

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 del Boletín Oficial del Estado
C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
Tel.: 902 365 303
Fax: 91 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXVII, FASCÍCULO IV
Octubre-diciembre, 2014

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2015

<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): 007-15-001-0
NIPO (M. de Justicia): 051-15-002-0
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

La autonomía de la voluntad en la transmisión de la empresa: «El pacto de familia»

ROSARIA GIAMPETRAGLIA

Catedrática de Derecho civil de la Segunda Universidad de Nápoles

RESUMEN

El denominado «pacto de familia» se introdujo en el Código Civil italiano en 2006 y se encuentra regulado en los artículos 768-bis al 768-octies. Se trata de un acuerdo por el que un empresario puede transferir, total o parcialmente, su empresa, a uno o varios de sus descendientes, garantizando el derecho de los otros futuros legitimarios. Con esta figura el legislador italiano ha pretendido facilitar el paso generacional de la titularidad de las pequeñas y medianas empresas. Para ello se ha ocupado de favorecer la autonomía de la voluntad del empresario con esta posibilidad de «designar» quien de entre sus descendientes va a continuar al frente de la empresa, y sorteando así la rigidez de los pactos sucesorios. Con todo, la figura presenta ciertas dudas y problemas puestos de relieve por la doctrina y que aconsejan hacer determinados retoques en su actual regulación.

PALABRAS CLAVE

Autonomía de la voluntad, empresa, pacto de familia, legitimario, pacto sucesorio, descendiente.

ABSTRACT

The so called «family pact» was introduced in the Italian Civil Code in 2006 and is regulated by Articles 768 to 768-bis-bg. This is an agreement whereby an employer may transfer all or part of your business, one or more of its descendants, guaranteeing the right of the other future heirs. With this figure the Italian legislature intended to facilitate the generational passage of ownership of small and medium enterprises. This has been busy promoting the autonomy of the entrepreneur with the ability to «designate» who among

their descendants will continue to lead the company, and thus avoiding the rigidity of succession agreements. However, the figure presents some doubts and problems raised by the doctrine and advised to make certain tweaks to its current policy.

KEY WORDS

Family Pact, Autonomy of the will, company, family pact, forced heir, agreement as to succession, offspring.

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *El pacto de familia: perfiles de efectividad.*–3. *Naturaleza y cargo del pacto de familia.*–4. *Estructura del pacto de familia y «partes».*–5. *Hipótesis problemáticas y disolución del pacto de familia.*–6. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

El pacto de familia¹ es un instrumento introducido en el *corpus* del código civil italiano con la ley del 14 de febrero de 2006, n. 55².

¹ Para un estudio de carácter general de la institución Cfr. ROSSI CARLEO L., CUFFARO V., BELLISARIO E., *Famiglia e successioni. Le forme di circolazione della ricchezza familiare*, Turín, Giappichelli, 2005; AA.VV. *Patti di famiglia per l'impresa en I quaderni per la Fondazione italiana per il notariato, Il sole 24 ore*, Milán 2006; CACCAVALE C. *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, en *Notariato*, 2006, fasc. 3, 289; GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giustizia civile*, 2006, II, pp. 220 y ss.; MANES P., *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare in Contratto ed impresa* 2006, pp. 540 y ss.; VINCENTI A., *Il patto di famiglia compie cinque anni: spunti di riflessione sul nuovo tipo contrattuale*, in *Diritto di famiglia*, 2011, fasc. 3, 1441, VITUCCI P., *Ipotesi sul patto di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, I, pp. 453 y ss. DELLE MONACHE S., *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, en *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, a cura di DELLE MONACHE S., *Quaderni della rivista di diritto civile*, Padua, CEDAM 2007, 323; LA PORTA U., *Il patto di famiglia*, Turín, UTET, 2007; STUCCHI L., *L'art. 768 bis CC fattispecie e disciplina in Il patto di famiglia*, *Atti e contratti nel diritto civile e commerciale*, Turín 2007; PERLINGIERI G., *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione complessiva degli interessi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, fasc. 1, 146; ROSSI CARLEO L., *Il patto di famiglia: una monade nel sistema?* en *Notariato*, 2008, fasc. 4, pp. 434 y ss.; MONCALVO F., *Il patto di famiglia sub art. 768 bis–768 octies cod. civ.*, en *Codice commentato ipertestuale delle successioni e delle donazioni*, dirigido por BONILINI G. e CONFORTINI M., Turín 2012, II ed., pp. 1099 y ss., VOLPE F., *Il patto di famiglia sub art. 768 bis–768 octies*, en *Comm. del codice civile dirigido por SCHLESINGER P.*, Milán 2012; BONILINI G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Turín 2013, pp. 227 y ss.

² Se indica que en el texto sucesivamente modificado y aprobado definitivamente como pacto de familia, confluyen dos propuestas de ley: el proyecto de ley S/1353/XIV («Nuevas normas en materia de pactos sucesorios relativos a la empresa»), comunicado a

El legislador, además de modificar el art. 458 CC, ha establecido, después del artículo 768 (del art. 768 *bis* al art. 768 *octies*) siete nuevos artículos, que constituyen ahora el capítulo V *bis* y que disciplinan el nuevo instituto como el contrato a través del cual el empresario transfiere, total o parcialmente, la empresa –y el titular de participaciones societarias transfiere, total o parcialmente, sus cuotas– a uno o más descendientes, garantizando la protección de los derechos de los futuros legitimarios.

Los beneficiarios están obligados a entregar a estos últimos una suma de dinero, o el equivalente *in natura*, cuyo valor será determinado en el momento del otorgamiento del pacto, según los criterios vigentes en tema de sucesión necesaria, con exclusión de los mecanismos de reducción y de colación hereditaria. El objeto del pacto de familia es, pues, la empresa y las participaciones societarias que el disponente transfiere «total o parcialmente» a uno o a más descendientes.

No obstante que el legislador tan sólo haya determinado el bien objeto del pacto y no haya dicho nada con respecto al derecho objeto de transmisión, se considera que éste último pueda ser identificado con el derecho de propiedad que naturalmente asegura la continuación de la empresa por parte del sujeto beneficiario y, según algunos autores, con un derecho de usufructo, a pesar de que éste se extinga con la muerte del usufructuario³. Además el pacto de familia puede encontrar aplicación también en el caso en que el titular de la empresa la haya arrendado a terceros⁴. El objeto del pacto de familia puede ser una sola sección de la empresa, siempre que ésta esté dotada de autonomía organizativa y de gestión respecto del complejo empresarial en su totalidad⁵. Se ha discutido ampliamente en la doctrina el caso de la transmisión de participa-

la Presidencia del Senado el 23 de abril de 2002 y el proyecto de ley C/3870/XIV («Introducción del artículo 734-*bis* del código civil, en materia de pactos sucesorios de empresa»), presentado el 8 de abril de 2003 a la Cámara de los Diputados.

³ Cfr. PETRELLI G., *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, en *Riv. not.*, 2006, 2, 401

⁴ En el caso contrario, se ha subrayado justamente que la institución no podría ser utilizada en el caso en que la empresa se hubiese arrendado justamente a quien, en la intención del disponente, sería el descendiente asignatario. Así, VERDICCHIO V. *Il patto di famiglia. Commentario alla legge 14 febbraio 2006 n. 55 en Le nuove leggi civili*, di DI MAURO N., MINERVINI E. VERDICCHIO V., Milán, 2006, 81.

⁵ Es interesante sobre este punto la opinión de quien considera que «en caso contrario, no se comprende por qué motivo bienes empresariales o participaciones sociales irrelevantes, de pura inversión financiera podrían recibir un trato preferencial, con una transmisión de derechos que hasta puede incidir en la cuota de los legitimarios futuros, mientras que otros bienes desligados de la misma forma de cualquier relación con la producción (cuadros, casas de verano, depósitos bancarios), estarían excluidos. Se nos presentaría, entonces, un evidente problema de constitucionalidad, por incoherencia de la norma (art. 3 cost.)» así GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema del patto di famiglia in Giustizia civile*, 2006, II, 224

ciones societarias. La doctrina unánimemente ha excluido del posible objeto del pacto de familia cualquier participación en sociedades inmobiliarias de puro disfrute, formulando, en cambio, hipótesis discordantes en relación a la transmisión de participaciones sociales.

Algunos estudiosos, haciendo hincapié en la neutralidad de la referencia textual del artículo 768 *bis* CC a la titularidad de *participaciones societarias*, sostienen que pueda ser objeto del pacto de familia cualquier participación de todo tipo y entidad aunque esa represente una simple inversión económica financiera⁶.

La orientación contraria⁷, argumentando, en base a la *ratio* de la figura, limitaría el campo de las participaciones susceptibles de ser objeto del pacto de familia sólo a las que directamente o indirectamente estén en grado de garantizar al titular la posibilidad de controlar la realidad societaria cuya continuación ha querido asegurar el legislador. La institución en examen ha dado lugar a una literatura jurídica amplísima. Lo que parece debido, por un lado, a que el texto legal deja margen a muchas dudas de interpretación, y por otro, a la necesaria coordinación con otras instituciones del ordenamiento italiano.

El análisis de la disciplina dictada por la ley 55/2006, por tanto, no puede prescindir de una atenta valoración de la *ratio legis* y de una breve ilustración de las coordenadas del ordenamiento italiano en el que ha venido a insertarse, y en particular, del derecho suce-

⁶ Así pues FIETTA.G., *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati* in *Patti di famiglia per l'impresa Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milán 2006, 89; LOMBARDI G. e MAISTO G., *Il patto di famiglia, l'imprenditore sceglie il proprio successore*, en *Corr. Giur.* 2006, 512, MASCHERONI A., *Patto di famiglia ed attualità degli interessi tutelati, l'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006 n. 55*, en *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milán 2006, pp. 22 y ss.; STUCCHI L., *L'art. 768 bis CC fattispecie e disciplina* in *Il patto di famiglia, Atti e contratti nel diritto civile e commerciale*, Turín, 2007, pp. 112 y ss.

⁷ Cfr. BONAFINI L., *Il patto di famiglia tra diritto commerciale e diritto successorio*, en *Contratto e impresa* 2006, pp. 1191 y ss. en concreto en la página 1224 y ss. l'A., observa: «en las sociedades de capital la operatividad del pacto de familia está limitada por la asignación de participaciones sociales que permitan transmitir la empresa» o la transferencia de una cuota de participación al capital que «permita saldar el perfil propietario con él *latu sensu* empresarial, es decir en caso de que se trate de una situación de control sobre la empresa»; BUSANI A. *Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia* (comentario a la l. 14 febrero 2006 n. 55) *Guida al diritto* 2006; CACCAVALE C. *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie cit.*, pp. 32 y ss., COGNOLATO M., *La nuova disciplina dei patti di famiglia, tratti essenziali e principali problemi*, en *Studium Juris* 2006 224; GAZZONI F. *Appunti e spunti, cit.*, 220; PETRELLI G., *La nuova disciplina del «patto di famiglia» cit.*, 417 que evidencia la posibilidad de un uso impropio del instrumento que consistiría en «poner bienes muebles e inmuebles a nombre de una sociedad, al fin de atraer dichos bienes al régimen del pacto de familia»; VERDICCHIO V. *Il patto di famiglia cit.*, 81; VINCENTI V. *Il patto di famiglia compie cinque anni: spunti di riflessione sul nuovo tipo contrattuale*, en *Diritto di famiglia*, 2011, fasc. 3, 1442.

sorio, del derecho civil y del derecho mercantil⁸. El pacto de familia constituye la respuesta dada, por el legislador italiano, a las peticiones de los empresarios de tener a su disposición instrumentos idóneos para garantizar el paso generacional de sus empresas: representa, además, una señal de enorme relevancia y de notable carácter innovador desde el momento que tiende a exaltar y a valorizar el poder de la autonomía de la voluntad en un sector en el que tradicionalmente, siempre ha estado limitada.

Con el pacto de familia, los empresarios pueden asegurar la continuidad, la estabilidad y la eficiencia de una empresa ya activa en el mercado y pueden, gracias al principio de la autonomía de la voluntad, evitar que la misma se vea comprometida por las vicisitudes sucesorias. En el ciclo de la vida de una empresa, tras el momento de la creación y del crecimiento, el de la transmisión es seguramente el más delicado⁹. Está en juego no sólo la búsqueda del sucesor más adecuado sino también y sobre todo, desde un punto de vista económico y social, la protección de los puestos de trabajo.

La *ratio* de la reciente institución se halla, por ello, tanto en la exigencia de carácter general encaminada a salvaguardar la continuidad en la gestión de la empresa o en la titularidad de determinadas participaciones societarias, así como en la necesidad de superar la rigidez de la prohibición de los pactos sucesorios¹⁰, prohibición que tiende a comprimir el poder de la autonomía privada¹¹.

⁸ La nueva institución ha sido comparada con el test de Rorschach en que el objeto observado no acaba por expresar un significado propio sino revelando la idea que cada uno de los intérpretes tiene del sistema. La propuesta de FUSARO A., *Le attribuzioni ai legittimari diversi dall'assegnatario*, relazione (inedita) presentada al Encuentro organizado en Turín, el 13 de mayo de 2006, por el Consejo notarial de Turín está citado por AMADIO G., *Profili funzionali del patto di famiglia*, en *Riv. dir. civ.*, 2007, 345.

⁹ La exigencia de crear instrumentos idóneos a la transmisión generacional de la empresa ha sido abordada por la Comisión Europea que con una Comunicación de 1998 (publicada en G.U.C.E. n. C093 del 28.03.1998) ha revelado que «la transmisión de las empresas es un problema de enorme relieve de la política de empresa de la Comisión europea. Después de la creación y crecimiento, la transmisión es la tercera fases importante del ciclo de vida de una empresa. En el momento en que el fundador se retire y pase las consignas, están en juego los puestos de trabajo. Estudios recientes han demostrado que, en el curso de los próximos años, más de 5 millones de empresas en la Unión Europea, igual al 30% aproximadamente de ellas, es decir, 1,5 millones, desaparecerán por insuficiente preparación a su transmisión comprometiendo 6,3 millones aproximados de puestos de trabajo».

¹⁰ Tales argumentaciones reciben un significativo apoyo por parte de los trabajos preparatorios a la ley n. 55 del 14 de febrero de 2006 y en concreto de la relación con la propuesta de ley n. 3870 presentada el 8/04/2003 donde se lee «La presente propuesta de ley se propone introducir en nuestra normativa una derogación al principio general de prohibición de los pactos sucesorios del artículo 458 del código civil, previendo la licitud de acuerdos que se ocupen de regular la sucesión del empresario o de quien sea titular de participaciones societarias».

¹¹ Cfr. CACCAVALE C., TASSINARI F., *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, en *Riv.dir.priv.*, 1997, pp. 74 y ss. y ZOPPINI A., *Il patto di*

En este sentido, es clarificadora la lectura de los trabajos preparatorios de la Ley 55/2006, que ofrecen una exposición clarísima del espíritu que anima la novedad en el Código civil que «por un lado consagra el principio por el que el solo acto de «última voluntad» reconocido en el ordenamiento es el testamento, acto unilateral revocable, inconciliable con la bilateralidad y la irrevocabilidad del contrato, y por otra parte prohíbe disponer de derechos que podrían derivar de una sucesión que aún no está abierta. No es fácil individualizar la *ratio* de tales prohibiciones, que se remontan al Derecho romano; pero ahora ya se va difundiendo cada vez más, ya sea en el mundo académico, ya sea en él de los profesionales y en el de la opinión pública, la convicción de la necesidad si no de anular tales prohibiciones, por lo menos de redimensionarlas admitiendo excepciones cada vez más amplias; de hecho la rigidez de nuestro ordenamiento contrasta no sólo con el fundamental ejercicio de la autonomía privada, reconocido y tutelado en líneas generales por el Código civil, y más aún, por la Constitución, pero del mismo modo y sobre todo con la necesidad de garantizar el dinamismo de las instituciones ligadas a la actividad empresarial, asegurando la máxima comerciabilidad de los bienes en los que se traduce jurídicamente dicha actividad: la compañía, en la que se realiza la empresa individual y las participaciones sociales en las que se concreta la empresa colectiva, es decir la que se desarrolla de forma societaria»¹².

En realidad, las innovaciones introducidas por la ley sobre el pacto de familia responden también a las demandas formuladas por la Comisión Europea en materia de transmisión de pequeñas y medianas empresas, como resulta de la Recomendación de la Comisión CE de 7 de diciembre de 1994: «sucesión en las pequeñas y medianas empresas»¹³ y de la Comunicación n. 98/C 93/02¹⁴ relativa a la transmisión de las pequeñas y medianas empresas.

La Recomendación enumera expresamente entre sus propósitos, el de ayudar al empresario a preparar eficazmente su sucesión a través de la predisposición de instrumentos adecuados para «proveer a fin que en el caso de muerte de un socio de una sociedad o

famiglia (linee per la riforma dei patti sulle successioni future), en *Dir. priv.*, 1998, 255 según el cual el pacto no resuelve las disputas pero «debe alcanzar tres objetivos: preservar la unidad del bien productivo; debe asegurar la univocidad del bien productivo; debe asegurar la univocidad del control, evitando la fragmentación que se produce con la sucesión hereditaria, y permitir adelantar en vida la transmisión de la empresa, y de esa forma, la investidura de la *leadership* en el complejo productivo».

¹² Relación a la propuesta de ley n. 3870 presentada el 8/04/2003.

¹³ Recomendación de la Comisión 94/1069/CE Publicada en G.U. CE 31.12.1994, L 385, 14 ss.

¹⁴ Publicada en la Gaceta Oficial de las Comunidades Europeas n. C93 del 28 de marzo 1998.

de un empresario individual, el derecho de familia, el derecho sucesorio (...) no puedan poner en peligro la continuidad de la empresa». En términos aún más claros la Comunicación n. 98/C 93/02 evidencia la exigencia de consentir al empresario también en nuestro País, disponer en vida de su propia empresa o compañía a favor del descendiente que considere el más idóneo para proseguir la gestión (si bien con el acuerdo de los otros descendientes y del cónyuge).

En la Comunicación ya citada más arriba se puede leer: «especialmente en el caso de las empresas familiares, los acuerdos (interfamiliares) pueden utilizarse para transmitir determinados criterios de gestión empresarial de una generación a otra», así como por otra parte ya sucede «en la mayoría de los Estados miembros». Ni siquiera tampoco consigue que «los Estados miembros que prohíben los pactos sucesorios (Italia, Francia, Bélgica, España¹⁵, Luxemburgo) deberían proveer para permitirlos, desde el momento que la ya mencionada prohibición complica inútilmente la buena gestión del patrimonio (familiar)»¹⁶. Los escritos de matriz europea han dado vida a un intenso debate doctrinal¹⁷ y a algunas hipótesis de reforma tendentes a la superación, total o parcial, de dichos principios. Una hipótesis normativa sobre la transmisión de bienes productivos fue elaborada por un grupo de estudio (el estudio fue objeto de una investigación encargada por el CNR, encomendada a A. Zoppini y coordinada por A. Masi y P. Rescigno¹⁸) que partía de la hipótesis de la inserción en el código civil de un artículo 734 *bis* CC sobre la transmisión de la empresa del empresario individual, y un artículo 2355 *bis* CC que tendría por objeto las participaciones societarias. En cuanto a la transmisión de los bienes productivos del empresario individual, la hipótesis normativa era similar a la disciplina actual del pacto de familia que se analizará en breve. Era

¹⁵ Nota de la traductora. En España en orden a la transmisión de empresas o sociedades de capital se cuenta con lo dispuesto en el art. 1056 CC en la redacción dada por la Ley 7/2003, de la sociedad limitada Nueva empresa. También puede resultar útil la fiducia sucesoria del artículo 831 CC.

¹⁶ Emblemático ha sido en Francia el caso de una antigua y prestigiosa empresa productora de Champán la Taittinger fundada en 1734 y que lleva un nombre que la identifica con una de las más grandes familias francesas, que contribuyó de manera determinante al éxito del Champán en el mundo. Pues en 2005 la Taittinger, justamente por irresolubles problemas sucesorios, fue cedida a la multinacional Starwood Capital. Finalmente, el 31 de mayo de 2006, cuando la Banca Crédit Agricole, en colaboración con Pierre-Emmanuel Taittinger, condujo una compleja operación encaminada a la readquisición de la sociedad, la empresa volvió a las manos de un descendiente de la familia.

¹⁷ *Cfr.* nota 18.

¹⁸ Los resultados del estudio, organizado por la Universidad de Macerata, en colaboración con el C.N.E.L., con el C.N.N. y con el grupo de investigación del C.N.R. en tema de «sucesión hereditaria de bienes productivos», fueron elaborados a través de una serie de encuentros de estudio y presentados y debatidos en la Convention de Macerata del 24 marzo de 1997.

sensiblemente diferente a la de la transmisión de las cuotas societarias. Se consentía, de hecho, que el acto constitutivo pudiese prever, a favor de la sociedad, de los socios, o de terceros, el derecho de adquisición de las acciones nominativas incluidas en la sucesión por un precio correspondiente a su valor. Los herederos, pues, habrían tenido que vender obligatoriamente las participaciones sociales a los beneficiarios. Hay que apuntar, finalmente, un impulso por parte de la doctrina que cada vez más insistentemente propone una superación de los actuales principios, ya sea por lo tocante a las características de la sucesión forzosa, ya sea por lo que concierne a la prohibición de los pactos sucesorios¹⁹. En realidad, los principios innovadores de la Ley 55/2006 se han recibido con particular intensidad en nuestro País, cuya economía está caracterizada por la presencia de un gran número de pequeñas y medianas empresas familiares. Ante un sistema normativo insensible a las exigencias de modernización y competitividad haciendo intransmisible de hecho el patrimonio empresarial a la generación sucesiva a menudo, se corre el riesgo, de que la vida de una empresa coincida con la de su titular.

2. EL PACTO DE FAMILIA: PERFILES EFECTIVOS

Para hacer más fácil el análisis del pacto de familia, se considera útil analizar, brevemente, algunos conceptos del derecho sucesorio con el fin de insertar con una mayor claridad y renovado conocimiento, la nueva institución en el contexto del ordenamiento vigente a través del examen de diferentes puntos de fricción con algunos principios del derecho sucesorio²⁰. Aunque se registren posiciones divergentes sobre la estructura –bi o multilateral– del pacto de familia, la doctrina mayoritaria reconoce a este último la naturaleza de negocio jurídico multilateral por la participación del disponente, del beneficiario y de los legitimarios²¹. No obstante

¹⁹ Cfr. AMADIO G., *Divieto di patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, en *Patti di famiglia per l'impresa*, Milán, 2006, pp. 71 y ss.; GAZZONI F., *Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati articolo 561 e 563 CC)*, en *Giust. civ.*, 2006, pp. 3 y ss.; AMADIO G., *La successione necessaria tra proposte di abrogazione e istanze di riforma*, en *Riv. notariato*, 2007, pp. 803 y ss.

²⁰ A tal punto que la doctrina se ha preguntado si el instituto sea una «mónada del sistema» ROSSI CARLEO L., *Il patto di famiglia: una monade nel sistema?*, en *Notariato*, 2008, 439.

²¹ La cuestión sobre la naturaleza jurídica de la estructura del pacto de familia ha sido largamente tratada por diferentes investigadores a los que remitimos también para la bibliografía aquí citada. Acerca de eso cfr. ANDRINI M. C., *Il patto di famiglia: tipo contrattuale e forma negoziale*, 2006, en www.filodiritto.com; CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia profili strutturali e funzionali della fattispecie* en *Notaria-*

que el pacto de familia haya sido considerado generalmente un contrato, y por tanto un acto *inter vivos*, su disciplina está constituida esencialmente por normas de coordinación entre la transmisión inmediata y la sucesiva apertura de la sucesión del disponente.

Desde esta perspectiva, hay una doble apertura de la sucesión: *ficta*, en el momento de la estipulación del pacto; real, en el de la muerte del empresario²². En el momento de la apertura de la sucesión los legitimarios, es decir, los descendientes, el cónyuge y –en el caso en que falten descendientes legítimos o naturales– también los ascendientes, tienen derecho a una cuota parte del patrimonio del *de cuius*. Su derecho es inviolable. En el caso en que el *de cuius* haya excluido a tales sujetos en un testamento o no haya respetado la cuota parte que les correspondía, éstos últimos pueden ejercitar la acción de reducción con el fin de que se declaren ineficaces las disposiciones lesivas de su derecho, de modo que pueda intentarse una sucesiva acción de restitución para obtener la satisfacción completa de sus derechos sucesorios.

La tutela de los derechos de los legitimarios requiere previamente que se individualice la masa hereditaria con respecto a la que habrá que determinar el monto de las cuotas. Este resultado se obtiene con la reunión ficticia: al *relictum* se le restan las deudas y se le añade el *donatum*. La legítima será una cuota calculada sobre el monto del patrimonio hereditario así cuantificado. Mientras la reunión ficticia sólo es una operación de cómputo que no aumenta la masa a dividir, la colación, que se realiza en los casos frecuentes en que concurren varios descendientes o descendientes con el cónyuge, representa una operación que aumenta la masa hereditaria a subdividir. También en este caso hay una reunión del *relictum* con el *donatum*.

El hijo que concurre a la sucesión con otros hijos, y el cónyuge que concurre con ellos, están llamados a entregar a los coherederos todo lo que en vida recibieron a título de liberalidad del *de cuius*. Ahora bien, estas breves premisas se revelan necesarias para el fin de examinar el principal efecto del pacto de familia así como su absoluta peculiaridad que es la falta de sujeción de las transmisio-

to 2006 fasc. 3, 297; GAZZONI F., *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, en *Giust. civ.*, 2006, pp. 217 y ss.; TASSINARI F., *Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, in *Quaderni della fonazione italiana per il notariato, Patti di famiglia per l'impresa*, 2006, 150; SCODELLARI F., *Donazione di azienda e di partecipazione societarie: la responsabilità del donatario nella disciplina dei patti di famiglia introdotta dalla l.n.55 del 2006*, en *Giur.merito*, 2007, I, pp. 30 y ss.; BONAMINI T., *Sulla partecipazione di un incapace al patto di famiglia*, en *Famiglia, persone e successioni* fasc. n. 12/2012 852; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Nápoles, 2013, 491.

²² BONILINI G., *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, en *Famiglia, Persone e Successioni*, 2007, 391.

nes a reducción y colación. Finalmente, se considera oportuno adoptar como objeto de investigación un perfil problemático de notable relieve, el atinente a la relación entre la disciplina del pacto de familia y la prohibición de los pactos sucesorios.

La nulidad de los pactos sucesorios está sancionada en términos inequívocos, en nuestro ordenamiento, por el artículo 458 CC que textualmente dice «es nula cualquier convención con la que alguno dispone de su propia sucesión. Y es nulo igualmente todo acto con el que alguno dispone de los derechos que le pueden corresponder sobre una sucesión aún no abierta, o renuncia a ellos».

Con la reforma que ha introducido el pacto de familia, la ley n. 55 del 14 febrero 2006, ha añadido al artículo 458 CC, siguiente inciso: «*Salvo lo dispuesto por los arts. 768 bis y sucesivos*». El inciso en examen ha puesto en cuestión si la disciplina del pacto de familia debe ser considerada una derogación de la prohibición del artículo 458 CC²³. La norma en cuestión prohíbe expresamente tres tipos de pactos sucesorios: y especialmente: los pactos sucesorios institutivos con los que alguno se compromete a disponer de su propio patrimonio para después de su muerte, a favor de una determinada persona, y los pactos dispositivos cuyo supuesto de hecho adviene cuando se dispone de derechos que puedan corresponder al sujeto de una futura sucesión y los pactos renunciativos que consisten en la renuncia a sucesiones no abiertas todavía. Resulta, por lo tanto, necesario, considerar la compatibilidad de la nueva institución con las singulares figuras de pactos sucesorios mencionadas y disciplinadas por el artículo 458 CC. El inciso se ha situado en el comienzo del artículo y por ello parece referirse sólo a la primera categoría de los pactos mencionados: los pactos institutivos. No obstante, se ha puesto de relieve correctamente que, al referirse al pacto de familia, el artículo 458 CC se limita a reenviar a las normas que lo regulan y, por lo tanto, es necesario dirigirse a esas normas para averiguar su naturaleza, sólo estas últimas se encuentran en situación de aclarar el tipo de derogación que la prohibición

²³ Cfr. LENZI R., *Il problema dei patti successori tra diritto vigente e prospettive di riforma*, en *Riv. not.*, 1989, 1209; RESCIGNO P., *Trasmissione della ricchezza e patti successori*, en *Vita not.*, 1993, 1281; RESCIGNO P., *Attualità e destino dei patti successori*, en AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padua, 1995, 1; SCHLESINGER P., *Interessi dell'impresa e interessi familiari nella vicenda successoria*, in AA.VV., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padua, 1995, 131; CACCAVALE C. e TASSINARI F., *Il divieto dei patti successori tra diritto positivo e prospettive di riforma*, en *Riv. Dir. Priv.*, 1997, 74; IEVA M., *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili generali di revisione del divieto dei patti successori*, en *Riv. not.*, 1997, 1371; ZOPPINI A., *Il patto di famiglia. Linee per la riforma dei patti per le successioni future*, in *Studi in onore di Salis*, Turin, 2000, vol. II, 1265.

cuestionada padece, y aún previamente, si se trata efectivamente de una derogación²⁴.

En realidad, la lectura de las normas dictadas por el legislador en tema de pacto de familia, a la luz de la prohibición establecida en el artículo 458 CC, revela que el pacto de familia no es un pacto institutivo por parte del disponente²⁵. Analizando los efectos de la institución comentada, de hecho, emerge que el pacto de familia produce efectos traslativos inmediatos y definitivos y consecuentemente no parecería posible calificarlo como un acto de disposición de la propia sucesión: la empresa y las participaciones sociales entran de inmediato a formar parte del patrimonio del asignatario.

Bajo el aspecto relativo a la estructura del caso en cuestión se reconoce la falta, en el disponente, del poder de revocación de la atribución objeto del pacto de familia, por lo tanto, la atribución de la empresa o de las participaciones se produce definitivamente. (característica esencial de los actos *mortis causa* es en cambio la revocabilidad *usque ad vitae supremum exitum*). Un aspecto añadido que evidencia una incompatibilidad de cierta relevancia entre el pacto de familia y los actos *mortis causa*: el objeto del contrato, de hecho, se determina con referencia al momento de la estipulación, y no son relevantes las sucesivas modificaciones en la consistencia o en el valor de los bienes atribuidos, desde un punto de vista subjetivo, en cambio, los beneficiarios de las atribuciones patrimoniales se individualizan en el momento en que el pacto se perfecciona, y no con referencia al momento de la muerte del disponente. En consecuencia, en el caso de premoriencia del asignatario al disponente, los bienes asignados ya habrán entrado en su patrimonio y, por lo tanto, formarán parte de su sucesión, y no de la del disponente. En otros términos, el pacto sucesorio institutivo²⁶ es decir el acuerdo por el cual un individuo pacta con un beneficiario ese

²⁴ CACCAVALE C., *Appunti per uno studio del patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, en *Notariato*, 2006, 292.

²⁵ DELLE MONACHE S., *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, en *Riv. not.*, 2006, 4, 889; PETRELLI G., *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, en *Riv. notariato*, 2006, pp. 401 y ss.; BONILINI G., *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, en *Famiglia, Persone e Successioni*, 2007, 391.

²⁶ En realidad la Corte de Casación en la sentencia n. 5870 del 9 de mayo 2000 ha formulado una definición satisfactoria de pacto sucesorio institutivo que es «convención con objeto de la disposición de bienes que llevan a una sucesión no abierta todavía, la cual constituye la actuación de la intención de las partes, respectivamente, de hacerse cargo por completo o en parte de la propia sucesión y de adquirir un derecho sobre los bienes de la futura herencia a título de herederos o legatarios. Tal acuerdo debe ser capaz de crear un verdadero *vinculum iuris* del cual la siguiente disposición testamentaria constituye el incumplimiento. A consecuencia de eso, deber ser excluida la subsistencia de un pacto sucesorio cuando entre las partes no haya intervenido alguna convención y la persona, de cuya herencia se trate, haya manifestado verbalmente al interesado o a un tercero la intención de poder disponer de sus bienes de una determinada manera, considerado que tal promesa verbal no crea ningún vínculo jurídico y, por eso, no es apto para limitar la plena

aspecto de su sucesión²⁷, se configura como un acto *mortis causa*²⁸ y en cambio el pacto de familia tiene, bajo un perfil estructural, el aspecto de un acto *inter vivos*. Desde el momento que, por los motivos expuestos, el pacto de familia puede ser considerado un acto *inter vivos* se puede fácilmente excluir que ello represente un pacto sucesorio institutivo, que es un acto *mortis causa*.

La doctrina, en cambio, está dividida en cuanto a la posibilidad de reconducir al pacto de familia al esquema de los pactos sucesorios dispositivos y renunciativos. Algunos estudiosos²⁹ niegan que el artículo 768 *quater* CC, párrafo 1 en la parte en que prevé la liquidación o la renuncia a la liquidación de los derechos de los legitimarios no asignatarios pueda configurarse como un pacto sucesorio dispositivo o renunciativo desde el momento que la norma, lejos de determinar una falta de uso del derecho por parte del legitimario comporta un reforzamiento del mismo derecho que vuelve a ser actual y ejercitable de inmediato. El pacto de familia y los pactos sucesorios dispositivos y renunciativos se ponen, según la construcción operada por parte de la doctrina, sobre dos planos diferentes: en cuanto si el objeto de los pactos dispositivos y renunciativos son derechos que podrán llegar al sujeto de una sucesión todavía no abierta, el objeto del pacto de familia es el derecho actual a la liquidación. Claramente, en el caso de que no se reconozca en la regulación del pacto de familia ninguna violación del artículo 458 CC, aparece superflua la introducción del párrafo inicial «*Salvo lo dispuesto por los arts. 768 bis y sucesivos*», su única función sería la de impedir que pueda surgir cual-

libertad del testador que es objeto de defensa legal. » cfr. Cass. 9 maggio 2000 n. 5870 en *Riv. not.*, 2001, 227, con nota de GAZZONI.

²⁷ GIAMPICCOLO G., *Contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milán, 1954., 43; CARIOTA-FERRARA L., *Le successioni per causa di morte*, I, 3, Napoli, 1959, 45; DE GIORGI M.V., *I patti sulle successioni future*, Nápoles, 1976, 37; FERRI G.B., *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, 99

²⁸ Según las palabras de GIAMPICCOLO G., *Voce Atto mortis causa* en *Enc. Dir. IV*, Milán 1959, pp. 232 y ss., define *mortis causa* el acto «que tiene como fin propio regular relaciones y situaciones que nacen con la muerte del sujeto, o que, a partir de su muerte, tienen una calificación autónoma (...) la atribución *mortis causa*, por lo tanto, para que sea así, no puede no tener como objeto *quod superest*, e implica siempre la condición de supervivencia del beneficiario al atribuyente»

²⁹ AMADIO G., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, en *Rivista del Notariato*, 2006, pp. 860 y ss.; CACCAVALE C., *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, cit., 36-38; DELLE MONACHE S., en *Il Patto di famiglia*, a cura di DELLE MONACHE S., cit., 22; DI MAURO N., *Il Patto di Famiglia, Commentario alla Legge 14 febbraio 2006 n. 55*, in *Le Nuove Leggi Civili*, di DI MAURO N. - MINERVINI E. - VERDICCHIO V., Milán, 2006, pp. 20 y ss.; VITUCCI P., *Ipotesi sul patto di famiglia*, en *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 459 e 460; BONILINI G., *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, 5, 390; PALAZZO A., *Il patto di famiglia tra tradizione e rinnovamento del diritto privato*, en *Rivista di diritto civile*, 2007 266.

quier duda sobre la compatibilidad del pacto de familia con el ordenamiento italiano.

Pero en realidad, asegurada la naturaleza del pacto de familia de acto *inter vivos*, de hecho, el mismo aparece como susceptible de integrar los extremos de un pacto dispositivo o renunciativo, desde el momento en que, más allá de los formalismos, objeto del pacto del artículo 768 *quater* CC, estarían precisamente los derechos a la legítima³⁰.

Merece señalarse la observación de un respetado investigador que juzga «pleonástica» la nueva formulación del artículo 458 CC³¹. Según esa opinión es posible entrever en el horizonte un sistema sucesorio binario: él del empresario y él de quien no es empresario. Desde esta perspectiva, el pacto de familia y la prohibición de pactos sucesorios estarían colocados sobre planos distintos y que no interfieren entre sí. De hecho, mientras que el pacto de familia afecta solamente a los titulares del *status* de empresarios y legitimarios, y su estructura presupone también un objeto específico, los pactos sucesorios, en cambio, no preven una especial calificación subjetiva, pudiendo estipularse también por un sujeto que no tenga la condición de empresario con otros sujetos no legitimarios o bien por un empresario que quiera disponer de su empresa y de otros bienes fuera del ámbito del pacto de familia. Parte de la doctrina ha elaborado la teoría del pacto de familia como pacto sucesorio institutivo, considerando que sería posible diferir la eficacia del mismo a través de la oposición de un término o una condición³².

³⁰ En un sentido acorde cfr. CALOGERO M., *Disposizioni generali sulle successioni, artt. 456-461, Commentario al codice civile* fundado por SCHLESINGER P. y dirigido por BUSNELLI F.D., Milán, 2006, pp. 96 y ss.; DE NOVA G., *Articolo 1*, in DE NOVA G., DELFINI F., RAMPOLLA S. E VENDITTI A., *Il Patto di famiglia, Legge 14 febbraio 2006 n. 55*, Milán, 2006, 5 e 6; INZITARI B., DAGNA P., FERRARI V., PICCININI V., *Il Patto di Famiglia, Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006 n. 55*, Turín, 2006, 63-70; MAGLIULO F., *L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione*, en *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milán, 2006, pp. 282 y ss.; MASCHERONI A., *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati. L'ordinamento successorio italiano dopo la legge 14 febbraio 2006 n. 55*, in *Patti di famiglia per l'impresa, i Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milán, 2006, pp. 19 y ss.; MERLO A., *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati, Profili civilistici del Patto di famiglia*, in *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Milán, 2006, 100; OBERTO G., *Il patto di famiglia*, Padua, 2006, 54; PETRELLI G., *La nuova disciplina del «patto di famiglia»*, en *Rivista del notariato*, 2006, 408-410; BALESTRA L., en *Il Patto di famiglia*, por DELLE MONACHE S., en *Nuove Leggi civ. comm.*, 2007, pp. 30 y ss. e en *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione (parte prima)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 3, pp. 727 y ss.

³¹ MAZZÙ C., *Nuove regole di circolazione del patrimonio familiare e tutela dei legittimari*, en *Notariato*, 2008, 423.

³² BALESTRA L., *Commento all'art. 768-bis cod. civ.*, in *Il patto di famiglia*, por DELLE MONACHE S., en *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, pp. 25 y ss.

Sin embargo, se ha observado que sería dudosa la equiparación entre pacto institutivo y pacto de familia de eficacia diferida porque, al menos en relación con el mecanismo condicional, quien dispone por causa de muerte conserva íntegro el poder de disponer ulteriormente de los bienes asignados, mientras el que entrega *sub condicione*, en cualquier caso verá cualquier ulterior acto de disposición sometido a la norma-principio del artículo 1357 CC³³. En síntesis, la disciplina del pacto de familia efectivamente comporta una derogación de numerosos principios del ordenamiento en el ámbito de las sucesiones. Resulta evidente la derogación del principio de unidad de la sucesión que postula el rechazo de «cualquier diferencia de la regulación sucesoria desde el punto de vista del origen o de la naturaleza de los bienes o de las cualidades personales de los herederos»³⁴, y, en consecuencia impone «a nivel de la vocación hereditaria, la aplicación del criterio de llamada a la cuota (abstracta) igual, y después, en sede de división de la herencia, el establecimiento de la norma de igualdad cuantitativa y cualitativa de los lotes (arts. 718 CC y 727)»³⁵. Con el pacto de familia, en cambio, el legislador permite que algunos bienes, y en particular, la empresa y las participaciones sociales, sigan reglas diferentes de las previstas para otros bienes. La disciplina del pacto de familia modifica sensiblemente la conformación ordinaria de los derechos de reserva, sustrayéndolos del principio del pago de la legítima *en natura*, con la conversión del derecho a la reserva en el derecho a un valor.

Pero la innovación de mayor trascendencia introducida por la ley n. 55 del 2006, es la exclusión de la acción de reducción (arts. 536 CC y ss.) y de la colación (arts. 737 CC y ss) puesto que el artículo 768 *quater* CC en su último apartado prevé expresamente que los bienes objeto del pacto no estén sujetos ni a reducción ni a colación, salvo la regulación de la impugnación de los legitimarios y de los coherederos no participantes. Además, la determinación de los derechos de los legitimarios y de los coherederos no participantes a los fines de la reducción y de la colación se produce en base al valor de los bienes en el momento de la disposición y no en el momento de la apertura de la sucesión (art. 556 CC y art. 747 CC y 750 CC).

³³ AMADIO G., *Profili funzionali del patto di famiglia*, cit., 351.

³⁴ MENGONI L., *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da CICU A. e MESSINEO F. y continuado por MENGONI L., *Volume XLIII, Tomo 1*, Milano, 1999, 13.

³⁵ SCALISI V., *Persona umana e successioni. Itinerari di un confronto ancora aperto*, in *Riv. dir. e proc. Civile*, 1989, 412.

3. NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL PACTO DE FAMILIA

El texto legal, como se ha podido observado previamente, deja espacio a numerosas dudas interpretativas, tantas que en opinión de doctrina autorizada, si se quisiese atribuir a la figura jurídica comentada rasgos humanos, al pacto de familia debería asignársele «el de la introversión, ya que se muestra refractario a desvelar al observador los aspectos más significativos de su naturaleza»³⁶. Es evidente ya desde el dato de su texto que si bien no se trata de un acto *mortis causa*, tampoco parece poder definirse serenamente como un acto *inter vivos*, aunque el artículo que abre su regulación lo define como un contrato y para la doctrina es idóneo para determinar la «realización anticipada de derechos potencialmente sucesorios»³⁷. En lo que respecta a los intereses subyacentes al pacto, desde luego no se puede negar, que pueden ser reconducibles a la planificación actual de la propia sucesión.

Antes de la reforma del CC, el ordenamiento, como ya se ha señalado, impedía la realización de tales intereses desde el momento en que, por una parte la prohibición de los pactos sucesorios hacía del todo incompatible con el fenómeno sucesorio el área de la contratación. Por otra parte, la urgencia y la fuerte exigencia de tutela de los intereses de los legitimarios, entendida como derecho a una reserva *in natura* de bienes hereditarios, impedía dar ejecución práctica a las expectativas sobreentendidas en la introducción de la Ley 55/2006. La reforma habría podido incidir solamente sobre la prohibición de los pactos sucesorios, confiándose íntegramente a la autonomía privada, o remodelar las expectativas de los legitimarios, convirtiendo el derecho a la reserva *in natura*, en el derecho a un valor. En realidad la normativa que se ha introducido, utiliza ambas soluciones con un único instrumento consistente en una manifestación de la autonomía de la voluntad de los sujetos interesados³⁸: la superación del principio de la legítima *in natura*, y la conversión de la reserva en el derecho a un valor.

Desde el punto de vista funcional se han propuesto diferentes configuraciones del pacto de familia.

³⁶ C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio del patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *Notariato*, 2006, 292.

³⁷ G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atípico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, 41, citado por C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio del patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, cit., 294.

³⁸ A. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione anticipata*, en *Riv. dir. civ.*, 2007, pp. 291 y ss.

