, por cuanto la partición practicada por el contador-partidor no sólo no se realizó conforme a la voluntad testamentaria sino que infringió además la intangibilidad cuantitativa y cualitativa del padre legitimario al vaciarla de todo contenido económico resultando, por tanto nula de pleno derecho. (STS de 20 de julio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El testamento básico otorgado el 23 mayo 1996 contiene las siguientes disposiciones: 1.º Lega a su padre la cuota legal que como legítima le corresponde. 2.º Lega a uno de sus hermanos, sin perjuicio de lo anteriormente dispuesto, el usufructo vitalicio de la herencia, con relevación de inventario y fianza. 3.º Instituye por partes iguales como herederos a tres sobrinos hijos de tres hermanos suyos. También designa contador-partidor. El testador fallece el 25 de febrero de 2003, y el padre en escritura notarial de 29 de mayo de 2003 renuncia a la herencia, sea testada o intestada, de su hijo, a favor de sus restantes hijos y por partes iguales. En 2005 los restantes hermanos del testador, excepto el beneficiado con el testamento, impugnan la partición llevada a cabo por el contador-partidor, así como la capitalización realizada del usufructo vitalicio en favor de uno de los hermanos, y también la valoración de los bienes hereditarios. Demandan a la que se allanan uno de los sobrinos designados herederos y su padre. La demanda es estimada en ambas instancias, y el recurso de casación interpuesto por el hermano usufructuario vitalicio se desestima.

NOTA.—La sentencia destaca por el profundo análisis de la singular modalidad de renuncia hereditaria traslativa del artículo 1000.1 CC y por la labor exegético-práctica tanto sobre esta modalidad de aceptación tácita *ex-lege*, como sobre el tema recurrente de la naturaleza jurídica del legado en pago de legítima, resuelta con elegancia y acierto. Dijérase que un padre de familia numerosa acude a *desfacer el entuerto que un hijo suyo, acaso poco conscientemente, causa en su testamento desigualando a hermanos y sobrinos*, norma de igualdad, por lo demás, no escrita (no hace falta recordar que, en Galicia, región de donde procede el litigio, no tenían en 2003, —fecha de fallecimiento del causante—, cualidad de herederos forzosos ni los hermanos ni menos los sobrinos, hijos de éstos; la Ley de 2006 ha eliminado, además, la legítima de los ascendientes). En todo caso en el litigio sólo se invoca el Código civil (G.G.C.)

23. Liquidación de gananciales y partición hereditaria: Cuándo no es obligatoria la previa liquidación.—La no liquidación previa de los gananciales no comporta la nulidad de la partición realizada cuando de las circunstancias concurrentes pueda identificarse el objeto de la partición, es decir el caudal relicto. Este supuesto concurre en el presente litigio por las siguientes razones: 1.º) Existe una única finca ganancial; los derechos que corresponden a la causante sobre esta finca se han atribuido a los dos hijos, legatarios de los tercios de mejora y libre disposición con la siguiente fórmula: «Una mitad indivisa de los derechos gananciales que pertenezcan a la causante en la finca

inventariada bajo el núm. 1.º; 2.º) En virtud de la transformación de la comunidad de gananciales en comunidad por cuotas a consecuencia de la finalización de la sociedad, lo único que puede atribuirse es el derecho que la causante ostenta en dicha comunidad, que en el caso litigioso será el que se determine en la posterior división de la comunidad subsistentes entre el cónyuge superviviente y los tributarios de este derecho en la partición. 3.º) Aunque no se haya partido la sociedad, se cumple con atribuir el derecho que tiene el difunto en los bienes gananciales, porque esto es lo que tiene en su patrimonio; 4.º) Las disposiciones citadas como infringidas no se refieren a la cuestión planteada, porque ninguna disposición en el Código civil exige la previa liquidación de los gananciales, que normalmente existirá, pero puede no coincidir con la de la herencia; 5.º) La jurisprudencia que se aporta como infringida no imponen esta liquidación. En la STS de 20 de octubre de 1952 se efectúa al mismo tiempo la partición de ambos patrimonios; en la STS de 7 de diciembre de 1988 se discutía si unas casas tenían o no carácter ganancial y no aclarado este extremo se afirma que nadie puede disponer de lo que no tiene; en las SSTs de 8 de marzo de 1995, 22 de febrero de 1997 y 17 de octubre de 2002 se discutían problemas de liquidación de la anterior sociedad de gananciales, ya que el causante había contraído dos matrimonios y no se había liquidado el correspondiente al primero, de donde la jurisprudencia de esta Sala entiende que no se había determinado el patrimonio del difunto. Ninguna de estas sentencias se ajusta al actual litigio en el que la albacea contadora partidora se ha limitado a adjudicar la parte correspondiente a los derechos que se ostentan en la sociedad de gananciales, con lo que el capital hereditario está definido.