Una primera tesis reconduce el pacto de familia a la donación modal³⁹, a un negocio bilateral en el que el empresario, con *animus donandi*, enriquece la esfera jurídica del beneficiario, gravado con el *modus* de hacer la liquidación a los otros legitimarios, quienes son parte del negocio liberal.

El pacto de familia debería ser entendido del mismo modo que una peculiar donación con carga, en la que el modo, a cargo del donante, debería ser entendido como una especie de estipulación a favor de terceros, es decir para los legitimarios excluidos de la asignación. En la donación modal, artículo 793 CC, el donatario está gravado por una carga, a cuyo cumplimiento está obligado hasta los límites de la propia donación; el donante y cualquier interesado están legitimados para reclamar el cumplimiento.

La ventaja para los legitimarios se concretaría en conseguir un derecho actual a la liquidación de la cuota hereditaria, que sólo hipotéticamente debería corresponderles en el momento de la apertura de la sucesión.

Esta tesis puede entenderse discutible bajo diversos aspectos: en primer lugar, son diferentes las exigencias que se proponen satisfacer las dos figuras y los modos en los que a través de dichas exigencias se produce dicha satisfacción: con la donación se produce un enriquecimiento apoyado en un espíritu de liberalidad, en el pacto de familia, el disponente procede animado de un espíritu de liberalidad, pero desde la exigencia de conducir su propia empresa en el paso de una a otra generación; desde el punto de vista de la estructura del supuesto, se observa que la obligación de liquidar su parte a los legitimarios que grava al asignatario-beneficiario representa un elemento necesario en la estructura del pacto de familia que difícilmente puede sobreponerse a la carga de la donación modal que representa justamente un elemento accidental del negocio; por otro lado el análisis del dato normativo evidencia la incompatibilidad entre las dos figuras. Pensemos en la regulación de los vicios del consentimiento y de la superveniencia de hijos.

Una construcción diferente tiende a individualizar en el pacto de familia no una donación sometida a una regulación especial, sino una nueva figura contractual tipificada por el legislador, y por otro lado, se subraya como desde el punto de vista causal y de contenido, pacto de familia y donación se presentan como tipos negociales contiguos; sobre estas bases se podría justificar lo que dice el

³⁹ C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio del patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, cit., 304.

último apartado del artículo 768-*quater*, en el sentido de que las adquisiciones de los contratantes quedan sustraídas de la obligaciones de colacionar y de la acción de reducción. Se ha sostenido que un efecto similar es consustancial al pacto y no habría razón para que la ley lo sancionase si las atribuciones efectuadas por el disponente no tuviesen un carácter liberal.

No obstante la misma doctrina advierte que sería erróneo afirmar una plena coincidencia en el perfil causal, precisamente entre pacto de familia y donación, porque en realidad la función del pacto es compleja y no se reduce a la mera realización de un fin liberal. En efecto, con el pacto, el disponente a través de una o más atribuciones, no persigue solamente el objetivo de gratificar, por un espíritu de liberalidad, a alguno de sus más cercanos familiares, sino además distribuir, al menos una parte de sus propios bienes de forma anticipada con respecto a la apertura de la propia sucesión. La doctrina citada afirma, finalmente, que la bipartición tradicional, entre liberalidades «donativas» y no «donativas», debería considerarse hoy superada a favor de un sistema triádico, dentro del cual a las categorías tradicionales se ha venido a unir la de la liberalidad directa no «donativa», a la que justamente pertenece el pacto de familia⁴⁰. Otros afirman que el pacto de familia no es una donación sujeta a una regulación especial, conformando una nueva figura contractual creada por el legislador, pero bajo un perfil causal y de contenidos, pacto de familia y donación se presenten como tipos negociales vecinos.

Según dicha doctrina sobre estas bases se justificaría el texto del último párrafo del artículo 768-*quater*, que establece que las adquisiciones de los contratantes estén excluidas de la obligación de colacionar y de la acción de reducción. Un efecto similar, se entiende, es consustancial al pacto y no tendría razón de ser que la ley lo permitiese si las atribuciones del ordenante no tuviesen un carácter de liberalidad.

Sin embargo, la misma doctrina advierte que sería equivocado afirmar la existencia de una plena coincidencia bajo el perfil causal, entre pacto de familia y donación, porque en realidad la función del pacto es compleja y no se limita a la simple realización de un objetivo de liberalidad.

De hecho, con el pacto, el ordenante, a través de una o más atribuciones no persigue el objetivo de gratificar, por espíritu de liberalidad, a algunos de sus familiares más cercanos, sino que también

⁴⁰ Por todos, CARNEVALI, U., *Le donazioni*, en Trattato dir. Por P. Rescigno, Turín 1997, pg 601. También puede verse, PALAZZO, A, *Istituti alternativi al testamento*, en Trattato del CNN, dir. Por Perlingieri, Napoles 2003, pg. 191

busca distribuir una parte al menos de sus propios bienes anticipadamente con relación a la apertura de la sucesión.

La doctrina afirma, finalmente, que la bipartición tradicional, entre liberalidades donativas y no donativas, debería entenderse hoy superada para un sistema triádico, dentro del cual a las clases habituales se ha añadido la categoría de las liberalidades directas no donativas, a la que pertenece el pacto de familia.

Considerando al pacto de familia, como negocio realizativo de una o más liberalidades directas no donativas, le deberían ser aplicables todos los preceptos válidos en relación a la donación, lo cual no resulta incompatible con el tratamiento normativo que ha sido reservado específicamente al pacto por parte del legislador. No obstante se piensa que la lectura del dato normativo unido a las demandas que en el mismo subyacen, parecen conducir al surgimiento de una función divisoria⁴¹ idónea para llevar a cabo efectos divisorios anticipados⁴². De otro modo la concepción del pacto de familia basado únicamente en una intención liberal significaría devaluar notablemente su función⁴³. El encaje diseñado por el legislador con los artículos 768-*bis* y siguientes, en efecto, se presenta como una reproducción del mecanismo divisorio tipificado por el legislador en el artículo 720 Cc después que el mismo tuviera como último resultado, el consistente en la asignación de la totalidad del bien a uno sólo de los copartícipes y en la liquidación de los derechos de cuota correspondientes a los no asignatarios mediante la constitución de otros tantos créditos correspondientes. Militaría en favor de la construcción expuesta también un argumento de orden «topográfico». En efecto, la institución está ubicada en el nuevo Capítulo V *bis* en el Título IV del Libro de las sucesiones, dedicado a la partición. Tal argumento tradicionalmente tiene poco crédito desde el momento en que su fundamento es la idea utópica de un derecho dispuesto ordenadamente. Además, justamente se evidencia que la objeción según la cual la colocación de una norma es inadecuada debe demostrarse y no es suficiente afirmarlo simplemente⁴⁴.

⁴¹ G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, i n *Riv. notariato*, 2006, pp. 867 y ss.

⁴² G. BONILINI, *Patto di famiglia e diritto delle successioni mortis causa*, cit., 391

⁴³ AMADIO, G. *Profili funzionali del patto di famiglia*, cit 350, TASSINARI F., *Il patto di famiglia: presupposti soggettivi, oggettivi e requisiti formali.. Il patto di famiglia per l'impresa e la tutela dei legittimari*, en *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2006., pg 150 y ss

⁴⁴ En realidad también algún autor que defiende la función particional del pacto de familia pone el acento en la inconsistencia de la argumentación que se basa en el dato «topográfico», AMADIO G., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, *Rivista del Notariato*, 2006, pg.872-873.

Al indicio constituido por la ubicación de la norma dentro de la estructura del Código, le acompaña un argumento que podríamos denominar histórico, representado por la figura prevista en el Código de 1865 de la división del ascendiente (art. 1045 CC y ss) por acto entre vivos, que por diversos motivos podría aparecer como el antecedente del pacto de familia. La doctrina creada sobre esa figura⁴⁵, precisamente para motivar su derogación, reconocía unánimemente el fin, que entonces era inadmisibles, de anticipar la sucesión realizando una partición de efecto inmediato⁴⁶.

La construcción precedentemente formulada, se basa en lo asumido según lo cual la preexistencia de un estado de cotitularidad no sería un dato necesario para individualizar el fenómeno divisorio. En otras palabras, no sería indispensable la disolución de una comunidad desde el momento en que también la división testamentaria prescinde de un estado de cotitularidad precedente. El único indicio necesario de reconocimiento sería un reparto proporcional a la cuota. El pacto de familia, por tanto, se configura, sin duda, como un acto diferente a la división, pero equiparable a ésta *quo ad effectum*, desde el momento que persigue el efecto de evitar que se instaure sobre el bien transmitido una comunidad hereditaria, aunque sea futura y eventual. Con la figura que examinamos, se concede una importancia anticipada a los intereses que tendrán eficacia *post mortem*, creando una así llamada fruto de «una evidente ficción jurídica», desde el momento que «a través de ella se anticipan los efectos que se producirían en el caso de la apertura de la sucesión»⁴⁷. La cuestión de la naturaleza del pacto de familia está unida a la exigencia de individualizar los sujetos participantes en el pacto y la consecuencia de la falta de participación de alguno de ellos. De hecho, reconocer al pacto de familia una función divisoria, impone recordar la regulación de la partición y sus imprescindibles principios.

4. LA ESTRUCTURA DEL PACTO DE FAMILIA Y LAS «PARTES»

Conforme a lo dicho en el artículo 768 *quater*: «en el contrato deben participar también el cónyuge y todos aquellos que serían

⁴⁵ BONELLI, G., *Il concetto giuridico della divisione d'ascendente per atto tra vivi*, en Foro it., 1987, pp. 575 y ss. BELOTTI, B., *La divisione di ascendente*, Padua, 1933, MENGONI, I., *La divisione testamentaria*, Milan 1950, pp. 30 y ss.

⁴⁶ LUMINOSO, A., *Divisione e sistema dei contratti*, en Riv. Dir. Civ., 2009, pp. 22 y ss.

⁴⁷ BONILINI, G., *Il patto di famiglia*, cit. 640.

legitimarios si en ese momento se abriera la sucesión en el patrimonio del empresario.» Los sujetos afectados por las estipulaciones del pacto son el empresario (o bien el titular de las participaciones societarias)-disponente, el descendiente asignatario y los futuros legitimarios del disponente.

El legislador, en su previsión de la transmisión de la empresa del empresario a favor de sus descendientes, ha admitido el paso de una generación a otra *per saltum* y ha excluido del número de los destinatarios-beneficiarios del pacto a los ascendientes y al cónyuge del disponente⁴⁸. Dejando de lado la discriminación en la que podría incurrir el empresario que no tenga hijos⁴⁹, en relación con la figura del empresario-disponente, la definición de la noción de empresario *ex art. 768 quater* CC se presenta problemática.

Conforme al artículo 2082 CC, como es sabido, empresario es aquél que ejercita profesionalmente una actividad económica organizada para la producción o para el intercambio de bienes y servicios. La doctrina preponderante, valorando la finalidad de la figura en estudio que tiende a favorecer el paso de la empresa de una generación a la otra, prefiere una interpretación no técnica de la palabra «empresario», basada sobre su mera titularidad y no sobre el concreto ejercicio de la actividad de empresa⁵⁰.

El pacto de familia, por tanto, encuentra aplicación también en el caso específico en el que el titular de la empresa no ejercite profesionalmente una actividad empresarial y tenga estipulado un contrato de arrendamiento con terceros. De otro modo se podría llegar al absurdo de negar al disponente la posibilidad de estipular un pacto de familia en el caso de que hubiese arrendado la empresa justamente al descendiente al que desearía destinarla. El objeto al que se dedique la empresa carece de cualquier relevancia, en otras palabras, el pacto de familia puede utilizarse tanto por un empresario mercantil, como por un empresario agrario, así como puede tener por objeto tanto una parte en copropiedad de la empresa, como un sector de dicha empresa.

Merece particular atención la hipótesis en la que el objeto del pacto sea una empresa familiar, y en particular a las consecuencias producidas por la interacción de la regulación del pacto de familia con la de la empresa familiar introducida con la Ley 151/75.

El derecho de prelación del artículo 230 *bis* CC interfiere de manera significativa sobre la disciplina del pacto de familia y plan-

⁴⁸ MAZZÙ C., *Nuove regole di circolazione del patrimonio familiare e tutela dei legitimari*, 2008, en WWW.consiglionazionaleforense.it.

⁴⁹ OPPO G., *Patto di familia e diritti de la familia*, en Riv. Dir.civ., 2006, pg.439

⁵⁰ FIETTA, G., *Prime osservazioni sul patto di familia*, en Quaderni della fondazione italiana per il notariato, Patti di familia per l'impresa, 2006,88.

tea algunos interrogantes sobre la posibilidad por parte de los familiares-colaboradores de la empresa de ser preferidos en la propuesta de enajenación de la empresa. La doctrina predominante, considerando la falta de onerosidad de la transmisión de la empresa en la hipótesis de estipulación del pacto de familia, excluye la operatividad en el caso del derecho de prelación⁵¹.

El artículo 768 *bis* CC prevé que el pacto de familia además de que respete lo dispuesto para la empresa familiar, se estipule coherentemente con la normativa para las diferentes tipologías societarias.

Con respecto a la estructura del pacto de familia, la problemática de mayor relieve es sin duda la individualización de los participantes en dicho pacto. Ante todo, hay que observar que la mención separada del cónyuge respecto a la de los legitimarios ciertamente puede considerarse una fórmula poco feliz, ya que el cónyuge pertenece a la categoría de los legitimarios.

La norma utiliza la expresión «deben». Eso nos lleva a preguntarnos sobre qué sucederá si los mencionados sujetos no participan en el pacto.

El problema se plantea por la aparente contradicción entre dos normas. El artículo 768 *quater* prevé la necesaria participación en el pacto del cónyuge y todos aquéllos que serían legitimarios si en ese momento se abriese la sucesión del empresario. El artículo 768 *sexies* CC, establece, en cambio, que «a la apertura de la sucesión del empresario, el cónyuge y los legitimarios que no hayan participado en el contrato, pueden reclamar a los beneficiarios de ese mismo contrato, el pago de la cantidad prevista por el apartado 2 del artículo 768 *quater* CC, y los intereses legales. La inobservancia de las disposiciones del párrafo 1 constituye motivo de impugnación conforme a lo dispuesto en el artículo 768 *quinquies*».

El artículo 768 *quater* CC que dice expresamente: «en el contrato deben participar...» pone de relieve un límite insuperable: en el pacto deberían participar todos los sujetos a los que se ha hecho referencia, so pena de nulidad del acto⁵². No parece que exista ninguna incongruencia con respecto al artículo 768 *sexies* que previendo que el cónyuge y los otros legitimarios que no hayan participado en el pacto puedan reclamar a los beneficiarios la liquidación

⁵¹ AVAGLIANO, M., *Patti de famiglia per l'impresa*, en Quaderni della fondazione italiana per il notariato, 2006, 820, OBERTO, G., *Il patto di famiglia*, Padua, 2006, 51, PETRELLI G., *La nuova disciplina del patto di famiglia*, en Riv. Not., 2006, 2, 415.

⁵² G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, en Riv. del Notariato, 2006, pp. 886 y ss.; ID., *Profili funzionali del patto di famiglia*, en Riv. dir. civ., 2007, pp. 359 y ss.; S. DELLE MONACHE, *Spunti ricostruttivi e qualche spigolatura in tema di patto di famiglia*, en Riv. del Notariato, 2006, pp. 894 y ss.; A. ZOPPINI, *Profili sistematici della successione anticipata*, en Riv. dir. civ., 2007, pp. 291 y ss.

monetaria de su cuota, se refiere tan sólo a los legitimarios sobrevenidos. De hecho, para los legitimarios existentes en el momento del pacto, está fuera de toda duda que dicho pacto constituye una limitación a sus derechos sucesorios y no sería posible que esto suceda por un pacto en el que ellos no participaron.

Dicha tesis, entre sus argumentos, también toma en cuenta uno extraído de los trabajos preparatorios de la reforma, según los que el acuerdo debe ser «obligatoriamente suscrito por el cónyuge y los legitimarios.»⁵³

Así pues, la ausencia de cualquiera de ellos determinaría que el pacto fuese nulo.⁵⁴ La causa de la nulidad se individualizará precisamente en la imposibilidad de realizar la causa divisoria.⁵⁵ Bajo un perfil aplicativo, es evidente que en el caso en el que se considere nulo el contrato, lo bienes de la empresa que se hayan atribuido con el pacto, no habiendo sido nunca transmitidos válidamente por el disponente, y habiendo permanecido siempre en su patrimonio, en el momento de la apertura de su sucesión deberían considerarse como parte de la masa hereditaria. Queda por verificar la posibilidad de una eventual conversión del pacto de familia nulo, y en aplicación de las normas sobre el contrato en general, la conversión parece ser posible. En particular, podría convertirse en una donación modal. Una vez indagada la voluntad de las partes y verificado el respeto de los requisitos formales, o bien la estipulación en documento público con la presencia de dos testigos, el pacto de familia nulo podría convertirse en donación. En tal caso, obviamente, la donación estaría sometida a reducción y a colación.

Es oportuno evidenciar que el artículo 768 *sexies* CC indudablemente se presta a interpretaciones opuestas. De hecho, asumiendo una perspectiva opuesta, parte de la doctrina considera que el artículo 768 *sexies* CC es aplicable solamente a los legitimarios existentes. El pacto de familia se construye así como un negocio bilateral entre el disponente y el asignatario de la empresa o de las participaciones sociales⁵⁶, y del artículo 768 *sexies* CC se puede sacar otra lectura a la luz de la que la norma admitiría que el cón-

⁵³ La referencia, que se aprende de G. PETRELLI, *op. loc. cit.*, nota 44, es a la relación presentada a la Comisión de Justicia de la Cámara de los diputados en la reunión del 23 de septiembre de 2003 habla de un acuerdo que debe ser «obligatoriamente suscrito por el cónyuge y los legitimarios»; análogamente la relación en aula n. 661 del 25 julio 2005.

⁵⁴ F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, en *Giust. civ.*, 2006, pp. 217 y ss.

⁵⁵ G. AMADIO, *Patto di famiglia e funzione divisionale*, en *Riv. del Notariato*, 2006, 886; MAGLIULO, *Op. ult. cit.*, 285 ss

⁵⁶ CACCAVALE, C., *Appunti per uno studio del patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, en *Notariato* 2006, 297, OPPO, G., *Patto di famiglia e diritti della famiglia*, en *Riv. Dir. Civ.*, 2006, p. 441.

yuge y los otros legitimarios puedan no haber participado en el contrato de transmisión de la empresa o de las participaciones societarias y que, en tal caso, se mantiene la validez del pacto de familia, y en el momento de la apertura de la sucesión, estarán legitimados para reclamar a los beneficiarios, la liquidación monetaria de sus derechos, no ya en calidad de contratantes, sino en calidad de terceros, como expresamente los califica el artículo en examen. Desde esa óptica se evidencia que el artículo 768 *quater* CC no obstante afirme que los otros sujetos *deben* participar, no precisa las consecuencias de la falta de participación de algún legitimario y, en particular no explicita que la participación de todos se pida so pena de nulidad, como en cambio exige expresamente el documento público so pena de nulidad *ex* artículo 768 *ter* CC.

Se ha observado que condicionar el pacto a la adhesión de todos los legitimarios significaría frustrar el intento de la ley, centrado en el respeto a la voluntad del emprendedor, y que de esta forma incluso la disidencia de un solo participante respecto de las condiciones previstas en el pacto obstaculizaría la conclusión del mismo.

Las consecuencias, en el caso de no participación de algunos legitimarios, se configuran de manera diferente por los distintos autores que apoyan esta tesis.

Según algunos el pacto sería inoponible a los legitimarios no participantes⁵⁷. Así pues la indicación según la cual los legitimarios deben participar debería ser entendida como condición de vinculación al pacto para todos los legitimarios. Por tanto los legitimarios que no hayan participado en el pacto, podrán optar para la acción de reducción alcanzando también a los bienes que son parte de la empresa.

Una corrección parcial a esta tesis es entender que no es preciso que los legitimarios estén todos presentes, pero sí que, al menos, deben haber sido convocados. Así se debería considerar que la liquidación de la cuota sería oponible a los legitimarios que hayan sido convocados a participar en el pacto, mientras que no sería oponible a los que no hayan sido convocados.⁵⁸

Se ha observado, de todos modos, que no sería posible añadir cargas, no previstas por la ley como la prueba de la convocatoria, y si se acepta la idea de que la ausencia de un legitimario no implique la nulidad del pacto, debería aceptarse que el pacto puede ser concluido también sin que algunos legitimarios hayan sido convo-

⁵⁷ G. PETRELLI, *La nuova disciplina del patto di famiglia*, en *Riv. not.*, 2006, pp. 401 y ss.

⁵⁸ C. CACCAVALE, *Appunti per uno studio del patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, *cit.*, pp. 297 y ss.

cados⁵⁹ y la participación vincularía sólo para la cuantificación de la cuota, en el sentido que ésta no sería vinculante para quien haya permanecido extraño al pacto, quien entonces podrá pedir al juez la valoración de la cuota que le corresponda en el caso en que no quedara satisfecho con la establecida en el pacto o si ni siquiera se la hubiera previsto⁶⁰. Si bien la *ratio* presente en el pacto de familia es la de asegurar el paso de los bienes productivos de una a otra generación, la misma no puede perseguirse negando la tutela a los legitimarios no asignatarios, que se verían perjudicados irremediabilmente desde el momento en que no se entendiese indispensable su participación para la validez del acto.

5. HIPÓTESIS PROBLEMÁTICAS Y DISOLUCIÓN DEL PACTO DE FAMILIA

El análisis de la institución realizado hasta ahora desvela con absoluta claridad el elevado porcentaje de problemas que acompañan a la misma; bien puede ser que en eso resida la razón de su escasa aplicación en la práctica, también es cierto que, si bien en tema de pacto de familia se han vertido rios de tinta, han sido escasísimos los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia, a casi ocho años de la entrada en vigor de la Ley 55/2006. Reconociendo pues al pacto de familia la naturaleza de acto con función divisoria, de ahí se deriva la nulidad del pacto concluido en ausencia de alguno de los legitimarios. Del mismo modo se deriva, a la luz de las normas del ordenamiento sobre incapacidad, la necesaria aplicación del artículo 375 CC en caso de que un interdicto (incapacitado) deba ser parte en el contrato. Esta orientación se expresa en una reciente sentencia de apelación conforme a la que «*Si bien la participación en el pacto de familia no comporta efectos traslativos inmediatos sobre el patrimonio del legitimario incapaz, de hecho éste enajena al asignatario la porción de legítima, que le correspondería, sobre la empresa familiar*». No obstante, la jurisprudencia ha entendido aplicable el artículo 375, n. 1, CC y no el artículo 375 n. 3 CC: la participación en el pacto de familia del incapacitado, se ha calificado, por tanto, como un acto de administración extraordinaria, con la consiguiente necesidad de autorización por parte del Tribunal conforme al parecer del Juez Tutelar. En particular, según la sentencia dictada por el Tribunal de Reggio

⁵⁹ G. SICCHIERO, *La causa del patto di famiglia*, cit., p. 1268.

⁶⁰ G. SICCHIERO, *La causa del patto di famiglia*, cit., 1269.

Emilia, la participación en el pacto de familia de un legitimario no asignatario comportaría una enajenación «de hecho» de su porción de legítima calculada en proporción al valor del bien que se ha transferido al asignatario. El Juez, sin embargo, ha subrayado que, «también se llega a análoga conclusión poniendo el acento sobre la causa particional del pacto de familia». El análisis del dato jurisprudencial, confirma, como los resultados del análisis funcional sean evidentemente tan relevantes como el de la estructura. De hecho, si se le reconoce una función particional⁶¹ al pacto debe concluirse que el mismo no puede entenderse concluido a falta aunque sólo sea de uno de los legitimarios. Parece útil, examinar dos problemáticas suscitadas por la doctrina en orden a la participación del cónyuge *ex art. 768 quater CC*, de cuya lectura emerge inmediatamente que el legislador mencionando solo al cónyuge ha querido excluir la participación en el pacto del conviviente *more uxorio*. En un momento histórico de gran apertura hacia la familia de hecho y de reconocimiento de los derechos de los hijos naturales, la elección del legislador que excluye al conviviente *more uxorio* de la posibilidad de participar en un pacto de familia, posiblemente puede leerse críticamente, como un frenazo en relación con la continua apertura en relación con la familia de hecho⁶².

Una primera problemática emerge del hecho que el pago de las sumas al cónyuge se produce antes de la apertura de la sucesión. Puede suceder, entonces que, en dicho momento se haya acabado la relación conyugal o hasta que el cónyuge sea un sujeto diferente respecto a quien participó en el pacto de familia. El caso en examen contempla la hipótesis en la que el disponente, sucesivamente a la estipulación del pacto de familia, se haya separado del cónyuge que ha participado en el pacto, o aquella en que posteriormente haya contraído un nuevo matrimonio. Una hipótesis de no difícil realización podría ser aquella en la que un disponente se separe del cónyuge que ha participado en el pacto con una sentencia que hasta atribuya la culpa de la separación justamente al consorte que ha tomado parte en la estipulación del pacto en calidad de legitimario. En tal caso sería lícito preguntarse sobre el destino de la atribución recibida desde el momento que en vir-

⁶¹ AMADIO, G., *patto di familia e funzione divisionale*, cit. pp. 867 y ss.

⁶² Resulta interesante la opinión de quien defiende que las reglas que en la actualidad atribuyen una preeminencia absoluta al cónyuge deben someterse a revisión y que «una adecuada valoración en sede sucesoria debería recibir no solamente y no tanto la formalización del vínculo afectivo en la institución del matrimonio, cuanto la duración, la seriedad y la estabilidad de la relación, la efectiva vida en común», así PERLINGIERI G., «*Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problema e prospettive*», en DELLE MONACHE, S., *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Dagli istituti classici al patto di familia, Padua 2001, p. 319.

tud del artículo 548, párrafo segundo CC estos no tienen derecho a la cuota de reserva, también ante el silencio del legislador, no parece poder considerarse subsistente, en el caso analizado, una obligación de restitución a cargo del cónyuge legitimario desde el momento que «cuando se liquidó a su tiempo estaba basado en una justa causa, la cual podría desaparecer sólo a condición de que desapareciera el contrato»⁶³. Igualmente problemática es, por tanto, la hipótesis en que, el disponente se divorcie de su cónyuge que había participado en el pacto de familia, contrayendo sucesivamente un nuevo matrimonio, con la consiguiente posible existencia de un nuevo cónyuge que podrá pretender la liquidación en los términos del art. 768 *sexies* CC. En tal caso se considera que el nuevo cónyuge podrá reembolsarse sólo frente al cónyuge divorciado, desde el momento en que, de otro modo, el descendiente asignatario debería liquidar la cuota de dos cónyuges llegando de este modo a dar relevancia si bien sólo «indirectamente y *quod ad effectum*», a la bigamia⁶⁴. También resulta interesante la posibilidad de insertar en el pacto de familia, una condición resolutoria, con la que la participación del cónyuge en el pacto dejaría de tener efectos en caso de divorcio, con la consiguiente obligación de restitución de cuanto eventualmente hubiera recibido⁶⁵. La institución en examen presenta otra cuestión de notable interés: la valoración de la conformidad con los principios del ordenamiento, sobre todo en relación con el principio de la relatividad de los efectos del contrato (art. 1732 CC), de un pacto de familia entre el disponente y el único legitimario, evidentemente hecho con el fin de limitar los derechos de eventuales legitimarios sobrevenidos. En realidad, el pacto de familia parece presentar una estructura necesariamente trilateral⁶⁶, con la parti-

⁶³ F. GAZZONI, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 223.

⁶⁴ GAZZONI, *ob cit.*, *loc cit.*

⁶⁵ OBERTO, G., *Il patto di famiglia*, Padua, 2006; MACCHIA E., VEDANA F., *Il patto di famiglia: caratteristiche del nuovo istituto e possibile ruolo della società fiduciaria*, en *Trust e attività fiduciarie*, 2007, p. 316.

⁶⁶ F. GAZZONI, *Op. loc. cit.*, 219, quien observa que el pacto de familia es un acto trilateral y que «queda como tal sin importar cuál sea el número de participantes». El autor añade que «esto significa que la manifestación de voluntad de los legitimarios o de los descendientes sería acto colectivo, con lo que consigue, en el momento de la formulación de la voluntad misma, bien sea sobre el plano de la constitución de vínculo, ya sea en él de su disolución». Tal conclusión se alcanza argumentando con el artículo 550 CC, en materia de la denominada «cautela sociniana», allí donde se dispone en el párrafo 3 que si los legitimarios son varios, se necesita el acuerdo de todos ellos para que la disposición testamentaria se pueda ejecutar. El autor concluye que «los legitimarios en este caso están unidos por un interés o contra interés, común, que es él de incidir de manera unilateral en la sucesión sin recurrir a la acción de reducción, unilateralidad que, evidentemente, obliga a un acto colectivo en presencia de todos los sujetos» y que «no de manera diferente, pues, deberá decirse del pacto de familia, considerando que estamos antes un aspecto disciplinar

cipación indispensable de tres categorías de sujetos: disponente, beneficiario-asignatario y legitimarios no asignatarios. Sobre el plano de los intereses en juego, la fuerza vinculante del pacto respecto de los legitimarios sobrevenidos es consecuencia de la participación en el pacto de los legitimarios no asignatarios quienes, tutelando directamente los propios intereses, también tutelan indirectamente los intereses de los legitimarios sobrevenidos⁶⁷. En cuanto a la disolución del pacto, la regulación prevé la posibilidad de desistir del contrato y la de resolverlo consensualmente.

En realidad, la oportunidad de prever el derecho de desistimiento ha sido determinada por la oportunidad de introducir un instrumento equivalente a la revocabilidad del testamento⁶⁸, que permitiera al ordenante modificar el marco de intereses configurado por él aunque, en realidad, la norma no pone límites respecto a aquellos que convencionalmente puedan convertirse en titulares del derecho de desistimiento. Se ha considerado oportuno evidenciar como la previsión de la facultad de desistimiento, sometida sólo a una previsión expresa contenida en el contrato, representa un peligro significativo para la estabilidad del pacto.

En lo tocante a la resolución consensual del contrato, en cambio, la previsión podría parecer superflua puesto que de todas maneras habría sido posible aplicando las normas generales de los contratos.

Los problema de orden específicamente operativo, por lo que toca a ambos instrumentos, desistimiento y resolución consensual derivan de los efectos reales del acto de disposición.

6. CONCLUSIONES

La doctrina⁶⁹ que más ha profundizado en comentar esta modificación legislativa no mucho tiempo después su introducción, ha observado cómo puede divisarse un modelo, por así decir, «minimalista» del pacto de familia y algunas funciones del mismo más sofisticadas que necesitan de un cierto rodaje operativo.

El modelo «minimalista» está representado por el acto en que participan, además del ordenante y del beneficiario, también los

alternativo a la sucesión necesaria, aspecto que afecta en la misma medida a los legitimarios, que deberán expresar una única voluntad conforme o disconforme».

⁶⁷ IEVA, M., *Il patto di famiglia*, en *Trattato breve delle successioni e donazioni*, dir. Por Rescigno, P., Padua 2010, pg 336.

⁶⁸ P. RESCIGNO, *Trasmissione della ricchezza e divieto dei patti successori*, en *Vita not.*, 1993, pp. 1281 y ss.

⁶⁹ La referencia es a L. ROSSI CARLEO, *op. loc. cit.*, p. 445.

legitimarios excluidos y en el que la cuota de liquidación que corresponda a estos últimos se liquide consensualmente. En este caso hay un acuerdo entre todos los interesados y el acto se estructura según el modelo más elemental consentido por la disciplina legislativa. Dicho modelo no presenta especiales perfiles problemáticos y parece dotado de máxima estabilidad. Pero junto a este modelo existen otros que podrían conferir una eficacia operativa notablemente superior a la figura, pero que necesitan de aplicación práctica y, tal vez, también de ulteriores reflexiones por parte de la doctrina encaminadas a seleccionar y consolidar propuestas interpretativas compartidas.

En relación a las problemáticas expuestas, no puede dejarse de poner de relieve como el dato positivo que nos brinda el legislador tiene bastantes lagunas y esté caracterizado por formulaciones a veces inciertas y confusas. El pacto de familia está destinado a operar en un ámbito configurado por situaciones jurídicas de elevada complejidad y de crucial importancia en un plano social. El objetivo perseguido por la reforma, de hecho, no es tanto él de garantizar al empresario el control y la gestión del difícil momento de cambio intergeneracional de su empresa, sino más bien la tutela de un interés más general del mercado por la organización racional y llevanza de las empresas a través de la salvaguarda de la continuidad en la gestión de las mismas⁷⁰.

El sistema económico italiano se caracteriza por una gran difusión de empresas familiares presentes también en medida relevante entre las sociedades cotizadas, es decir en un sector donde los intereses son especialmente delicados y, afectando al ahorro público, inciden en toda la colectividad. En realidad, parece oportuno poner el acento más en las potencialidades de la institución que en los defectos de su regulación.

El pacto de familia «contrato nominado pero no tipificado»⁷¹, de hecho constituye la aparición de una nueva técnica legislativa que «confía la composición de intereses contrapuestos al libre juego

⁷⁰ En el momento de la muerte del empresario individual o del socio de referencia (el c.d. *socio mercator*; usando palabras de IUDICAG. *„Il family buy-out come strumento di preservazione del valore dell'impresa nella successione mortis causa*, en *Scienza ed insegnamento del diritto civile in Italia, Atti del convegno di Studio in onore del prof. Angelo Falzea* Messina 4-7 junio 2002 coordinado por SCALISI V., Milán 2004, pp. 595 y ss. en concreto 596) «a menudo se realiza una peligrosa solución de continuidad en la actividad de la empresa o de la sociedad con consecuencias parcialmente traumáticas en la valiosa capacidad de la empresa de producir y difundir bienestar económico», así lo dice LUCCHINI GUASTALLA E. *Gli strumenti negoziali di trasmissione della ricchezza familiare: dalla donazione si praemoriar al patto di famiglia*, en *Rivista di diritto civile*, 2007, f. 3, 303.

⁷¹ ROSSI CARLEO, J., *Il patto di famiglia: una monade nel sistema?* en *Notariato*, 2008, f. 4, 444.

de la autonomía privada»⁷². Por lo tanto, el legislador entrega a la autonomía privada, oportunamente guiada por los notarios encargados de la estipulación del acto, el encargo de proceder, en el ámbito del escaso cuadro normativo delineado, a la tipificación social a través de la predisposición de una pluralidad de modelos idóneos para satisfacer las diferentes expectativas que emergerán del tejido social.

En definitiva, a pesar del elevado nivel de problemática es indudable que la introducción de la regulación del pacto de familia, al que, como se ha subrayado, es necesario hacer importantes correcciones desde el punto de vista de su aplicación, contribuye a la adaptación del derecho sucesorio italiano a las cambiantes exigencias del mercado. Hay que recordar de hecho, que a la luz de los estudios de las ciencias económicas, un valor fundamental de la empresa está constituido también por la continuidad de su gestión: efectivamente «en la estimación del valor de una empresa, un indicio nada irrelevante es su «horizonte temporal», elemento que dentro de una empresa familiar está muy influenciado por el riesgo fisiológicamente conectado al traspaso generacional que le afecta»⁷³.

⁷² MINERVINI E., *Il patto di famiglia. Commentario alla legge 14 febbraio 2006 n. 55* en *Le nuove leggi civili*, di DI MAURO N., MINERVINI E., VERDICCHIO V., Milán, 2006, p. 8.

⁷³ Cfr. LUCCHINI GUASTALLA E., *I patti di famiglia e il trust*, en *Guide del professionista*, *il sole 24 ore*, n. 1, 30 de marzo 2006, p. 5.

La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual

Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas¹

FERNANDO GÓMEZ POMAR

Catedrático de Derecho civil
Universitat Pompeu Fabra

MARIAN GILI SALDAÑA

Profesora visitante de Derecho civil
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN

Este trabajo pretende analizar distintas cuestiones teóricas relativas a la resolución como remedio frente al incumplimiento, tomando en consideración las dimensiones estratégicas y económicas que se derivan de las soluciones jurídicas propuestas para este remedio, así como la heterogeneidad de efectos que puede generar en términos de incentivos y costes sociales para las partes. Los resultados de este análisis permitirán extraer conclusiones sobre el régimen jurídico del remedio resolutorio predicables tanto del Derecho español de contratos como de la normativa común europea de compraventa (CESL) y otras propuestas normativas en materia contractual.

¹ Este trabajo se enmarca en los proyectos de investigación «Análisis de los remedios (*Remedies*) en derecho privado español según la teoría general de la aplicación del derecho (*Law Enforcement Theory*)» (DER 2010-15624) y «El análisis de los remedios en el Derecho patrimonial y de la persona» (DER 2013-47560-R), financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad. Los autores agradecen los comentarios y sugerencias de los profesores Franco FERRARI y Marco TORSELLO, así como del resto de participantes en los seminarios organizados por la Università di Verona y la Universitat Pompeu Fabra.

PALABRAS CLAVE

Derecho europeo de contratos. Derecho español de contratos. Normativa común europea de compraventa (CESL). Remedios frente al incumplimiento contractual. Resolución del contrato. Contratos B2B. Contratos B2C. Análisis económico del Derecho.

ABSTRACT

The aim of this paper is to contribute to the understanding of different theoretical issues on termination of contract as a remedy for breach, emphasizing the strategic and economic dimensions that result from its legal solutions and the heterogeneity of effects that it may induce both in terms of incentives and overall social costs for the parties. This analysis will allow us to evaluate different solutions in the legal regime of termination both under Spanish Contract Law and the Common European Sales Law (CESL), as well as other proposed texts in Contract Law.

KEYWORDS

European Contract Law. Spanish Contract Law. Common European Sales Law (CESL). Remedies. Termination. B2B contracts. B2C contracts. Law and Economics.

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El funcionamiento del remedio resolutorio:* 2.1 Contratos celebrados entre comerciantes (contratos B2B). 2.2 Contratos celebrados entre comerciantes y consumidores (contratos B2C).—III. *Características generales del remedio resolutorio:* 3.1 La complejidad del remedio resolutorio y los factores determinantes de las decisiones contractuales de invertir y cumplir. 3.2 La complejidad del remedio resolutorio y las doctrinas limitadoras de su ejercicio. 3.3 Algunos problemas ligados al ejercicio del remedio resolutorio desde una perspectiva económica.—IV. *Críticas al régimen jurídico del remedio resolutorio, especialmente en el CESL.*—V. *Algunas consideraciones sobre las críticas al régimen jurídico del remedio resolutorio:* 5.1 El incentivo a la resolución oportunista del contrato. 5.2 Imperatividad de las normas reguladoras de los remedios frente al incumplimiento contractual en contratos con consumidores.—VI. *Conclusiones.*—VII. *Bibliografía citada.*

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende contribuir a la comprensión del régimen jurídico del remedio resolutorio tanto en Derecho español como en lo que es la propuesta de reglamentación contractual más inmediata sobre la mesa en el ámbito europeo, esto es, la normativa común de compraventa europea² (CESL). Para ello se analizarán distintas

² Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [COM (2011) 635 final; <http://eur-lex.europa>].

cuestiones teóricas relativas a la resolución como remedio frente al incumplimiento, tomando en consideración las dimensiones estratégicas y económicas que se derivan de las soluciones jurídicas propuestas para este remedio, así como la heterogeneidad de efectos que puede generar en términos de incentivos y costes sociales. Los resultados de este análisis permitirán extraer conclusiones sobre el régimen jurídico del remedio resolutorio predicables tanto del Derecho español como del Derecho europeo de contratos.

Al contrario que en otros sistemas jurídicos y, más aún, en el terreno comparativo europeo e internacional, la noción técnica de resolución como mecanismo de reacción frente al incumplimiento no plantea hoy entre nosotros particulares debates terminológicos o técnicos, y ello a pesar de la tradicional ubicación de nuestra regla fundamental en la materia, el artículo 1124 CC, en sede de condiciones de la relación obligatoria, y no junto a otros medios de tutela frente al incumplimiento obligacional. La noción prevalente en España coincide de modo muy ajustado con lo que en la terminología utilizada por el CESL constituye la *termination*, una expresión genérica que trata de poner fin a querellas verbales y conceptuales en la materia.

Así pues, nos referiremos a la resolución por incumplimiento en el sentido amplio del CESL, esto es, como remedio contractual que, según resulta del artículo 8 de la Propuesta de Reglamento, permite «poner fin a los derechos y obligaciones de las partes en virtud del contrato, a excepción de aquellos que tengan su fundamento en cualquier cláusula contractual que regule la solución de conflictos o cualesquiera otras cláusulas que deban aplicarse incluso después de la resolución»³. La resolución en Derecho español y en el CESL es un remedio general, accesible para el contratante *in bonis*, cualquiera que sea la naturaleza intrínseca (monetaria o no monetaria, por ejemplo) de la prestación incumplida. De hecho, en los propios preceptos del CESL se contempla específicamente para incumplimientos tanto del vendedor como del comprador. Sin embargo, nuestro análisis se centrará en el incumplimiento del deudor de la prestación característica (el vendedor o el proveedor de servicios en lo que es el ámbito de aplicación concreto de las reglas del CESL) y en la resolu-

eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:es:PDF]. Véanse también las propuestas de modificación previstas en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea [(COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)) (Procedimiento legislativo ordinario: primera lectura)] (en adelante, Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014; <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0159+0+DOC+XML+V0//ES>).

³ Cfr. artículo III.-3:501 DCFR, según el cual «(...) “*termination*” means the *termination of the contractual relationship in whole or in part and “terminate” has a corresponding meaning*».

ción efectuada por el contratante que ha de pagar la prestación característica (el comprador o cliente, en el ámbito propio del CESL). La razón de centrarse en estos casos reside en que es en estos escenarios en los que mejor se perciben las peculiares dimensiones económicas del remedio resolutorio en relación con otros remedios.

Al resaltar, como hacemos en el cuerpo de este trabajo, la complejidad del remedio resolutorio, no lo hacemos por ignorar las dificultades para analizar y evaluar otros mecanismos de reacción frente al incumplimiento. Por ejemplo, el cumplimiento forzoso de lo incumplido es en cuanto a su impacto engañosamente simple, pues en la realidad el coste del cumplimiento y el valor del mismo para la parte legitimada a recibirlo se ven afectados por la incertidumbre asociada a todo escenario contractual proyectado hacia el futuro. Incluso la indemnización de daños y perjuicios suscita complejidades que van más allá del cálculo y determinación del impacto negativo del incumplimiento y su traducción en dinero. Sin embargo, la resolución se halla, como remedio, afectada por fuentes de complejidad de mayor enjundia aún. Por un lado, porque su propia naturaleza de remedio de ineficacia y que comporta «deshacer» la relación contractual se enfrenta de modo directo al carácter dinámico y sujeto a gran variabilidad de contingencias que es propio de toda relación contractual de una cierta entidad. Por otro lado, porque la resolución típicamente –basta detenerse en el propio texto del artículo 1124 CC para darse cuenta– no viene sola, sino acompañada de la indemnización de daños y perjuicios, y esa interacción necesaria entre ambos mecanismos genera dificultades adicionales al análisis en cuanto a poder anticipar globalmente los efectos que el juego conjunto de la resolución y la indemnización tendrán sobre las decisiones de los contratantes, en función del tipo de prestación, de la dinámica de su ejecución, de las inversiones hechas por los contratantes y de las variantes de conducta de las partes una vez producido el incumplimiento.

Somos igualmente conscientes de la proximidad –en términos de ubicación sistemática en algunos sistemas, como el nuestro, pero sobre todo de conexión teórica y consecuencias sobre decisiones y conductas de los interesados– que la finalización de un contrato fruto del ejercicio del remedio resolutorio presenta en relación con otras vías de terminación de una relación contractual –o de unas negociaciones que pretenden culminar en la celebración de un contrato– que puedan basarse en cláusulas contractuales o en otras reglas o doctrinas del Derecho de contratos⁴. Sin embargo, en la

⁴ *Vid.*, para un análisis de estas cuestiones desde una perspectiva teórica, Robert E. SCOTT/George G. TRIANTIS, «Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law», *Columbia Law Review*, vol. 104, 2004, pp. 1428-1493, p. 1433; Víctor

medida en que pretendemos ofrecer un análisis centrado en la complejidad y variedad de los efectos de la resolución como remedio frente al incumplimiento, nos parece más adecuado dejar el resto de fenómenos resolutorios al margen de nuestro foco de atención.

El trabajo se divide en cinco apartados, además de esta breve introducción: el apartado II presenta en términos generales cómo opera el remedio resolutorio, tomando como punto de partida el diseño a partir del cual el CESL organiza la cuestión, tanto en los contratos B2B como en los B2C, relacionándolo con el régimen jurídico de la resolución en el Derecho español y en las propuestas para la modernización del Derecho de contratos en Europa y en España. El apartado III señala y estudia algunos de los inconvenientes que pueden derivarse del remedio resolutorio desde una perspectiva económica. Hay que destacar que la resolución es un remedio contractual extraordinariamente complejo –como veremos, sus efectos varían enormemente en función de las circunstancias de la relación contractual, y del momento y las características del incumplimiento–, pero no ha sido objeto de un análisis exhaustivo desde un punto de vista teórico consecuencialista o económico, por lo que no hay una teoría económica generalmente aceptada sobre la misma. El apartado IV reseña algunas de las críticas al régimen del remedio resolutorio previsto para los contratos B2C en el CESL, en especial las que aluden a la limitación excesiva de la autonomía privada en el diseño del remedio resolutorio en este contexto, y las que apuntan a la insuficiente atención al principio de conservación de los contratos, lo que a su vez resulta en la indeseable aptitud del régimen jurídico propuesto para crear en los consumidores incentivos a resolver los contratos de manera oportunista. El apartado V presenta sintéticamente algunos argumentos para poner en perspectiva ambas líneas de crítica y, finalmente, el apartado VI recoge las principales conclusiones del trabajo.

II. EL FUNCIONAMIENTO DEL REMEDIO RESOLUTORIO

Para situar el remedio resolutorio en el conjunto de los mecanismos de tutela del contratante insatisfecho frente al incumplimiento, y exponer de modo ordenado los principales rasgos de su régimen jurídico en forma sintética, hemos considerado que articular la pre-

GOLDBERG, «Protecting Reliance», Columbia Law and Economics Working Paper No. 454, 2013 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2344387).

sentación en torno a los preceptos del CESL permite una mayor claridad sistemática, pues el CESL, declaradamente, ha tratado – con éxito o no, eso es otra cuestión– de presentar una ordenación «natural» o «intuitiva» del régimen jurídico de la compraventa. Por otra parte, es notorio que nuestro régimen en materia de resolución por incumplimiento se ha ido elaborando a golpe de tendencia jurisprudencial y aportación doctrinal, pues nuestros mimbres de Derecho positivo son, en conjunto, escasos y asistemáticos.

Los remedios frente al incumplimiento contractual se organizan en el CESL a partir de un doble criterio: por un lado, el tipo de contrato incumplido –compraventa de bienes, suministro de contenidos digitales o prestación de servicios relacionados– y, por otro lado, la parte contratante que recurre al sistema de remedios del CESL –un comprador, un consumidor, un vendedor, un cliente o un prestador de servicios– (arts. 106-122, 131-139 y 155-158 CESL)⁵.

Sin embargo, en aras a facilitar una mejor comprensión del régimen jurídico aplicable a la resolución por incumplimiento, y a la vez mostrar de forma más directa el contraste, en cuanto a importantes decisiones de política jurídica en la materia, entre los contratos entre empresas o profesionales y los contratos con consumidores, hemos optado por ordenar la exposición conforme a un criterio algo distinto.

Procederemos a analizar, pues, en primer lugar, las normas aplicables a los contratos celebrados entre comerciantes –los denominados contratos B2B (*business-to-business contracts*)– para posteriormente examinar las normas reguladoras de los contratos celebrados entre comerciantes y consumidores –los denominados contratos B2C (*business-to-consumer contracts*). La utilización de este criterio permitirá realizar una presentación intuitiva y, a la vez, exhaustiva tanto del régimen jurídico aplicable a cada tipo de relación contractual como de sus principales diferencias. Por ejemplo, es destacable –y en absoluto casual o de orden secundario– que algunos elementos del régimen jurídico de los remedios frente al incumplimiento –como son los relativos a la conformidad o falta de conformidad de los bienes con el contrato (arts. 99 y ss. CESL); los remedios del comprador frente al incumplimiento contractual (art. 108 CESL); la resolución por retraso en la entrega tras el otorgamiento de un plazo adicional de cumplimiento (art. 135.4 CESL),

⁵ Sobre la necesidad de reestructurar las Partes IV a VI del CESL, *vid.* THE EUROPEAN LAW INSTITUTE (ELI), «Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law, COM (2011) 635 final», 2012, pp. 26-27 (en adelante, ELI STATEMENT 2012, http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-2-2012_Statement_on_the_Proposal_for_a_Regulation_on_a_Common_European_Sales_Law.pdf).

o el régimen de la prescripción (art. 186.5 CESL)– tengan carácter imperativo en los contratos celebrados entre comerciantes y consumidores (art. 108 CESL), pero que puedan ser excluidos o modificados por las partes en los contratos celebrados entre comerciantes. Asimismo, es relevante que el CESL haya reconocido a los vendedores la facultad de subsanar el incumplimiento cuando los compradores tengan la condición de comerciantes [art. 106.2 a) CESL], pero no en general cuando los compradores sean consumidores [art. 106.3 a) CESL].

1. CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE COMERCIANTES (CONTRATOS B2B)

1.1. Incumplimientos resolutorios

De acuerdo con los arts. 114-119 y 134-139 CESL, en los contratos B2B el comprador puede acudir al remedio resolutorio –sujeto, en su caso, al derecho de subsanación del vendedor– cuando concurra alguna de las siguientes causas⁶: (i) cuando el vendedor haya incumplido una obligación esencial del contrato⁷ (arts. 114

⁶ Sobre las causas de resolución en el CESL, *vid.* Régine FELTKAMP/Frédéric VAN-BOSSELE, «Remedies under the Optional Common European Sales Law – a Good Alternative for Belgian Sales Law?», en Ignace CLAEYS/Régine FELTKAMP (Eds.), *The Draft Common European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 185-254, esp. pp. 234-239; Mindy Chen-WISHART/Ulrich MAGNUS, «Termination, Price Reduction, and Damages», en Gerhard DANNEMANN/Stefan VOGENAUER (Eds.), *The Common European Sales Law in Context*, Oxford University Press Scholarship Online, Oxford, 2013, pp. 656 y ss.

El ELI STATEMENT 2012, pp. 290-291, propuso recoger en una única norma la resolución por incumplimiento esencial (arts. 114 y 134 CESL) y la resolución por incumplimiento previsible o anticipado (arts. 116 y 136 CESL), pues ambas causas de resolución exigen que se produzca un incumplimiento esencial.

Las causas de resolución del CESL no difieren en demasía de las previstas en otros regímenes internacionales o europeos: *cfr.* arts. 49 y 64 del Convenio de Viena (en adelante, CV); 8:105 (2), 8:106 (3), 9:105 (2), 9:301 y 9:304 de los *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL), y III.–3:502 a III.–3:505 del *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR). Para un análisis comparado del régimen jurídico del remedio resolutorio en el CESL y el CV, *vid.* Marco B. M. LOOS/Harriët SCHELHAAS, «Commercial sales: the Common European Sales Law compared to the Vienna Sales Convention», *European Review of Private Law*, vol. 21, núm. 1, 2013, pp. 105-130.

⁷ Según el artículo 87.2 CELS, el incumplimiento de una obligación es esencial si «(a) priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto ese resultado; o (b) sea de tal naturaleza como para que resulte evidente que no se puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte incumplidora». Esta definición es prácticamente idéntica a la recogida en los arts. 8:103 PECL y III.–3:502 DCFR, pero difiere de la prevista en el artículo 25 CV, que se refiere únicamente al incumplimiento que cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. El artículo 241 del *Restatement (Second) of Contracts* establece una lista de circunstancias relevantes para determinar si un incumplimiento es esencial.

y 134 CESL); (ii) cuando el vendedor se haya retrasado en la entrega de los bienes tras haber recibido un plazo adicional para realizar el cumplimiento (arts. 115 y 135 CESL), y (iii) cuando el incumplimiento sea previsible en su acaecimiento (arts. 116 y 136 CESL; en Derecho español, este tipo de incumplimiento también se suele denominar incumplimiento anticipado y, en los países del *Common Law*, *anticipatory breach* o *anticipatory repudiation*).

El artículo 1124 CC permite resolver el contrato cuando «uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe» [*vid.* también el artículo 329 del Código de comercio español (en adelante, CCom) que, en sede de compraventa mercantil, permite resolver el contrato «si el vendedor no entregare en el plazo estipulado los efectos vendidos»]. Sin embargo, como han sostenido durante años tanto la doctrina española⁸ como la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹, únicamente tiene la consideración de incumplimiento resolutorio aquél que, por su gravedad, esencialidad o importancia, priva al acreedor de la finalidad que podía legítimamente esperar del contrato. Por regla general, los tribunales españoles no admiten la resolución cuando el incumplimiento del deudor consiste en un mero retraso en el cumplimiento¹⁰, cuando el deudor realiza un incumplimiento que haya de calificarse de tan solo parcial¹¹, o cuando este incumplimiento recae sobre una obligación incidental o accesorial¹².

Sobre la noción de incumplimiento esencial en estos regímenes internacionales o europeos, *vid.*, entre otros, Gerhard LUBBE, «Fundamental Breach under the CISG», *Rabels zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht*, vol. 68, núm. 3, 2004, pp. 444-472; Benjamin K. LEISINGER, *Fundamental breach considering non-conformity of the goods*, Sellier European Law, München, 2007; Stefan GRUNDMANN, «Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach», *European Review of Contract Law*, vol. 2, 2007, pp. 121-149, pp. 138 y ss.; Christian von BAR/ERIC CLIVE (Eds.), *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. 1, Sellier, Munich, 2009, pp. 229 y ss.

⁸ *Vid.*, entre otros, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004; Luis Díez-PICAZO, *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Madrid, 2005; Fernando GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret 3/2007*, 2007, pp. 1-49, pp. 30 y ss. (http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf); Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 810 y ss.; Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 1115 y ss.

⁹ Entre las más recientes, sin ánimo de exhaustividad, pueden destacarse las SSTS, 1ª, 21.10.2013 (RJ 2013\7064 y RJ 2014\429), 28.10.2013 (RJ 2013\8330 y RJ 2013\8331), 30.10.2013 (RJ 2013\7070), 31.11.2013 (RJ 2013\7072), 6.11.2013 (RJ 2013\7077 y RJ 2013\7076), 7.11.2013 (RJ 2013\7080 y RJ 2013\7079) y 14.11.2013 (RJ 2013\7300).

¹⁰ Entre otras, SSTS, 1ª, 27.9.2012 (RJ 2012\9020), 3.6.2013 (RJ 2013\4965), 31.10.2013 (RJ 2013\7259) y 24.1.2014 (RJ 2014\671); cfr. SSTS, 1ª, 17.1.2014 (JUR 2014\36672) y 6.2.2014 (JUR 2014\53212), que elevan el retraso a la categoría de incumplimiento esencial.

¹¹ Entre otras, SSTS, 1ª, 17.1.2000 (RJ 2000\67), 26.11.2007 (RJ 2008\28) y 24.4.2012 (RJ 2012\5134).

¹² Entre otras, SSTS, 1ª, 29.4.2003 (RJ 2003\3536), 12.11.2004 (RJ 2004\6902), 5.9.2012 (RJ 2012\10116) y 1.10.2012 (RJ 2012\9024).

Las propuestas para la modernización del Código civil y para un nuevo Código de Comercio elaboradas por las Secciones de Derecho civil y de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, respectivamente, se han hecho eco de los modelos adoptados por los regímenes internacionales y europeos más recientes, han codificado el requisito –preexistente entre nosotros por vía jurisprudencial y doctrinal, como es notorio– de la esencialidad del incumplimiento¹³ y han ampliado la tipología de incumplimientos resolutorios en el Derecho español de contratos.

La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de 2009¹⁴ (en adelante, PMCC) permite resolver el contrato cuando el incumplimiento, «(...) atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial» (art. 1199 PMCC); asimismo, cuando, habiéndose producido un retraso o falta de conformidad, haya transcurrido el plazo razonable otorgado por el acreedor para que el deudor cumpla o subsane la falta de conformidad¹⁵; finalmente, cuando haya un riesgo patente de incumplimiento esencial por parte del deudor y éste no cumpla ni preste garantía adecuada de cumplimiento en el plazo razonable que el acreedor le haya otorgado (art. 1200 PMCC).

De forma similar, el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014 (en adelante, ALCM) regula el derecho del acreedor a resolver el contrato por temor fundado de incumplimiento (art. 417-1 ALCM) y por el transcurso del plazo adicional otorgado al deudor para cumplir, aunque el incumplimiento no sea esencial (art. 417-2.2 ALCM). También prevé el derecho del comprador de bienes muebles e

¹³ Nótese que tanto la PMCC (art. 1099) como la ALCM (arts. 417-1 y 511-18.2) hacen alusión expresa al requisito de la esencialidad del incumplimiento, pero no acotan ese concepto. Defienden la conveniencia de incorporar una definición de «incumplimiento esencial» en la PMCC, Encarnación ROCA TRÍAS, «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, 2011, pp. 1-27, p. 9 (www.mjusticia.es/bmj); Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1685-1724, p. 1708; Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1481-1685, p. 1583.

¹⁴ Para un análisis del remedio resolutorio en la PMCC, *vid.* Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1481-1685; Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1685-1724.

¹⁵ Para algunas propuestas de mejora en la redacción de la PMCC, *vid.* Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1685-1724, pp. 1711 y ss.

inmateriales a resolver cuando, tratándose de un incumplimiento esencial y habiendo exigido el cumplimiento del contrato, el vendedor no lo haya ejecutado; el cumplimiento resulte imposible, excesivamente oneroso o desproporcionado, o el comprador tenga razones fundadas para creer que el vendedor no vaya a ejecutarlo (art. 511-18.2 ALCM).

1.2 Deberes de examen y notificación

En el CESL, el ejercicio del derecho a resolver está sujeto al deber de los compradores de examinar o hacer examinar los bienes dentro de un plazo razonable, que no puede exceder catorce días desde su entrega (art. 121.1 CESL). Este examen puede aplazarse cuando el contrato incluye el transporte de los bienes y cuando éstos cambian de destino durante el transporte o son reexpedidos por el comprador (arts. 121.2 y 3 CESL)¹⁶. Además, el comprador debe notificar la resolución en un plazo razonable desde que se originó el derecho o desde que conoció, o cabe esperar que conociera, el incumplimiento (art. 119.1 CESL)¹⁷. El incumplimiento de este deber comportará la pérdida del derecho a resolver el contrato, salvo que sea posible demostrar que el vendedor omitió por completo el comportamiento final o útil de prestación, esto es, que no realizó conducta alguna de cumplimiento mediante la entrega de la prestación¹⁸.

Cuando el incumplimiento se derive de la entrega de bienes no conformes con el contrato¹⁹, el ejercicio del remedio resolutorio –y del resto de remedios– estará sujeto de nuevo al deber del comprador de examinar o hacer examinar los bienes dentro de un plazo razonable, que no podrá exceder el plazo de catorce días desde su entrega (art. 121.1 CESL). Este examen también podrá aplazarse temporalmente cuando el contrato incluya el transporte de los bienes y cuando éstos cambien de destino durante el transporte o sean reexpedidos por el comprador (arts. 121.2 y 3 CESL)²⁰. Además, el comprador deberá notificar al vendedor la falta de conformidad dentro de los dos años siguientes a la puesta de los bienes a su disposición²¹. Esta notificación no será necesaria si el vendedor

¹⁶ Cfr. artículo 38 CV.

¹⁷ La Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014 ha modificado el artículo 119 CESL, que impone a los compradores la obligación de notificar la resolución «(...) en un plazo de dos meses desde que se originó el derecho o, si el comprador fuera un comerciante, que el comprador conociera, o cabía esperar que conociera, que se había producido el incumplimiento, según qué condición ocurriera primero».

¹⁸ Cfr. artículos 9:303 (2) y (3) PECL, III.-3:508 DCFR y 64.2 CV.

¹⁹ Vid. los artículos 99-105 CESL.

²⁰ Cfr. artículo 38 CV.

²¹ El ELI STATEMENT 2012, p. 283, propone que el plazo de dos años comience a correr desde el momento de la entrega.

conocía o cabe esperar que conociera la falta de conformidad y no la reveló al comprador (art. 122 CESL)²².

En Derecho español, estos deberes de examen y notificación se encuentran expresamente previstos en el CCom para la compraventa mercantil (arts. 336 y 342 CCom). El artículo 336 CCom configura el examen de las mercaderías como un presupuesto para que el comprador pueda ejercitar las acciones correspondientes por vicio o defecto de cantidad o calidad. Una vez realizado este examen, el comprador pierde el derecho a ejercitar tales acciones si no denuncia los vicios o defectos en un plazo de cuatro días desde la recepción de las mercaderías –si se trata de vicios aparentes (art. 336 CCom)– o de treinta días desde la entrega de las mismas –en los casos de vicios o defectos ocultos (art. 342 CCom)²³. Tales deberes se recogen con detalle en el régimen de la compraventa de bienes muebles e inmateriales del ALCM, que ha sustituido la tradicional obligación de saneamiento por vicios y defectos ocultos por el deber del vendedor de entregar bienes conformes con el contrato (art. 511-7 ALCM en relación con el art. 511-9 ALCM). El comprador que pretenda resolver el contrato por falta de conformidad *ex* artículo 511-18.2 ALCM deberá examinar los bienes en el momento de su puesta a disposición o dentro de los cinco días siguientes a la misma. Este examen podrá aplazarse cuando el contrato comprenda el transporte de los bienes o cuando el comprador haya cambiado su destino en tránsito o los haya reexpedido sin haber tenido una oportunidad razonable de examinarlos (art. 511-11 ALCM). Adicionalmente, el comprador deberá comunicar al vendedor la falta de conformidad dentro de un plazo de cinco días a contar desde que haya tenido conocimiento o debiera haber tenido conocimiento de la misma (art. 511-12 ALCM). El incumplimiento de este deber comportará la pérdida del derecho a resolver (art. 511-20 ALCM). Los términos de la ALCM se antojan draconianos en comparación con los del CESL, que en esto también están referidos a la contratación entre empresarios y dejan fuera de su alcance a los compradores consumidores, que gozan de un régimen notablemente más favorable aun.

1.3 Límites al ejercicio del remedio resolutorio

Como en el resto de remedios frente al incumplimiento –salvo el derecho a suspender el propio cumplimiento [art. 106.2 a)

²² *Cfr.* artículos III.– 3:107 DCFR y 39-40 CV.

²³ *Vid.*, por todos, Fernando SÁNCHEZ CALERO, «Denuncia de los vicios y examen de la cosa en la compraventa mercantil», *Anuario de Derecho civil*, tomo XII, fasc. IV, 1959, pp. 1191-1218.

CESL)–, el ejercicio del remedio resolutorio está sujeto a la facultad del vendedor de subsanar la falta de conformidad²⁴ [arts. 106.2 a) y 109 CESL] mediante la reparación o la sustitución de los bienes defectuosos (art. 111.1 CESL)²⁵. Esta oferta de subsanación puede realizarse sea con anterioridad sea con posterioridad al vencimiento de la obligación de entrega (art. 109.1 y 2 CESL). En cualquier caso, el comprador podrá rechazar la oferta de subsanación en las siguientes condiciones: (a) si la subsanación no puede realizarse sin demora y sin causarle molestias importantes [art. 109.4 a) CESL]; (b) si tiene motivos para desconfiar de que el vendedor vaya a cumplir en el futuro [art. 109.4 b) CESL], o (c) si el retraso en el cumplimiento inherente a la subsanación, pues ésta comporta necesariamente un plazo de ejecución, supone una situación calificable como incumplimiento esencial del contrato [art. 109.4 c) CESL]. La subsanación del incumplimiento también podrá rechazarse cuando no se pueda ejecutar en un plazo razonable (art. 109.5 CESL)²⁶. Durante el plazo de subsanación, el comprador podrá suspender el cumplimiento de sus propias obligaciones (art. 109.6 CESL) no podrá recurrir a los restantes remedios, pero sí podrá exigir una indemnización por los daños y perjuicios que se hayan podido derivar de la subsanación o que no se hayan podido evitar a través de la misma (art. 109.7 CESL).

Ni el CC ni el CCom español contienen una norma que regule con carácter general el derecho del deudor a subsanar el incumplimiento antes de que el acreedor pueda dar por terminada la relación contractual. Sí se regula, en cambio, en la PMCC y en el ALCM. El artículo 1200 PMCC establece –como posibilidad– que el acreedor, antes de resolver el contrato, conceda al deudor un plazo razonable para subsanar la falta de conformidad. Asimismo, el artículo 417-2.1 ALCM prevé, para los contratos mercantiles, que la parte que haya cumplido defectuosamente su prestación, siempre que ello no implique un incumplimiento esencial

²⁴ Sobre el régimen jurídico de la subsanación del incumplimiento en el CESL, *vid.* Hector MACQUEEN/Barbara DAUNER-LIEB/Peter W. TETTINGER, «Specific Performance and Right to Cure», en Gerhard DANNEMANN/Stefan VOGENAUER (Eds.), *The Common European Sales Law in Context*, Oxford University Press Scholarship Online, Oxford, 2013, pp. 634 y ss.; Régine FELTKAMP/Frédéric VANBOSSELE, «Remedies under the Optional Common European Sales Law – a Good Alternative for Belgian Sales Law?», en Ignace CLAEYS/Régine FELTKAMP (Eds.), *The Draft Common European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 185-254, esp. 222-223.

²⁵ *Cfr.* artículos 8:104 PECL, III.–3:201 a III.–3:203 DCFR y 48 CV.

²⁶ Las normas reguladoras de la subsanación del incumplimiento en el CV no son tan restrictivas como las del CESL, pues permiten rechazarla cuando no se pueda llevar a cabo en un plazo razonable o sin causar a la víctima del incumplimiento inconvenientes irrazonables o incertidumbre sobre el reembolso de los gastos en que haya incurrido (art. 48.1 CV).

del contrato, pueda subsanar el incumplimiento a su costa si lo hace en un plazo de tiempo razonable. Como en el CESL, la parte perjudicada por el incumplimiento podrá suspender su propio cumplimiento mientras la subsanación no se haga efectiva, y tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios cuya producción en detrimento de la parte agraviada por el incumplimiento no pueda ser evitada por las conductas o medidas de la subsanación (art. 417-2.3 ALCM).

1.4. Acumulación de remedios

El CESL permite acumular los remedios contractuales que son compatibles (art. 106.6 CESL). El comprador puede exigir la resolución del contrato y la devolución del precio efectivamente pagado [art. 106.1 c) CESL], así como una indemnización de daños y perjuicios (arts. 8.2, 106.6 y 160 CESL). En Derecho español, la acumulación de los remedios resolutorio e indemnizatorio se encuentra expresamente prevista en los arts. 1124 CC, 329 CCom, 1190 y 1202 PMCC, y 511-16.2 ALCM.

Por regla general, el comprador no deberá compensar al vendedor por el uso que haya realizado de los bienes con anterioridad a la resolución, salvo que sea posible demostrar alguna de las circunstancias siguientes: (i) que fue el propio comprador quien motivó la resolución del contrato; (ii) que el comprador tenía conocimiento de la existencia de una causa de resolución antes de utilizar los bienes; (iii) que el uso sin contraprestación o gratuito de los bienes por parte del comprador sería injusto teniendo en cuenta la naturaleza de los mismos, la naturaleza y alcance del uso, y la disponibilidad de otros remedios distintos de la resolución (art. 174.1 CESL)²⁷. El CC español no contiene una norma que obligue al contratante *in bonis* que resuelve a restituir el valor del uso que hubiera hecho de los bienes. El comprador que resuelva el contrato deberá restituir los bienes que le fueron entregados, pero esta restitución no alcanzará al valor asociado al uso de los mismos²⁸ que, en su caso, deberá ser compensado o deducido del resarcimiento por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento que el incumplidor haya de pagar a la otra parte y que haya de recibir el comprador que «usó» los bienes objeto del contrato resuelto.

²⁷ Vid. un análisis del artículo 174 CESL en Christiane WENDEHORST, «Restitution in the Proposal for a Common European Sales Law», European Parliament, 2012, p. 21 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462465/IPOL-JURI_NT\(2012\)462465_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462465/IPOL-JURI_NT(2012)462465_EN.pdf)).

²⁸ Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 1155-1156.

Tal deducción habría de fundarse en otros principios del régimen del incumplimiento, sea el deber de mitigar los daños (aunque resulte muy difícil considerar que el «no uso» era una medida debida de mitigación, salvo en casos muy singulares), sea la frecuentemente denostada *compensatio lucri cum damno*.

2. CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE COMERCIANTES Y CONSUMIDORES (CONTRATOS B2C)

2.1 Incumplimientos resolutorios

En los contratos B2C, el consumidor perjudicado por un incumplimiento puede recurrir inmediatamente al remedio resolutorio (arts. 114-119 y 134-139 CESL), pues el vendedor no tiene, por regla general, facultad de subsanación del incumplimiento o defectuoso cumplimiento [art. 106.3 a) CESL]. El remedio resolutorio se aplicará, de modo similar a como se ha relatado para los contratos interempresariales: (i) cuando el vendedor ha incumplido una obligación esencial del contrato (art. 114.1 CESL); (ii) cuando el vendedor se ha retrasado en la entrega tras haber recibido un plazo adicional para cumplir (arts. 115 CESL); (iii) cuando el incumplimiento es previsible o anticipado (arts. 116 CESL), y (iv) cuando hay una falta de conformidad significativa²⁹ de los bienes con el contrato (art. 114.2 y 155.4 CESL). A diferencia de lo que sucede en los contratos entre comerciantes, no es necesario que el consumidor examine los bienes [art. 106.3 b) CESL] y notifique al vendedor la falta de conformidad [art. 119.2 a) CESL³⁰].

En Derecho español, los contratos celebrados entre comerciantes y consumidores se pueden resolver *ex* artículo 1124 CC (sobre las características del remedio resolutorio del art. 1124 CC, *vid. supra*) o, tratándose de una compraventa mobiliaria de consumo, si concurren los presupuestos para la aplicación del artículo 121 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias³¹ (en adelante, TRLGDCU). De acuerdo con este precepto, el consumidor

²⁹ El ELI STATEMENT 2012, p. 293, defendió la utilización de la expresión «de escasa importancia», de acuerdo con la terminología de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO L 171/12, de 7.7.1999; en adelante, Directiva 1999/44/CE).

³⁰ Tanto el ELI STATEMENT 2012, p. 297, como la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014 eliminan el párrafo 2 a) del artículo 119.

³¹ BOE núm. 287, de 30.11.2007. Aplican el remedio resolutorio del artículo 121 TRLGDCU las SSAAPP Valencia 26.10.2012 (JUR 2013\61568), Valencia 26.12.2012

que haya recibido bienes no conformes con el contrato podrá recurrir a la resolución cuando (i) no sea posible la reparación o sustitución de los bienes no conformes con el contrato, o cuando éstas no se hayan llevado a cabo en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y, además, (ii) la falta de conformidad no sea de escasa importancia³². Nótese también que, para los contratos B2C, el artículo 18.2 de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo³³ (en adelante, Directiva 2011/83/UE), estableció el derecho del consumidor a emplazar al vendedor para que cumpliera su obligación de entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias, transcurrido el cual pudiera solicitar la resolución del contrato. Esta regla no se aplicaría cuando el vendedor hubiera rechazado entregar los bienes o cuando el plazo de entrega fuera esencial. La misma ha sido ya traspuesta al Derecho español como nuevo artículo 66 bis TRLGDCU por obra de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias³⁴.

2.2 Límites al ejercicio del remedio resolutorio

En la Propuesta originaria del CESL, los únicos límites al ejercicio del remedio resolutorio en los contratos B2C están en el principio de buena fe contractual³⁵ y en el plazo –breve, en el sistema

(JUR 2013\119809), Barcelona 22.2.2013 (JUR 2013\187135) y La Rioja 10.5.2013 (JUR 2013\201045), entre las más recientes.

³² Para un análisis del concepto de falta de conformidad de escasa importancia, *vid.* Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, «Artículo 121», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 1522-1532, esp. 1529 y ss.; Nieves FENOY PICÓN, «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXII, fasc. I, 2009, pp. 157-280.

³³ DOUE núm. L 304/64, de 22.11.2011.

³⁴ BOE núm. 76, de 28.3.2014.

³⁵ En el CESL, «buena fe» se define como «una norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión» (art. 2.b CESL). *Vid.*, entre otros, Reinhard ZIMMERMANN/Simon WHITTAKER (Eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2000; Roger BROWNSWORD, «Regulating Transactions: Good Faith and Fair Dealing», en Geraint HOWELLS/Reiner SCHULZE, *Modernising and Harmonising Contract Law*, Sellier de Gruyter, Munich, 2009, pp. 87-114.

del CESL– de prescripción de dos años³⁶ desde que el consumidor conoció, o cabe esperar que conociera, los hechos a partir de los cuales podía ejercitarse el derecho (arts. 179.1 y 180.1 CESL). La resolución –y el resto de remedios puestos a disposición de las partes contratantes– en este tipo de contratos no está sujeta con carácter general al derecho del vendedor a subsanar el incumplimiento [art. 106.3 a) CESL]³⁷. Sin embargo, el CESL prevé una excepción a esta regla general para los prestadores de servicios, quienes pueden ofrecer al consumidor la subsanación de la falta de conformidad cuando ésta no se derive de una instalación incorrecta de los bienes suministrados mediante un contrato de consumo (art. 155.2 y 3 CESL) y pueda realizarse en un plazo razonable de tiempo, que ha de ser inferior a treinta días [art. 155.5 a) CESL].

Además, como en los contratos celebrados entre comerciantes, la resolución puede ir acompañada de una indemnización de daños y perjuicios, en principio por la extensión del interés contractual positivo, que coloque al consumidor en la posición en que se habría encontrado si el vendedor hubiera cumplido sus obligaciones correctamente (arts. 8.2, 106.6 y 160 CESL³⁸).

En relación con los límites a la resolución en los contratos B2C, llama la atención que el CESL haya excluido tanto el derecho del vendedor a subsanar el incumplimiento –salvo para los prestadores de servicios cuando concurren los requisitos señalados anterior-

³⁶ El ELI STATEMENT 2012, pp. 321-322, propuso su sustitución por un plazo de 3 años.

³⁷ Para algunas críticas a esta exclusión, *vid.* Régine FELTKAMP/Frédéric VANBOSSELE, «Remedies under the Optional Common European Sales Law – a Good Alternative for Belgian Sales Law?», en Ignace CLAEYS/Régine FELTKAMP (Eds.), *The Draft Common European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, p. 224. Para estos autores, el derecho de subsanación del vendedor parece encontrar su justificación en el principio general de buena fe, que también rige en los contratos celebrados entre comerciantes y consumidores.

La Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014 ha previsto una excepción a la exclusión del derecho de subsanación. Según esta Resolución, los derechos de los compradores no estarán sujetos a subsanación por el vendedor «excepto cuando tengan que ver con bienes o contenidos digitales fabricados, producidos o modificados según las especificaciones del consumidor o que estén claramente personalizados (...)». De ahí que el artículo 109.4 faculte a los compradores a negarse a la subsanación si «(...) cuando el comprador sea un consumidor, los remedios del comprador no estarán sujetos a subsanación por parte del vendedor de conformidad con el artículo 106, apartado 3, letra a)», y que el artículo 109.5 CESL establezca que el plazo razonable para llevar a cabo la subsanación no pueda superar los 30 días.

El ELI STATEMENT 2012, p. 277, también contempla la facultad de los vendedores de subsanar «(a) in contracts for the sale of goods or digital content to be manufactured, produced or modified according to the consumer's specifications or which were clearly personalized; (b) in contracts for related services, except in the case of incorrect installation of goods or digital content, and (c) where the consumer notified the seller of the lack of conformity more than six months after risk had passed to the consumer».

³⁸ Reiner SCHULZE (Ed.), *EU Common European Sales Law (CESL) - Commentary*, Beck, Hart, Nomos, Baden-Baden, 2012, pp. 639 y ss.

mente (*vid. supra*)— como cualquier equivalente funcional a este derecho. En efecto, el CESL no incorpora una jerarquía de remedios que priorice aquellos que comportan subsanación, como la reparación o la sustitución, frente a otro tipo de remedios³⁹. Una jerarquía de este tipo fue introducida en la Directiva 1999/44/CE, que obligaba a los consumidores a exigir la reparación o sustitución de los bienes en primer lugar. Solo en el caso que ni la reparación ni la sustitución fueran posibles, o que los vendedores no hubieran llevado a cabo el remedio escogido por los consumidores⁴⁰ (reparación o sustitución) en un plazo de tiempo razonable o sin causarles grandes inconvenientes, podían los compradores exigir la reducción del precio o la resolución del contrato (art. 3 Directiva 1999/44/CE). Este sistema fue incorporado al ordenamiento jurídico español y se encuentra recogido en la actualidad en el artículo 121 TRLGDCU (*vid. supra*). Mediante esta jerarquía de remedios se ponía de relieve la intención de los legisladores comunitario y español de priorizar el principio de conservación de los contratos concediendo a los vendedores la posibilidad de subsanar las faltas de conformidad.

Los PECL y el DCFR se alejaron del artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE y establecieron sistemas de remedios no jerárquicos (arts. 8:101 PECL y III.-3:101 DCFR)⁴¹ y acumulables (arts. 8:102 PECL y III.-3:102 DCFR). Estas soluciones más recientes inspiraron la regulación del CESL, que faculta a los consumidores a escoger entre el cumplimiento, la suspensión del cum-

³⁹ Sobre los efectos que pueden tener las diferentes secuencias de remedios en los incentivos del vendedor a invertir en calidad, y sobre los efectos que pueden tener los regímenes de remedios jerárquicos y no jerárquicos en la decisión de resolver el contrato, *vid.* Tim FRIEHE/Tobias H. TRÖGER, «On the Sequencing of Remedies in Sales Law», Working Paper (<http://www.uni-graz.at/socialpolitik/papers/Friehe.pdf>), y la bibliografía allí citada.

⁴⁰ La elección de uno u otro remedio se encuentra limitada —además de por la imposibilidad de ejercitar los remedios— por la desproporción, si resulta que una alternativa genera en el vendedor unos costes irrazonables en comparación con la otra, teniendo en cuenta el valor que tendrían los bienes si fueran conformes con el contrato, la importancia de la falta de conformidad y si el remedio alternativo puede llevarse a cabo sin grandes inconvenientes para el consumidor. *Vid.* Massimo C. BIANCA/Stefan GRUNDMANN (Eds.), *EU Sales Directive: Commentary*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002, pp. 149-210; Stefan GRUNDMANN, «Leistungsstörungsmodelle im Deutschen und Europäischen Vertragsrecht - insbesondere Zurückweisung der charakteristischen Leistung», en Claus-Wilhelm CANARIS/Andreas HELDRICH, *Sonderdruck aus: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2007, pp. 307-327; Stefan GRUNDMANN, «Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach», *European Review of Contract Law*, vol. 2, 2007, pp. 121-149, esp. pp. 127-129.

⁴¹ Según el artículo 8:101 (1) PETL, «[s]iempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9». De forma prácticamente idéntica, el artículo III.-3:101 (1) DCFR establece que «[s]i el deudor no cumple una obligación y el incumplimiento no está justificado, el acreedor puede recurrir a cualquiera de los remedios previstos en este Capítulo».

plimiento, la resolución del contrato, la reducción del precio o la indemnización de daños y perjuicios (arts. 106.1⁴² y 131.1 CESL), y declara expresamente que los remedios compatibles son acumulables (arts. 106.6 y 131.4 CESL).

Como sucede en los contratos entre comerciantes, el consumidor no tendrá que indemnizar al vendedor por el uso que haya podido realizar de los bienes defectuosos⁴³, salvo que le sea posible al vendedor acreditar las circunstancias ya reseñadas en relación con la compraventa empresarial, esto es: (i) que fue el propio consumidor quien motivó la resolución del contrato; (ii) que el adquirente tenía conocimiento de la existencia de una causa de resolución antes de empezar a utilizar los bienes; (iii) que un uso gratuito de los bienes por parte del consumidor sería injusto teniendo en cuenta la naturaleza de los mismos, la naturaleza y alcance del uso, y la disponibilidad de otros remedios distintos de la resolución (art. 174.1 CESL).

En cambio, el vendedor deberá indemnizar al consumidor por los gastos derivados de la sustitución de los bienes defectuosos (art. 112.1 CESL). Esta norma refleja la solución adoptada el 16 de junio de 2011 por el Tribunal Europeo de Justicia (Sala Primera) en los asuntos *Weber GmbH v. Jürgen Wittmer* (C-65/09) e *Ingrid Putz v. Medianess Electronics GmbH* (C-87/09). En el caso Weber, el Sr. Wittmer y la empresa Weber habían celebrado un contrato de compraventa de baldosas pulidas. En el caso Putz, la Sra. Putz y Medianess Electronics habían celebrado un contrato online de compraventa de un lavavajillas. En ambos casos, los bienes resultaron ser defectuosos y la reparación de los mismos imposible. El Tribunal concluyó que cuando la falta de conformidad tuviera que subsanarse mediante la sustitución, los vendedores estarían obligados, o bien a retirar los bienes del lugar donde hubieran sido instalados de buena fe por los consumidores y a instalar los bienes de sustitución, o bien a soportar esos costes de retirada e instalación. Asimismo, entendió que los vendedores no podían negarse a sustituir los

⁴² De acuerdo con la propuesta del ELI STATEMENT 2012, p. 276, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014 ha establecido que los compradores solo podrán escoger entre los diferentes remedios cuando se cumplan sus «requisitos específicos».

⁴³ La doctrina española que ha interpretado el artículo 121 TRLGDCU también entiende que la resolución del contrato no comporta la restitución del valor asociado al uso del producto defectuoso: entre otros, Marta MARTÍN ARESTI, *Las Garantías de los Productos de Consumo*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 164-165; Esther TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 121 TRLGDCU», en Sergio Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011 pp. 1105-1110, pp. 1108-1109; Nieves FENOY PICÓN, «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVI, fasc. II, 2013, pp. 717-836, p. 795.

bienes defectuosos alegando que los costes derivados de la sustitución eran desproporcionados; ahora bien, sí podían limitar tales costes a una cuantía proporcionada⁴⁴.

III. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL REMEDIO RESOLUTORIO

1. LA COMPLEJIDAD DEL REMEDIO RESOLUTORIO Y LOS FACTORES DETERMINANTES DE LAS DECISIONES CONTRACTUALES DE INVERTIR Y CUMPLIR

Todas las decisiones relevantes para las partes contratantes –como la decisión de celebrar un contrato y en qué términos; la de llevar a cabo inversiones específicas; la de revelar información en la fase precontractual; la de cumplir o incumplir el contrato; la de asignar riesgos; la de renegociar el contrato tras la realización de inversiones; la de renegociar el contrato tras el incumplimiento; la de comportarse de una forma u otra tras el incumplimiento, etc.– dependen, directa o indirectamente, del remedio que hayan elegido y, por tanto, de la resolución del contrato como posible vía de tutela frente al incumplimiento.

En este trabajo no pretendemos analizar los efectos de la resolución en todos los escenarios posibles. Renunciamos a cualquier pretensión de exhaustividad tanto en nuestro planteamiento del problema como en nuestros resultados. Nuestro análisis no tendrá en cuenta las decisiones relativas a la celebración del contrato y sus términos, la revelación de información o la asignación de riesgos, sino que se centrará únicamente en las decisiones de generar incentivos suficientes a cumplir y de promover comportamientos efi-

⁴⁴ Vid. algunos comentarios a estas sentencias en Angus JOHNSTON/Hannes UNBE-RATH, «Joined Cases C-65/09 & C-87/09, *Gebr. Weber GmbH v. Jürgen Wittmer and Ingrid Putz v. Medianess Electronics GmbH*. Judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 16 June 2011», *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, pp. 793-808; Victoria PICATOSTE BOBILLO, «El significado de la gratuidad en el sistema de remedios por falta de conformidad de los bienes con el contrato», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2146, 2012 pp. 1-19, pp. 6-7 (www.mjusticia.es/bmj); Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, «Sustitución de un bien no conforme: ¿quién asume el coste de retirada del bien y de instalación del bien de sustitución?», *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1, núm. 9, 2013, pp. 87-98; M^a Paz GARCÍA RUBIO, «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz)», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVI, fasc. I, 2013, pp. 323-337; Nieves FENOY PICÓN, «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVI, fasc. II, 2013, pp. 717-836, pp. 797 y ss.

cientes *ex post*, así como en los efectos que pueden tener los diferentes tipos de remedios en estas decisiones. De forma secundaria, también haremos alguna referencia al problema de las inversiones específicas.

Desde una perspectiva económica –pero también práctica–, el remedio resolutorio es más complejo que otros, como la indemnización de daños y perjuicios o el cumplimiento del contrato en forma específica. No porque estos sean siempre de gran simplicidad. Por supuesto, a causa de sus dificultades de aplicación –por ejemplo, la supervisión e intervención judicial en distintas modalidades de ejecución forzosa, o los problemas, sobradamente conocidos, de determinación y cuantificación del daño contractual indemnizable–, pero más allá de aquellas, esos remedios se ven afectados por la incertidumbre que se refiere a costes, valoraciones y, en general, variables relevantes en la proyección del contrato hacia el futuro –y los contratos que carecen de esa proyección suelen ser de escasa relevancia o poco susceptibles de ser influidos por el Derecho de contratos– y en su incidencia en esas decisiones contractuales mencionadas más arriba.

La resolución, no obstante, se enfrenta a graves factores de complejidad añadidos a estos que se acaban de reseñar. De una parte, porque su propio funcionamiento como remedio supone que opera a través de la «terminación» de la relación contractual y la eliminación de las consecuencias o resultados derivados de las conductas contractuales ya ejecutadas, por medio de la obligación de restitución de lo percibido por obra del contrato (art. 1123.1 CC en relación con el art. 1124 CC, art. 172 CESL). Esta mecánica sujeta el remedio resolutorio de modo aún más esencial a la importante variabilidad de contingencias y circunstancias que caracteriza a todo contrato de una cierta entidad, pues el impacto de la resolución y la consiguiente restitución sobre la situación de los contratantes va a depender, crucialmente, de la «historia» de esa concreta relación contractual.