Partición y lesión de la legítima.—La intangibilidad de la legítima afecta al causante que no puede ni gravar al legitimario, ni dejarle menos de lo que por legítima le corresponda y abre las acciones que éste tiene para corregir las disposiciones que le perjudiquen. Cuando la lesión la produce la partición, no se puede hablar de intangibilidad, sino de corrección de las operaciones particionales. En realidad, la cuestión la centran las recurrentes en la revisión de la prueba pericial, lo que no es posible efectuar en casación. Si la legítima se ha lesionado en las operaciones particionales, se conceden las acciones de complemento de legítima, sin que ello comporte declarar la nulidad de las operaciones particionales. La jurisprudencia que se invoca como infringida no resulta aplicable a este caso. La STS de 20 de noviembre de 1990 resolvió un caso en que la legitimaria denunció la omisión de determinados bienes y la infravaloración de los demás, manteniendo la nulidad por los defectos detectados; la STS de 21 de noviembre de 2004 se refería a un legado de parte alícuota, distinto del actual; la STS de 16 de mayo de 1997 es un caso de liquidación de gananciales.

Pago de las legítimas en dinero.—Del artículo 841 CC se deducen los siguientes requisitos legales: a) que el testador lo haya autorizado; b) que estén de acuerdo en la conmutación o que se autorice judicialmente; y c) que se atribuya a los autorizados el patrimonio relicto. Estos requisitos concurren por lo que es válida la cláusula que atribuye la opción a los hijos para que paguen a los nietos su legítima en dinero.

Desde un análisis puramente teórico llevan razón las recurrentes al afirmar que esta autorización de pago de legítima en dinero convierte en un crédito la legítima *pars hereditatis*, pero lo autoriza el artículo 841 CC.

Objeto de la conmutación.—El heredero o contador partidador autorizado para pagar las legítimas en dinero, puede hacerlo con dinero no hereditario.

Es evidente que cuando el testador ha previsto la posibilidad de conmutación, ha tenido presente un interés más general que el pago de las correspondientes legítimas. Preservando este interés, la ley permite cambiar la cualidad con que el legitimario va a participar en la sucesión y por ello autoriza este legado de crédito. Al ser un acreedor, no se requiere que el dinero que sirve para pagar la legítima forme parte del caudal relicto, teniendo en cuenta, además, el carácter fungible del dinero.

Realización del pago en metálico.—Conforme al artículo 844 CC, los autorizados para efectuar el pago de las legítimas en dinero, deben comunicarlo a los afectados en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión y, a partir de aquí, tienen otro año para realizar el pago. De la prueba práctica se deduce: 1.º Una vez realizada la partición, se ofreció a las nietas de la causante, el pago de las cantidades resultantes, de acuerdo con las operaciones de cálculo llevados a cabo por la contadora partidora, y que este pago fue rechazado. 2.º Como consecuencia de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se modificaron las cantidades a abonar, pero la sentencia aun no es firme porque las nietas han seguido recurriendo. Sólo en el momento en que sea firme la sentencia que condene al pago de la cantidad de 43.424, 06 euros a cada legitimaria, empezará a contar el segundo plazo de un año para el pago en metálico de la legítima.

Gastos notariales generados en interés común.—El artículo 1064 CC recoge una regla general de todo este tipo de operaciones particionales; los gastos generados en interés común deben correr a cargo de los beneficiados por dichos pagos. La parte recurrente entiende que los gastos notariales no son deducibles, porque no era necesario el otorgamiento particional en escritura pública, pero esta alegación es demasiado simple, puesto que la escritura no favoreció sólo a los herederos que la otorgaron, sino a todos los interesados en la herencia, de donde debe deducirse que no se trata de un gasto generado en interés particular de uno de los herederos. Lo mismo debe concluirse en relación con el peritaje realizado para la valoración de los bienes, que era necesario para fijar la cuantía de las legítimas.

Intereses de la legítima.—Es cuestión nueva pues no los pidieron en la demanda y rechazaron de plano el pago que en su momento les fue ofrecido (STS de 18 de julio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G.G.C.)