De otra parte, porque la resolución rara vez viene sola. Los sistemas de Derecho de contratos configuran la resolución como un remedio que, de manera casi necesaria, opera en combinación con la indemnización del daño contractual. Esta conexión genera una fuente adicional de complejidad, pues las decisiones y las conductas de los contratantes habrán de tener en cuenta el efecto combinado de ambos remedios. Como veremos, además, ese efecto combinado con frecuencia no induce los incentivos correctos para los contratantes, y uno puede reducir las ventajas del otro, o exacerbar sus desventajas, de modo que es preciso, a fin de apreciar cabalmente las consecuencias del remedio resolutorio, tener siempre a la

vista la influencia que su interacción con la indemnización de daños trae consigo. Solo de esta manera podremos comenzar a entender los efectos que el juego conjunto de la resolución y la indemnización tendrán sobre las decisiones de los contratantes, en función del tipo de prestación, de la dinámica de su ejecución, de las inversiones hechas por los contratantes y de las posibles variantes de conducta de las partes una vez producido el incumplimiento.

Para empezar, creemos necesario reflexionar sobre la idea de que no es posible conceptuar la resolución como un mecanismo cuya incidencia como remedio pueda apreciarse de manera simple y global para el conjunto del fenómeno del incumplimiento contractual. La resolución es difícil de entender en términos universales, para todos los contratos y para todas las modalidades de incumplimiento. Además, no responde ni se adapta a un modelo general, pues hay una gran variedad de factores –el momento en el cual se incurre en el coste de ejecución del contrato; la existencia, naturaleza y cuantía de las inversiones específicas realizadas; la fluctuación de precios; la existencia de mercados de reventa, etc.– que pueden tener una elevada trascendencia diferencial en cuanto a sus efectos sobre los contratantes y sus incentivos de actuación a la vista de tales efectos.

De entrada, las consecuencias de la resolución dependen del contexto del contrato y de las partes, así como de un elevado número de variables que hacen que la decisión de incumplir –dejando de lado, de momento, la posible indemnización de daños y perjuicios que pueda acompañar, con un importe u otro, a la resolución– sea más o menos costosa. Pongamos un ejemplo: imaginemos que ninguna de las partes contratantes ha invertido esfuerzos en el cumplimiento del contrato ni ha realizado inversiones específicas –inversiones no recuperables y que no producen rendimiento fuera de la ejecución del contrato– antes de que una de ellas decida anunciar su decisión de incumplir la prestación a su cargo. En este escenario, la resolución del contrato no sería un remedio (socialmente) costoso, pues las partes no tendrían que restituirse ninguna prestación –no se ha ejecutado ninguna– ni perderían los esfuerzos e inversiones que hubieran podido realizar para asegurar el cumplimiento del contrato –pues ninguna han realizado–. Por otra parte, en estas circunstancias, el remedio resolutorio por sí solo generaría en la parte potencialmente incumplidora pocos incentivos a cumplir –a evitar incumplir anticipadamente–: salvo que la resolución fuera acompañada de una indemnización de daños y perjuicios, no supondría ningún coste para la parte incumplidora, quien por tanto no tendría incentivos a evitar el incumplimiento.

Cambiemos ligeramente el escenario: imaginemos ahora que el contrato (el mismo) se ha cumplido prácticamente en su totalidad, que las partes contratantes han invertido esfuerzos y han realizado inversiones específicas importantes, y que las prestaciones realizadas tienen un valor de reventa escaso o incluso nulo. En este contexto, la resolución sería un remedio (socialmente) costoso, pues comportaría la pérdida de todos los esfuerzos de cumplimiento y de todas las inversiones realizadas en atención al cumplimiento del contrato. Además, la amenaza de resolver el contrato, aun cuando no fuera acompañada de una indemnización de daños y perjuicios, generaría en la parte cumplidora incentivos suficientes a cumplir. Téngase en cuenta que, en este caso, la parte cumplidora no incurriría en ningún gasto, mientras que la parte incumplidora perdería todos los esfuerzos realizados y no podría recuperarlos recurriendo a otro tipo de mecanismos.

Como puede observarse, los efectos económicos de la resolución y los incentivos que puede generar como remedio frente al incumplimiento pueden verse afectados por una gran variedad de factores, como la secuencia temporal de conductas de cumplimiento, las inversiones realizadas por las partes contratantes, las características de los bienes entregados o las condiciones del mercado. Desde este punto de vista, la resolución no será un remedio demasiado costoso para la parte que incumpla el contrato antes de haber invertido nada –o muy poco– en el cumplimiento, y antes de haber realizado sus inversiones específicas, o que cuente con un mercado de reventa donde recolocar los bienes objeto de restitución. En cambio, la resolución será más gravosa –y amenazadora como remedio– si el contrato incumplido tiene por objeto bienes personalizados, que suelen tener un valor de reventa menor, o incluso cero, tras la resolución⁴⁵. Lo mismo sucederá si la parte cumplidora ha utilizado intensamente los bienes con anterioridad a la resolución y no hay una regla legal o contractual que obligue a compensar a la parte incumplidora por la pérdida de valor derivada de ese uso, o si los bienes han perdido valor entre el momento de la entrega y el de la resolución como consecuencia de las fluctuaciones del mercado.

Las inversiones específicas para asegurar el cumplimiento del contrato –u otro tipo de inversiones vinculadas a la relación contractual– pueden afectar de manera muy importante al funcionamiento de los remedios frente al incumplimiento y, sobre todo, a las consecuencias económicas de la resolución.

⁴⁵ Vid. Alexander STREMITZER, «Opportunistic Termination», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, núm. 3, 2012, pp. 381-406, p. 384.

En una relación contractual, es muy frecuente que las partes contratantes realicen inversiones para asegurar la obtención de todas las ganancias que se puedan derivar del contrato. En economía se suelen distinguir dos categorías de inversiones –específicas y genéricas– en función de si tienen y conservan valor o no fuera de la relación contractual. La literatura económica y del análisis económico del Derecho ha definido las inversiones específicas como aquellos gastos realizados con anterioridad al cumplimiento del contrato que no pueden ser utilizados en otras relaciones contractuales, o que no tienen –o lo tienen escaso– valor fuera del contrato o de la concreta relación entre las partes⁴⁶. En cambio, las inversiones genéricas harían referencia a los gastos que son necesarios en todas, o casi todas, las relaciones contractuales y que, por tanto, pueden ser utilizados en otras relaciones o para con otras partes contratantes. Estas inversiones tienen efectos distintos en los incentivos de las partes contratantes a cumplir o incumplir, o a continuar la relación contractual o resolver el contrato. Cuando las partes incurren en inversiones específicas, y no hay una cláusula contractual o una norma que obligue a pagar una indemnización de daños y perjuicios, los costes de resolver el contrato son más elevados para la parte que realiza la inversión. Por tanto, sus incentivos a resolver el contrato disminuyen, y el efecto negativo de la resolución para la otra parte aumenta. En cambio, cuando las inversiones son genéricas, los incentivos de la parte inversora a resolver el contrato aumentan comparativamente, y el impacto negativo de la resolución disminuye en comparación.

Sin embargo, para un análisis completo de los incentivos a cumplir e invertir es necesario realizar una ulterior distinción dentro de la categoría de inversiones específicas. La literatura económica suele distinguir, en función de la parte que recibe el beneficio de la inversión, entre inversiones egoístas y cooperativas⁴⁷. Las inversiones egoístas benefician a la parte inversora, mientras que las inversiones cooperativas atribuyen beneficios directos a la otra parte contratante⁴⁸. Los remedios frente al incumplimiento

⁴⁶ *Vid.*, entre otros, Richard CRASWELL, «Offer, Acceptance, and Efficient Reliance», *Stanford Law Review*, vol. 48, núm. 3, 1996, pp. 481-553, pp. 490-491; Yeon-Koo CHE/Donald HAUSCH, «Cooperative Investments and the Value of Contracting», *American Economic Review*, vol. 89, 1990, p. 125; Alan SCHWARTZ/Robert E. SCOTT, «Precontractual Liability and Preliminary Agreements», *Harvard Law Review*, vol. 120, núm. 3, 2007, pp. 661-707, p. 663.

⁴⁷ Hay una tercera categoría de inversiones específicas –las inversiones híbridas, que combinan elementos de las inversiones egoístas y cooperativas–, pero no serán analizadas en este trabajo.

⁴⁸ Sobre el tratamiento estándar de estas últimas inversiones, *vid.* Yeon-Koo CHE/Tai-Yeong CHUNG, «Contract Damages and Cooperative Investments», *Rand Journal of Economics*, vol. 30, 1990, pp. 84-105; Yeon-Koo CHE/Donald HAUSCH, «Cooperative Investments and the Value of Contracting», *American Economic Review*, vol. 89, 1990, pp. 125-147; Alexander STREMITZER, «Standard Breach Remedies, Quality Thresholds and Cooperative Investments», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, núm. 2, 2012, pp. 337-359.

contractual afectan de manera distinta a ambos tipos de inversiones⁴⁹.

Por otro lado, la resolución como remedio no solo afecta a las conductas –esfuerzo de cumplimiento, inversiones específicas– previas al incumplimiento. También alcanza a las posteriores, esto es, a los comportamientos de las partes una vez ocurrido el incumplimiento. El bienestar de los contratantes también va a verse influido por los incentivos que el remedio resolutorio y su régimen jurídico inducen sobre esas conductas, señaladamente, del contratante *in bonis*, posteriores al incumplimiento. A su vez, la decisión de utilizar eficientemente –o no– los recursos *ex post* también suele depender de varios factores.

Los costes sociales derivados de la decisión del contratante *in bonis* de resolver el contrato ante el incumplimiento ocurrido serán prácticamente nulos en los casos siguientes: cuando las partes no hayan realizado inversiones específicas para asegurar el cumplimiento del contrato; cuando el comprador ya haya entregado los bienes a un tercero; cuando los bienes no hayan perdido –o hayan perdido poco– valor tras la entrega; cuando la parte incumplidora tenga un mercado de reventa donde recolocar los bienes objeto de restitución, o cuando el resultado o el producto del cumplimiento defectuoso sea más valioso en manos de la parte incumplidora. En cambio, el coste social derivado de la decisión de resolver será más elevado: cuando las partes hayan realizado inversiones específicas importantes con anterioridad al incumplimiento y posterior resolución del contrato; cuando los bienes vendidos hayan perdido valor tras la entrega; cuando resulte imposible o muy difícil para la parte incumplidora redirigir los bienes restituidos a un mercado de reventa, o cuando el resultado o el producto del cumplimiento defectuoso sería más valioso en manos de la parte cumplidora que si tuviera lugar la restitución de las prestaciones.

⁴⁹ La capacidad de las partes para incentivar la realización de inversiones cooperativas eficientes mediante la celebración de contratos con precio fijo es analizada por Richard R. W. BROOKS/Alexander STREMITZER, «On and Off Contract Remedies Inducing Cooperative Investments», *American Law and Economics Review*, vol. 14, núm. 2, 2012, pp. 488-516. Para los autores, un precio elevado incentivará una mayor inversión en calidad, que supondrá la entrega de bienes de mejor calidad. La fijación de precios óptimos comportará un nivel de inversión en calidad eficiente, mientras que un precio muy elevado o un precio muy bajo llevarán una inversión por encima o debajo del óptimo, respectivamente. El precio también tendrá efectos en la decisión de cumplir o resolver el contrato. Si el precio está por encima de un determinado nivel, el comprador generalmente resolverá –para recuperar el alto precio. Sin embargo, es posible que, bajo determinadas circunstancias, el vendedor realice inversiones excesivas. Para algunas críticas a este trabajo, Michael AIKINS, «Off-Contract Harms: The Real Effect of Liberal Rescission Rights on Contract Price», *The Yale Law Journal Online*, vol. 121, 2011, pp. 69-85 (<http://yalelawjournal.org/the-yale-law-journal-pocket-part-scholarship/off%20contract-harms:-the-real-effect-of-liberal-rescission-rights-on-contract-price/>).

2. LA COMPLEJIDAD DEL REMEDIO RESOLUTORIO Y LAS DOCTRINAS LIMITADORAS DE SU EJERCICIO

Los sistemas jurídicos, conscientes de la complejidad del remedio resolutorio y de los costes sociales que pueden derivarse del mismo, han creado doctrinas, principios y reglas –entre otros, el requisito de la esencialidad del incumplimiento, el principio *favor contractus* o el derecho de subsanación del vendedor– que modulan su ejercicio y, con frecuencia, lo limitan, en ocasiones de manera muy importante⁵⁰.

2.1 Subsanción del incumplimiento

La subsanación del incumplimiento por el contratante incumplidor es una fuente muy relevante de restricciones al empleo del remedio resolutorio por el contratante *in bonis*. En el CESL, la resolución del contrato se encuentra limitada en los contratos B2B por la facultad del vendedor de subsanar el incumplimiento [art. 106.2 (1) CESL; cfr. art. 106.3 (a) CESL, que declara que los derechos del comprador no están sujetos a subsanación por el vendedor en los contratos B2C⁵¹; sobre la facultad del vendedor de subsanar el incumplimiento en el Derecho español, *vid. supra* los arts. 1200 PMCC y 417-2 ALCM].

El vendedor que ha ejecutado anticipadamente sus obligaciones, pero de manera no conforme con el contrato, puede realizar un nuevo ofrecimiento de cumplimiento, siempre que pueda ser realizado dentro del plazo previsto para el mismo (art. 109.1 CESL)⁵². Esta oferta de subsanación también se puede realizar, a costa del vendedor, tras el vencimiento de la obligación de entrega (art. 109.2 CESL). Con independencia del momento en que se realice, los compradores que acepten la subsanación podrán suspender el cumplimiento de sus obligaciones pero no podrán recurrir a otro tipo de

⁵⁰ En relación con la pérdida del derecho a resolver el contrato, *vid.* Mindy CHEN-WISHART/Ulrich MAGNUS, «Termination, Price Reduction, and Damages», en Gerhard DANNEMANN/Stefan VOGENAUER (Eds.), *The Common European Sales Law in Context*, Oxford University Press Scholarship Online, Oxford, 2013, pp. 668 y ss.

⁵¹ Sobre las propuestas y modificaciones del derecho de subsanación en los contratos entre comerciantes y consumidores, *vid. supra* nota al pie 37.

⁵² Las reglas en materia de subsanación del DCFR son prácticamente idénticas a las del CESL (*cfr.* arts. III.-3:201 to III.-3:205 DCFR). La regulación de los PECL es más concisa, pues únicamente permite subsanar cuando todavía no ha llegado el momento del cumplimiento o el retraso no constituye un incumplimiento esencial (art. 8:104 PECL). El CV reconoce el derecho de los vendedores a subsanar el incumplimiento –también los documentos defectuosos (art. 34 CV)– antes (art. 37 CV) o después (art. 48 CV) de la entrega.

remedios (art. 109.6 CESL)⁵³ y, en particular, no estarán autorizados a resolver el contrato.

2.2 Incumplimiento esencial y no esencial

Los sistemas jurídicos también han tratado de evitar el ejercicio del remedio resolutorio limitando su aplicación a los incumplimientos esenciales y restringiendo en cierta medida la incorporación de cláusulas contractuales que permitan acudir a la resolución cuando una de las partes haya incurrido en un comportamiento de incumplimiento que pudiera considerarse irrelevante.

El CESL solo permite acudir a la resolución cuando el incumplimiento afecta a una obligación esencial del contrato (arts. 114.1 y 134 CESL; *vid. supra* la doctrina jurisprudencial que ha interpretado el art. 1124 CC, así como los arts. 1199 PMCC, 417-1 y 511-18.2 ALCM)⁵⁴. Cuando recae sobre una obligación secundaria, la parte perjudicada por el incumplimiento debe recurrir a otro tipo de remedios. Asimismo, el CESL solo permite resolver los contratos de compraventa de bienes cuando hay una falta de conformidad significativa (arts. 114.2 y 155.4 CESL; el art. 121 TRLGDCU exige que la falta de conformidad no sea de «escasa importancia»)⁵⁵.

El requisito de la esencialidad también está presente en las normas que regulan los contratos de cumplimiento divisible. El incumplimiento que recaiga sobre una parte de las obligaciones contractuales solo permitirá resolver el contrato en relación a esa parte, salvo que el incumplimiento sea esencial o revista tal entidad que permita justificar la resolución del contrato en su totalidad (arts. 117 y 137 CESL)⁵⁶. De forma similar, el artículo 511-19.2 ALCM solo permite resolver el contrato en su totalidad cuando la entrega parcial, no conforme al contrato o afectada por derechos o pretensiones de terceros, tiene la consideración de incumplimiento esencial.

Con carácter general, la resolución como remedio se reserva para incumplimientos cualificados, que revisten cierta intensidad o seriedad en cuanto a su relevancia y alcance. Sin embargo, la eficiencia del requisito de la esencialidad debe valorarse teniendo en cuenta las características del contrato y, en particular, la posibilidad de llevar a cabo su cumplimiento en fases o etapas, la posibili-

⁵³ Cfr. artículo III.-3:204 (1) DCFR.

⁵⁴ Cfr. artículos 9:301 (1) PECL, III.-3:502 DCFR, 49 y 64 CV. El artículo 241 del *Restatement (Second) of Contracts* establece una lista de circunstancias que son relevantes para determinar si un incumplimiento es esencial.

⁵⁵ Cfr. artículo IV. A. – 4:201 DCFR. La misma solución se aplica en el art. IV. D. – 4:201 (3) DCFR a los contratos de mandato.

⁵⁶ Cfr. artículos 9:302 PECL, III.-3:506 DCFR y 51.2 CV.

dad de renegociar sus términos *ex post*, la secuencia de comportamientos de las partes, la existencia y naturaleza de las inversiones específicas, y la existencia y cuantía de las indemnizaciones de daños y perjuicios que puedan acompañar a la resolución.

El funcionamiento de los contratos de ejecución periódica permite ilustrar los efectos del cumplimiento en fases o etapas sobre los incentivos de las partes a resolver o no resolver el contrato⁵⁷. En los contratos de ejecución periódica, las partes pagan el precio, entregan los bienes o prestan los servicios en las fechas contractualmente pactadas. Además, en caso de incumplimiento, suelen prever el derecho de la parte perjudicada por el incumplimiento a exigir la resolución del contrato, una indemnización del interés contractual positivo y, si el cumplimiento previo ha sido suficientemente defectuoso, la cancelación de las futuras entregas. En este ámbito, limitar el remedio resolutorio a los incumplimientos esenciales desincentivaría la realización de inversiones específicas por parte del comprador, pero promovería el principio de conservación de los contratos, pues crearía en el vendedor los incentivos necesarios a cumplir de manera eficiente⁵⁸.

La posibilidad de que la parte perjudicada por el incumplimiento obtenga, tras la resolución, una indemnización de daños y perjuicios también puede tener efectos sobre los incentivos de las partes a resolver el contrato. Cuando la indemnización es infracompensatoria del verdadero impacto negativo del incumplimiento y, por tanto, incapaz de generar incentivos suficientes a cumplir, la resolución del contrato puede ser capaz de complementar tales incentivos de manera adecuada y eficiente. Sin embargo, esta eficiencia dependerá de la cuantía de la indemnización. Cuando la cuantía de la indemnización no es demasiado elevada –indemnización del interés contractual negativo o restitución de una parte de las prestaciones–, no es necesario exigir que el incumplimiento sea esencial para generar incentivos adecuados a cumplir. En cambio, cuando la cuantía es importante –indemnización del interés contractual positivo que no resulte infracompensatoria, o restitución de todas las prestaciones ya ejecutadas por el contratante *in bonis*–, el requisito de la esencialidad suele ser necesario para generar tales incentivos. Es decir, que económicamente existe una correlación negativa entre facilidad de acceso al

⁵⁷ Sobre el tratamiento de los contratos con entregas periódicas, *vid.* Stefan GRUNDMANN, «Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach», *European Review of Contract Law*, núm. 2, 2007, pp. 121-149, pp. 145 y ss.

⁵⁸ Sobre algunas razones para limitar el ejercicio del remedio resolutorio a casos de cumplimiento suficientemente defectuoso, *vid.* Bernhard GANGLMAIR, «Early Contract Termination, Performance-Contingent Control Rights, and Specific Investment», Working Paper, 2012 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=983040).

remedio resolutorio –por ejemplo, umbral reducido de esencialidad; no subsanación del incumplimiento; ausencia de plazos de comprobación; plazos extensos de ejercicio del remedio resolutorio– y montante de la indemnización o compensación económica al contratante *in bonis* que resuelve. Una facultad de resolución liberalmente concedida no conviene que se acompañe de indemnizaciones elevadas que motiven al contratante *in bonis* a resolver –y hacerlo le será fácil en este escenario de régimen resolutorio «liberal». Y al contrario, regímenes restrictivos de resolución pueden y, acaso deben, en ciertas modalidades de incumplimiento, venir de la mano de ventajas monetarias –plena indemnidad del contratante *in bonis*– para quien opta por resolver el contrato.

Estas consideraciones conectan de manera inmediata con una cuestión ampliamente debatida entre nosotros hace pocas décadas. Las mismas acaso aconsejarían reconsiderar o reabrir en parte aquella discusión doctrinal –aparentemente superada– de finales de los años 80 del siglo pasado sobre el interés indemnizable en Derecho español en caso de resolución. Mientras que un sector de la doctrina, encabezado por Jesús Delgado Echevarría⁵⁹, había defendido que el acreedor perjudicado por el incumplimiento tenía derecho a percibir una indemnización que le colocara en la situación en la que se encontraba con anterioridad a la celebración del contrato –interés contractual negativo–, otro sector de la doctrina, encabezado por Fernando Pantaleón Prieto⁶⁰, se había decantado por el otorgamiento en estos casos de una indemnización que colocara al acreedor en la situación en que se habría encontrado si el contrato se hubiera cumplido o ejecutado correctamente –interés contractual positivo.

Para el profesor Delgado Echevarría, la resolución del contrato tenía efectos retroactivos –como los efectos de la rescisión *ex art. 1295 CC*, al cual se remitía el *art. 1124 CC*, y los de la nulidad *ex art. 1303 CC*– y, por tanto, la indemnización de daños y perjuicios debía colocar al acreedor cumplidor en el estado jurídico anterior a la celebración del contrato, como si aquél jamás se hubiera celebrado. Según esta corriente doctrinal, no tenía sentido que el acreedor que hubiera resuelto el contrato por su propia iniciativa pudiera pre-

⁵⁹ Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, «Comentario a la STS de 17 de junio de 1986», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, 1986, pp. 3773-3788, p. 3784. *Vid.*, en un mismo sentido, FRANCISCO JORDANO FRAGA, «Comentario a la STS de 26 de noviembre de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, 1987, pp. 5183-5207, p. 5192.

⁶⁰ Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho civil*, tomo XLII, fasc. 4, 1989, pp. 1143-1168, p. 1153; Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», tomo XLVI, fasc. 4, 1993, pp. 1719-1746, p. 1734.

tender colocarse luego en la posición en que se habría encontrado si el contrato se hubiera cumplido correctamente, pues las obligaciones derivadas del mismo habrían desaparecido por obra de la resolución.

En cambio, para el profesor Pantaleón Prieto, lo anterior se trataba «(...) de un argumento de pura lógica formal y construido además sobre arenas movedizas, por cuanto su premisa mayor –la resolución “significa ineficacia *ex tunc* y, con ella, decaimiento *ab initio* de las obligaciones que tienen en él su fuente”– se presupone sin demostrarla»⁶¹. El recurso al efecto retroactivo de la resolución debía circunscribirse a los problemas relativos al alcance de los deberes recíprocos de restitución de las prestaciones realizadas y a la eficacia o ineficacia de los actos de administración y disposición de las cosas objeto de aquellas prestaciones, pero en ningún caso debía extenderse al problema de la compatibilidad o no de la resolución con una indemnización del interés contractual positivo o de cumplimiento.

Los autores que analizaron esta cuestión con posterioridad⁶², y la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶³, se pronunciaron mayoritariamente en favor de la segunda opción⁶⁴. Más recientemente, algún autor ha sostenido que, en los casos de incumplimiento contractual, el acreedor puede elegir entre el interés contractual positivo y el negativo⁶⁵.

⁶¹ Fernando PANTALEÓN PRIETO, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho civil*, tomo XLII, fasc. 4, 1989, pp. 1143-1168, p. 1153.

⁶² Entre otros muchos, Fernando GÓMEZ POMAR, *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002, p. 41; Antonio Manuel MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Aranzadi, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 43-44; Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 876; Fernando GÓMEZ POMAR, «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret* 3/2007, 2007, pp. 1-49, p. 20 (http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf).

⁶³ *Vid.*, entre otras, las SSTs, 1ª, 12.5.2005 (RJ 2005\6377), 30.7.2012 (RJ 2012\9006).

⁶⁴ Sobre la indemnización por resolución del contrato en los PECL y el DCFR, *vid.* Ana SOLER PRESAS, «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *InDret* 2/2009, 2009, pp. 1-32 (http://www.indret.com/pdf/632_es.pdf). Asimismo, sobre la medida del interés indemnizable en la PMCC, *vid.* Mario E. CLEMENTE MEORO, «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2131, 2011, pp. 1-17, p. 14 (www.mjusticia.es/bmj); Nieves FENOY PICÓN, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1481-1685, pp. 1615 y ss., que entienden que el artículo 1202 PMCC, en relación con los arts. 1205 y ss. PMCC, hace referencia al interés contractual positivo.

⁶⁵ Según Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 1178, «[e]l acreedor puede optar por una u otra vía de resarcimiento, positiva o negativa, salvo que en el contrato se haya establecido una fórmula determinada o ésta resulte de la ley». Más adelante (p. 1183) añade que «[e]sta elección está a disposición del acreedor incluso si ejercita la facultad de resolver el contrato incumplido».

El análisis del remedio resolutorio que hemos realizado en las páginas anteriores nos permite aventurar que, bien mirado, acaso ninguna de las dos principales corrientes doctrinales sobre el interés indemnizable estaba del todo en lo cierto o, visto del otro lado, que ambas lo estaban, pero solo en parte. Desde el punto de vista de la eficiencia, no parece que haya ni deba haber una sola medida uniforme y general en cuanto a la indemnización de daños accesoria a la resolución. La medida indemnizatoria asociada a la resolución del contrato no tiene que ser siempre y en todo caso la misma. Podrá ser el interés contractual positivo o el interés contractual negativo dependiendo de las concretas circunstancias del incumplimiento en cada relación contractual y de la mayor o menor facilidad que el ordenamiento jurídico reconozca al acreedor para resolver. Cuando la resolución en sí no suponga coste alguno para el deudor incumplidor y no haya garantías de que el incumplimiento del deudor vaya a ser considerado un incumplimiento resolutorio, una indemnización del interés contractual positivo será probablemente necesaria para generar los incentivos adecuados a cumplir. En cambio, cuando la resolución sea por sí sola costosa para el deudor incumplidor –por ejemplo, porque este ya ha realizado sus inversiones para asegurar el cumplimiento del contrato y éstas no se pueden recuperar– y hay un cierto riesgo de que el comprador resuelva el contrato de manera oportunista, una indemnización del interés contractual positivo resultará excesiva y acentuará de modo inadecuado el incentivo del comprador a la resolución excesiva e ineficiente, mientras que medidas indemnizatorias atenuadas –incluso llegando, en su caso, al extremo de la exclusión de toda indemnización– resultarán más atractivas como acompañamiento de la resolución por incumplimiento. En términos económicos, lo anterior quiere decir que la facilidad de acudir a la resolución –facilidad tanto por lo que toca a los supuestos en que es admisible, como por las condiciones, modo y plazo de su ejercicio– y la indemnización de daños y perjuicios no son instrumentos complementarios (hay complementariedad entre instrumentos o bienes cuando uno de ellos refuerza el valor y la eficacia, o reduce los costes del otro).

De nuevo aquí surge con fuerza la constatación de la complejidad y la contextualidad de la resolución como remedio. Y ello nos debe llevar a considerar que no caben soluciones uniformes, pues dependiendo de las características de los incumplimientos, de los rasgos de los contratantes y de las dinámicas contractuales será preferible un resultado u otro, una combinación u otra entre régimen resolutorio y modalidad y monto indemnizatorios. Esta forma

de aproximarse al problema podrá ser, acaso, para quienes piensan que las categorías dogmáticas y los conceptos son más importantes que las consideraciones pragmáticas relativas a un instrumento jurídico cuya función principal es auxiliar a los contratantes y potenciales contratantes a realizar los contratos más satisfactorios para su bienestar, considerada insatisfactoria, plagada de inseguridades y huérfana de certidumbres. Pero así es el mundo real de los contratos y de los seres humanos.

2.3 Incumplimiento previsible o anticipado

Las consecuencias socialmente negativas de la resolución que traslucen, aunque sea implícitamente, a las restricciones legales al remedio resolutorio, contrastan con la visión más positiva que suele generar el régimen de la resolución por incumplimiento previsible o anticipado, o –en la terminología del *Common Law*– por *anticipatory breach* o *anticipatory repudiation*.

Las normas reguladoras del incumplimiento previsible permiten resolver el contrato, aunque no se haya producido todavía el incumplimiento, cuando es posible deducir que la otra parte incumplirá [arts. 116 y 136 CESL⁶⁶; en Derecho español, *vid.* los arts. 1200 PMCC y 417-1 ALCM⁶⁷]. Este régimen facilita la salida del contrato autorizando que las partes puedan recurrir al remedio resolutorio antes de que llegue el momento del cumplimiento⁶⁸. Sin embargo, también prevé restricciones a su ejercicio. Por ejemplo, algunos sistemas jurídicos permiten retractarse de la resolución antes de que la víctima haya cambiado su posición con base en la confianza generada por la misma o antes de que haya entendido la resolución como definitiva [apartados 2-611 UCC y 256 *Restatement (Second) of Contracts*]. Otros solo permiten resolver el contrato si el incumplimiento futuro constituirá un incumplimiento esencial del contrato o un incumplimiento que justifique la resolución del mismo (arts. 116 y 136 CESL⁶⁹; *vid.*, asimismo, los arts. 1200 PMCC y 417-1 ALCM).

⁶⁶ Cfr. artículos 9:304 PECL, III.-3:504 DCFR, 72 CV, 2-610 UCC y 253 del *Restatement (Second) of Contracts*.

⁶⁷ En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid.* las SSTs, 1ª, 30.3.2010 (RJ 2010\2538) y 5.2.2014 (JUR 2014\61656).

⁶⁸ Para un análisis comparado del incumplimiento previsible, *vid.* Rosa GARCÍA PÉREZ, «El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, núm. 7, 2012, pp. 37-74.

⁶⁹ Cfr. artículos 9:304 PECL, III.-3:504 DCFR y 72 CV.

2.4 Plazo adicional de cumplimiento

Las normas sobre cumplimiento tardío también pueden modular con carácter restrictivo el ejercicio del remedio resolutorio. Un retraso no esencial en la entrega de los bienes, aunque sea un incumplimiento, solo permitirá resolver el contrato cuando el comprador haya concedido un plazo de tiempo adicional, de duración razonable, para cumplir, y el vendedor no haya realizado el cumplimiento dentro de ese plazo (arts. 115 y 136 CESL⁷⁰; asimismo, *vid.* los arts. 1200 PMCC, 417-2.2 ALCM, 66 bis TRLGDCU). Algunas normas han prohibido expresamente que, durante ese plazo adicional, el comprador pueda recurrir a otro remedio frente al incumplimiento –salvo a la indemnización de daños y perjuicios (art. 47.2 CV)–. Otras han tratado de garantizar la conservación de los contratos prohibiendo el otorgamiento de plazos adicionales irrazonablemente cortos [art. III.-3:503 (2) DCFR].

2.5 Plazos de prescripción cortos

El ejercicio del remedio resolutorio también puede verse limitado por el establecimiento de plazos de prescripción cortos o muy cortos, o que lo sean en relación o por comparación con los plazos previstos para otro tipo de remedios.

El CESL prevé dos plazos de prescripción: un plazo corto de dos años y un plazo largo de diez⁷¹ años que puede ampliarse a treinta para la indemnización de daños personales (art. 179 CESL)⁷². El remedio resolutorio está sujeto al plazo general de prescripción de dos años a contar desde que la parte perjudicada conoce o puede conocer los hechos de los cuales puede derivarse el ejercicio del derecho a resolver⁷³. Este plazo puede ser modificado por acuerdo de las partes, pero en ningún caso puede ser inferior a un año o superior a diez (art. 186.2 CESL)⁷⁴. En el ordenamiento jurídico común español, la acción resolutoria del artículo 1124 CC

⁷⁰ *Cfr.* artículos 8:106 PECL, III.-3:503 DCFR y 47 CV.

⁷¹ La Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014 ha reducido el plazo largo de prescripción a seis años. Por otro lado, tanto la citada Resolución como el ELI STATEMENT 2012, p. 322, incluyen un nuevo párrafo según el cual «[l]a prescripción producirá efecto cuando haya expirado uno de los dos períodos, sea cual sea el primero».

⁷² De forma similar, los PECL y el DCFR prevén un plazo de prescripción general de tres años (arts. 14:201 PECL y III.-7:201 DCFR), que puede ampliarse a diez para los derechos reconocidos en sentencias, laudos arbitrales u otros instrumentos cuyo cumplimiento pueda ejecutarse como si fueran sentencias (arts. 14:202 PECL y III.-7:202 DCFR).

⁷³ *Cfr.* artículos 14:203 PECL y III.-7:203 DCFR.

⁷⁴ *Cfr.* artículos 14:601 PECL y III.-7:601 DCFR.

prescribe en un plazo de 15 años (art. 1964 CC) a contar desde que se produce el incumplimiento. Este plazo ha sido sustituido en el artículo 1201 PMCC por un «plazo razonable desde que [el acreedor] tuvo o debió tener conocimiento de la oferta tardía del deudor o de la no conformidad del cumplimiento».

Por otro lado, en la regulación del CESL para los contratos B2B, los compradores pierden su derecho a resolver el contrato si incumplen su deber de notificar la existencia de una falta de conformidad significativa dentro de los dos años siguientes a la puesta a disposición de los bienes (art. 122.2 CESL). En Derecho español, el plazo de comunicación de la falta de conformidad es de cinco días a contar desde que el comprador la conoció o debiera haberla conocido (art. 511-12.1 ALCM). En los contratos entre comerciantes y consumidores, el consumidor y usuario debe informar al vendedor de la falta de conformidad en un plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella. El incumplimiento de este plazo no supone la pérdida del derecho al saneamiento, pero el consumidor y usuario debe asumir los daños o perjuicios derivados del retraso en la comunicación (art. 123.5 TRLGDCU).

2.6 Principio *favor contractus*

Los sistemas jurídicos prevén principios, doctrinas y reglas que promueven, cuando resulta posible y adecuado, el principio de conservación de los contratos (*favor contractus*). Este principio subyace en todos los ámbitos del Derecho de contratos, desde las normas reguladoras de la formación del contrato o de su cumplimiento, hasta las normas relativas a los remedios frente al incumplimiento contractual. Ya se han apuntado varios ejemplos de estas normas –y, sobre todo, de aquéllas que limitan el ejercicio del remedio resolutorio– en apartados anteriores de este trabajo. Así, las normas que solo permiten resolver el contrato cuando el incumplimiento es esencial⁷⁵; las normas que declaran la validez parcial de los contratos de cumplimiento divisible cuando el incumplimiento no constituye un incumplimiento esencial del contrato en su totalidad⁷⁶; las normas que regulan el derecho de los vendedores a subsanar el incumplimiento⁷⁷, o las normas que permiten fijar un plazo adicional para realizar el cumplimiento cuando el retraso en

⁷⁵ Artículos 1124 CC, 1199 PMCC, 417-1 y 511-18.2 ALCM, 114.1 y 134 CESL, 9:301 (1) PECL, III.-3:502 DCFR, 49 y 64 CV.

⁷⁶ Artículos 511-19.2 ALCM, 117 y 137 CESL, 9:302 PECL, III.-3:506 DCFR y 51.2 CV.

⁷⁷ Artículos 417-2.1 ALCM, 109 CESL, 8:104 PECL, III.-3:201 a III.-3:205 DCFR y 34, 37 y 48 CV.

la entrega no constituye un incumplimiento esencial⁷⁸. Es corriente entender que estas son ilustraciones o expresiones singulares de un principio general de favorecer el mantenimiento del contrato⁷⁹. De existir tal principio, más allá acaso de sus manifestaciones singulares, de por sí podría constituir un instrumento adicional para modular de forma restrictiva el uso del remedio resolutorio.

3. ALGUNOS PROBLEMAS LIGADOS AL EJERCICIO DEL REMEDIO RESOLUTORIO DESDE UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA

El ejercicio del remedio resolutorio plantea tres problemas de eficiencia desde el punto de vista del análisis económico del Derecho de contratos: (1) el remedio resolutorio por sí solo no genera –puede no generar, sería más preciso– en los vendedores incentivos suficientes a cumplir; (2) el remedio resolutorio puede generar en los compradores incentivos a tomar decisiones ineficientes *ex post*, y (3) el remedio resolutorio puede generar problemas de riesgo moral o resolución oportunista por parte de los compradores.

3.1 Incentivos insuficientes a cumplir

Es posible que la resolución del contrato y la subsiguiente restitución de las prestaciones no protejan suficientemente a la víctima de un incumplimiento en el sentido de que no despierten la motivación cumplidora suficiente en quien puede verse tentado a incumplir. Pensemos, por ejemplo, en los casos de incumplimiento anticipado u otros similares en los que, en ausencia de indemnización, la resolución es un magro incentivo para disuadir el oportunismo de quienes se niegan a cumplir al poco de obligarse a ello.

⁷⁸ Artículos 1200 PMCC, 417-2.2 ALCM, 115 y 135 CESL, 8:106 PECL, III.-3:503 DCFR y 47 CV.

⁷⁹ Para un análisis del fundamento teórico del principio *favor contractus*, vid. Bertram KELLER, «Favor Contractus. Reading the CISG in Favor of the Contract», en Camilla B. ANDERSEN/Ulrich G. SCHROETER (Eds.), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H Kritzer*, Wildy, Simmonds and Hill Publishing, UK, 2008, pp. 247-266, pp. 249-250. En Derecho español, vid., Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Comentario al artículo 1284», en Manuel ALBALADEJO/Silvia DÍAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1978-, pp. 1-5 (<http://app.vlex.com/#!/vid/articulo-1-284-232677>); Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 498-499; José Ramón GARCÍA VICENTE, «Artículo 1284», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9185-9186; asimismo, las SSTs, 1ª, 22.10.2013 (RJ 2013\7810), 23.10.2013 (RJ 2013\7811), 27.12.2013 (RJ 2013\8420), 5.2.2014 (JUR 2014\61656).

Además, aunque la literatura económica clásica había entendido que una indemnización del interés contractual positivo generaba en el vendedor incentivos suficientes a cumplir⁸⁰, algunos trabajos más recientes han puesto de relieve que, bajo determinadas circunstancias, ni siquiera el otorgamiento de esta indemnización generará en los vendedores incentivos bastantes a invertir en calidad para entregar bienes conformes con el contrato ni compensará adecuadamente a los compradores⁸¹. Las limitaciones del remedio resolutorio y de la indemnización de daños y perjuicios para generar, por sí solos, incentivos a cumplir han llevado a sugerir una combinación de ambos remedios⁸².

Sin embargo, esta combinación también presenta inconvenientes, pues puede afectar negativamente a la decisión de mantener o resolver el contrato *ex post* y puede incentivar comportamientos oportunistas por parte de los compradores. En definitiva, hay un *trade-off* importante entre ofrecer mecanismos suficientemente potentes para reducir el primer problema –insuficientes incentivos a cumplir si el remedio resolutorio no es adecuadamente complementado por los remedios monetarios precisos para aumentar su potencia incentivadora de los esfuerzos de cumplimiento– y aumentar los otros dos problemas –si el contratante *in bonis* va a ser compensado íntegramente, tendrá incentivos excesivos desde el punto de vista social para resolver el contrato, lo que provocará que algunos contratos que debieran subsistir (acudiendo el contratante insatisfecho a remedios distintos a la resolución) sean ineficientemente resueltos.

3.2 Comportamientos ineficientes tras el incumplimiento contractual

El remedio resolutorio puede resultar muy costoso, tanto para vendedores como para compradores, en los casos de falta de con-

⁸⁰ Entre otros, Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, USA, 2004, p. 304; Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, 8th ed., Aspen Publishers, USA, pp. 152-153.

⁸¹ Richard R. W. BROOKS/Alexander STREMITZER, «Remedies On and Off Contract», *Yale Law Journal*, vol. 120, 2011, pp. 690-727, esp. pp. 704-708, consideran que la indemnización del interés contractual positivo solo genera incentivos a entregar bienes que cumplen el nivel de calidad previsto en el contrato y que estos incentivos pueden ser inferiores a los económicamente deseables salvo que la calidad pactada se eleve hasta la calidad máxima disponible. Asimismo, Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, pp. 154-155, entiende que, si el comprador que ha recibido bienes no conformes con el contrato, únicamente pudiera exigir una indemnización del interés contractual positivo, el vendedor podría forzar una compraventa de bienes no conformes, pues la carga de persuadir al tribunal sobre la diferencia de valor entre los bienes conformes y los bienes efectivamente entregados recaería sobre el comprador.

⁸² Sobre la combinación del remedio resolutorio y de la indemnización del interés contractual positivo *vid.*, entre otros, Richard R. W. BROOKS/Alexander STREMITZER, «Remedies On and Off Contract», *Yale Law Journal*, vol. 120, 2011, pp. 690-727, pp. 720 y ss.

formidad. Es posible que el vendedor tenga que incurrir en gastos para recuperar los bienes defectuosos de manos del comprador y para revenderlos posteriormente en un mercado secundario (por ejemplo, gastos de transporte, gastos de contratación de seguros, honorarios de abogados en caso de conflicto, gastos administrativos, etc.). A su vez, es posible que el comprador tenga que incurrir en gastos para conseguir bienes sustitutivos en el mercado⁸³. En estos casos, el escenario más deseable y barato *ex post* puede no ser el de la resolución del contrato, sino el de la subsanación del incumplimiento, o el del cumplimiento del contrato en forma específica mediante la reparación de los bienes no conformes.

Además, el problema de la selección adversa –o de asimetría de información sobre el estado actual de los bienes tras la entrega– puede hacer que los bienes sean más valiosos en manos de los poseedores actuales, aunque se hayan revelado defectuosos. Cuando los bienes tengan más valor en manos del comprador que en las manos del vendedor, la reducción del precio o la indemnización de daños y perjuicios serán remedios más eficientes que la resolución del contrato y la consiguiente restitución de las prestaciones.

El mismo razonamiento resultará de aplicación si aquel que puede proporcionar bienes conformes con el contrato a menor coste continúa siendo la parte incumplidora⁸⁴. Es perfectamente imaginable que el contratante mejor situado –es decir, quien podrá hacerlo a menor coste conjunto de ambas partes– para reemplazar el bien o la prestación no conforme siga siendo el contratante inicial que realizó la prestación insatisfactoria. En estos casos, la resolución del contrato en lugar de la sustitución por otro bien será un remedio socialmente ineficiente *ex post*.

En todos estos casos, el ejercicio del remedio resolutorio conducirá a un resultado subóptimo para las partes y, por tanto, malgastará recursos económicos. Y no debe pensarse, además, que si eso perjudica al incumplidor pues que tanto da entonces, pues en su mano está evitar tales perjuicios cumpliendo el contrato. Hay que observar que, de un lado, el incumplimiento no siempre es voluntario, sino producto de otros factores no necesariamente achacables al incumplidor o controlables por él –aumento de costes, cambio de circunstancias, negligencias no evitables en concre-

⁸³ George L. PRIEST, «Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods Under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach», *Harvard Law Review*, vol. 91, 1978, pp. 960-1001, pp. 963 y ss.; Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, p. 156.

⁸⁴ Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, p. 155.

to, etc. De otro, que esas conductas ineficientes *ex post* por parte del contratante *in bonis* pueden ser anticipadas por el otro, al momento de contratar, y por tanto dar lugar a un empeoramiento de los términos del contrato: si el vendedor anticipa que sufrirá costes por la ineficiente conducta *ex post* (al incumplimiento del vendedor) del comprador, los considerará un coste más del contrato y los repercutirá sobre todos los compradores a través de precios más altos por los productos.

3.3 El problema del riesgo moral o de la resolución oportunista tras el incumplimiento contractual

El comprador puede servirse del remedio resolutorio como pretexto para abandonar un contrato que ya no le interesa, sobre todo cuando el incumplimiento del mismo le reporta mayores beneficios que su cumplimiento. Los costes *ex ante* de los vendedores aumentarán y el bienestar conjunto derivado de la celebración del contrato disminuirá si el ordenamiento jurídico faculta al comprador a resolver el contrato en situaciones reconducibles a estas o similares: cuando, entre la celebración del mismo y la entrega de los bienes, ha cambiado sus preferencias respecto de la decisión de celebrarlo en las condiciones pactadas; cuando en ese mismo periodo los precios de mercado han caído considerablemente y, por tanto, puede adquirir los mismos productos a menor precio; cuando ha continuado utilizando los bienes tras haber tomado la decisión de resolver, o cuando el vendedor ha incumplido una obligación no esencial⁸⁵.

IV. CRÍTICAS AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REMEDIO RESOLUTORIO, ESPECIALMENTE EN EL CESL

Como ya hemos señalado más arriba, el CESL, de entre los distintos textos y propuestas de Derecho contractual europeo, consti-

⁸⁵ George L. PRIEST, «Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods Under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach», *Harvard Law Review*, núm. 91, 1978, pp. 960-1001, p. 966; Andrew KULL, «Restitution as a Remedy for Breach of Contract», *Southern California Law Review*, vol. 67, pp. 1465-1518, p. 1501; Francesco PARISI, «The Harmonization of Legal Warranties in European Sales Law: An Economic Analysis», *American Journal of Comparative Law*, núm. 52, 2004, pp. 403-430, pp. 420-421; Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, pp. 158-159. Este último autor cita una forma extrema de comportamiento oportunista, en la que un comprador resuelve un contrato alegando un defecto que no existía en el momento de la entrega, transformando de este modo el contrato de compraventa en uno de arrendamiento con renta cero o prácticamente cero.

tuye la expresión con posibilidad más inmediata de convertirse en norma actualmente vigente. Ello explica el elevado grado de atención crítica que ha atraído desde su publicación, y la materia resolutoria no es una excepción a ella. Por ello, dedicaremos este apartado a sintetizar las posiciones críticas referentes al régimen del remedio resolutorio en el CESL, y el próximo apartado lo reservaremos para la evaluación de dichas posiciones discrepantes. Conviene advertir, sin embargo, que los argumentos empleados, tanto en la crítica como en el análisis de la misma, son de naturaleza general, y no de detalle regulatorio o técnico, y por eso mismo son de alcance e interés general para otros ámbitos normativos, incluido el Derecho español.

Diversos autores han criticado el régimen jurídico de CESL por su incapacidad para resolver adecuadamente los problemas económicos que se derivan del remedio resolutorio (*vid. supra*)⁸⁶. De hecho, se ha llegado a afirmar que algunas de las soluciones previstas para los contratos B2C pueden agravar tales problemas.

Una primera crítica al CESL se ha centrado en la falta de previsión de un derecho a subsanar el incumplimiento –o de un equivalente funcional a este derecho, como una jerarquía de remedios que priorice la reparación o la sustitución por el vendedor originario– en el régimen de los contratos B2C (*vid. arts. 106.3, 155.2 y 155.3 CESL*). El consumidor que ha recibido bienes defectuosos puede resolver inmediatamente el contrato –o recurrir a cualquier otro remedio–, sin tener que esperar a que el vendedor ejercite su derecho de subsanación. Dado que la elección del remedio frente al incumplimiento corresponde exclusivamente al consumidor, éste no tendrá incentivos a valorar el coste que pueda tener para el vendedor el ejercicio del remedio elegido. En este contexto, si el resultado económicamente más eficiente –la subsanación o la eliminación de la falta de conformidad mediante la reparación o sustitución de los bienes– es sacrificado en favor de la resolución, el consumidor tomará decisiones ineficientes *ex post*, pues resolverá el contrato demasiado pronto y con demasiada frecuencia⁸⁷.

El derecho de los consumidores a resolver el contrato en los casos de falta de conformidad ha generado críticas similares. El artículo 114.2 CESL –y, en términos similares, el art. 121 TRLGD-CU– solo permite recurrir a la resolución del contrato cuando el

⁸⁶ Para una crítica de conjunto al régimen de los contratos B2C en el CESL, *vid. Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», Common Market Law Review, vol. 50, 2013, pp. 147-168, pp. 152 y ss.*

⁸⁷ Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, p. 164.

consumidor ha notificado al vendedor la existencia de una falta de conformidad no insignificante. La posibilidad de resolver el contrato por una falta de conformidad irrelevante generaría decisiones ineficientes *ex post* y comportamientos oportunistas. Sin embargo, el artículo 114.2 CESL solo impide que los consumidores puedan resolver el contrato cuando la falta de conformidad es irrelevante –o «de escasa importancia» en el art. 121 TRLGDCU–, pero no cuando, tratándose de un defecto que supera un determinado nivel de falta de conformidad, los bienes han perdido valor entre el momento de la celebración del contrato y la entrega, o cuando los consumidores han cambiado de idea respecto de la decisión de celebrar el contrato en ese mismo periodo⁸⁸.

Por otro lado, la inexistencia en el CESL de una norma que obligue a los consumidores a notificar la resolución del contrato dentro de un plazo de tiempo razonable desde que tienen conocimiento de la falta de conformidad también dejaría, en este criterio, un amplio margen a comportamientos oportunistas, pues permite que los consumidores decidan posponer la notificación de resolución para poder disfrutar de los bienes que van a ser restituidos durante el mayor periodo de tiempo posible.

Una tercera crítica al régimen jurídico del CESL –extensible también al Derecho español de contratos– recae sobre la falta de límites temporales –más allá de los plazos de prescripción– para ejercitar el remedio resolutorio. La inexistencia de un plazo máximo relativamente breve desde la entrega de los bienes para poder ejercitar el derecho a resolver puede incentivar resoluciones oportunistas por incumplimientos inexistentes. Cuanto más tiempo media entre la entrega de los bienes y la resolución del contrato, más probabilidades hay de que los compradores «inventen o manipulen» una falta de conformidad que en realidad no existe o es de poca entidad. De hecho, podría entenderse que el propio CESL promueve este resultado tan indeseable cuando presume que las faltas de conformidad manifestadas dentro de los seis meses siguientes al momento en que los consumidores adquirieron la posesión física de los bienes, ya existían en ese momento (art. 105.2 CESL)⁸⁹. Asimismo, cuanto más tiempo media entre la entrega de los bienes y la resolución del contrato, más probabilidades hay de que los compradores continúen utilizando los bienes defectuosos,

⁸⁸ Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, pp. 164-165.

⁸⁹ Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, p. 165.

aunque ya hayan tomado la decisión de resolver el contrato, reduciéndose de este modo su valor en el mercado de reventa, para esos momentos posteriores, tras la resolución del contrato, en que el comprador devuelve los bienes al vendedor y éste ha de tratar de recuperar algo de sus costes revendiéndolos a un tercero.

Ineficientes, injustificadas o dañinas son algunas de las calificaciones que han recibido las normas del CESL que regulan con carácter imperativo el remedio resolutorio en los contratos B2C⁹⁰. La Exposición de Motivos de la Propuesta intenta justificar la imperatividad del régimen alegando que «[l]os consumidores se beneficiarían así de un mejor acceso a las ofertas de toda la Unión Europea a precios más bajos y se reduciría el número de denegaciones de venta. También disfrutarían de una mayor seguridad sobre los derechos que les asisten cuando realizan compras transfronterizas (...)»⁹¹. Sin embargo, esta justificación ha sido a su vez objeto de varias críticas. Se ha afirmado, por un lado, que las normas imperativas no permiten abordar el problema de la heterogeneidad de preferencias de los consumidores respecto de sus derechos legales⁹². Un nivel de protección elevado aumentará los costes de los vendedores en términos de calidad, mayores costes que se trasladarán a los consumidores en forma de precios más altos. En este contexto, las preferencias de los consumidores son muy variadas: mientras que algunos estarán dispuestos a pagar un precio más alto para conseguir un nivel de protección más elevado, otros preferirán renunciar a sus derechos legales para adquirir productos más baratos.

También se ha dicho que el carácter imperativo del régimen de CESL limita la autonomía privada de las partes para negociar regímenes más eficientes, una situación que no parece demasiado deseable en un contexto en el que las relaciones contractuales pueden llegar a ser muy heterogéneas. Desde este punto de vista, un planteamiento más flexible para los contratos B2C habría permiti-

⁹⁰ Vid. Oren BAR-GILL/Omri BEN-SHAHAR, «Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 109-125, pp. 111-115; Omri BEN-SHAHAR, «Regulation through Boilerplate: An Apologia», Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper No. 640, University of Chicago Law School, 2013, pp. 1-24 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2255161); Horst EIDENMÜLLER, «What can be Wrong with an Option? An Optional Common European Sales Law as a Regulatory Tool», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 69-84, pp. 80-81; Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, p. 165.

⁹¹ Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, p. 4 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>).

⁹² Oren BAR-GILL/Omri BEN-SHAHAR, «Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 109-125, pp. 111-115.

do una mejor adaptación de los términos contractuales a las preferencias de las partes contratantes⁹³.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS CRÍTICAS AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REMEDIO RESOLUTORIO

En este apartado no pretendemos realizar una defensa, y mucho menos una encendida, de la regulación del remedio resolutorio en el CESL, sobre todo para los contratos B2C, en los que esta regulación se ha apartado de manera notable del Derecho europeo vigente. Sin embargo, creemos que, una vez debidamente evaluadas, podemos concluir que algunas de las críticas a ese régimen se han sobredimensionado. Por otro lado, como expondremos en este apartado, entendemos que un derecho a resolver el contrato por incumplimiento del vendedor o proveedor de servicios más generoso para los consumidores que el equivalente concedido a los comerciantes en los contratos interempresariales tiene más ventajas que inconvenientes, también desde el punto de vista de la eficiencia. Este resultado, creemos, tiene especial trascendencia para el caso español, en el que la dualidad de regímenes para las compraventas empresariales y para otras compraventas –singularmente las compraventas a consumidores– es una realidad normativa actual, aunque matizada en la práctica por la jurisprudencia, y que se mantendrá en el futuro, muy previsiblemente, como acreditan los cursos distintos de la PMCC y del ALCM.

A continuación explicamos los motivos que nos llevan a sostener las anteriores afirmaciones.

5.1 El incentivo a la resolución oportunista del contrato

En primer lugar, conviene advertir en relación con el argumento de la elevada probabilidad de acudir de manera oportunista al remedio resolutorio por parte de los consumidores, que el CESL prevé varias herramientas para evitar, en cierta medida, las consecuencias negativas de una resolución oportunista del contrato⁹⁴. Por ejemplo, las normas que obligan a los consumidores que han utilizado los bienes una vez manifestada la falta de conformidad a

⁹³ Gerhard WAGNER, «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-168, p. 162.

⁹⁴ Vid. Alexander STREMITZER, «Opportunistic Termination», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, núm. 3, 2012, pp. 381-406, p. 383.

pagar el valor monetario de ese uso si se dan unas determinadas circunstancias⁹⁵, precisamente aquéllas en las que el problema del riesgo moral es más grave (art. 174.1 CESL). Asimismo, las que facultan a los consumidores a resolver el contrato tan solo cuando la falta de conformidad es significativa o no menor (art. 114 CESL; en términos similares, *vid.* el art. 121 TRLGDCU). Y, probablemente las más importantes desde el punto de vista del problema del riesgo moral, las que imponen a los consumidores la carga de probar que la falta de conformidad se manifestó dentro de los seis meses siguientes a la transmisión del riesgo (art. 105.2 CESL; *vid.*, en un mismo sentido, el art. 123.5 TRLGDCU)⁹⁶.

Las características distintivas de los contratos B2C también pueden servir para minimizar el riesgo de resoluciones oportunistas y, por tanto, la necesidad de crear herramientas jurídicas *ad hoc* para resolver los problemas derivados de este tipo de comportamientos. Como ya se ha dicho, la probabilidad de que el consumidor resuelva un contrato de manera oportunista está correlacionada positivamente con la indemnización de daños y perjuicios que espera recibir tras el incumplimiento: si la indemnización esperada es elevada, los incentivos a resolver el contrato, en lugar de recurrir a exigir la reparación o a la reducción del precio, también serán elevados. Por otro lado, la cuantía de la indemnización está a su vez correlacionada con el valor de la operación. Cuanto menor sea el valor de una determinada operación, menor será la probabilidad de resoluciones oportunistas, pues también será reducida la indemnización esperada tras el incumplimiento. Dado que la indemnización del interés contractual positivo suele aproximarse a cero en los contratos B2C —¿qué indemnización puede esperar un consumidor que ha devuelto los bienes y no ha incurrido en costes para instalarlos o retirarlos?—, los consumidores tendrán pocos incentivos a resolver el contrato de forma interesada. El resultado será el mismo si se tienen en cuenta los costes derivados de exigir una indemnización de daños y perjuicios. Dado que estos costes suelen ser más elevados para los consumidores que para la mayoría de comerciantes (casi todos los proce-

⁹⁵ Para algunas críticas al artículo 174.1 c) CESL, *vid.* Christiane WENDEHORST, «Restitution in the Proposal for a Common European Sales Law», European Parliament, 2012 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462465/IPOL-JURI_NT\(2012\)462465_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462465/IPOL-JURI_NT(2012)462465_EN.pdf)). Según el autor, «[t]he rule in Article 174(1)(c) may create an unacceptable degree of uncertainty and is apt to deter parties from choosing the CESL, and consumers from exercising a right to terminate. The level of consumer protection in the context of termination should be reconsidered, raising the level of protection in restitution, but lowering it in particular aspects concerning the seller's right to cure».

⁹⁶ Sobre algunas opciones de política legislativa que se pueden adoptar para reducir los efectos negativos de una resolución oportunista, *vid.* Alexander STREMITZER, «Opportunistic Termination», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, núm. 3, 2012, pp. 381-406, p. 383.

dimientos judiciales conllevan costes marginales decrecientes como consecuencia de los elevados costes fijos que se derivan de plantear una disputa ante los tribunales y, aun más, de ir a juicio), tales consumidores no tendrán demasiados incentivos a resolver el contrato de manera oportunista. De hecho, la resolución podría llegar a ser un remedio muy costoso para ellos dependiendo del valor de los bienes no conformes que hubieran recibido.

El reconocimiento de un derecho a resolver generoso para el consumidor, aunque ha sido muy criticado por su capacidad para incentivar comportamientos oportunistas, también puede tener, bajo determinadas circunstancias, efectos positivos⁹⁷. Por ejemplo, imaginemos un escenario en el que los bienes pierden valor con independencia del mayor o menor uso que reciben, y en el que la resolución del contrato genera costes elevados para el vendedor. En este contexto, el vendedor tratará de reducir los incentivos del consumidor a resolver el contrato ofreciéndole un precio reducido. Cuanto menor sea el precio de los bienes, menores serán los incentivos de los consumidores a resolver el contrato y, por tanto, a restituir los bienes y exigir la devolución del precio. Por tanto, la «amenaza» implícita que para los vendedores esté implícita en un régimen generoso de resolución en favor de los consumidores, que les (a lo vendedores) reporta pérdidas notables como consecuencia de la depreciación de los bienes tras la entrega, da un incentivo a los vendedores a bajar los precios de venta y, con ello, a reducir los incentivos económicos de los consumidores a optar por la resolución. Cuando los vendedores tienen cierto poder de mercado para fijar los precios —es decir, no estamos en un mercado de competencia perfecta ni en uno totalmente monopolístico— y además las faltas de conformidad no son suficientemente significativas como para privar al consumidor de todo el valor derivado de los bienes, las bajadas de los precios exigidos por los vendedores tendrán un efecto muy positivo para los consumidores sin contrapartidas relevantes en términos de su bienestar.

Hay más razones económicas que permiten defender un remedio resolutorio más fácil o generoso para los consumidores en los contratos B2C. La primera se basa en los efectos que puede llegar a tener la renegociación *ex post* del contrato sobre los incentivos de los vendedores a reducir el precio cuando hay una amenaza creíble de resolución. En las relaciones entre comerciantes, en las que la renegociación es algo habitual, los efectos positivos de la resolución para inducir precios más bajos están abocados a fracasar⁹⁸. De

⁹⁷ Alexander STREMITZER, «Opportunistic Termination», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, núm. 3, 2012, pp. 381-406, p. 383.

⁹⁸ Alexander STREMITZER, «Opportunistic Termination», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, núm. 3, 2012, pp. 381-406, pp. 401-402.

hecho, cuanto más poder de negociación tiene el comprador en la fase de renegociación, menores son los efectos positivos de la amenaza de resolver. En cambio, la renegociación *ex post* no es tan habitual en los contratos celebrados con consumidores, quienes suelen tener, además, un poder de negociación limitado. En estos casos, la amenaza de resolver el contrato puede generar en los vendedores con cierto poder de mercado incentivos suficientes para que estos reduzcan sus precios y con ello desincentivar a los consumidores a resolver el contrato y por tanto a devolver un bien muy depreciado si la falta de conformidad no es excesivamente seria.

La decisión de resolver un contrato B2C también puede depender del conocimiento que tengan los vendedores de las restricciones al ejercicio de ese derecho. Los compradores suelen preferir la resolución a otro tipo de remedios –por ejemplo, la indemnización de daños y perjuicios o la reparación o sustitución de los bienes no conformes con el contrato– porque la simple devolución de los bienes y la exigencia de restitución del precio pagado suele generar menos costes para el consumidor, y porque, desde el punto de vista de la información disponible, la resolución es más fácil de valorar en términos de resultados. Ahora bien, si los vendedores saben que el derecho de los consumidores a resolver está sujeto a restricciones, pueden optar por producir bienes con un nivel de falta de conformidad que haga que los consumidores, quienes en un principio habrían optado por la resolución, decidan conservar el bien no conforme y el contrato. Y, dado que tales consumidores no podrán recurrir a otros remedios –porque son más caros y gravosos de ejercitar para ellos–, los vendedores no tendrán incentivos a evitar las faltas de conformidad. En otros términos, cuanto mayor sea el nivel y/o el coste de resolver el contrato, mayor será el nivel de falta de conformidad «tolerada» que sobrevivirá en el mercado.

Finalmente, el riesgo de que los contratos se resuelvan de manera oportunista por los consumidores para beneficiarse de una caída de precios tampoco parece ser un problema demasiado serio en los contratos B2C si se tiene en cuenta el valor de los bienes objeto de contrato. Cuando se compran bienes en grandes cantidades (como suelen hacer los comerciantes), una pequeña caída de los precios puede hacer muy atractiva la resolución para el comprador, pues permite obtener beneficios elevados al aprovecharse de la bajada de precio. Para los consumidores, en cambio, un incentivo similar solo podría generarlo una gran caída en los precios, de modo que les interesara aprovecharse de un defecto menor para resolver y con ello beneficiarse de los precios más bajos que han prevalecido en el mercado tras el contrato. Dado que resolver, aunque es el remedio más simple

para el comprador, tiene siempre un coste para éste, aunque sea solo en términos de molestias y tiempo, es difícil que, en bienes de consumo⁹⁹, el volumen de bienes adquiridos combinado con la caída de precios sea suficiente para superar el coste fijo de resolver y, así, inducir de manera relevante una resolución oportunista.

5.2 Imperatividad de las normas reguladoras de los remedios frente al incumplimiento contractual en contratos con consumidores

A diferencia de lo que sucede en los contratos B2B, el régimen de los remedios frente al incumplimiento –incluida la resolución– en los contratos B2C no puede ser excluido, derogado o modificado por las partes contratantes (art 108 CESL¹⁰⁰). Aunque esta regla ha recibido varias críticas, hay razones que permiten sostener su eficiencia desde el punto de vista del análisis económico del Derecho. Los remedios frente al incumplimiento –y, sobre todo, la resolución del contrato, por la gran variedad de consecuencias y efectos que puede generar dependiendo de las circunstancias de la relación contractual y del incumplimiento– no se pueden adaptar perfectamente a las especificidades de un contrato o a las preferencias de las partes contratantes. No es posible crear una norma jurídica abstracta que se adapte a todas las relaciones contractuales posibles. De ahí la importancia de la flexibilidad y de la capacidad de las partes para alejarse de la solución legal por defecto y para diseñar su propio régimen o remedio jurídico. Sin embargo, esta flexibilidad tiene un precio en términos de costes de transacción, mayor incertidumbre y riesgos de que el régimen elegido lo sea precisamente por malas razones, esto es, aquellas que generan ineficiencia, como puede ser el poder de mercado¹⁰¹ u otros factores. Cuando la suma de estos costes sea elevada, la solución legal

⁹⁹ Puede ser distinta la situación en relación con las viviendas, en las que la cuantía invertida por el consumidor en la adquisición supone una parte muy importante de su riqueza y de su renta futura, y en las que, como hemos vivido en nuestras propias carnes, las burbujas y sus pinchazos pueden provocar dramáticas oscilaciones en el precio de los activos. Así, en escenarios como los de estos años de fuerte descenso de precios inmobiliarios, sí es imaginable que los consumidores traten de ampararse en la resolución por incumplimiento para poder deshacer contratos sobre inmuebles que ahora podrían adquirir acaso a menos del 50% del precio pactado en su momento. De hecho, la fuerte presencia de casos de resolución de venta de vivienda a consumidores en los últimos dos años de la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede ser evidencia, siquiera anecdótica, de este fenómeno: *vid.*, entre otras, las SSTs, 1ª, 13.11.2013 (RJ 2013\7821), 14.11.2013 (RJ 2013\7300), 20.11.2013 (RJ 2014\448), 11.12.2013 (RJ 2014\286), 23.1.2014 (RJ 2014\790), 6.2.2014 (RJ 2014\836).

¹⁰⁰ Según el ELI STATEMENT 2012, p. 273, el artículo 108 CESL debería generalizarse «(...) to ensure that the parties do not derogate from the rules on the seller's remedies if this would be to the detriment of the consumer».

¹⁰¹ Albert H. CHOI/George TRIANTIS, «The Effect of Bargaining Power on Contract Design», *Virginia Law Review*, núm. 98, 2012, pp. 1681 y ss.

generalmente aplicada probablemente será, o deberá ser, resistente al cambio (*sticky*, en la terminología habitual ya en el Derecho de contratos de los EUA) y, por tanto, no podrá ser desplazada por un régimen diseñado contractualmente. En este caso, la flexibilidad no tendrá demasiado valor y no habrá demasiadas diferencias entre un régimen legal «resistente al cambio» –o un régimen que «debera serlo»– y un régimen formalmente imperativo. Creemos que hay buenas razones para pensar que la flexibilidad tiene un valor más elevado en los contratos B2B que en los contratos B2C¹⁰². De ahí que el valor de un régimen dispositivo –y no imperativo– para el remedio resolutorio en los contratos B2C acaso no sea demasiado alto en realidad y, en cualquier caso, sea menor que en los contratos B2B.

Veamos ahora algunas ventajas, en términos de eficiencia, de las soluciones imperativas en los contratos B2C. La primera está relacionada con la naturaleza secuencial tanto de las inversiones en calidad o conformidad que realizan los vendedores, como de las negociaciones de los términos contractuales. Aquí se generan problemas de riesgo moral y de selección adversa que pueden resolverse impidiendo que los consumidores puedan renunciar a sus derechos legales. En el momento de celebrar el contrato, el consumidor es consciente de que la inversión en calidad realizada por el vendedor para producir bienes conformes con el contrato ya está hecha, es irre recuperable y no se puede alterar (es un *sunk cost*). También sabe que la calidad de los bienes es fija, imposible de mejorar ya cuando negocia el contrato, y ello con independencia de los derechos o remedios legales que el contrato tenga asociado: el consumidor sabe que la tostadora o el coche que va a adquirir no será de mejor calidad ni fallará menos en función de los remedios que le hayan sido individualmente otorgados en el contrato. De ahí que el consumidor esté dispuesto a aceptar cualquier descuento que le ofrezca el vendedor a cambio de renunciar a uno o varios de sus derechos legales. En ese momento, el consumidor no tendrá en cuenta los efectos del remedio elegido en los incentivos del vendedor; su única preocupación será calcular si ese descuento es mayor o menor que la pérdida que va a experimentar si el producto resulta ser no conforme con el contrato.

Desde una perspectiva económica, la posibilidad de anticipar que los consumidores estarán dispuestos a renunciar a sus derechos legales *ex post* (y, por tanto, que desaparecerán los incentivos a

¹⁰² Téngase en cuenta que nos estamos refiriendo aquí a la flexibilidad y variedad de los regímenes jurídicos, y no de los productos y servicios (variedad, diversidad de tipos y calidades, etc.).

producir bienes conformes con el contrato, al menos los que se derivan del sistema jurídico), puede tener un efecto doblemente perjudicial: por un lado, el vendedor puede decidir invertir por debajo del nivel óptimo cuando produzca bienes que pueden ser o no conformes con el contrato dependiendo de la inversión del vendedor; por otro lado, el consumidor puede estar dispuesto a pagar menos por el producto porque la probabilidad de que sea defectuoso será, precisamente a causa del efecto anterior, más elevada. La prohibición de que los consumidores puedan renunciar a sus derechos legales estableciendo un régimen imperativo, no renunciabile, permitirá mejorar los incentivos y el bienestar conjunto de las partes contratantes si presuponemos que el valor que asignan a la conformidad de los bienes con el contrato es suficientemente elevado¹⁰³.

El sistema imperativo de remedios previsto en el CESL para los contratos B2C también puede contribuir a mejorar la riqueza de las partes contratantes cuando hay competencia vertical entre vendedores de niveles de calidad distintos, y un aumento de la calidad de los bienes no aumenta demasiado los costes de los vendedores¹⁰⁴. El establecimiento de un nivel de calidad mínimo de carácter imperativo impide que los vendedores puedan diferenciar los niveles de calidad de los productos. En consecuencia, la competencia en precios crece, los vendedores aumentan el nivel de calidad de los bienes y los precios, teniendo en cuenta ese nivel de calidad más elevado, caen para los consumidores. En este contexto aparecen más consumidores dispuestos a participar en el mercado y todos ellos ganan, pues reciben bienes de calidad superior a la que habrían recibido sin el establecimiento de ese nivel de calidad imperativo fijado por el sistema de remedios.

A pesar de que existen importantes argumentos económicos favorables a la imperatividad del sistema de remedios en los contratos B2C, la realidad indica que un sistema de este tipo también presenta inconvenientes.

En primer lugar, la reducción del espacio de calidad que se deriva de un régimen imperativo supone la desaparición del mercado de algunas combinaciones precio/calidad y, por tanto, la insatis-

¹⁰³ Abraham L. WICKELGREN, «The inefficiency of Contractually-Based Liability with Rational Consumers», *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 22, 2006, pp. 168-183.

¹⁰⁴ Uri RONNEN, «Minimum quality standards, fixed costs and competition», *Rand Journal of Economics*, vol. 22, núm. 4, 1991, pp. 490-504. Amplían estas ideas Paolo G. GARELLA/Emmanuel PETRAKIS, «Minimum quality standards and consumers' information», *Economic Theory*, vol. 36, 2008, pp. 283-302; Ezra FRIEDMAN, «Competition and Unconscionability», *American Law and Economics Review*, vol. 15, núm. 2, 2013, pp. 443-494; Fernando GÓMEZ/Juan José GANUZA, «The Role of Choice in the Legal Regulation of Consumer Markets: A Law and Economic Analysis», *Indret 1/2014*, 2014, pp. 1-30 (<http://www.indret.com/pdf/1035.pdf>).

facción de aquellos consumidores que tienen preferencias distintas a la mayoría en cuanto a tales combinaciones. En segundo lugar, la aplicación de un régimen imperativo tanto a las faltas de conformidad observables como a las no observables genera un problema de riesgo moral, pues los compradores tienen pocos incentivos a inspeccionar los bienes adquiridos con anterioridad a la celebración del contrato. Finalmente, el carácter imperativo del sistema de remedios incrementa los problemas de riesgo moral y de selección adversa, pues los compradores más sensibilizados con el problema de la conformidad, que suelen dar un uso intensivo a los bienes y que están dispuestos a comprar más para obtener mayores beneficios del régimen de remedios, son subvencionados por consumidores con una menor sensibilidad por la conformidad, que dan un uso limitado a los bienes y que no suelen prestar demasiada atención a sus derechos legales.

En definitiva, que desde el punto de vista económico la cuestión del grado de imperatividad del régimen resolutorio en los contratos con consumidores no permite una respuesta fácil. Por ello, es difícil suscribir –o rechazar de plano– las críticas globales al régimen del CESL sobre la base de su carácter imperativo en los contratos B2C.

VI. CONCLUSIONES

El remedio resolutorio, a pesar de su pedigrí histórico y jurídico, y de su presencia, con perfiles no del todo dispares, en las distintas tradiciones jurídicas, no resulta fácil de teorizar de forma global en cuanto a los efectos que los distintos elementos de su régimen jurídico tienen sobre las decisiones contractuales de las partes. La especial complejidad de la operativa de la resolución, y su imbricación estrecha con la dinámica y la historia de cada relación contractual contribuyen en muy buena medida a la complejidad de sus consecuencias y a la variabilidad de las mismas en diferentes entornos de contratos, de escenarios de incumplimiento y de conductas posteriores a éste. Su conexión con el remedio indemnizatorio, que acompaña al resolutorio de modo casi inseparable, añade una vuelta de tuerca más a la complicación, pues ambos instrumentos, resolución e indemnización, no son necesariamente complementarios desde el punto de vista económico.

En este trabajo hemos tratado de poner de relieve cómo esta complejidad se manifiesta en distintos elementos del régimen legal del remedio resolutorio, pero que, aún más allá, sería muy conveniente que en la aproximación al mismo, tanto por el legislador, como por

los tribunales y los intérpretes de un sistema normativo dado, creciera la conciencia de esta complejidad y cómo una convicción en ese sentido milita en contra de soluciones universales o generales, aplicables globalmente a todos los contratos y a todas las situaciones de incumplimiento.

En esta línea, es sintomática la recepción de las soluciones del CESL en materia de resolución, que han sido objeto de opiniones encontradas, la mayoría de tono crítico. Mientras que el régimen aplicable a los contratos entre comerciantes se ha considerado un digno sucesor de los esfuerzos llevados a cabo por los redactores del CV, de los PECL y del DCFR, las normas aplicables a los contratos con consumidores han sido criticadas por ser excesivamente protectoras de estos y por no promover suficientemente la preservación y la estabilidad de las relaciones contractuales.

Por las razones apuntadas de la intrínseca complejidad del remedio resolutorio en cuanto a sus incentivos y efectos de conducta el desacuerdo sobre la eficacia de la regulación del remedio resolutorio –en el CESL, pero también en el Derecho español y en otros sistemas jurídicos– no debiera ser una sorpresa, pues es muy difícil acertar de plano con un régimen –razonablemente– simple, teniendo en cuenta la gran variedad de factores que pueden tener un impacto sobre sus efectos en las distintas dimensiones y decisiones contractuales. En este trabajo hemos intentado poner de relieve esta complejidad, y presentar de manera intuitiva los problemas derivados de la resolución del contrato y, sobre todo, del reconocimiento de un derecho generoso a resolver el contrato por incumplimiento. Asimismo, hemos tratado de identificar las principales ventajas e inconvenientes del remedio resolutorio, tanto en los contratos B2B como en los contratos B2C.

Este análisis ha permitido alcanzar tres grandes conclusiones: en primer lugar, que el diseño de un régimen jurídico para el remedio resolutorio no es una tarea fácil teniendo en cuenta la diversidad de circunstancias que pueden tener incidencia en cuanto a sus efectos; en segundo lugar, que, aunque algunas opciones de política legislativa en la materia parecen tener un impacto negativo en la decisión de las partes a resolver el contrato *ex post*, y sobre todo en los incentivos de los consumidores a resolver el contrato de manera oportunista, no es fácil valorar la seriedad de tales críticas en términos generales debido a la existencia de factores contrapuestos; finalmente, –creemos– que hay razones económicas importantes para crear un régimen resolutorio específico para los contratos con consumidores, aunque planteen cuestiones y problemas similares a los de los contratos interempresariales, pues hay muchos factores

relevantes que apuntan en dirección opuestas respecto de la mejor decisión en términos de eficiencia.

En definitiva, no es fácil valorar en términos generales un régimen jurídico –sea el del CESL, el del Derecho español de contratos, u otro– en materia de remedio resolutorio. Aunque desde una perspectiva económica tendría sentido reconocer a los consumidores un derecho a resolver el contrato más generoso, la bondad de algunas soluciones más específicas –en el CESL, pero también en otros instrumentos o sistemas jurídicos– todavía está sujeta a controversia y, con un poco de suerte, lo estará a evidencia empírica, muy necesaria en éste y en otros terrenos del debate contractual. Con todo, el régimen del CESL contiene suficientes elementos para la reflexión como para que en la tarea prelegislativa española se le preste mayor atención, en éste como en otros temas.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AIKINS, Michael: «Off-Contract Harms: The Real Effect of Liberal Rescission Rights on Contract Price», *The Yale Law Journal Online*, vol. 121, 2011, pp. 69-85 (<http://yalelawjournal.org/the-yale-law-journal-pocket-part-scholarship/off%11contract-harms:-the-real-effect-of-liberal-rescission-rights-on-contract-price/>).
- BAR-GILL, Oren, y BEN-SHAHAR, Omri: «Regulatory Techniques in Consumer Protection: a Critique of European Consumer Contract Law», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 109-125.
- BEN-SHAHAR, Omri: «Regulation through Boilerplate: An Apologia», Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper No. 640, University of Chicago Law School, 2013, pp. 1-24 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2255161).
- BIANCA, Massimo C., y GRUNDMANN, Stefan (Eds.): *EU Sales Directive: Commentary*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002.
- BROOKS, Richard R. W., y STREMITZER, Alexander: «On and Off Contract Remedies Inducing Cooperative Investments», *American Law and Economics Review*, vol. 14, núm. 2, 2012, pp. 488-516.
- BROWNSWORD, Roger: «Regulating Transactions: Good Faith and Fair Dealing», en Geraint HOWELLS/Reiner SCHULZE, *Modernising and Harmonising Contract Law*, Sellier de Gruyter, Munich, 2009, pp. 87-114.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- CHE, Yeon-Koo, y CHUNG, Tai-Yeong: «Contract Damages and Cooperative Investments», *Rand Journal of Economics*, vol. 30, 1990, pp. 84-105.
- CHE, Yeon-Koo, y HAUSCH, Donald: «Cooperative Investments and the Value of Contracting», *American Economic Review*, vol. 89, 1990, pp. 125-147.
- CHEN-WISHART, Mindy, y MAGNUS, Ulrich: «Termination, Price Reduction, and Damages», en Gerhard DANNEMANN/Stefan VOGENAUER (Eds.), *The Common European Sales Law in Context*, Oxford University Press Scholarship Online, Oxford, 2013.

- CHOI, Albert H., y TRIANTIS, George: «The Effect of Bargaining Power on Contract Design», *Virginia Law Review*, vol. 98, núm. 9, 2012, pp. 1665-1744.
- CLAEYS, Ignace, y FELTKAMP, Régine (Eds.): *The Draft Common European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law?*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013.
- CLEMENTE MEORO, Mario E.: «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2131, 2011, pp. 1-17 (www.mjusticia.es/bmj).
- CRASWELL, Richard: «Offer, Acceptance, and Efficient Reliance», *Stanford Law Review*, vol. 48, núm. 3, 1996, pp. 481-553.
- DANNEMANN, Gerhard, y VOGENAUER, Stefan (Eds.): *The Common European Sales Law in Context*, Oxford University Press Scholarship Online, Oxford, 2013.
- DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús: «Comentario a la STS de 17 de junio de 1986», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, 1986, pp. 3773-3788.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Madrid, 2005.
- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.
- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.
- FELTKAMP, Régine, y VANBOSSELE, Frédéric: «Remedies under the Optional Common European Sales Law – a Good Alternative for Belgian Sales Law?», en Ignace CLAEYS/Régine FELTKAMP (Eds.), *The Draft Common European Sales Law: Towards an Alternative Sales Law*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 185-254.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXII, fasc. I, 2009, pp. 157-280.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1481-1685.
- «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVI, fasc. II, 2013, pp. 717-836.
- FRIEDMAN, Ezra: «Competition and Unconscionability», *American Law and Economics Review*, vol. 15, núm. 2, 2013, pp. 443-494.
- FRIEHE, Tim, y TRÖGER, Tobias H.: «On the Sequencing of Remedies in Sales Law», Working Paper (<http://www.uni-graz.at/socialpolitik/papers/Friehe.pdf>).
- GANGLMAIR, Bernhard: «Early Contract Termination, Performance-Contingent Control Rights, and Specific Investment», Working Paper, 2012 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=983040).
- GARCÍA PÉREZ, Rosa: «El incumplimiento anticipado o previsible (*anticipated non performance*) como incumplimiento resolutorio en la Propuesta de Modernización del Código civil», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 2, núm. 7, 2012, pp. 37-74.
- GARCÍA RUBIO, M.ª Paz: «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una com-

- praventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz)», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVI, fasc. I, 2013, pp. 323-337.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Artículo 1284», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 9185-9186.
- GARELLA, Paolo G., y PETRAKIS, Emmanuel: «Minimum Quality Standards and Consumers' Information», *Economic Theory*, vol. 36, 2008, pp. 283-302.
- GOLDBERG, Víctor: «Protecting Reliance», *Columbia Law and Economics Working Paper No. 454*, 2013 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2344387).
- GÓMEZ POMAR, Fernando: *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Civitas, Madrid, 2002.
- «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret 3/2007*, 2007, pp. 1-49 (http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf).
- GÓMEZ POMAR, Fernando, y GANUZA Juan José, «The Role of Choice in the Legal Regulation of Consumer Markets: A Law and Economic Analysis», *InDret 1/2014*, 2014, pp. 1-30 (<http://www.indret.com/pdf/1035.pdf>).
- GRUNDMANN, Stefan: «Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach», *European Review of Contract Law*, vol. 2, 2007, pp. 121-149.
- «Leistungsstörungsmodelle im Deutschen und Europäischen Vertragsrecht – insbesondere Zurückweisung der charakteristischen Leistung», en Claus-Wilhelm CANARIS/Andreas HELDRICH, *Sonderdruck aus: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 2007, pp. 307-327.
- JOHNSTON, Angus, y UNBERATH, Hannes: «Joined Cases C-65/09 & C-87/09, *Gebr. Weber GmbH v. Jürgen Wittmer and Ingrid Putz v. Medianess Electronics GmbH*. Judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 16 June 2011», *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, pp. 793-808.
- JORDANO FRAGA, Francisco: «Comentario a la STS de 26 de noviembre de 1987», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, 1987, pp. 5183-5207.
- KELLER, Bertram: «Favor Contractus. Reading the CISG in Favor of the Contract», en Camilla B. ANDERSEN/Ulrich G. SCHROETER (Eds.), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H Kritzer*, Wildy, Simmonds and Hill Publishing, UK, 2008, pp. 247-266.
- KULL, Andrew: «Restitution as a Remedy for Breach of Contract», *Southern California Law Review*, vol. 67, 1994, pp. 1465-1518.
- LEISINGER, Benkamin K.: *Fundamental breach considering non-conformity of the goods*, Sellier European Law, München, 2007.
- LOOS, Marco B. M., y SCHELHAAS, Harriët: «Commercial sales: the Common European Sales Law compared to the Vienna Sales Convention», *European Review of Private Law*, vol. 21, núm. 1, 2013, pp. 105-130.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M.: «Comentario al artículo 1284», en Manuel ALBALADEJO/Silvia DÍAZ ALABART (Dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, Madrid, 1978-, pp. 1-5 (<http://app.vlex.com/#/vid/articulo-1-284-232677>).
- LUBBE, Gerhard: «Fundamental Breach under the CISG», *Rebels zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht*, vol. 68, núm. 3, 2004, pp. 444-472.
- MACQUEEN, Hector; DAUNER-LIEB, Barbara, y TETTINGER, Peter W.: «Specific Performance and Right to Cure», en Gerhard DANNEMANN/Stefan VOGEN-

- AUER (Eds.), *The Common European Sales Law in Context*, Oxford University Press Scholarship Online, Oxford, 2013.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Artículo 121», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 1522-1532.
- «Sustitución de un bien no conforme: ¿quién asume el coste de retirada del bien y de instalación del bien de sustitución?», *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1, núm. 9, 2013, pp. 87-98.
- MARTÍN ARESTI, Marta: *Las Garantías de los Productos de Consumo*, Aranzadi, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Aranzadi, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho civil*, tomo XLII, fasc. 4, 1989, pp. 1143-1168.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho civil*, tomo XLVI, fasc. 4, 1993, pp. 1719-1746.
- PARISI, Francesco: «The Harmonization of Legal Warranties in European Sales Law: An Economic Analysis», *American Journal of Comparative Law*, núm. 52, 2004, pp. 403-430.
- PICATOSTE BOBILLO, Victoria: «El significado de la gratuidad en el sistema de remedios por falta de conformidad de los bienes con el contrato», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2146, 2012, pp. 1-19 (www.mjusticia.es/bmj).
- POSNER, Richard: *Economic Analysis of Law*, 8th ed., Aspen Publishers, USA, 2010.
- PRIEST, George L.: «Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods Under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach», *Harvard Law Review*, núm. 91, 1978, pp. 960-1001.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2132, 2011, pp. 1-27 (www.mjusticia.es/bmj).
- RONNEN, Uri: «Minimum Quality Standards, Fixed Costs and Competition», *Rand Journal of Economics*, vol. 22, núm. 4, 1991, pp. 490-504.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004.
- «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIV, fasc. IV, 2011, pp. 1685-1724.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: «Denuncia de los vicios y examen de la cosa en la compraventa mercantil», *Anuario de Derecho civil*, tomo XII, fasc. IV, 1959, pp. 1191-1218.
- SCHULZE, Reiner (Ed.): *Common European Sales Law (CESL): A Commentary*, C.H. Beck, Hart Publishing, Nomos, Baden-Baden, 2012.
- SCHWARTZ, Alan, y SCOTT, Robert E.: «Precontractual Liability and Preliminary Agreements», *Harvard Law Review*, vol. 120, núm. 3, 2007, pp. 661-707.
- SCOTT, Robert E., y TRIANTIS, George: «Embedded Options and the Case against Compensation in Contract Law», *Columbia Law Review*, vol. 104, 2004, pp. 1428-1491.
- SHAVELL, Steven: *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, USA, 2004.

- SOLER PRESAS, Ana: «La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR», *Indret* 2/2009, 2009, pp. 1-32 (http://www.indret.com/pdf/632_es.pdf).
- STREMITZER, Alexander: «Standard Breach Remedies, Quality Thresholds and Cooperative Investments», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, num. 2, 2012, pp. 337-359.
- «Opportunistic Termination», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 28, núm. 3, 2012, pp. 381-406.
- TORRELLES TORREA, Esther: «Comentario del artículo 121 TRLGDCU», en Sergio Cámara Lapuente (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011, pp. 1105-1110.
- VON BAR, Christian, y CLIVE, Eric (Eds.): *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. 1, Sellier, Munich, 2009.
- WAGNER, Gerhard: «Termination and Cure under the Common European Sales Law: Consumer Protection Misunderstood», *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp. 147-167.
- WENDEHORST, Christiane: «Restitution in the Proposal for a Common European Sales Law», European Parliament, 2012 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462465/IPOL-JURI_NT\(2012\)462465_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/462465/IPOL-JURI_NT(2012)462465_EN.pdf)).
- WICKELGREN, Abraham L.: «The Inefficiency of Contractually-Based Liability with Rational Consumers», *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 22, 2006, pp. 168-183.
- ZIMMERMANN, Reinhard, y WHITTAKER, Simon (Eds.): *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 2000.

La igualdad en el Derecho de familia marroquí y español: estudio comparativo de la normativa jurídica de filiación y de la autoridad parental

(su incidencia en la protección jurídico-civil del menor de edad durante la vida conyugal de sus padres y las crisis matrimoniales)

M.ª DOLORES CASAS PLANES
PETRONILA GARCÍA LÓPEZ
Profesoras de Derecho Civil
Universidad de Jaén

RESUMEN

La peculiaridad que reviste el Derecho de familia marroquí reside en el hecho de ser un Derecho confesional, e inserto en un ortodoxo Derecho islámico. De tal modo, que la aprobación y entrada en vigor el 5 de marzo de 2004 en Marruecos del nuevo Código de Familia, más conocido como nueva mudawwana, ha supuesto un hito en la evolución y adaptación de la ley musulmana a criterios internacionales, a través de los principios de equidad e igualdad entre los sexos, y en la lectura más liberal de los textos sagrados en el intento de comprender la realidad y sus transformaciones en el momento de establecer la regla del Derecho.

En atención a dicha realidad, este trabajo se centra en el estudio, desde una visión comparativa del derecho marroquí y español, de la regulación de dos instituciones jurídicas al servicio de la protección del menor de edad: por un lado de la filiación jurídica materna y paterna. Y de otro, de la patria potestad o autoridad parental (wīlaya o tutela del padre marroquí), incluyendo a este respecto como afecta a la misma las crisis matrimoniales. A dicho estudio le precede, como complemento necesario y desde la misma visión comparativa, el análisis de la capacidad del menor de edad, sobre todo en lo que concierne a su capacidad para casarse, al ser un supuesto en el que en Marruecos se constata el desfase entre la regulación teórica y la práctica.

En definitiva, el presente estudio lo llevamos a cabo con el ánimo de discernir las luces y sobras de las nuevas disposiciones introducidas por la

nueva Mudawana en las instituciones apuntadas, en orden a la defensa e interés del menor de edad.

PALABRAS CLAVE

Mudawana, Derecho de familia, capacidad del menor de edad, igualdad, filiación paterna y materna, filiación extramatrimonial, wilaya, patria potestad, custodia, hadana, tutela.

ABSTRACT

The Moroccan family Law's peculiarity lies in the fact of being confessional and inserted in an orthodox Islamic law. So that, the adoption and entry into force on 5 March 2004 in Morocco of the new family Code, better known as new Mudawana, has been a milestone in the evolution and adaptation of the Muslim law to the international criteria, through the principles of equity and equality between the sexes, and in the liberal reading of the sacred texts in an attempt to understand the reality and its transformations at the time of establishing the rule of law.

In response to this reality, this work focuses, from a comparative perspective, on the study of two juridical institutions of Moroccan and Spanish family Law in relation to the minor's protection: on the one hand, the maternal and paternal filiation; and the another hand, the parental authority (the Moroccan father's wilaya), including the problematic in the marital crisis. This part is preceded by the study, as a necessary complement and from the same comparative vision, of the minor's capacity, making a special reference to its capacity to marry, to be a case that, in Morocco, it is noted the gap between the theoretical regulation and practice.

In short, this study is carried out with the aim to discern the lights and leftovers of the new provisions introduced by the new Mudawana in the quoted institutions, in order to the protection of the better interest of the minor.

KEYWORDS

Mudawana, Family law, minor's capacity, equality, paternal and maternal filiation, extramarital filiation, wilaya, parental authority, custody, hadana, guardianship.

SUMARIO: I. *Introducción:* 1. Delimitación del objeto de estudio. 2. El paradigma de la igualdad en el cambio del Derecho de familia marroquí. La influencia del movimiento femenino en su evolución. 3. Apunte metodológico.-II. *La condición de la minoría de edad:* 1. Marco regulador de la protección del menor de edad. El interés superior del menor. 2. La capacidad del menor de edad. A. Diferencias entre la capacidad del menor de edad español y marroquí. B. En especial, la capacidad para contraer matrimonio. La problemática de la menor de edad marroquí.-III. *La protección del menor durante la vida conyugal de sus padres:* 1. La filiación biológica (matrimonial-extramatrimonial) y adoptiva como fundamento de la patria potestad en el Derecho español, frente al

Derecho marroquí: A. Reforma introducidas por el nuevo Código de Familia marroquí en materia de filiación. Comparativa con el derecho español.—B. Referencia especial a la filiación extramatrimonial en Marruecos como supuesto de desprotección.—C. Apunte acerca del rechazo de la filiación adoptiva en el Derecho marroquí. 2. La representación legal: la patria potestad del Derecho español y la *wilaya* o tutela del padre del Derecho marroquí: A. Idea previa. La situación jurídica de la mujer marroquí en el marco familiar- matrimonial.—B. Referencia comparativa respecto al contenido y significado de la patria potestad-*wilaya*. Las peculiaridades de la tutela subsidiaria de la madre marroquí, y su posible indefensión existiendo tutor testamentario. 3. El derecho de alimentos de los hijos como carga del matrimonio. Prolongación de la situación de dependencia tras su mayoría de edad.—IV. *La protección del menor en las crisis matrimoniales*: 1. Ideas generales. 2. La guarda o custodia. La *hadana* en el Derecho marroquí. A. Notas diferenciales entre el Derecho español y el marroquí. B. El contenido de la custodia o guarda en el Derecho español. C. La *hadana*: referencia especial al derecho a la educación religiosa y al cambio de residencia, y a su comparativa con el derecho español. a) Novedades en la regulación de la *hadana*: su significado. b) Referencia especial a la educación (religiosa) y al cambio de domicilio por la madre marroquí que ostenta la *hadana*. D. La pensión de alimentos, y el deber de alojamiento a los hijos tras la ruptura conyugal.—V. *La protección del menor ante el fallecimiento de sus padres o el abandono del menor. La peculiaridad de la tutela testamentaria y dativa en Marruecos*: 1. La tutela judicial en España. 2 La tutela testamentaria y dativa en el Derecho marroquí. 3. A modo de conclusión comparativa.

I. INTRODUCCIÓN

I.1 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

La necesidad de amparo de todo menor de edad deriva de su propia condición de menor, alcanzando su exponente máximo en los casos en que los padres, bien fallezcan, estén inmersos en alguna crisis matrimonial, o incumplan sus deberes paterno-filiales y provoquen en su hijo una situación de riesgo o desamparo.

Al respecto, en un primer momento, este trabajo se dirige a abordar la situación jurídica de la minoría de edad, en especial su capacidad, tanto en el Derecho español como en el marroquí, haciendo especial referencia a la capacidad del menor para casarse, al ser un supuesto en el que se constata el desfase entre la regulación teórica y la práctica (II). Para dar paso, en una segunda parte, a indagar en la institución jurídica base que ambos derechos han creado para proteger al menor de edad, ya sea la patria potestad del

Derecho español, como la *wilaya* o tutela del padre en el Derecho marroquí; precedido del estudio del *prius* lógico en el que se basa dicha representación legal, la filiación paterna y materna. En este apartado destacaremos las diferencias que existen en ambos Ordenamientos jurídicos, sobre todo, en lo que a la protección del menor extramatrimonial se refiere (III). En esta materia, y por seguir una división sistemática que nos ayude a ir analizando todos los mecanismos de protección, diferenciamos, por un lado, los derechos o la protección del menor durante la vida conyugal de sus progenitores (III.1). Y, por otro, los derechos de aquél, y a veces los de la madre, cuando dicha vida conyugal se rompe, en concreto las peculiaridades que va a revestir, tanto la custodia como la *hadana*, respectivamente, del Derecho español y marroquí, como la pensión de alimentos en ambas regulaciones (III.2).

Asimismo, y en último lugar, trataremos la protección del menor ante el fallecimiento y abandono de los padres del menor de edad y del menor emancipado, a través de la tutela del Derecho español, y la tutela testamentaria y dativa del Derecho marroquí (IV); dejando al margen del objeto de este trabajo, por su extensión, el estudio de la protección del menor abandonado, en riesgo o desamparo, a través de la figura, entre otras, del desamparo en el Derecho español y de la *Kafala* en el Derecho marroquí.

Una vez delimitado el objeto del estudio, queremos poner de manifiesto, además del difícil acceso a la legislación, jurisprudencia y doctrina marroquí junto a la dificultad del idioma para llevar a cabo el análisis comparativo descrito, que el análisis que acometemos del Derecho marroquí lo intentamos llevar a cabo con el ánimo de poder comprender mejor, o discernir las luces y sobras, de las nuevas disposiciones introducidas en el Derecho marroquí respecto a la capacidad del menor, y a la filiación jurídica y autoridad parental, abarcando, por tanto, el presente estudio parcelas del Derecho privado de la persona y de la familia.

I.2 EL PARADIGMA DE LA LIBERTAD EN EL CAMBIO DEL DERECHO DE FAMILIA MARROQUÍ. LA IMPORTANCIA DEL MOVIMIENTO FEMENINO EN SU EVOLUCIÓN

En relación a la materia de estudio apuntada en el epígrafe anterior, se ha de precisar, desde el marco más general que encuadra el mismo, que a nivel internacional, la igualdad entre hombres y mujeres ante el matrimonio quedó reconocida con meridiana claridad en el artículo 16 de la *Declaración Universal de los*

Derechos Humanos de 1948; derecho que deberá ser garantizado por los Estados, tal y como establece el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, firmado por Marruecos el 3 de mayo de 1979.

Incluso de una forma específica y refiriéndose a las mujeres, el artículo 1.f de la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* de 1979 reza que: «*Los Estados asegurarán (...), en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: los mismos derechos y responsabilidades respecto a la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos*». Al respecto, y aunque Marruecos accediera a la Convención como Estado parte (22 de junio de 1993), hay que precisar que aquél deja constancia de una serie de reservas a dicho pacto; en concreto, las referidas a la igualdad entre hombres y mujeres ante sus derechos y responsabilidades en el matrimonio y en el ejercicio de la autoridad parental, sobre la base del respeto a la Sharía o Ley islámica, mandato divino que deben seguir los buenos musulmanes¹, y de la influencia de la estructura patriarcal enraizada en la cultura marroquí que otorga distintas funciones al hombre y a la mujer en la sociedad².

Es oportuno, por tanto, recoger desde el inicio del trabajo que la peculiaridad que reviste la normativa marroquí sobre la materia reside en el hecho de que sus normas se enraízan o se basan, tanto en el *Corán* y la *Sunna*, esto es, respectivamente, en la palabra divina y su interpretación o precisión por las palabras del profeta³; como en la *Idjimà* (o las fuentes auxiliares de los textos de los jurisconsultos musulmanes o *ulemas* que interpretan aquéllas y que pertenecen a las cuatro Escuelas Malékita, Hanafite, Chafeite y Hanbalite); y en la *Qiyas* que es el razonamiento lógico individual o analogía por el cual puede deducir una regla religiosa, moral o jurídica a partir de otra planteada por el Corán o la *Sunna*. Al respecto, es la doctrina malekita (perteneciente a los sunnita) la que rige en Marruecos (fundada por Malik ibn Anas Ibn Shafí, y exten-

¹ La Sura: 2, 228 (Corán) reza: «*Ellas tienen derechos equivalentes a sus obligaciones, conforme al uso, pero los hombres están en un grado por encima de ellas*»

² COBANO-DELGADO, V.: «Repercusiones socioeducativas de las reformas del Código de Familia en Marruecos», *Foro de Educación*, nº 10, 2008, p. 403, que nos explica que con la pretensión de conservar la unión sagrada que supone todo matrimonio, esta ley divina garantiza a cada uno de los esposos derechos y responsabilidades dentro de un marco de relaciones complementario y equilibrado.

³ *Ibidem*, p. 405. El Corán es el libro sagrado del Islam donde se recogen las reglas y directrices del Profeta. Es una transcripción literal de la Revelación divina realizada por Alá al Profeta Mohamed, a través del Ángel Gabriel. Consta de 114 suras o capítulos que nunca han sido modificados. Y la Sunna, son los relatos tradicionales sobre la vida del Profeta, designa lo que haya dicho, hecho o corroborado el Profeta.

dida en los países del oeste de África)⁴, tal y como lo atestigua el tenor literal del artículo 400 CFM al rezar: «*en todo lo que no sea objeto de regulación expresa en un texto de la presente Mudawana, hay que referirse a la doctrina malekita*»⁵; lo que ha sido objeto de crítica por la propia doctrina del país teniendo en cuenta que dicho rito data de una antigüedad de quince siglos.

En concreto, dicha doctrina o derecho de familia en el Islam no es ni más ni menos, nos dice Mounir, que el conjunto de costumbres aplicadas en el seno de la tribu Koreichite (tribu del Profeta) y que el Corán ha humanizado⁶, por motivos tales como la importancia de la familia en la transmisión de los valores religiosos, la carga moral que desde siempre han tenido las relaciones sexuales y su traslado a la determinación paterno-filial. Es cierto, entonces, que a diferencia de otras religiones, el Islam no ha sufrido una gran evolución, especialmente, en lo referente al fuerte vínculo que une al poder civil con el religioso, el cual llega hasta tal punto que, en múltiples ocasiones, las limitaciones entre uno y otro no llegan a distinguirse nítidamente⁷. Tal y como explicita el artículo 6 de la Constitución del reino marroquí, el Estado alauí posee un carácter teocrático dado que: *el Islam es la religión del Estado que garantiza a todos el libre ejercicio de los cultos*. Motivo, éste, por el que el propio Derecho de Familia es confesional, inserto en un ortodoxo Derecho islámico.

⁴ *Ibidem*, p. 406, que nos aclara que el Islam no conforma un grupo completamente homogéneo. Tras la muerte del Profeta, el pueblo empezó a cuestionarse su sucesión, motivo que originó una división en el seno del Islam, conformándose dos grandes ramas islámicas: la chiita que reconocieron a Alí, primo y yerno de Mahoma que se autoproclamó califa, y la sunnita o mayoritaria que consideraron que los lazos de sangre no era suficiente motivo para proclamarlo como califa, basándose en la Sunna y el Corán como las directrices que guían su práctica religiosa. Aunque en el seno de los sunnitas aparecieron varias escuelas jurídicas musulmanas, fundadas por eminentes estudiosos del Islam, de las cuales hoy sólo perduran cuatro: a) *Hanafi*, que se trata de la escuela más antigua y una de las más tolerantes, liberales y flexibles, fundada por Abu Hanifa Numán ibn Tabit; b) *Maliki*, rama que acepta también los hechos ocurridos en tiempos del Profeta que fueron interpretados por el mismo; c) *Shaf'i*, instituida por un alumno de Malik, que conforma uno de los grupos menos rígidos, admite el razonamiento lógico y el consenso de los sabios como fuentes del derecho; y d) *Hanbali*, discípulo del anterior, y al contrario que su escuela, es considerada como la más rígida, e intolerante del Islam sunnita. Abogan por una interpretación y una aplicación literalista del Islam.

⁵ Traducción propia del texto en francés recogido en MOUNIR, Omar, *Le nouveau droit de la famille au Maroc. Essai analytique. Le sort des mariages mixtes. Les marocains à l'étranger*, ed., Cheminements, París, 2005, p.185: artículo 400 CFM: «*por tout ce qui ne fait pas l'objet d'un texte dans la présente Moudawana, il faut se référer au rite malékite (...)*».

⁶ MOUNIR, Omar., *ob. cit.*, p. 187, el cual indica que la vigencia de dicha doctrina malekita (que nunca ha sido publicada) implica la falta de poder de resolución de la generación actual a sus problemas cotidianos, desconocidos, sin embargo, hace quince siglos.

⁷ Ref. GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: «La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)», en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (dir. A. RODRÍGUEZ BENOT), Ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, p. 163, en COBANO-DELGADO, V.: *ob. cit.*, np. 11, p. 404.

En consecuencia, como nos explica Quiñones Escámez, a pesar de que los textos constitucionales se proclame la igualdad política entre hombres y mujeres, la mujer continúa en una situación de clara desventaja, fundamentalmente en lo que respecta a la institución familiar⁸.

No obstante lo dicho hasta ahora, creemos con parte de la doctrina que de lo que se trata es de encontrar el equilibrio entre la tutela de ciertos derechos fundamentales presentes en materia de protección de menores, filiación, etc., y el derecho a preservar la identidad cultural marroquí, teniendo en cuenta, por un lado la posición ambivalente que los propios sistemas jurídicos islámicos mantienen en lo que concierne a los derechos humanos⁹ y, por otro, que la universalidad de los derechos humanos no se revela contraria al derecho a ser diferente o al reconocimiento de derechos humanos diferenciados para determinados individuos, grupos o comunidades. Si se parte de la existencia de un núcleo intangible de derechos humanos fundamentales vinculantes *erga omnes*, inderogables por la Comunidad Internacional y que se configuran *ius cogens*, éstos deben reconocerse y garantizarse independientemente de las diversas creencias culturales o tradicionales.

En otras palabras, la profundización en valores como la dignidad humana, la libertad o la igualdad han convertido a los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento internacional como un *estándar* mínimo para el libre desarrollo de la personalidad humana. Hoy son parte de la ética universal en un mundo globalizado¹⁰; lo que no obsta para que, como apunta Esteban de la Rosa, la interculturalidad ponga de relieve el surgimiento de afinidades entre los sistemas de Derecho Internacional privado de los países de origen y de destino de las personas que migran, de forma que puedan también tomarse en consideración sus peculiaridades (así cabría reconocer la indemnización que corresponde a la mujer marroquí en determinados supuestos de disolución del matrimonio o podría

⁸ QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones. África del norte y América Latina*, ed., Atelier, Barcelona, 2006, p. 47.

⁹ Ref. MAYER, A.E.: *Islam and Human Rights. Tradition and Politics* (3ª edic.), Boulder & San Francisco, Westview Press, 1999, p. 8, en Tesis presentado por D^a. Carmen Ruíz Sútíl, dirigida por el Prof. Dr. D. Sixto Alfonso Sánchez, *La determinación de la filiación del nacido en España de progenitor marroquí*, ed., Universidad de Granada, 2009, disponible en http://diphd.ugr.es/pages/.../ruizsuti_docs/tesisdetermdelafiliacionpdfnum1, np.27, p. 30, que nos explica que al no existir un acuerdo unánime de la doctrina musulmana en torno al contenido de la *Sharia* (revelación coránica), y la naturaleza de sus reglas imperativo o meramente orientativa—, la determinación del papel que juega la ley religiosa, como límite de los derechos humanos, queda irremediabilmente afectada por la posición teórica de las distintas escuelas y tendencias.

¹⁰ Ref. BANDRÉS, M.: «Constitución, Derechos fundamentales y multiculturalidad», *Sociedad multicultural y Derechos fundamentales*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, 2007, pp. 221-280, en Tesis presentado por D.^a Carmen Ruiz Sútíl, *ob. cit.*, np.27, p. 30.

considerarse el caso de la mujer que solicita la devolución de la dote, por tratarse de una peculiaridad de dicho ordenamiento)¹¹.

Tras lo expuesto hasta ahora se puede afirmar que, los derechos humanos se erigen como punto de encuentro en ordenamientos enfrentados a culturas diferentes, tal y como lo refleja el que aquéllos estén generando una reinterpretación de la ley religiosa en sentido favorable a la igualdad de derechos y obligaciones entre los dos sexos, así como en la protección del la mujer y los hijos.

Así se constata (en lo que a nuestro ámbito de estudio, el Derecho marroquí se refiere) en la evolución que ha experimentado la normativa del Derecho de familia, desde el derecho musulmán clásico, *fiqh*, que regulaba esencialmente las relaciones en el seno familiar, hasta el Código del Estatuto Personal de 1957 (un año después de la independencia de Marruecos, bajo el reinado de Mohamed V), y sus sucesivas modificaciones en 1993 y, en último lugar, en 2004, conocida como la *nueva Mudawana*. En esta evolución se ha ido produciendo, poco a poco, una adaptación de la ley musulmana a los criterios internacionales, a través de los principios de equidad, igualdad entre los sexos; como acometiendo una lectura más liberal de los textos sagrados en el intento de comprender la realidad y sus transformaciones en el momento de establecer la regla del Derecho.

Esta reinterpretación de la *Mudawana* en sentido favorable a la igualdad es lo que va a ser objeto de estudio a lo largo del trabajo, dejando constancia de sus logros, así como de sus lagunas o deficiencias, en lo que se refiere al ámbito jurídico de la filiación y la autoridad parental; teniendo presente, al respecto, que si las reformas en Derecho de familia son difíciles en las sociedades occidentales, aún lo son más, por las razones expuestas, en las sociedades árabes, en cuya consecución ha tenido un papel de todo punto relevante el movimiento femenino.

De modo sucinto, y según nos explica Fatiha Benlabbah, los logros conseguidos en Marruecos, hoy en día, son el fruto de una lucha constante, contra viento y marea; pero también de la voluntad política de los dirigentes desde la emancipación del país en 1956. En concreto, el movimiento para la emancipación de la mujer marroquí en sus albores se inscribió en el marco general del gran movimiento para la liberación del país yugo del protectorado y de la colonización, en los años cuarenta. Más aún, el estudio del discurso feminista reformista de la época, parece realmente muy adelantado con respecto a su época. Las militantes de los años cua-

¹¹ ESTEBAN DE LA ROSA, G.: «La integración social de los inmigrantes desde la perspectiva del sistema (español) de Derecho Internacional Privado, en *Inmigración, familia y Derecho* (coord., Julio V. Gavidia Sánchez), ed., Marcial Pons, Madrid, 2011, p.156.

renta, denunciaban las formas de discriminación contra ellas y reivindicaban derechos sociales, tales como la escolarización, la preservación de la dignidad de la mujer, una protección social y condenaban la poligamia; y tuvieron el valor en cierta ocasión de dirigirse a los Ulemas reclamando igualdad con el hombre y argumentando que, si el Islam ha instituido una Constitución con derechos de la mujer para todas las épocas y sociedades, garantizándole dignidad y rango social, ¿por qué entonces se la discrimina respecto al hombre?

A pesar del retroceso que supuso la promulgación en 1957 del Código de Estatuto Personal en 1957, basado en una interpretación muy rígida de la Ley islámica, las aspiraciones de la mujeres se mantuvieron vivas y firmes, sobre todo en la llamada década de las mujeres (1975-1985) en la que aparecieron mujeres progresistas y sindicalistas con un compromiso ideológico. Se puede sintetizar que en un primer momento el giro decisivo se produjo por un importante componente de *reflexión* (de un importante número de colectivos de la sociedad, universitarios, ONGs, grupos de investigación universitarios, periódicos, revistas especializadas, etc.,) acompañado de la *acción*¹² en orden a demostrar y justificar que El Código de Estatuto Personal, redactado en los años cincuenta, constituía un freno a una verdadera emancipación femenina. Las mujeres respaldadas por hombres, organizaron desde los años ochenta su acción con el fin de lograr la reforma de ese texto que parecía anacrónico (en 1992 se lanza una acción denominada «un millón de firmas» con un gran apoyo popular y una violenta reacción de los conservadores), lo que se consigue, en un primer momento, con la reforma en 1993 en tiempos de Hassan II del Código de Estatuto Personal¹³.

¹² BENLABBAH, F.: «Islam y derechos de la mujer en Marruecos», *Cadernos pagu*, janeiro-junho, 2008, pp. 95-106, que es Vice-Directora do Instituto de Estudos Hispano-Lusos da Universidade Mohammed V Agdal, Rabat, Marruecos, <http://iea:um5s.ac.ma>, quién nos explica que desde los comienzos de la lucha por la independencia, los partidos políticos crearon, en su seno, células femeninas paralelas: el partido comunista creó la Unión de las Mujeres marroquíes; el partido del *istiqal*, la Sección femenina (1944); en 1947 apareció la primera asociación femenina, «las hermanas de la pureza».

¹³ ZAHRA TAMOUH, F.: «Democracia en femenino. De la democracia política a la democracia familiar en Marruecos», en *Mujeres, Democracia y Desarrollo del Magreb* (dir. G. Martín Muñoz), ed., Pablo Iglesias, Madrid, p. 65 que nos explica que los dos partidos políticos más importantes de la oposición, el Partido *Istiqal*, de la Independencia, y la Unión Socialista de Fuerzas Populares (USFP) presentaron en 1992, al Rey Hassan II, sus iniciativas y sugerencias para que se tuvieran en cuenta en la inminente reforma. En 1992, se crearon unos foros de discusión sobre las contradicciones del texto de la *Mudawana* y la cambiante realidad social. En estos debates participaron organizaciones feministas, investigadores y juristas, y se constituyó una Comisión Nacional para la Modificación del Código de Estatuto Personal y la Defensa de los Derechos de la mujer. Entre tantas confrontaciones, el Rey sorprendió a gran parte de la población mostrando su apoyo a las

La timidez de los logros de la reforma (entre otros, se consiguió que se necesitara la firma de la mujer en el acta matrimonial indicando su consentimiento; se prohíbe la imposición paterna del matrimonio; se puede prescindir de la figura del *wali* en caso de que la mujer sea mayor de edad y huérfana; en caso de disolución del matrimonio la prioridad para la custodia es la madre; se mantiene la poligamia aunque con premisas a respetar, etc.) hicieron que las mujeres continuaran en una segunda fase con la lucha por la igualdad en el marco del Derecho de familia (siendo el detonante de este salto cualitativo, donde la expresión pública alcanzó un gran protagonismo, el «*Plan de Acción para la Integración de la Mujer en el Desarrollo*»), basando ahora su estrategia, no tanto en los foros de discusión, sino, en las manifestaciones en las calles, que se llevaron a cabo en la capital política y económica del país, Rabat y Casablanca respectivamente, durante tres años consecutivos («primavera de la igualdad: 2001-2003»); lo que llevó a que, finalmente, el Rey Mohamed VI tomara la iniciativa histórica de reformar el texto de la *Mudawana*, creando para ello una comisión consultiva, formada por hombres y mujeres de distintas tendencias y especialidades. El arbitraje del Rey, nos ilustra Fatiha Benlabbah, práctica genuina y particular en Marruecos, permitió sacar el debate fuera del enfrentamiento obtuso entre progresistas y conservadores y así avanzar hacia la reforma deseada, siendo la Ley 7/2003, *Portant Code de la Famille* aprobada por unanimidad por la cámara de representantes del Parlamento el 16 de enero de 2004¹⁴.

En definitiva, la nueva *Mudawana* de 2004 intenta eliminar los términos que degradaban a la mujer, tratando de mostrarse igualitario a la hora de conceder derechos y obligaciones, y otorgándole la misma categoría que al hombre: así, se utiliza la expresión de corresponsabilidad; la poligamia se restringe a casi lo imposible; el repudio es para ambos; la edad para el matrimonio se sitúa para el hombre y la mujer en dieciocho años; la figura del *wali* y de la dote se reduce a un carácter simbólico; y se introduce la novedad de la

reivindicaciones feministas, proclamando que escucharía a las mujeres mientras no se mezclara la *Mudawana con las elecciones y la política*.

Con el fin de que la democracia llegara al ámbito familiar, estas reivindicaciones adquirieron una matiz eminentemente social y con la campaña realizada se consiguió que el Rey encargara al Consejo Superior de Ulemas la revisión de la *Mudawana* (Vid. COBAN-DELGADO P, V., *ob. cit.*, p. 410.)

¹⁴ *Dahir n° 1-04-22 du 12 hija 1424 (3 février 2004) (Bulletin Officiel n° 5358 du 2 ramadan 1426, 6 octobre 2005)*. BENLABBAH, F.: *ob. cit.*, p. 101; y COBAN-DELGADO PALMA, V., *ob. cit.*, p- 416, que nos explica que el monarca Mohamed VI realizó una apuesta no exenta de riesgo, al llevar a la vida pública y parlamentaria, una cuestión primordial para la sociedad, que hasta ahora había tratado únicamente desde el punto de vista religioso. De este modo, el monarca se convirtió en el adalid de la puesta en marcha de medidas tendentes a conseguir una mayor modernización de la sociedad marroquí, circunstancia que le ha conferido una gran popularidad.

intervención de oficio del ministerio público al que se define como parte principal en todos los procesos relativos al estatuto personal, y del juez de menores que antes no aparecía¹⁵.

Por otra parte y de modo complementario, hay que resaltar que los esfuerzos para la puesta en práctica y aplicación de esta normativa han sido múltiples, como la creación de 60 juzgados de familia, y el acompañamiento y seguimiento por parte de la sociedad civil mediante investigaciones en el terreno que han dado lugar a informes edificantes. Es loable como la dinámica generada por la reforma reflejó el grado de responsabilidad de todos los actores implicados, de modo que para hacerla efectiva, la sociedad civil la ha acompañado de instrumentos didácticos de difusión, sobre todo, entre los menores de edad y las nuevas generaciones, a pesar de que, la dificultad también se encuentra en la aplicación de la reforma por las instancias judiciales, cuya mentalidad, de igual modo, ha de asumir el cambio¹⁶. En otras palabras, para que se produzca la implantación de la nueva *Mudawana*, se han de llevar a cabo unas complementarias y necesarias medidas de carácter socioeducativo.

A pesar del ahínco descrito brevemente en las líneas que anteceden, se puede afirmar que, aún, hay sombras que superar en la consecución de la igualdad en el seno de las relaciones marroquíes familiares, reflejo de los lastres socio-culturales del país: entre otras, en la prohibición de la mujer musulmana para que se case con un hombre no musulmán; en la cuestión sucesoria (la mujer hereda la mitad que el hombre); en la autoridad parental, dado que la *wilaya*, nuestra patria potestad, se atribuye al hombre y, sólo subsidiariamente, a la mujer; y en la falta de protección del hijo adulterino, tal y como se estudiará en las líneas que siguen.

La reforma descrita, no obstante, es una piedra angular de la modernización social y símbolo del cambio que conoce Marruecos, pues por primera vez se habla de derechos humanos y del derecho del individuo en el marco familiar. Dicha renovación,

¹⁵ Ref. Portal Nacional de Marruecos. Gobierno del Reino de Marruecos: <http://www.maroc.ma/PortailInst/Es/home>, en COBAN-DELGADO PALMA, V., ob, cit, np. 56, p. 416. Y, por otra parte, como resumen de los cambios de la nueva *Mudawana*, Vid. RUIZ ALMODÓVAR, C.: «El nuevo Código Marroquí de la Familia», *Meah, sección árabe-islam*, 52, 2004, pp. 209-272), y en MULERO GARCÍA, J.S.: «Issues of Family Law in Spanish-Moroccan Relationships». *International Journal of Business and Social Science*, vol. 3, nº 13, july, 2012, pp. 44-51.

¹⁶ Entre otros, el CDRom Trilingüe, árabe, Amazig y francés –Vid. <http://www.conaistesdroits.tanmia.ma->; Seis tebeos «*Racontez moi le nouveau code de la famille*», realizado por el partenariado entre Leadership feminine, la Assosiation Cadre y el Réseau des associations de développement (RADEV), redactados en árabe dialectal y en francés, que están destinados, en primer lugar, a los jóvenes arabófonos y francófonos con menos de 12 años de edad – BENLABBAH, F.: ob, cit, p. 104–.

junto, quizás, con la que ha acometido Túnez, es ajena al resto de los países árabes, y de ahí que se hayan escuchado voces deseando para sí también una reforma similar¹⁷.

I.3 APUNTE METODOLÓGICO

Por último, no queremos dejar de aprovechar estas líneas previas o introductorias para manifestar que nuestro propósito de acometer el estudio comparativo de protección del menor de ambos ordenamientos lleva aparejado un riesgo lingüístico, dado que, en ocasiones el término español utilizado para la traducción de algún vocablo árabe tiene tras de sí una realidad diferente a la contenida en la expresión árabe, tal es el caso del término *istilhak o iqrar*, traducido al español como «reconocimiento voluntario de la filiación», institución que en los países del entorno europeo constituye el medio para determinar la paternidad o maternidad no matrimonial frente a lo que sucede en los ordenamientos jurídicos de tradición islámica, en los que el reconocimiento es un medio para establecer la filiación legítima. Asimismo, la traducción de un término del árabe clásico al español no consiste en una mera transposición lingüística, como sucede, por ejemplo, en los términos *al firach* o *shubba*, traducidos por «hijos de la cama» o «relaciones sexuales por error», incomprensibles desde el punto de vista del Derecho español¹⁸.

En realidad, no debemos olvidar que cualquier institución jurídica es tributaria de la cultura donde se inserta, y como tal, patrimonio espiritual de un pueblo, el conocimiento del mismo es de gran importancia para comprender sus normas jurídicas.

II. LA CONDICIÓN DE LA MINORÍA DE EDAD

II.1 MARCO REGULADOR DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR DE EDAD. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

En España se ha producido un progresivo e importante cambio en la consideración jurídica del menor, que ha pasado de ser visto de un sujeto necesitado de protección, a un sujeto cuya autonomía debe ser reconocida y protegida. La muestra más importante de

¹⁷ *Ibidem*, p. 106.

¹⁸ RUIZ SÚTIL, C.: *ob. cit.*, p. 27.

este nuevo planteamiento está constituida por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996 (LOPJM), cuya exposición de motivos recoge claramente la idea de que «*la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos*»; en esta línea, la Ley reconoce con amplitud a los menores determinados derechos (información, libertad ideológica, religiosa, participación, asociación y reunión, libertad de expresión), algunos de ellos con repercusiones evidentes en la capacidad de obrar.

En este camino de progresiva ampliación de la capacidad de obrar del menor, nuestro Derecho se vale de distintos mecanismos que producen un incremento de las posibilidades de actuación eficaz del menor, ya sea estableciendo capacidades especiales a través de la edad, ya sea ampliando la capacidad de obrar del menor en función de su capacidad natural de autogobierno. En este sentido, el artículo 162.2 CC exceptúa de la representación legal «*los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*». Aunque lo que la letra del precepto establece son algunos actos excluidos de la representación legal, la doctrina fundamenta en este artículo una importante ampliación de la capacidad de obrar del menor, en estrecha dependencia con su capacidad natural de conocer y querer.

Por otra parte es reseñable el hecho de que la normativa reguladora del menor de edad y su protección gira en torno a la cláusula general del «interés superior del menor», «*the best interest of the child*», o «*le bien de l'enfant*» (art. 3 de la Convención de la ONU sobre los derechos del Niño de 1989 ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, y por Marruecos el 21 de junio de 2003). Al respecto, la visión interdisciplinar con la que creemos ha de apprehenderse dicho concepto, y siguiendo a la doctrina que ha estudiado la materia, nos lleva a afirmar que: a) no es razonable encorsetar el interés del menor en una definición, pues lo importante es considerar su *función de contrapeso* (protección del menor en tanto parte más débil en sus relaciones sociales) y su *función de control* (ante todo peligro o amenaza que le afecte), pues el bien o interés de un niño sólo posee un contenido concreto cuando se observa un caso particular, tal y como lo destaca la doctrina anglosajona muy crítica con el principio del *best interest of the child* en cuanto principio general y abstracto¹⁹. b) defender que el interés superior del menor

¹⁹ Ref. GERNHUBER, D., y COESTER-WALTJEN, D.: *Lehrbuch des Familienrechts*, Munich, 1994, 57, IV, en TORRES PEREA, JM., *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, ed., Iustel, 2008, np.12, p. 21. Matiza esta idea, RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, 2ª edición Madrid, 2007, pp. 109 y ss, en np. 16, p. 25.

se ha configurado hoy en día, frente a la situación de antaño²⁰, como auténtico eje del Derecho de familia no significa que ahora sea el menor quién decida. Ya la doctrina española y europea se hace eco del peligro del «endiosamiento» del principio del interés superior del menor interpretado como un elenco de derechos carentes de obligaciones; a la vez que los especialistas nos informan que los modelos educativos indulgentes están hoy superados porque educar implica controlar. En otras palabras, el problema se encuentra cuando se confunden los deseos del niño con su interés, de modo que, teniendo en cuenta que dicho interés exige que el menor reciba pautas de autoridad y criterios que le ayuden a valorar y valorarse, el afecto debe venir acompañado de una cierta noción de responsabilidad y mucha dedicación, se debe negociar con el menor pero sin transigir en determinadas materias, porque no se trata de doblegarse al capricho del niño, sino de guiarle para que pueda llegar a ser, con madurez, responsable de sus decisiones (se ha pasado de la imposición a la negociación autorizativa de los padres).

Se puede concluir con el sentir general de la doctrina española que el interés superior del menor es el que garantiza a éste el conjunto de condiciones necesarias para proveer al menor de un marco vital suficiente en el que pueda desarrollar sus capacidades y cualidades necesarias para su progresivo crecimiento personal²¹. En consecuencia, tanto la actuación de los Jueces, como del Ministerio Fiscal se desarrolla *ex officio*, a fin de promover cuantas medidas sean necesarias en cada momento, destinadas a la salvaguarda y tutela de los derechos de los menores de edad.²²

En lo que al Derecho marroquí se refiere, en la toma de conciencia y promoción de los derechos del menor ha tenido un lugar destacado la ratificación por Marruecos de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 el 14 de junio de 1993, así como la celebración en 1990 del primer Congreso de la Infancia, y la sesión extraordinaria sobre la infancia en la sede de la ONU en septiembre de 2001 en orden a valorar el cumplimiento o progresos reali-

²⁰ La infancia no ha empezado a ser entendida por algunos limitados sectores culturales y sociales como un período de indulgencia y libertad hasta el siglo XIX (ver. OCHOTORENA, P.: «Diferentes situaciones de desprotección infantil», *Manual de protección infantil* (codirigido por Arrubarrena Madariaga y Paul Ochotorena), Barcelona, 2001, p.5.

²¹ SANTOS URBANEJA, F.: «¿Qué es el interés del menor?», *Revista de Derecho de familia*, núm. 15, abril, 2002, pp. 271-274.

²² El Ministerio Fiscal en España tiene una posición idónea para lograr el equilibrio y armonía en las decisiones que afecten al interés del menor, correspondiéndole una labor primordial para armonizar las decisiones administrativas y las judiciales, impulsando criterios unitarios y coordinados. Pues sus facultades de vigilancia y control de actuación de los entes públicos le permiten trabajar en estrecho contacto con éstos -ver. VARGAS CABRERO: «El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor», *El menor y la familia: conflictos e implicaciones* (coord., Rodríguez Torrente y Adroher Biosca), Madrid, 1998, pp. 88-93-.

zados por los Estados que ratificaron el Convenio. Estos acuerdos llevaron al Estado de Marruecos a considerar que la puesta en práctica o introducción de los criterios internacionales en las leyes internas, salvaguardando la identidad nacional y la especificidad de la sociedad marroquí en tanto que país árabe teniendo por religión el Islam, pasaba por una fuerte cooperación a nivel gubernamental y a nivel social o del sector privado.

Dicha cooperación ha consistido en una adaptación de la ley musulmana a los criterios internacionales a través de los principios de justicia, equidad, igualdad entre los sexos y la salvaguarda de la dignidad humana, de una lectura más liberal de los textos religiosos a fin de realizar el bienestar de los individuos intentado comprender la realidad y sus transformaciones en el momento de establecer la regla de derecho²³.

En virtud de la realidad anterior, destacamos²⁴ los mecanismos institucionales para proteger a los menores en situación de desamparo como el Observatorio Nacional de los Derechos del Niño, el Parlamento del Niño y la Liga Marroquí para la protección de la infancia; también sus programas nacionales como la Iniciativa Nacional para el Desarrollo Humano (INDH) y *Le Plan d'action national pour un «Maroc digne de ses enfants»*. Asimismo, en cuanto a los mecanismos legales para proteger al menor tenemos que llamar la atención, entre otras, sobre las siguientes modificaciones en la legislación marroquí²⁵: la Ley sobre el estado civil modificada el 3 de octubre de 2002; la ley sobre la Kafala y sobre los menores abandonados modificada el 13 de junio de 2002; el Código del trabajo de 11 de septiembre de 2003; el Código procesal penal; y algunos artículos del Código penal; el Código del estatuto personal

²³ Es destacable y ha sido un elemento que ha favorecido la reforma apuntada, el que la Constitución marroquí afirme que: «*el Reino de Marruecos se compromete a respetar las convenciones que emanan de los organismos internacionales y los principios, derechos y obligaciones, y afirma su adhesión a los derechos del hombre reconocidos internacionalmente*».

²⁴ Para analizar las líneas de actuación se recomienda BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J.A., y MOHAMMED NACER, Mtioui Mechkouri: *Los sistemas de protección de la infancia en España y Marruecos*, Ed. Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia de Marruecos 2005-2009, 2010, pp. 82 a 136. Igualmente *Rapport National d'évaluation à mi-parcours sur la mise en oeuvre du Plan d'action «Un Monde digne des enfants»*, consultado en: http://www.unicef.org/worldfitforchildren/files/Morocco_WFFC5_Report.pdf (consulta 19/03/2011).

²⁵ En este sentido para la consulta de la legislación *Vid.* QUIÑONES ESCÁMEZ, A.; RODRÍGUEZ BENOT, A.; BERJAOU, Khalid, y TAGMANT, Mohammed: *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado marroquí*, vol. II, Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia de Marruecos 2005-2009. Se puede consultar en la siguiente dirección: http://www.fiiapp.org/index.php/contenidos/vercontenido/listado_332/6/id_contenido/1142/id_componente/332/tipoconfig/Componente/menu/71#listado_332

modificado por el Código de la Familia de 2 de febrero de 2004²⁶; y el Código de la nacionalidad también modificado por el Código de Familia de 2 de febrero de 2004. Pero han sido, sobre todo, las disposiciones del Código de la familia las que han consagrado una importante protección del menor durante la vida conyugal de sus progenitores y al término de ésta, salvaguardando su posición en el seno de la familia y reglamentando su estatuto jurídico por medio de reglas y procesos minuciosos permitiéndole asegurar la protección necesaria de su persona, sus bienes y sus intereses²⁷. Así, de los cuatrocientos artículos del Código de la Familia, más de setenta hacen referencia a los niños con distintos nombres: *enfants, garçon et fille, mineur, interdit, incapable, petit*. Destaca el artículo 54²⁸, uno de los más consistentes del Código, que detalla los derechos esenciales de los niños respecto de sus padres; así como el papel que corresponde al Estado en la adopción de medidas para la protección de los menores, la garantía y la preservación de sus derechos en virtud de la ley, subrayando que el Ministerio Fiscal se hará cargo del control de la ejecución de las disposiciones anteriores.

Se puede decir entonces que, junto con Marruecos, en los países árabes-musulmanes se atisba un cambio a través de la percepción diferente del menor en su dimensión más afectiva. Como lo señala Monsier Djamchid Bechnam, Secretario General adjunto del Consejo internacional de Ciencias sociales: *«las cosas comienzan a cambiar bajo la influencia de las políticas gubernamentales: una redefinición del papel y del estatuto del menor se está realizando. Los menores son cada vez menos considerados como el*

²⁶ El *Código de Familia* es el título atribuido a la nueva Ley n.º 70-03, dahir n.º 1.04.22 du 12 Hija 1424 (3 de febrero de 2004), *Boletín oficial*, n.º 5184 de 5 de febrero de 2004, 417 sq, versión francesa: *Bulletin officiel*, n.º 5358 du 2 ramadan 1426 (6 octubre 2005), p. 667 y ss.

²⁷ ALHORR, Zhour: «Les droits de l'enfant en Droit marocain», en *L'enfant en droit marocain (Afrique-Moyen-Orient): actes de colloque du 14 janvier* (dir. Lucette Khaïat et Cécile Marchal). Colloques, vol. 11; ed., Societé de Législation Comparée, París, 2008, pp. 230-235.

²⁸ Según el artículo 54 CF, Las obligaciones de los padres respecto a sus hijos son los siguientes: 1. asegurar su protección y velar por su salud desde el momento de la gestación hasta su mayoría de edad; 2. establecer y preservar su identidad, en concreto a través del nombre y apellidos, la nacionalidad y la inscripción en el Registro del estado civil; 3. garantizar la filiación, la custodia y los alimentos, conforme a lo dispuesto en el Libro III del presente Código; 4. velar porque, en la medida de lo posible, sea la madre la que asuma la lactancia; 5. adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el crecimiento normal de los hijos, mediante la preservación de su integridad física y psíquica, y el cuidado de su salud; 6. garantizar la orientación religiosa, la educación basada en la buena conducta, y en nobles ideales que favorezcan la honradez en las palabras y en las acciones, y apartar a los hijos de toda violencia generadora de daños corporales y morales, y abstenerse de realizar cualquier acto contrario a sus intereses; 7. asegurarles una educación y formación que les permita acceder a la vida profesional y resultar útiles para la sociedad. Los padres, además, deberán crear para ellos las condiciones adecuadas para que puedan proseguir sus estudios en función de sus capacidades intelectuales y físicas.

bien de los padres, sino como seres pertenecientes a la sociedad»²⁹. Reflejo de este cambio es que el nuevo Código de Derecho de Familia de 2004 ha recogido de modo explícito el criterio de la «salvaguarda del interés del menor», sobre todo en lo que respecta al momento de decidir a quién atribuir la guarda o *hadana* tras la ruptura del matrimonio, que durante la guarda, y en el momento de atribuir el derecho de visita. En definitiva, los Jueces deben hacer prevalecer el interés del menor en cada caso en particular³⁰.

No obstante lo dicho hasta ahora, tanto la propia realidad como la doctrina marroquí nos advierte que el respeto de este estatuto en los países musulmanes no es siempre la regla, pues a menudo las costumbres locales se sobreponen a los mandatos religiosos y al derecho del menor a ser educado, a la propiedad, a la salud, etc., Las menores son a menudo maltratadas, oprimidas y obligadas a casarse. Es significativo que aún en Marruecos más de 66.000 niñas, las llamadas *petites-bonnes* o pequeñas criadas, trabajen como esclavas en el servicio doméstico, niñas con jornadas de catorce a dieciséis horas sin derecho a la infancia, en familias de nivel económico medio-alto que suelen conocer las disposiciones legales que prohíben el trabajo de menores³¹. Al respecto, las organizaciones locales que luchan contra este fenómeno acusan al Estado de no poner en marcha las medidas necesarias, y advierten que en los últimos cinco años se han puesto de modo los llamados «boys», niños varones que entran a trabajar en los hogares también a edad muy temprana y que son explotados dentro y fuera de las casas³².

En definitiva, en palabras de NOKKARI, el retorno al espíritu de la religión que se funda en el amor y protección del débil, y una reflexión moderna sobre el derecho del menor en la sociedad actual es un deseo a realizar en los Países del Medio-Oriente.

²⁹ BENHAM, D.: «L'impact de la modernité sur la famille musulmane», in *Familles musulmanes et Modernité, le défi des traditions*, París, Publisud, 1986, p.51.

³⁰ ALHARR, Zhour: «Les droits de l'enfant en Droit marocain», *L'enfant en Droit musulman (Afrique, Moyen- Orient)*. Actes du colloque du 14 janvier 2008, Colloque, vol. 11, p. 241.

³¹ Vid. <http://www.yosoymadresoltera.com>, que recoge historias sacadas del libro «Bajo techo ajeno», editado por la ONG Save the Children, 2006. De igual modo, y para tener una visión más práctica sobre la aplicación del sistema de protección en la infancia en Marruecos, Vid. AFAILAL, Hafsa.: «El sistema de protección de la infancia en Marruecos: debilidades y consecuencias», <http://www.humanrights-observatory.net/revista/articulos8/HAFSA%20AFAILAL.pdf>.

³² Vid. MIERA, M.: «Infancias robadas en Marruecos», en *Efe News Service*, 11 june 2012, en <http://0-search.proquest.com.cataleg.uoc.edu/docview/1019713914>, que cita entre las medidas: una ley específica que sancione el trabajo de menores de quince años como empleadas domésticas; que se aplique para todos los niños entre 6 y 15 años el derecho a ir a la escuela, que el Gobierno se haga cargo de los gastos escolares de las familias pobres, pongan en marcha centros de acogida y reinserción libre, y lleve a cabo una campaña de sensibilización.

II.2 LA CAPACIDAD DEL MENOR DE EDAD: EN ESPECIAL SU CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO

II.2.A Diferencias entre la capacidad de menor de edad español y marroquí

En el sistema español los dieciocho años sirven de frontera entre la menor³³ y la mayor edad, es decir, entre la capacidad general de obrar (propia del mayor de edad) y la existencia de importantes limitaciones a la capacidad de obrar. Este sistema responde a la idea de que el menor es un sujeto necesitado de protección: para protegerle frente a sí mismo se le limita la capacidad de obrar, y para proveer al cuidado de su persona y bienes se establece un mecanismo de guarda (patria potestad, tutela) de carácter sustitutorio: los padres o el tutor son los representantes legales del menor.

La limitación de la capacidad de obrar del menor se organiza en dos fases. Durante la primera, la carencia o limitación de capacidad natural de autogobierno en el menor, principalmente en los primeros años de su vida hace que no pueda prestar consentimiento válido, y por tanto los actos o contratos que se puedan realizar durante esta fase son nulos por falta de consentimiento (art. 1261 CC). La segunda fase es aquella en la que el menor ya tiene cierta capacidad natural, pero carece de experiencia y formación suficiente, lo que puede acarrearle perjuicios, en este caso el artículo 1263 CC le impide contratar válidamente, pero el contrato no es nulo de pleno derecho, sino simplemente anulable, a instancia de su representante legal, o por el propio menor alcanzada su mayoría de edad. Desde el punto de vista práctico³⁴, todo contrato celebrado por un

³³ Según declara la Convención de la ONU sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en su artículo 1 «*se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*». Reitera miméticamente nuestro Derecho este criterio en el artículo 1 LOPJM-1996, que establece: «*la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad*».

³⁴ La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia 2007 de 8 junio 2007 (JUR 2007/312355), declaró no la anulación, sino la inexistencia del contrato por falta de consentimiento de la madre de una alumna menor de edad. Y aunque se habían pagado las primeras cuotas del curso, la Audiencia consideró que no podía deducirse el consentimiento materno de estos pagos. La falta de la firma de los padres impedía, según esta sentencia, el nacimiento del contrato. En el mismo sentido *Vid.* también la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 30 de marzo de 2007 (JUR 2007/147831). El Tribunal Supremo en sentencia de 21 de enero de 2000 (RJ 2000/113), defiende que el consentimiento de un menor de edad dotado de suficiente discernimiento es un consentimiento hacia tiempo futuro, ya que cuando sea mayor de edad puede efectuar su ratificación confirmatoria y justificar el consentimiento prestado. Supuesto distinto es el del pleito, ya que sin perjuicio de la falta de capacidad de los menores que venden (incapacidades naturales por la edad), sucede que salvo doña Elena M. B., sus otros cuatro hermanos -don Francisco, doña Ana, doña Rosa-

menor, salvo que esté amparado por una regla de capacidad especial, es anulable (art. 1263 CC); y si se demuestra que el menor carecía de capacidad natural, es nulo (art. 1261 CC).

Entre el estado de menor edad y el de mayor de edad existe en el Derecho español un estado intermedio, al que no acceden todos los menores, sino solamente algunos: se trata de la emancipación (o beneficio de la mayor edad, en caso de menores sometidos a tutela). La emancipación es un medio de mitigar la rigidez propia del sistema legal de la mayoría de edad, que permite a quienes han cumplido dieciséis acceder a una situación jurídica de capacidad cuasi-plena, con la desaparición de la representación legal —patria potestad o tutela—, y su sustitución, cuando sea preciso (*Vid.* arts. 323 y 324 CC), por un sistema de complemento de capacidad —asistencia paterna o curatela—.

La emancipación tiene lugar por el matrimonio del menor, por concesión de los que ejercer la patria potestad y por concesión judicial (art. 314 CC). Aunque de acuerdo con el artículo 319 CC, se reputará, para todos los efectos, como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Sobre la emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad se presenta como el modo más general de emancipación de los sometidos a ella. Ésta no debe ser motivada, ni existe control acerca de las razones que la justifiquen, o de si el hijo que tiene dieciséis años tiene capacidad natural para hacer frente a la ampliación de su capacidad legal de obrar que supone la emancipación³⁵. En todo caso, cabría discutir la vali-

rio y doña Antonia M. B.-no tuvieron intervención alguna en la compraventa que se discute, es decir que no prestaron ninguna clase de consentimiento a la misma, ya que no podían estar representados por doña Elena, al ser ésta menor de edad y carecer de la capacidad jurídica necesaria para actuar como representante o apoderada de sus hermanos, que tampoco podían apoderar. Se trata de consentimiento inexistente que acarrea la nulidad radical del contrato (art. 6.3 del CC). No cabe confundir la ineficacia del consentimiento prestado en la minoría de edad con la falta del mismo que invalida radicalmente la relación jurídica.

³⁵ Queremos llamar la atención acerca de los comentarios de la Fiscal de Sala Coordinador de Menores de la Fiscalía General del Estado, D.^a Consuelo Madrigal MARTÍNEZ PEREDA, en su comparecencia en la *Comisión Especial de Estudio de la Problemática de la Adopción Nacional y otros Temas Afines*, celebrada el lunes, 16 de noviembre de 2009, sobre la alarmante cantidad de casos de emancipación fraudulenta de menores que han detectado las fiscalías. No son infrecuentes los casos en que los padres, bien para evitar incurrir en la responsabilidad civil derivada de los hechos contrarios a la ley que pudieran cometer sus hijos —puesto que los padres, tutores, acogedores o guardadores de hecho responden solidariamente y civilmente de los delitos que comete el menor infractor—, o bien para librarse del problema que muchas veces supone para algunas familias los hijos adolescentes, proceden a una emancipación, un negocio jurídico-privado ante notario, que el menor acepta, pero que se realiza fraudulentamente porque la emancipación está prevista para menores que pueden vivir por sí mismos y autónomamente y no para quienes no pueden, como ha ocurrido en algunos casos. Es difícil que los fiscales lo detecten; pero algunos fiscales muy activos de algunas provincias pequeñas han detectado y comprobado que un menor emancipado se encuentra en situación virtual, real, de desamparo, como el caso de una chica que estaba en la calle ejerciendo la prostitución o a punto de hacerlo, a la que sus padres habían emancipado con dieciséis años y sin ningún recurso económico ni personal para ser autónoma. No es este

dez de una emancipación concedida sólo para liberarse de las cargas y molestias de la patria potestad, objetivamente perjudicial para el hijo. Respecto al mayor de dieciséis años sujeto a tutela no puede ser emancipado por concesión de su tutor, sino que ha de serlo a través de resolución judicial (art. 321 CC), que no está vinculada a la concurrencia de causas determinadas. Esta diferencia de trato respecto del menor sujeto a patria potestad se debe al intento de evitar que el tutor pueda zafarse de los deberes de la tutela por el cómodo expediente de emancipar al menor, sin necesidad de alegar la existencia de excusa legal que exima del cargo tutelar (arts. 217, 251, 253 CC). Son requisitos de esta emancipación la edad del menor (dieciséis años cumplidos), la solicitud de su parte y la decisión del Juez, previo informe del Ministerio Fiscal³⁶.

En lo que respecta al Derecho marroquí, hay que destacar que el estatuto de la condición del menor de edad tiene como peculiaridad que su estado de minoría de edad (*walid*) está más ampliamente regulado que por el derecho occidental, pues aquél define al menor de edad como quién, desde la concepción y tras su nacimiento hasta su mayoría de edad pasa por cinco etapas³⁷. De tal modo que el Derecho islámico³⁸ prefiere hablar de varios estatutos del menor a tenor de su adaptación a las diferentes etapas.

Ahora bien, vamos a centrarnos en la regulación jurídica que acomete el título I del libro IV CFM marroquí en lo que a la capacidad del menor de edad se refiere, debiendo realizar la precisión terminológica de que dicho Código califica al menor de edad de incapaz, junto al demente, pródigo y deficiente psíquico. No obstante, insertamos dicha regulación al hilo de las etapas que marca del Derecho islámico sobre la condición de la minoría de edad:

La *primera etapa* sería la que abarca desde la concepción hasta el nacimiento en el que el *foetus* en calidad de ser humano puede adquirir desde tal momento derechos, como el derecho a la posesión de

el único caso, también hay otros en los que los padres proceden a la emancipación para aprovechar el trabajo de sus hijos, eludiendo los controles sobre el absentismo escolar y la necesidad de recibir no ya la educación obligatoria sino cualquier otro tipo de formación (Vid. <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/ds/CS0239.PDF>).

³⁶ Según MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (coord.): *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, ed. Colex, Madrid, 2008, pp. 422 a 432.

³⁷ NOKKARI, Mohamed.: «Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna», *L'enfant en Droit musulman (Afrique, Moyen-Orient). Actes du colloque du 14 janvier 2008*, Colloques, vol. 11, Cour de Cassation. Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant, sous la direction de Lucette Khaïat et Cécile Marchal, ed., Société de Législation comparée, Paris, p. 34

³⁸ Sobre el concepto Derecho islámico/Derecho musulmán, Vid. VIDAL CARDONA, Ana M.^a: *Els litigis en l'àmbit del Dret de família quan intervenen elements d'estrangeria: el cas del magribins*, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 2007 (Tesis doctoral dirigida por Joaquim-Joan Forner Delaygua), pp. 200 y ss. Se puede consultar en: <http://www.tesisexarxa.net/TDX-0226109-094805/>.

bienes, a la sucesión y a los beneficios de los bienes *waqfs*. La *segunda etapa* es desde el nacimiento hasta la edad de siete años en el que los padres deben «calíner» al menor, cuidarle³⁹. La *tercera* desde la edad de siete años hasta la pubertad, llamada «edad del discernimiento» en la que los padres deben educarle debido a que a esta edad el menor empieza su socialización⁴⁰. En estas etapas el menor desprovisto de discernimiento es incapaz totalmente y sus actos son nulos, al igual que los del enfermo psíquico (art. 214 CFM).

La *cuarta etapa* comprende desde los doce a los dieciséis años⁴¹; esto es, empieza en la edad del discernimiento en la cual el propio menor puede disponer de parte de sus bienes para asegurar su gestión a «título experimental o de prueba», tras la autorización del Juez de menores a petición del tutor testamentario o dativo del menor interesado (art. 226 FM). En esta etapa, incluso, el menor es considerado como plenamente responsable de los actos que él haya autorizado, si bien, los actos del menor dotado de discernimiento son válidos si le son provechosos, pero son nulos si le son perjudiciales a él o a su familia, debiendo contar para la validez de los actos que no son, de modo evidente, ni provechosos ni perjudiciales con el consentimiento del representante legal (arts. 225-227 CFM)⁴². En realidad, hay quienes consideran que el menor marro-

³⁹ El menor, desde su nacimiento tiene *derecho imprescriptible a la filiación* derivada de un matrimonio legal; la cual también se atribuye por el reconocimiento de la paternidad o por prueba. Asimismo el menor tiene *derecho a tener un nombre* que no le cause ningún perjuicio moral. La Sunna considera la atribución de un nombre bonito como un derecho del menor oponible a sus padres. El menor también tiene *derecho a ser amantado durante dos años*, a ser alimentado, al vestido conforme al uso, y al alojamiento. De igual modo, tiene *derecho a la guarda*, asegurándole una protección material y psicológica por parte de su madre. De igual modo, el Corán reconoce el derecho del menor a *descansar y consagrarse a sus juegos*, y los padres deben animarle, y a ser *tratado en igualdad al resto de sus hermanos* en lo referente al afecto.

⁴⁰ En esta tercera etapa el menor tiene derecho a *recibir una educación*, dado que son destinados a una época diferente a la de sus padres, por encima de sus deberes religiosos, dado que la sabiduría aprovecha a toda la humanidad y la adoración de Dios solo aprovecha a quién la cumple. Igualmente, tienen derecho a *iniciarles en los deberes religiosos*, como la oración y el ayuno, siendo una obligación a partir de los diez años. Igualmente, tienen *derecho a la educación moral en las reglas de la discreción y la cordialidad*, a fin de proteger la vida íntima de cada persona, comprendiendo, de igual modo, reglas sobre la manera de comer, vestir, de beber, purificarse, etc.,

⁴¹ En esta etapa los padres deben tomar al menor como a un amigo, siendo, por otra parte, el menor responsable de sus actos, pues según la Sunna sólo hay tres casos en los que el hombre no sea responsable: el que está sumido en el estado del sueño, el que está alienado, y el menor hasta la edad de la pubertad. De igual modo, pueden administrar sus bienes si tienen la madurez para ello, en caso contrario, sus padres continúan administrándolos de la mejor manera posible. Por último tienen derecho a casarse, y el padre tiene el deber de cargar con los gastos de matrimonio; aunque existe un debate en relación al derecho de la menor a casarse si no es con el consentimiento de su padre y recíprocamente el padre no la puede obligar a casarse.

⁴² NOKKARI, Mohamed: «Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna», pp. 36-44. Por tanto, la «minoridad del menor» en el Derecho marroquí cesa por la pubertad que se determina por la aparición de signos exteriores y la aptitud psíquica del menor a tener relaciones sexuales (dentro del matrimonio); fijándose, por un lado la edad mínima

quí dotado de discernimiento es un menor bajo la llamada curatela del Derecho español, tal y como se desprende del párrafo tercero del artículo 225 CFM al afirmar que el menor dotado de discernimiento es quién, pudiéndose regir a sí mismo, necesita ser aconsejado y controlado en los actos de la vida civil⁴³.

En realidad, esta etapa intermedia entre la minoría y la mayoría de edad, o el menor dotado de discernimiento es desconocida como tal en el Derecho español, sin embargo, es un dato de hecho en la realidad española que los menores realizan habitualmente, desde fechas relativamente tempranas, numerosos contratos proporcionados a su edad; estos contratos son de escasa trascendencia económica, aunque también, desde este punto de vista, su importancia aumenta a medida que el menor se desarrolla. Frente a la dicción literal del artículo 1263 CC, que considera al menor incapaz para prestar consentimiento contractual, la doctrina ha considerado que tales contratos celebrados por el menor son válidos e inimpugnables⁴⁴. Así, a través de tales actos y contratos se concede al menor un campo de actuación que se irá viendo ampliado progresivamente, a medida que vaya desarrollándose, junto con la edad, la capacidad natural de autogobierno; de esta manera se permite que el menor vaya tomando parte activa en el tráfico, y adquiriendo una cierta experiencia, mediante la realización de actuaciones que no entrañan riesgos importantes para su patrimonio.

Incluso, la tendencia del ordenamiento jurídico español, compartida en realidad por otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno europeo, a reconocer una mayor intervención jurídica en el tráfico jurídico tiene como ámbito de actuación no sólo el comercial sino el ejercicio de los derechos de la personalidad del menor, tal y como lo respalda la cláusula general positivizada en el artículo 162 CC, y derivada de la misma, otros preceptos como el artículo 9.3.c

de la pubertad en el niño a los doce años, y en la niña a los nueve o diez años (según escuelas jurisprudenciales), y la máxima a los quince años, tanto para el sexo masculino como el femenino (dado que el Profeta no permitió al hijo de Omar a defender la ciudad de la Medina sino a la edad de quince años).

⁴³ MOUNIR, Omar, *ob. cit.*, p. 140.

⁴⁴ Las argumentaciones para justificar esta conclusión son variadas y pecan en muchos casos de una cierta artificiosidad. Así se ha dicho que en estos casos el menor actúa como mandatario o representante de su representante legal; o que hay una renuncia tácita del menor y su guardador a la impugnación del contrato; que están amparados por la dicción del artículo 162.2.1 CC en la medida en que se entienda que excluye de la representación legal los actos que el menor pueda realizar por sí mismo, de acuerdo con sus condiciones de madurez. También se acude como fundamento de la validez de tales actos a la existencia de una costumbre jurídica en tal sentido; esta explicación choca con el sistema de fuentes diseñado por el artículo 1 CC que impediría reconocer eficacia normativa a esta costumbre, frente a la clara dicción del artículo 1263 CC. También se podría pensar que la impugnación de tales actos por el menor o su representante legal es abusiva y contraria a la buena fe en aplicación del artículo 7 CC.

de la Ley 41/2002, *de Autonomía del Paciente*; el 3.1 L.O 1/1982, de 5 de mayo, *de Protección Jurídica al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, que prevén que el consentimiento de los menores debe prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, esto es, si tienen capacidad natural de querer y entender⁴⁵.

Por último, la *quinta etapa* comprende el período desde los dieciséis hasta los dieciocho años que es la edad de la mayoría legal (art. 209 CFM). Si bien, el menor de edad a partir de los dieciséis años cumplidos puede demandar al tribunal su emancipación, esto es, ser declarado mayor por decisión judicial tras ser verificada su capacidad; al igual que su tutor legal cuando su pupilo muestre signos de madurez. Incluso, aunque este precepto no lo explicita, el menor marroquí, como se tratará más adelante, se emancipa de pleno derecho por matrimonio, pues no se puede ser menor y padre y madre a la vez. En este supuesto, el menor emancipado toma la posesión de sus bienes y adquiere la capacidad total de gestionarlos y disponer de ellos; esto es, puede donar, como vender o arrendar sus bienes (art. 218 CFM), mientras que en Derecho español, la ampliación de la capacidad de obrar del emancipado, si bien se acerca a la del mayor de edad, tiene algunas limitaciones relevantes. En este sentido el artículo 323 CC manifiesta que *«hasta que llegue a la mayor edad, no podrá... tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador»*, luego se establecen un conjunto de actos que el menor emancipado no puede realizar por sí solo, por entenderse que comprometen gravemente su patrimonio. Simultáneamente, el precepto prevé también un sistema de complemento de capacidad, consistente en la asistencia de sus padres o curador, para la realización de tales actos.

Ahora bien, el Derecho marroquí, en términos parecidos al español a través de la institución jurídica de la patria potestad prorrogada ex artículo 171 CC, regula la situación del menor deficiente mental (o pródigo) en orden a que el representante legal pueda dirigirse al tribunal para que resuelva acerca de la posibilidad del mantenimiento de la incapacitación, basándose en su decisión en todos los medios probatorios legales (art. 219 CFM).

En cualquier caso, llegado este punto, y a modo de resumen, habría que incidir en la idea de que el CFM califica la minoría de

⁴⁵ Para una referencia a la capacidad del menor en el ámbito de los derechos de la personalidad en otros ordenamientos jurídicos europeos, *Vid. RODRÍGUEZ GUITÁN, A.M.: Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiares*, ed., Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, np.196, p. 196.

edad como causa de incapacidad, pues el artículo 212 CF distingue entre dos motivos de incapacitación, que dan lugar en realidad a dos grados de la misma, por cuanto implican, bien la limitación de la capacidad, o bien la inexistencia o la pérdida de ésta, pudiendo encontrarse el menor, según las circunstancias, en alguna de ambas situaciones. En concreto, tal y como hemos visto la capacidad de obrar, por una parte se limitará cuando el menor que alcance la edad de discernimiento (doce años cumplidos) no haya llegado a la mayoría de edad; y, por otra estará ausente en el menor que no haya llegado a tal edad de discernimiento⁴⁶.

Por último, habría que precisar de la mano de Mounir la distancia que hay en esta materia entre la regulación teórica y la práctica, en lo que a la capacidad de la mujer cuando alcanza los dieciocho años se refiere. Pues en Marruecos la noción de capacidad no es percibida de la misma manera que en Europa a pesar de su semejanza teórica. En concreto, nos pone el ejemplo de la menor de edad europea que alcanza la edad de dieciocho años que deja el domicilio de sus padres y puede que no vuelva al mismo (es cierto que en España la independencia de los mayores de dieciocho es más tardía que en otros países europeos en los que culturalmente se propicia que el menor abandone la casa, con ayuda de alquileres a dichos jóvenes por parte del Estado, etc.), frente a la menor marroquí a quién no se le ocurrirá dicha emancipación, pues la herencia de la tradición que pesa sobre sus espaldas le impedirá ejercitar dicho derecho con libertad.

En puridad de términos, es el derecho musulmán clásico, *malekita* en concreto, el que ignora el sentido moderno del término capacidad. Pues para aquél el criterio de la emancipación es la pubertad, al ser la aptitud para procrear la que emancipa, pero sólo en el caso del varón, quedando la mujer en estado de minoridad en tanto que no se casa o no haya alcanzado la edad de la «mujer vieja», la cual sitúan los doctores *malekitas* en los 45 años. En definitiva, aunque esto no sea acorde a nuestros días, es el espíritu que continúa en la sociedad marroquí, la que, por tanto, no está aún preparada para reconocer la mayoría de edad de la mujer a los dieciocho años, pues por mucho que la hija se enfrente a la autoridad del padre, no dejaría de crear un drama familiar⁴⁷.

Tras exponer la regulación de la capacidad del menor en general y observar que, en realidad, las diferencias versan más en el ámbito de la práctica que de la teoría, viendo incluso un mayor respaldo de la autonomía del menor en el Derecho marroquí, creemos necesario preguntarnos sobre la especificidad que reviste la normativa en lo

⁴⁶ CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob. cit.*, p.172.

⁴⁷ MOUNIR, Omar, *ob. cit.*, p. 136.

que respecta a la *capacidad del menor para contraer el matrimonio*, dada la transcendencia de dicho acto en la vida del menor.

II.2.B **En especial, la capacidad del menor de edad para contraer matrimonio. La problemática de la menor marroquí**

En cuanto a la *capacidad para contraer matrimonio* en el Derecho español, el art. 46.1 CC establece que «no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados»; pero, a tenor del párrafo segundo del artículo 48 CC, el juez de primera instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte este requisito de capacidad a partir de los catorce años. Luego pueden contraer matrimonio los emancipados, esto es, los que habiendo cumplido dieciséis años han salido de la patria potestad o la tutela, sea por concesión judicial, sea por concesión de los padres. Igualmente pueden contraer matrimonio los mayores de catorce años que obtengan la oportuna dispensa del Juez de primera instancia, para lo cual hace falta que exista una justa causa y que en el expediente sean oídos, además del menor, sus padres o guardadores. El régimen de la edad como requisito de capacidad para contraer matrimonio se completa con la posibilidad de obtener dispensa después de contraído, lo que será posible siempre que el mismo se hubiera celebrado teniendo el menor más de catorce años y con la regla de la convalidación del matrimonio si después de alcanzada la mayoría los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año (art. 75.2 CC).

No obstante, y *de lege ferenda*, habría que precisar que el *Plan de la Infancia y de la Adolescencia* (2013-2016) aprobado por el Gobierno español en abril del 2013, va a conllevar modificaciones de diferentes textos legales, y entre ellos el Código civil, al proponer el Gobierno que la capacidad para contraer matrimonio se eleve de catorce a dieciséis⁴⁸. En definitiva, parece que la reforma se va a limitar a eliminar la posibilidad de que el menor de catorce años pueda casarse con dispensa judicial.

Por otra parte, en lo que respecta a los *derechos del menor marroquí en el momento del matrimonio*, el nuevo Código de

⁴⁸ Vid. <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/050413enlaceinfancia.htm>. Dentro del segundo objetivo, apoyo a las familias, está previsto avanzar en medidas que favorezcan la conciliación y la corresponsabilidad, que se concretarán en el Plan Integral de Apoyo a la Familia, que se aprobará en los próximos meses. Se contempla una mayor ayuda a las familias en riesgo de exclusión social o con necesidades especiales. También, siguiendo las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de la ONU y del Consejo de Europa, el Gobierno va a revisar algunas de las edades mínimas previstas legalmente. En primer lugar, la edad para contraer matrimonio. En la actualidad, se sitúa en dieciocho años, pero se mantiene una excepción para menores emancipados, que pueden casarse con catorce años con dispensa judicial. Para elevar esta edad se incluirá una modificación en el Código Civil, consensuada con el Ministerio de Justicia, para subir la edad a los dieciséis años.

Familia eleva a los dieciocho años la edad matrimonial tanto para la mujer como para el hombre que gocen de sus plenas facultades mentales (art. 20 CF), dando de tal modo cumplimiento a uno de los objetivos de aquél, el mayor respeto al principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo⁴⁹. De modo coherente, el nuevo Código de Familia otorga al menor de dieciocho años casado el derecho de interponer él solo (sin estar sometido a representación alguna) acciones ante la justicia en todos los asuntos relaciones con el negocio del matrimonio.

A mayor abundamiento respecto al matrimonio marroquí, es interesante apuntar que la tutela matrimonial, como característica tradicional de aquél que impone a la mujer marroquí a contar con un tutor (*wali*) para poder prestar el consentimiento matrimonial⁵⁰, ha sido revestida en la reforma del CF de 2004 de un carácter opcional. No obstante, y aunque como apunta Esteban de la Rosa la nueva regulación hace desaparecer el consentimiento del tutor como requisito de validez del matrimonio de la mujer marroquí, debido al peso de la tradición islámica la mujer se seguirá viendo coaccionada por la necesidad de acudir a un *wali*, que no sólo represente en el momento de prestar su consentimiento matrimonial, sino que suponga una influencia decisiva sobre el mismo⁵¹.

En consecuencia de lo dicho hasta ahora, se hace preciso matizar que la DGRN española ha distinguido los matrimonios de menores mayores de catorce años y por debajo de dicha edad en orden a negar o afirmar, respectivamente, que dicho matrimonio sea contrario al orden público español, a pesar del carácter genérico de dicha noción. Pues según la RDRN 27 de mayo 1994 (RJ 1994\5898), en relación al matrimonio de una menor de quince años marroquí con un ciudadano español con arreglo a la *lex loci*, «*la dispensa prevista para los españoles por el Código civil se justifica porque el legislador parte de la base de que a partir de los catorce años de edad existe capacidad natural para contraer matrimonio, y esta deducción viene apoyada también por la existencia de dispensas ulteriores al matrimonio (48.3 CC) y por la posible convalidación ex lege del matrimonio de un menor (cfr.*

⁴⁹ El antiguo Estatuto Personal (art. 8) fijaba en dieciocho años la edad núbil para el varón, y en tan sólo quince para la hembra.

⁵⁰ El primer tutor era su hijo, después su padre, y si carecía de éste, alguien de su familia; y si no tenía familia, el Juez y todo miembro de la comunidad musulmana. Y aunque fue modificada su regulación en 1993, la misma consistió en un ligero cambio que consistió en otorgar a la mujer mayor de edad huérfana de padre la oportunidad de casarse ella misma sin tutor.

⁵¹ ESTEBAN DE LA ROSA, G., y SAGHIR, T.: «Reconocimiento de la igualdad entre hombre y mujer en la nueva *Mudawana* marroquí y su repercusión en la regulación de la disolución del matrimonio en el Derecho internacional privado (español)» en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, ed., Tirant lo Blanch, Madrid, 2010, p. 166.

art. 75 CC)». Y en lo que respecta a los matrimonios de menores de catorce años, el sentir mayoritario de la doctrina se inclina por afirmar que el mismo vulneraría nuestro orden público al ser el estado civil de las personas una cuestión de orden público, y esto a pesar de las amplias facultades que se le concede al menor de edad en nuestro ordenamiento jurídico español atendiendo a la condición general de su «suficiente juicio»⁵².

Ahora bien, hay que precisar que, junto a la regla expuesta en párrafos anteriores, se articula la excepción del matrimonio del menor de dicha edad, sometiéndola a la autorización judicial especial mediante decisión razonada que indique el interés y motivo justificativo de dicho matrimonio. A tal efecto, la autoridad judicial prestará audiencia a los padres del menor o su representante legal, y al propio menor, y ordenará la realización de una valoración médica o una investigación social (art. 20 CF). Incluso, a pesar del desajuste de dicho precepto con el siguiente que supedita el matrimonio del menor al consentimiento del representante legal (art. 21 CF), el menor de edad podría casarse faltando el consentimiento de su representante legal, siempre que el Juez de familia autorice su matrimonio.

Es por todos conocido que la excepción expuesta en el párrafo anterior trae causa en los casos impuestos por la realidad social, sobre todo en el medio rural, dada la influencia del entorno socio-cultural en la interpretación de una norma de derecho, en especial de derecho de familia⁵³. Es lamentable que el fenómeno de los matrimonios de menores marroquíes haya vuelto a la actualidad cuando se conoció la noticia en marzo de 2012 del suicidio de una adolescente de dieciséis años en una aldea en las cercanías de Laro-

⁵² En este sentido, CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob. cit.*, p.42, y añadiendo la opinión, MOTILLA, A., y LORENZO, P.: *Derecho de Familia Islámico*, ed., Colex, Madrid, 2002, p. 141; y ESPINAR VICENTE, J.M.: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 124, y de QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, ed., Fundación «La Caixa», 2000, pp. 50-51, al argumentar que, dado que la excepción de orden público internacional requiere verificar si el resultado concreto al que nos lleva la aplicación del derecho extranjero es inadmisibles, el orden público no se impone, por ejemplo, si la dispensa matrimonial paterna de una menor de quince años se ajusta a la dispensa judicial para mayores de catorce años prevista en la ley española.

⁵³ No obstante, tras la promulgación del nuevo Código de Familia de 2004, el porcentaje de casos excepcionales de matrimonios de menos de dieciocho años ha bajado a un porcentaje entre 8 y 9% del conjunto de los matrimonios celebrados durante los años 2005 y 2006 (*Vid. ALHORR, Z., ob. cit.*, p.236).

Si bien, otro problema no menor es que estas adolescentes se casan con hombres de más de treinta años o de cerca de cuarenta. Según estadísticas del Ministerio de Justicia marroquí, de las solicitudes recibidas en el 2007 para casar adolescentes entre 14 y 17 años se aceptaron un 87%, si bien, 7 de cada 10 solicitudes fueron de jóvenes de 17 años y sólo un 0,47% fueron de niñas de 14 años, y el permiso se concedió por la particularidad de las condiciones sociales de los litigantes (ref. <http://webislam.com>, en CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob. cit.*, np. 46, p.38). Aunque estas son cifras oficiales contradichas por datos aportados por ONGs marroquíes, tal y como se apuntará más adelante.

che tras haberse visto forzada a casarse con un hombre diez años mayor que la había violado⁵⁴.

El tenor amplio de los términos que utiliza la norma de excepción, al no indicar entre otros extremos la edad mínima a partir de la que el menor puede contraer matrimonio, así como que la decisión del Juez que autorice el matrimonio no pueda ser objeto de recurso alguno⁵⁵, han llevado a la doctrina a hacer un crítica a que se deje al prudente arbitrio del Juez la consideración de la concurrencia en los menores de las condiciones de madurez y aptitud física necesaria para asumir las cargas del matrimonio, así como las facultades de discernimiento que le permitan dar su consentimiento a la conclusión del acto. Ya que, a estos efectos, teniendo en cuenta la fuerte tradición islámica de la sociedad marroquí que considera el rol conyugal de la mujer de menor entidad que el del varón⁵⁶, lo más probable es que en los primeros años de aplicación del nuevo CF, el contrayente menor de edad a quien afecte esta normativa seguirá siendo el femenino⁵⁷, tal y como lo constata la enmienda legal en enero de 2013 en orden a impedir que el agresor evada el castigo de la violación si consiente en desposar a la menor violada (art. 475 del Código penal marroquí).

En concreto, en torno a la crítica que se prodiga de la excepción prevista legalmente, en los últimos años diferentes ONGs marroquíes están denunciando el aumento de los matrimonios de menores (un 23, 59% del 2009 al 2010), y criticando las autorizaciones masivas realizadas por los jueces. Entre otras, la Asociación Anaruz (Centro Nacional de Escuchas de Mujeres Víctimas de Violencia y formado por 52 asociaciones) nos advierte que: «(...) muchos de estos matrimonios no están registrados, particularmente en las localidades en las que se aplica la *Fatiha* que no tiene validez legal

⁵⁴ Vid. BOUARIZ, B.: «Las violaciones en Marruecos ya no podrán lavarse con el matrimonio», *Efe News Service*, 23 jan 2013, en <http://0-search.proquest.com.cataleg.uoc.edu/docview/1272083454>. En este contexto se ha propuesto por el Partido Justicia y Desarrollo Gobierno marroquí al Parlamento una propuesta de Ley para que el Código de Familia prohíba sin excepciones el matrimonio de los menores de 16 años, pero se negó a definir como violación toda relación sexual con menores.

⁵⁵ Sin embargo, si firmada por el representante la solicitud de autorización del matrimonio el Juez deniega la aprobación, esta denegación sí podría ser objeto del recurso correspondiente, según admite la Guía Práctica para la aplicación de la *Mudawana* del Ministerio de Justicia marroquí.

⁵⁶ Ref, Sura 2, 228, «*Ellas tienen derechos equivalentes a sus obligaciones, conforme al uso, pero los hombres están un grado por encima de ellas*», y la Sura 4, 32, «*No codiciéis aquello por lo que Alá ha preferido a uno de vosotros más que a otros. Los hombres tendrán parte según sus méritos y las mujeres también*» (<http://www.webislam.com>).

⁵⁷ Ref. Guide Pratique du Code de Famille, elaborado por el Ministerio de Justicia Marroquí, <http://www.justice.gov.ma/.../Guide%20pratique%20du%20code%20de%20la%20famille.pdf>, en CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I.: *El Derecho de Familia Marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, ed., Difusión Jurídica, Madrid, 2010, np. 44, p. 37.

pero sí un fuerte consenso social. Los jueces permiten el 90% de los matrimonios menores de dieciocho años, cuando esta autorización sólo debería permitirse de forma excepcional y después de varias encuestas, mientras la tasa de autorizaciones de los jueces aumentó un 12% entre 2007 y 2010, lo que pone de manifiesto el desfase entre las prácticas judiciales y el Código de Familia. En definitiva, los jueces siguen tomando más en consideración las exigencias de la moral pública relativas a la sexualidad, al honor y al matrimonio que la protección de los menores». Y terminada subrayando: «(...) el vacío jurídico que permite que este fenómeno persista, y que los jueces no justifiquen, como impone la ley, los informes médicos ni los del asistente social»⁵⁸.

En definitiva, las aseveraciones transcritas se acompañan de las que, con realismo, insisten en que la solución no es sólo jurídica sino, sobre todo, educacional, pues, en palabras de la famosa activista y defensa de las madres solteras AICHA CHECA: «la educación como herramienta para cambiar la mentalidad de una gran parte de la sociedad marroquí, que aún cree que el matrimonio, voluntario o no, es una solución a la pobreza, y el mejor modo de encubrir la pérdida de la virginidad»⁵⁹.

III. LA PROTECCIÓN DEL MENOR DURANTE LA VIDA CONYUGAL DE SUS PADRES

III.1 LA FILIACIÓN BIOLÓGICA (MATRIMONIAL-EXTRAMATRIMONIAL) Y ADOPTIVA COMO FUNDAMENTO DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL, FRENTE AL DERECHO MARROQUÍ

III.1.A Reformas introducidas por el nuevo CF en materia de filiación. Comparativa con el Derecho español

La patria potestad deriva en el Derecho español, tanto de la filiación biológica (matrimonial o extramatrimonial) como de la adoptiva, no estableciendo la normativa española diferencia alguna en el contenido de la patria potestad en función del diferente tipo

⁵⁸ Vid. «ONG denuncian los matrimonios de menores autorizados por jueves», en Efe News Service, 29 June 2009, en <http://0-searc.proquest.com.catalog.uoc.edu/odcview/1022614751?accountid=15299>.

⁵⁹ Vid. BOUARIZ, B.: «Las violaciones en Marruecos ya no podrán lavarse con el matrimonio», ob.cit; y LLORENT BEDMAR, V., y COBANO-DELGADO PALMA, V.: «Sociedad, educación y matrimonio», en *Estudios sobre las Culturas contemporáneas*, época II, vo. XV núm.30, diciembre 2009, pp. 29-59.

de filiación que se establezca entre el progenitor y el menor. Es por todos conocido que el artículo 14 de la Constitución española preconiza que «*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*». De igual modo, tomando como fundamento este principio, el artículo 39.2 de nuestra Carta Magna ordena a los poderes públicos asegurar «*la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad*», esto es, se proclama la libre investigación de la paternidad que se materializa mediante acciones judiciales de filiación. Por su parte, abunda en ello el párrafo siguiente, estableciendo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Finalmente, el artículo 39.4 CE culmina el enunciado de este primer principio rector de la política social, estableciendo que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

A tenor de dichas bases rectoras, en el ordenamiento español rige el principio de igualdad entre los hijos, pero persistiendo la filiación matrimonial y no matrimonial en orden a su determinación, lo que origina que sean diferentes los títulos de legitimación para la constatación de uno y otro tipo de filiación. Se puede decir que en la actualidad no tiene mucho sentido seguir manteniendo la distinción entre ambas categorías, habida cuenta la finalidad y rapidez que, en estos momentos, proporciona la prueba genética de ADN⁶⁰, tal y como lo constata su desaparición en la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio del *Registro civil* que entrará en vigor en 2014, en cuya Exposición de motivos nos advierte de que, en cuanto a la filiación se elimina toda referencia a la no matrimonial (V). Más allá, aunque la ausencia de matrimonio entre los progenitores implica tanto la falta de presunción legal de paternidad como la división entre la filiación matrimonial y extramatrimonial, el principio de veracidad biológica que inspira todo el sistema español posibilita que todas las filiaciones, con excepción de la incestuosa, puedan ser legalmente establecidas.

En lo que respecta al Derecho marroquí, hay que hacer referencia desde el principio que, tal y como se viene afirmando desde el

⁶⁰ En Francia se habla sólo de filiación sin más modalidades terminológicas, en virtud de la Ordenanza de 4 de julio de 2005 sobre la reforma de la filiación (Vid. RUIZ SÚTIL.: *La determinación de la filiación del nacido en España del progenitor marroquí*, Tesis de la Universidad de Granada, 2009, p.101, p. 92).

inicio de este trabajo, el carácter divino del matrimonio implica que toda relación entre un hombre y una mujer haya de tener lugar dentro del matrimonio, desconociendo la filiación fuera del mismo. En concreto, la organización de la filiación en derecho musulmán reposa en tres principios fundamentales, que se recogían en el antiguo artículo 83 de la Mudawana: 1) no se establece verdaderamente si no respecto al padre; 2) no se establece más que en el marco de la legitimidad; 3) y no se establece más que por lazos de sangre, sin admitir la adopción⁶¹.

En grandes líneas, estos principios se mantienen en el CFM en el que sigue rigiendo el principio patrilineal según reza el artículo 50: «*La filiación paterna es el vínculo legítimo que une a un padre con su hijo y que se transmite de padre a hijo*». En este sentido, en palabras de Cervilla Garzón/Zurita Martín «*no puede decirse que, en materia de filiación, la aparición de la Mudawana haya significado cambios sustantivos en el ordenamiento jurídico marroquí, más bien al contrario, el vigente Código sigue en su mayoría los principios básicos del Derecho islámico sobre los que se constituyó el antiguo Estatuto Personal*⁶².

No obstante, es cierto que el CFM realiza una distinción más neta entre las disposiciones que rigen la filiación materna (arts. 146-148) y la paterna (art. 144-145), las cuales son objeto de análisis en lo que sigue:

i) Por una parte, la regulación de la *filiación materna*, como nos señala Mounir, plantea problemas que no parecen recibir en la Mudawana soluciones conformes a las exigencias de los tiempos en los que vivimos, por diferentes motivos:

1) en primer lugar, si para estar ante una filiación materna⁶³ legítima (se presume) debe tratarse, bien de matrimonio o de la inscripción del acta del matrimonio que no se ha realizado con anterioridad por causa de fuerza mayor; de las relaciones sexuales

⁶¹ MERNISSI, Salima.: «La filiation de l'enfant en droit musulman», *Chr. Von Bar (ed), Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, Köln, C, Heymann, 1999, p. 119.

⁶² CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *El Derecho de familia marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, ed., Difusión Jurídica, 2010, p.121, que nos explican que los principios que rigen la materia son: el principio de la línea paterna, que establece que el niño accede al parentesco de su padre; el principio, vinculado con el anterior, que dispone la asunción por el hijo de la religión de su padre; el no reconocimiento de efectos de parentesco respecto del padre de los niños nacidos fuera del matrimonio; y por último, la prohibición de la adopción.

⁶³ Asimismo, según los términos del artículo 147 CFM la filiación materna se establece: « (...) *por el hecho del parto, el reconocimiento de la madre según los mismos requisitos establecidos por el artículo 160, y por sentencia firme*».

por error o *choubba*; y de un embarazo que haya sido consecuencia de una violación, se desprende, entonces, que el legislador marroquí ha dejado de legislar la situación de la filiación que tiene lugar en situaciones de adulterio, cuando el matrimonio tiene algún vicio y en caso de que se mantengan relaciones extramatrimoniales (el hijo nacido de padre casado con mujer diferente a su esposa; el hijo adulterino de la madre, el hijo incestuoso, etc.).

2) en segundo lugar, respecto a la madre, ya sea la filiación legítima o ilegítima (derecho de la madre a transmitir su filiación al hijo ex art. 142 CF) no deja de ser papel mojado desde el momento en el que la madre sólo transmite la nacionalidad a su hijo en el supuesto en el que el padre sea desconocido⁶⁴ (arts. 6 y 7 del Código de la nacionalidad marroquí)⁶⁵.

3) Por último, porque la ley marroquí impide que el niño lleve los apellidos de la madre no casada, a no ser que ésta obtenga autorización por escrito de su padre, o de su hermano mayor si el padre hubiese muerto⁶⁶. Cabe citar en este sentido la Sentencia del Tribunal de Segunda Instancia de Tánger (núm. 817) de 19 de abril de 1997 que indica que: «*puesto que el hijo no tiene padre, para el bien y la protección del interés del menor, la legislación concede a*

⁶⁴ Sobre el tema de la nacionalidad, *Vid. la Instrucción de la DGRN de 28 de marzo de 2007, sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción* (BOE núm. 86, martes 10 abril 2007), y MOYA ESCUDERO, M.: «Atribución de la nacionalidad española y declaración de nacionalidad con validez de simple presunción», *Aranzadi civil*, n.º 11/2007 (BIB 2007\719). Conforme al artículo 17-1-c del Código civil (redacciones de 1982 y de 1990) son españoles de origen «*los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad*». Esta norma beneficia, y son por tanto españoles, a los nacidos en España hijos de madre marroquí y padre conocido apátrida o que no transmite su nacionalidad al hijo: (Resoluciones de 31-7.^a de octubre de 2005 y 10-3.^a de febrero de 2006).

Por el contrario no son españoles *iure soli*, por corresponderles *iure sanguinis* la nacionalidad de uno de los progenitores, los nacidos en España hijos de marroquíes: a) Padre y madre marroquíes, hijo matrimonial, aunque el matrimonio contraído haya sido civil en España, en base a que el nuevo CF admite la celebración en la forma local propia del país de la residencia habitual de aquéllos. En consecuencia, el hijo tendría la nacionalidad del padre pues la filiación sería legítima (Resoluciones de 7-3.^a de noviembre de 2005). b) Padre y madre marroquíes, hijo no matrimonial, si existe reconocimiento paterno o se acredita la cohabitación durante el periodo probable de la concepción (Resoluciones de 31-7.^a de octubre de 2005 y 10-3.^a de febrero de 2006). Y, c) Madre marroquí y padre desconocido (Resoluciones de 23-2.^a y 31-3.^a de octubre de 2003; 26-4.^a de enero de 2004; 20-5.^a de septiembre y 14-1.^a de noviembre de 2005; 20-4.^a de marzo de 2006).

⁶⁵ MOUNIR, O.: *Le nouveau Code de la famille au Maroc*, ed., Cheminements, 2005, pp. 101-p.104, que nos explica que la madre no transmite la nacionalidad a su hijo sino cuando es de padre desconocido, o de padre apátrida, con la condición de que el hijo haya nacido en Marruecos. De tal modo que la desprotección se acentúa cuando tampoco se reconoce a los niños nacidos de padre extranjero y madre marroquí por el Estado del que es nacional su padre.

⁶⁶ RODRÍGUEZ BENOT, A (dir.): «La multiculturalidad: especial referencia al Islam», *Cuadernos de Derecho judicial*, VIII-2002, p. 358.

la madre el derecho de darle su apellido, si su padre y hermanos están de acuerdo»⁶⁷.

Tras las líneas expuestas parece mesurado afirmar que, ni el legislador ni la jurisprudencia marroquí se muestran interesados en la relación entre el hijo y la madre, no obstante, las actuales posibilidades de fecundación *in vitro* o de maternidad van a exigir, quizás, un esfuerzo por llenar dicho vacío jurídico⁶⁸.

Frente a la regulación marroquí, según el Derecho español, y al margen del debate que existe en España acerca de las nuevas posibilidades de maternidad contempladas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción asistida, y que desbordan el tema, en la determinación de la maternidad no puede ni debe haber diferencias entre la matrimonial y no matrimonial, pues la naturaleza no obra de manera diferente en una y en otra, además de que no se manejan criterios o pruebas distintas para su determinación. La realidad subyacente es idéntica, ya que la relación entre madre e hijo también es directa, inmediata y cognoscible, tanto fuera como dentro del matrimonio.

Más allá, a pesar de la confusión a que nos puede llevar el tenor literal del artículo 115 CC, hay que distinguir, por un lado, la *determinación de la filiación*, la cual se acomete respecto a la madre por el hecho nacimiento, y respecto al padre se presume la paternidad de los hijos nacidos después del matrimonio de su cónyuge (sobre la base del respeto de los plazos regulados en los artículos 116-118 CC); y por otro, *la prueba de dicha filiación* que se producirá, normalmente, por vía de la inscripción de dicho nacimiento y matrimonio en el Registro civil. Al respecto, en España a raíz de la STS de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999\6944) se deroga la normativa que permitía la no inscripción de la maternidad a la mujer soltera (o parto anónimo), de modo que la madre del recién nacido es imprescindible que se identifique como tal no pudiendo negar su maternidad en ningún caso.

Por último, a falta de la inscripción del nacimiento, el establecimiento de la relación materno-filial se puede efectuar mediante el expediente registral al que se refiere el artículo 49.2 LRC, o en virtud de reconocimiento, sin olvidar la vía judicial correspondiente.

⁶⁷ Citada por ESTEBAN DE LA ROSA, G.; OUALD ALI, K., y SAGHIR, T.: «El Derecho de hadana de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en relación con el derecho español», *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, ed., Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2008, p. 275.

⁶⁸ Ref. CHAFI, M.: «L'insémination artificielle comme moyen de procréation: positions de l'Eglise et de l'Islam», *RMDED*, 1987, núm. 4, pp. 131-140, en Ruíz Sútíl, C., *ob. cit.*, np. 297, p. 109.

ii) Por otro lado, y en lo que respecta a la *filiación paterna*, sí se puede decir que el derecho del menor a la filiación o vínculo jurídico que le une con sus progenitores ha sido en parte fortalecido en el nuevo Código de familia a través de una flexibilización del establecimiento del vínculo de filiación legítimo paterno. De este modo se intentan reducir los supuestos de desprotección del menor, dado que la filiación ilegítima paterna, a diferencia de la de la madre, no produce ninguno de los efectos que se derivan para la filiación legítima (*nasab*, art. 148 CF) cuales son a nivel de derechos sucesorios (el padre y el hijo se heredan mutuamente), de religión (el menor sigue la religión del padre), de impedimentos al matrimonio, y, por último de derechos y obligaciones ligados a la parentalidad (art. 145 CFM).

En puridad de términos, si la filiación paterna no queda establecida legítimamente se debe hablar de filiación inexistente y de ausencia de todo deber del padre⁶⁹, permitiendo que el hijo natural pueda ser referido a la madre pero no al padre, pues el nacimiento ilegítimo se encuentra fuertemente estigmatizado en la Ley islámica al amenazar el principio de la pureza de la línea sanguínea paterna. Esto no sólo con la finalidad, apunta la doctrina, de evitar la confusión sobre la paternidad, sino también de mantener costumbres morales apropiadas en la sociedad y evitar relaciones sexuales ilícitas (*zina*).

Desde un punto de vista comparativo, se debe advertir que la filiación legítima en Derecho marroquí es un concepto más extenso que el de la filiación matrimonial característica del Derecho español, pues aquella comprende, como veremos, tanto el nacido de unión conyugal, como aquél que nazca fuera del matrimonio pero reconocido válidamente, o concebido en relaciones sexuales legales, aunque para este último caso se requerirá la intervención judicial⁷⁰.

Más allá, y retomando la normativa sobre la filiación paterna, hay que precisar, en primer lugar, que el nuevo Código de Familia marroquí ha retomado los mismos medios de establecimiento del vínculo de filiación legítima paterna existentes en la regulación anterior, si bien introduciendo ciertas novedades en orden a flexibilizar dicha filiación. En concreto, la filiación paterna legítima deriva de: a) *la presunción de paternidad por matrimonio o relaciones conyugales (al firach*, arts. 153-154 y 158), que sólo podrá desvir-

⁶⁹ Hay que precisar que otra cosa acontece con el matrimonio viciado, pues aunque el Derecho islámico desconoce el matrimonio putativo de la tradición canónica, el padre puede reconocer la filiación por un acto expreso.

⁷⁰ RUIZ SÚTIL, C., *ob. cit.*, p. 101.

tuarse o impugnarse por decisión judicial⁷¹; b) el *reconocimiento del padre (istilhak)*, arts. 158, 160 a 162; y c) las *relaciones sexuales por error o duda (subba)*, art. 155) cuya filiación habría que establecerse judicialmente:

a) Respecto a la *presunción de paternidad por matrimonio válido entre los progenitores* o relaciones conyugales hay que resaltar que la misma constituye prueba irrefutable de filiación paterna que sólo podrá ser desvirtuada por el padre mediante el juramento de anatema (*li'an*)⁷², la cual, en realidad y a pesar de considerarse por la doctrina como en desuso, ha quedado como valor simbólico al haber aceptado el legislador marroquí el recurso a la prueba biológica (ordenada por decisión judicial y siempre que el marido aporte pruebas sólidas a sus argumentos).

En este sentido, la Guía Práctica que ha elaborado el Ministerio de Justicia para la aplicación de la nueva *Mudawana*, en el comentario del artículo 153, afirma que la presunción legal de paternidad derivada del matrimonio no puede ser destruida a menos que el propio padre impugne la filiación, bien por medio de juramento de anatema, o bien a través de un peritaje médico que pueda establecer la existencia o no de vínculos biológicos entre el padre y el hijo al que se refiere, como por ejemplo, el análisis del ADN⁷³. Lo dicho no ha impedido, sorprendentemente, que la Corte de apelación d'El Jadida en la sentencia de 29 de abril de 2003 haya consagrado el carácter irrefragable de la presunción de paternidad legítima no obstante la prueba contraria del ADN.

En el Derecho español, tal y como se ha apuntado, se regula la presunción de paternidad del marido de los hijos nacidos de su cónyuge después de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días de la disolución o separación legal o de hecho de los cónyuges (art. 116 CC), extendiéndose dicha presunción en el Derecho catalán de familia a favor de la pareja estable de la madre, pero dicha presunción sólo opera en la determinación judicial de la

⁷¹ Art. 154: «*el menor es hijo del padre por presunción de paternidad (legítima) si nace después de seis meses del acto del matrimonio (sea válido o no), e igualmente si nace durante el año que sigue a la separación*». ESTEBAN DE LA ROSA, G.: (COORD.), *Nuevo Código de Familia marroquí y su aplicación en España*, ed., Difusión Jurídica, Madrid, 2009, p. 93, que precisa que, aunque la consumación no es un requisito para la celebración del matrimonio, puede tener transcendencia en orden a desplegar un conjunto de efectos, entre ellos, el de la determinación del vínculo paterno-filial.

⁷² Para un análisis crítico de la aplicación del proceso de *Li'ane* consultar BLAN, F.R.: «*Le désaveu de paternité en droit marocain –serment d'anathème ou preuve génétique (A propos de l'arrêt Bellakdin c. Ijourk, rendu para la Cour d'appel d'El Jadida, 29 avril 2003)*», *Revue marocaine d'administration locale et de développement (REMALD)*, 2004, n° 6, 169-183.

⁷³ CERVILLA, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob.cit.*, p.141.

filiación. En definitiva, de la fórmula legal establecida en el artículo 108.1 CC se infiere que el nacimiento del hijo de mujer casada permite presumir el carácter matrimonial de aquél. La presunción opera de la duración normal del embarazo, del momento del nacimiento y de la fecha del matrimonio, datos que permiten deducir la época de la concepción y atribuir el acto al marido, ya que lo normal es que los nacidos de mujer casada tengan por progenitor al marido⁷⁴. Ahora bien, al estar ante una presunción *iuris tantum* ésta es susceptible de ser destruida mediante prueba en contrario.

b) Por otra parte, mediante el *istilhak* se produce el *reconocimiento por parte del padre de un hijo de filiación desconocida*, quién se integrará en su parentela; incluso según el derecho marroquí, el padre no debe declarar que el hijo es fruto del adulterio o de relaciones extramatrimoniales, porque el reconocimiento de la paternidad tiene como efecto la atribución de la filiación legítima. Este reconocimiento puede llevarse a cabo en todo momento de la vida del padre, del hijo o de la hija, bien en escritura pública, bien en declaración manuscrita inequívoca de la persona que lo ha realizado, con independencia de que se trate o no de un hijo biológico.

Incluso, el CFM ha introducido como novedad permitir determinar dicho vínculo aún cuando el matrimonio no está establecido por escrito, o quién reconozca se encuentre en el lecho de muerte, siempre que se cumplan unas condiciones: que el padre en dicho caso goce de plenas facultades, que el hijo no tenga filiación conocida (esto es, *la no confesión de la paternidad por otro a la muerte del padre que lo ha reconocido*), que las declaraciones no sean desmentidas por ilógicas o irracionales, y que el hijo mayor de edad de su consentimiento (art. 160 CFM)⁷⁵.

Por su parte, en el Derecho español el reconocimiento voluntario se aplica a una realidad diferente, al menos teóricamente, a la marroquí. En concreto, el reconocimiento, como declaración voluntaria efectuada por el presunto progenitor ante autoridad administrativa como el Registro civil, la firma de un protocolo

⁷⁴ Sobre la presunción de paternidad del marido, Vid. LLEDÓ YAGÜE, F.: «El contenido básico de la filiación y sus efectos», *Sistema de Derecho civil. Derecho de familia*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 281-366; y también en resoluciones de la DGRN de 18 de noviembre de 1996 (RJ 19976907); y 20 de septiembre de 1996 (RJ 19977114), citadas por RUIZ SÚTIL, C., np. 241, p. 94.

⁷⁵ Vid. ALHORR, Z., *ob. cit.*, p. 240, que cita la Sentencia de la Corte Suprema de 23 de febrero de 2007 en el caso nº 399/2/07 que resolvió que la paternidad se determinó por el reconocimiento, incluso si el padre autor de dicha confesión lo niega posteriormente a pesar de la existencia de documentos que prueban dicha paternidad, sobre todo, la declaración de nacimiento conforme el Registro del Estado civil respecto al día y la hora. De tal modo que la Corte de apelación al renunciar al recurso de la prueba genética ha fundado bien su decisión. ESTEBAN DE LA ROSA, G (coord.), *ob. cit.*, p. 94 siguiendo a LINAT DE BELLEFONDS, Y.: *Traité de Droit musulman comparé. Filiation. Incapacité. Liberalités entre vifs*, ed., Mouton and co., Paris/La Haye, 1973, p. 25.

delante del Juez u órgano administrativo, o un acuerdo escrito por los padres o la firma conjunta en el registro de nacimiento del hijo, ex (art. 120.1º), junto con la resolución recaída en expediente tramitado según legislación del Registro civil (esto es, cuando el padre no reconoce pero hay pruebas evidentes de que es el padre)⁷⁶ operan con modos de determinación de la filiación cuando no hay matrimonio, facilitando, al mismo tiempo, su constancia en la inscripción del nacimiento del hijo (art. 120.1º).

c) Por último, para que las *relaciones sexuales por error* lleven a presumir la paternidad han de darse las siguientes condiciones: la existencia de relaciones sexuales que pueden probarse por la simple confesión de la pareja, por ejemplo, una prueba científica como el esperma; el embarazo y el parto en los plazos establecidos en el artículo 154. Reunidas dichas condiciones, la filiación del menor se establece en relación al concubino o amante⁷⁷. Más allá, esta filiación ha de establecerse judicialmente, ya que para constatar la relación paterno-filial por este medio se precisa demostrar ante el juez la buena fe del progenitor que mantuvo relaciones sexuales con una persona bajo la creencia que era su cónyuge

⁷⁶ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros., *Elementos de Derecho Civil*. tomo IV. Derecho de familia, ed., Dykinson, Madrid, 2005, pp. 233-337; DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*. vol. IV, Derecho de familia y sucesiones, ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 234-239. Es doctrina pacífica que el reconocimiento presupone la veracidad de la filiación reconocida, esto es, se supone que quién reconoce es el padre biológico del reconocido como hijo, lo que explica que quepa la impugnación del reconocimiento por error (art. 141 CC). Hay que matizar que, a pesar de que la ley no exige acreditar formalmente ese extremo (posibilitando los reconocimientos de complacencia), el encargado del Registro civil podría rechazarlo cuando del título formal acompañado, y de las diligencias comprobatorias llevadas a cabo, se desprenda que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del reconocido (RDGRN de 8 de septiembre de 1999). De aquí deriva también, que no quepa el reconocimiento conjunto en parejas (o matrimonios) del mismo sexo, pues en estos casos la filiación no es biológicamente posible. Asimismo, y extramuros de ser un pacto puro y retroactivo, es un acto personalísimo pues ha de realizarlo el mismo progenitor, nunca un representante; y unilateral del reconocedor de tal modo que el reconocimiento conjunto no es, en realidad, más que la suma de los reconocimientos individuales del padre y la madre. Y cuando el Código exige el consentimiento del reconocido o de ser representante (art. 123 y 124 CC) no está bilateralizando, sino estableciendo un requisito de eficacia, que actúa como *conditio iuris* del acto unilateral en que consiste el reconocimiento. Y, por último, nos recuerda la doctrina que es un acto irrevocable, a excepción de que se impugne el reconocimiento porque: 1) se haya declarado por error, violencia, o intimidación; 2) no reúne los requisitos de forma, o lo haya otorgado el menor o incapaz sin la aprobación preceptuada en el artículo 121 CC. En estos casos se tiene el plazo de 1 año desde el momento del reconocimiento o desde que cesó el vicio. Si la persona hubiera reconocido por complacencia parece, desde una primera aproximación al problema, que no podría impugnar el reconocimiento, pero sí, quizás, ejercitar una acción de impugnación de la paternidad, lo que, sin embargo, según algunos autores tropezaría con el principio de la buena fe o lealtad. No obstante, la clara dicción del artículo 138 CC permitiría dicha impugnación, aunque no podría exigir los alimentos pagados, y el hijo podría ejercitar una acción de responsabilidad extracontractual por daño moral, pues la impugnación conllevaría que la filiación determinada por el reconocimiento quedaría sin efectos.

⁷⁷ MOUNIR, O., *ob. cit.*, p.116.

(creencia de que existe matrimonio legítimo, descubriéndose posteriormente algún impedimento como el de lactancia). En este supuesto extraordinario no se requiere la existencia de matrimonio en vigor o válido entre los padres para que la filiación se considere legítima, lo que dificulta su prueba.

Ahora bien, un *supuesto específico de relaciones erróneas regulado de modo novedoso y explícito en el CFM es el del menor concebido tras la promesa del matrimonio o durante el noviazgo (al-Khutba)*: el embarazo durante el período de noviazgo y habiéndose celebrado los esponsales pero por razones de fuerza mayor o imperiosas no se hubiera podido levantar acta del matrimonio (faltan determinados documentos, al hallarse en un lugar en el que no ha sido posible encontrar un testigo cualificado, etc.), y bajo ciertas condiciones, entre otras que el novio reconozca que ella está embarazada de él (para su negativa puede recurrir a todos los medios de prueba legales (art. 155)⁷⁸. Con anterioridad al CFM la sola prueba de paternidad que se aceptaba consistía en testimonios, lo que obedecía a un proceso complicado (antiguo art. 89). No obstante, creemos con Mounir criticable que el preámbulo del Código se prevea que dicha disposición no sea válida sino por un período transitorio de cinco años, dado que su finalidad no es el reconocimiento del matrimonio sino de la filiación paterna⁷⁹.

Junto a las novedades descritas en orden a la flexibilización apuntada anteriormente sobre los medios de determinar la filiación legítima paterna, queremos apuntar dos reformas acometidas por el CFM que la complementan con el fin último de proteger el derecho de filiación del menor respecto a sus padres, acordes a la evolución social cultural y económica de la sociedad marroquí:

1.º De modo coherente y como reforma complementaria a la descrita en los párrafos anteriores, todo con el fin de evitar la desprotección del menor nacido fuera del matrimonio, la nueva *Mudawana* (art. 16) ha permitido legitimar a los concebidos o nacidos fuera de matrimonio válido de progenitores (pero que tienen la firme voluntad de legitimarlos) regularizando todos aquellos

⁷⁸ Ref. MSEFFER, D.Z.: «De la Mudawana al Código de Familia en Marruecos», *Página abierta*, 190, marzo, 2008, p. 2, en <http://www.pensamientocritico.org/doum-se0308.html>, en CERVILLA, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob. cit.*, np. 196, p. 144.

Ref. MOTILLA, A./LORENZO, P.: *Derecho de Familia Islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, ed., Colex, Madrid, 2002, p.96, en CERVILLA, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob. cit.*, np. 162, p. 124, que recoge los requisitos: a) si los esponsales fueron conocidos por ambas familias y fueron autorizados por el tutor matrimonial de la prometida en su caso; b) si resulta que la prometida se quedó embarazada durante los esponsales; c) si ambos prometidos reconocen que le es imputable el embarazo.

⁷⁹ MOUNIR, Omar., *ob. cit.*, p. 83.

matrimonios no formalizados por documento alguno (antigua «*jamaa*»)⁸⁰, probando la unión conyugal por todo medio de prueba (audición de testigos, el nacimiento de los hijos en la casa de los padres, y la existencia de embarazos de la relación conyugal, el conocimiento de los vecinos de las relaciones conyugales, etc.). Todo esto con vistas a evitar que el marido desconozca el matrimonio y la paternidad, tal y como lo ha puesto de manifiesto la sentencia nº 154 de 14 de marzo de 2007 de la Corte Suprema al disponer que: «la Corte de apelación ha motivado correctamente su decisión de reconocer el matrimonio al tener en cuenta todos los medios de prueba previstos en el artículo 16.2 del Código de la Familia, en concreto, el compromiso firmado y legalizado que emana del difunto esposo por el cual reconocía ser el marido después de cuatro años sin acto escrito de matrimonio y que dicha relación había dado lugar al nacimiento de la hija Salma»⁸¹.

2.º En segundo lugar, y respecto a la prueba en orden a la determinación de la filiación legítima, ésta se puede acreditar, como se ha indicado, mediante el testimonio de dos *adouls* (testigos cualificados)⁸², por la audición de testigos, y por todo medio legalmente previsto, e incluso el *peritaje judicial*, esto es, la *prueba médica o biológica* (art. 158 CF)⁸³.

Precisamente, respecto a este último medio apuntado, a pesar de que una de las novedades de la reforma ha sido la de admitir el recurso a las pruebas biológicas de paternidad, la misma no se ha introducido en aras de garantizar los derechos de los hijos ilegítimos, sino tan sólo para favorecer la prueba de la verdadera paternidad respecto de un hijo cuya filiación se establece por las reglas de la presunción matrimonial (tanto en caso de matrimonio como de relación errónea). Tan sólo beneficia la admisión de la prueba de ADN a la madre en el caso de que el marido quisiera denegar la filiación del hijo, demandando el juramento de anatema sin aportar

⁸⁰ Dado que antes del Código del Estatuto Personal de 1957 la mayoría de la sociedad marroquí se casaba por la «*jamaa*», la presencia de la familia de los dos esposos, la lectura de la *Fathia* y el intercambio de regalos. Este estado de cosas permitía al esposo desconocer el matrimonio y rechazar la paternidad.

⁸¹ ALHARR, Z.: «La filiation en cas de mariage et hors mariage», *L'enfant en Droit musulman. Actes du colloque du 14 janvier 2008*, *ob. cit.*, p. 324, que advierte que el artículo 16 del Código fija un período transitorio de 5 años desde la entrada en vigor de la *Mudawana* para resolver los casos de matrimonios que, por causa de fuerza mayor, no hubieran podido registrar el acta matrimonial.

⁸² Los *adules*, nominados por decisión del Ministerio de Justicia previa proposición del Juez, cumplen en el ordenamiento marroquí una doble función: la de auxiliares de justicia (como encargos del sistema notarial en materia de estatuto personal, sucesorio e inmobiliario de los marroquíes musulmanes) y la de testigos. Sobre la función *adular*, en general, *Vid.* BOUDAHRAIN, A.: *Derecho judicial privado en Marruecos*, Rabat, Babel, 1994, p. 147, en Ruíz Sutil, C., *ob. cit.*, np. 237, p.99.

⁸³ ALHARR, Z., *ob. cit.*, pp. 238 y 241.

pruebas; es sólo en este supuesto cuando la mujer tiene derecho a requerir la prueba biológica para demostrar la mentira de su esposo.

Frente al Derecho marroquí, en el Derecho español la sentencia judicial es tanto un modo de determinar la filiación como su prueba, al regular las llamadas acciones judiciales de filiación de eficacia general (tanto de reclamación como de impugnación) ante la autoridad judicial, si bien como último recurso ante el fracaso de otros mecanismos más sencillos. En este sentido, aunque la libre investigación de la paternidad facilita los mecanismos jurídicos que permiten llegar a la verdad biológica, tanto en su aspecto positivo como negativo, existe en el Derecho español toda una doctrina constitucional sobre la ponderación que ha de realizar el juez de los intereses en juego (la búsqueda del conocimiento de su identidad biológica, el interés en su protección frente a la de su progenitor, y el interés en la estabilidad de su situación consolidada). Incluso, el vigente artículo 767.1 LEC dispone que: «en ningún caso se admitirá la demanda sobre la determinación o impugnación de la filiación si con ello no se presenta un principio de prueba de los hechos en los que se funde», en orden a evitar demandas temerarias o totalmente infundadas⁸⁴.

En definitiva, el Derecho marroquí tiene recelos hacia la investigación de la filiación por su deseo de preservar la familia legítima musulmana⁸⁵, lo cual no significa que el CFM no prevea la intervención del juez para determinar la filiación. Si bien, ciertamente, la normativa marroquí dista del enfoque actual del principio de libre investigación que rige la filiación en el Derecho español pues, por un lado, la vía judicial para impugnar la relación paterno-filial queda reservada únicamente al marido o al novio que niegan su paternidad, omitiendo la posibilidad de impugnación materna; y, por otro, la prueba de ADN no es efectiva para determinar la filiación fuera de la legalidad, al margen de ser, según quejas de la sociedad, un medio probatorio económicamente inaccesible.

⁸⁴ Respecto a la cuestión problemática relacionada con el principio constitucional de la búsqueda de la verdad biológica la persona se niegue a la extracción de sangre para realizar estas pruebas, la doctrina civil española es prácticamente unánime en que, en defecto de norma legal que lo permita, no puede imponerse la prueba de ADN coactivamente al vulnerar el derecho a la integridad física y moral y libertad de la persona; pero dicha negativa, afirma nuestro Alto Tribunal, es un indicio valioso que, conjugado con otros elementos probatorios, permite declarar la paternidad pretendida (SSTS núm. 1117/1997, de 4 de diciembre, y ATS de 12 de junio de 2007 –JUR 2007\197368).

⁸⁵ Ref. MERSINI, S.: «Quelques aspects du statut personnel marocain», en J-Y Carlier y M. Verwilghen, *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 116-121, en Ruíz Sutil, C., *ob. cit.*, np.327, p.117, basándose en la Sharía o Derecho islámico clásico prohíbe que ante cualquier juez, a instancia del hijo, de su representante o de otra persona con interés legítimo se inste la declaración judicial de la filiación y se inicie el procedimiento de investigación de la paternidad por estar la relación extramatrimonial castigada penalmente.

III.1.B Referencia especial a la filiación extramatrimonial en Marruecos como supuesto de desprotección

La conclusión a la que en líneas anteriores se ha llegado es que, respecto al padre, salvo reconocimiento o relación errónea, el hijo extramatrimonial no alcanza ni siquiera el estatus de hijo ilegítimo, sino que carece por completo de filiación paterna durante toda su vida, al resultar imposible la reclamación de la filiación por la madre, el hijo o su representante y la investigación de la paternidad⁸⁶.

En consecuencia, la determinación de la filiación legítima tan sólo por vía paterna se traduce en el más absoluto desprecio hacia los niños nacidos de madre soltera. La propia dinámica de aplicación del sistema impide, tanto a los menores ejercitar una acción de reclamación de filiación frente al padre, ya que, no constituyéndose legítimamente, no cabe hablar de existencia de filiación paterna; como a la mujer ejercitar la acción de filiación frente al padre, al quedar siempre a expensas de la voluntad del hombre en relación al reconocimiento de la filiación del hijo no matrimonial. Y, respecto a la madre, aunque el hijo extramatrimonial tendría en dicho supuesto el estatus de ilegítimo, dado que el reconocimiento de la mujer de haber mantenido relaciones sexuales fuera del matrimonio es considerado un delito en el Código penal (art. 490), la mujer prefiere ocultar su maternidad, sin contar con ninguna ayuda, salvo la que le prestan algunas asociaciones comprometidas con esas cuestiones⁸⁷.

Tras lo expuesto hasta ahora se desprende la clara discriminación de la regulación jurídica de la filiación marroquí en lo que a los hijos extramatrimoniales se refiere, y por ende, de las madres solteras; tema éste de importante calado al que el CFM no ha dado solución, al seguir siendo un tema tabú por considerar el Derecho islámico toda relación sexual fuera del matrimonio como prohibida y delictiva. La importancia de este fenómeno la ponen de relieve las estadísticas realizadas por las ONGs, entre las que se encuentran las realizadas por la asociación pionera en la defensa de las madres solteras «Solidaridad femenina» galardona recientemente por su actuación⁸⁸, como las de «Cooperación social femenina»,

⁸⁶ Vid. CERVILLA GARZÓN, M.ªD. y ZURITA MARTÍN, I.: *El derecho de familia marroquí*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2010, pp. 198 y ss.

⁸⁷ ESTEBAN DE LA ROSA, G.; OUALD ALI, K., y SAGHIR, T., *ob. cit.*, p. 275.

⁸⁸ Vid. «El drama de las madres solteras en Marruecos», en <http://www.20minutos.es/noticia/1343178/0/marruecos/madres-solteras/verguenza/#xtor=AD-15&xts=467263>, que expone que el propio rey Mohamed VI se ha puesto en contacto con la fundadora de la organización marroquí, Solidaridad femenina, para pedirle que continúe con su tarea y donarle casi 2 millones de dirhams (200.000 euros) para su asociación, mientras que una

cuyo ámbito de actuación es Casablanca, que nos indica que entre el 2003 y 2004 se dieron más de 590 casos de madres solteras, siendo analfabetas el 71%, habiendo sido violadas el 31% y teniendo entre 14 y 20 años el 26%⁸⁹.

Más recientemente, y a pesar de que en el 2008 la Asociación suiza *Vivere* (que trabaja sobre todo en la zona marroquí de Agadir), ponía de manifiesto que la violencia contra las mujeres que conciben un hijo fuera del matrimonio parece decrecer, se sigue constatando la necesidad de trabajar en la defensa de este colectivo pues aún sigue siendo un tema tabú, y se asiste, en casos extremos, a infanticidios y al abandono del recién nacido⁹⁰. En este sentido un estudio dirigido por Insaf, una asociación de apoyo a las mujeres y niños en dificultad, ponen de manifiesto que en el 2009, de los 27.200 hijos nacidos de madres mujeres, 8.760 de los recién nacidos fueron abandonados, y del alarmante promedio, un 60%, de madres solteras y analfabetas aún en la actualidad⁹¹.

No obstante, lo cierto es que lo mismo que hay un diálogo sobre los derechos del menor nacido como consecuencia de una violación, su guarda y su salvaguarda (sobre si la solución habría de situarse en las reglas del derecho de familia, o bien en las reglas de derecho generales de la responsabilidad penal y civil⁹²), parece admitirse que en ciertos supuestos el menor nacido de relaciones extramatrimoniales tendría derecho a una indemnización de daños y perjuicios por parte del responsable del embarazo⁹³. Incluso, y por otra parte, llama la atención, no obstante, que en ciertos ámbitos jurídicos se atribuya efectos a la filiación materna no matrimonial. En concreto el artículo 36 de la Ley núm. 11/71, de 30 de diciembre de 1971, *sobre régimen de pensiones*, reconoce al hijo ilegítimo de

fundación norteamericana la ha galardonado con el prestigioso Premio Opus, dotado con un millón de dólares. La semilla de Solidaridad Femenina ha germinado y ahora hay más de quince asociaciones en Marruecos que dan ayuda a las madres solteras. Cada vez hay más casos de familias que perdonan el desliz de una joven y así permiten a un niño tener un hogar sin el estigma del maldito.

⁸⁹ Ref. «Umahat azibat fi al maghreb halatun chibn siriyatun» <http://www.foxarab.com>, 27/9/2007 en, ESTEBAN DE LA ROSA, G.; OUALD ALI, K., y SAGHIR, T.: «El Derecho de hadana de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en relación con el derecho español», *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, ed., Insituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2008, p. 274.

⁹⁰ Vid. http://www.swissinfo.ch/upa/sociedad/Medallafrancesa_para_ONG_suiza.html?id.

⁹¹ Vid. <http://vidayestilo.terra.es/padres/ninos/inquieta-en-marruecos-el-aumento-de-los-ninos-abandonados,7fbd2f05dd45a310VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>.

⁹² ALHARR, Z.: «La filiation en cas de mariage et hors mariage», *ob, cit*, p. 326.

⁹³ FOGLETS, M.-C., y CARLIER, J.-Y., *ob, cit*, np. 54, p.77, que añade que, junto a dicha posibilidad, la nueva Ley relativa al estado civil que entró en vigor en el 2003 permite la inscripción de los apellidos del padre y de la madre, obligatoria para todas las inscripciones de nacimientos, sin hacer distinción entre el hijo legítimo y el ilegítimo nacido fuera del matrimonio. Si bien, la innovación tiene su límite pues dicha inscripción sólo es a efectos de simple identificación.

madre funcionaria el derecho a una pensión de orfandad; así como el artículo 5 del Decreto núm. 2/72,-541, de 30 de diciembre de 1972, *relativo a las prestaciones de la Seguridad Social*, donde se establece que el hijo natural de la afiliada tiene derecho a las prestaciones y los subsidios sociales correspondientes.

No es de extrañar que la regulación expuesta haya sido objeto de dura crítica por parte, no solo de la doctrina del país sino de la doctrina europea. Al respecto, la valoración que realiza doctrina especializada en nuestro país en la materia, como Cervilla Garzón y Zurita Martín, es en el sentido de poner de manifiesto que, lamentablemente, a pesar del acercamiento que el nuevo Código de Familia marroquí ha supuesto a los principios básicos de los ordenamientos jurídicos occidentales, los principios de igualdad y no discriminación se encuentran gravemente lesionados en materia de relaciones paterno-filiales. Si bien, apostillan que la fuente directa de dichos efectos discriminatorios no se encuentra siempre en el desconocimiento del principio de igualdad por razón de sexo, sino en la pura inspiración islámica de las normas civiles familiares⁹⁴.

De tal modo, continúan argumentado, la llamativa preocupación del legislador marroquí sobre el bienestar del menor en el nuevo CF entra en contradicción abierta con el hecho de que los menores que no han nacido de matrimonio válido no sean dignos de ser especialmente protegidos, haciendo recaer sobre ellos el estigma que la ley y sociedad islámicas derivan de las relaciones ilegítimas de sus progenitores. Ciertamente, entonces, la regulación de la filiación queda muy lejos de los principios fundamentales que recoge tanto la Constitución Española como los tratados internacionales de protección de los derechos del niño y de la mujer de los que Marruecos es Estado firmante, en concreto *la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* y *la Convención sobre los Derechos del Niño*, ratificados por Marruecos el 21 de junio de 1993⁹⁵. Por ello no es extraño, tal y como se apuntó en la introducción, que el Estado de Marruecos, al igual que otras Estados islámicos firmantes, formulara reserva al artículo 16 de la Convención, que se ocupa de la discriminación de la mujer en materia de matrimonio y relaciones familiares, particularmente a las disposiciones relativas a la igualdad entre hombres y mujeres, respecto a los derechos y deberes en el momento de la disolución del matrimonio. Pues una igualdad de tal tipo –entiende el Estado marroquí–, es incompatible con la

⁹⁴ Vid. CERVILLA GARZÓN, M^a. D., y ZURITA MARTÍN, I.: *El derecho de familia marroquí*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2010, pp. 198 y ss.

⁹⁵ COMBALÍA, Z.: *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2001, pp. 130-131.

Sharia islámica, que garantiza a cada uno de los esposos derechos y responsabilidades en un marco de equilibrio y complementariedad en orden a preservar el sagrado vínculo del matrimonio.

De resultas de lo expuesto hasta ahora podemos concluir que, a pesar de que no se puede decir que el nuevo Código de Familia marroquí haya supuesto un avance considerable en materia de filiación, especialmente en lo atinente al reconocimiento o, al menos, acercamiento al principio de igualdad de los hijos por razón de nacimiento, no hay que dejar de reconocer la bondad de la reforma en cuanto incentivadora de los cambios sociológicos y jurídicos anunciados por los impulsores de la modificación del viejo Estatuto Personal, y deseado desde largo tiempo atrás por la propia sociedad de Marruecos⁹⁶.

III.1.C Apunte acerca del rechazo de la filiación adoptiva en el Derecho marroquí⁹⁷

Por último, y en lo que respecta a la filiación adoptiva, es sabido que, debido a fuertes razones religiosas, que no culturales⁹⁸, el artículo 83-3 del Código del estatuto personal (*Mudawana*) como el resto de los países del Magreb a excepción de Túnez, no reconoce la patria potestad derivada de la filiación adoptiva (*fiqh*). Pues ésta está prohibida por el Islam y el Derecho musulmán, el cual impregna fuertemente el estatuto personal, a razón entre otras causas, de su hostilidad a la imitación humana⁹⁹.

⁹⁶ Mientras tanto, hay que reconocer que la normativa marroquí vigente en materia de filiación, en tanto transgresora del principio fundamental a la igualdad y no discriminación, atenta contra el orden público español. Por ello, a pesar de la llamada que el artículo 9.4 del Código civil realiza a la ley personal del hijo en materia de relaciones paternofiliales, la desigualdad que sufren los hijos ilegítimos –sin que se les reconozca derecho alguno frente a su progenitor y la correlativa inhibición del padre natural de su deber de prestar alimentos, atentan contra el orden público español y, por tanto, las disposiciones del Derecho extranjero que lo consagran no serán de aplicación en España (Vid. MOTILLA, A./LORENZO, P.: *Derecho de la familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, ed. Colex, Madrid, 2002, pp. 173 y ss).

⁹⁷ Este tema está en relación con la institución jurídica de la Kafala, que por su extensión queda fuera del objeto de estudio de este trabajo. Vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, A./RODRÍGUEZ BENOT, A., *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Ed. Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia de Marruecos 2005-2009, de 2009. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Efectos jurídicos en España del acogimiento de Derecho islámico (“kafala”)», en *Diario La Ley*, N° 7393, 2010. DIAGO DIAGO, M.ª P.: «La kafala islámica en España», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), Vol. 2, N° 1, pp. 140-164. Consultar en: www.uc3m.es/cdt.

⁹⁸ Es significativo que antes de la venida del Islam en la península arábiga la adopción estaba implantada, dado que las estructuras de parentalidad reponsaban en la noción d’*asabiyya*, la cual comprendía otras personas agregadas por la adopción - MECHI, Farouk, *L’enfant objet et sujet d’affection. Approche juridique et juristique des rapports parents-enfants en droit tunisien et en droit comparé* ed., Publisud, París, p. 222.

⁹⁹ CANAC, A.: «Reflexions sur l’inexistence de l’adoption en droit musulman», *Rev. Algérienne, Tunisienne, Marocaine de jurisprudence et de législation*, 75, 1959, p.27, que

Si bien, hay que señalar que debido a la preocupación de estos países por la situación de menores abandonados y respondiendo a la solidaridad a la que anima el Corán, «*a menudo, por falta de control, los padres de acogida declaran el nacimiento de un niño como legítimo, pues muchos partos se practican aún en el domicilio no exigiendo el Ayuntamiento un certificado de nacimiento en el momento del nacimiento* (...)»¹⁰⁰. Incluso, hay autores que auguran una evolución y aceptación futura de la adopción, en base al desarrollo de la familia moderna en los países árabo-musulmanes, en la cual se constata el desarrollo de la familia nuclear y al retroceso en el fundamento de la prohibición¹⁰¹.

III.2 LA REPRESENTACIÓN LEGAL: LA PATRIA POTESTAD DEL DERECHO ESPAÑOL Y LA *WĪLAYA* O TUTELA DEL PADRE DEL DERECHO MARROQUÍ

III.2.A Idea previa. La situación jurídica de la mujer marroquí en el marco familiar-matrimonial

Creemos necesario, antes de abordar la institución jurídica de representación legal, recoger de modo previo las novedades del CFM acerca de la situación jurídica de la mujer, pues los derechos adquiridos por la esposa en el cuadro de la familia tienen una repercusión evidente sobre la situación del menor, dado que su protección pasa por la de su madre; a la vez que nos puede ayudar a comprender el verdadero alcance o la coherencia sistemática de la normativa que estudiaremos a continuación.

nos explican que, dado que la adopción corresponde a una necesidad del hombre, la institución tiene un carácter cuasi-universal con presencia desde las sociedades primitivas. Si bien, frente a la finalidad actual del beneficio del adoptando, las adopciones en el Derecho romano e incluso en el anciano Derecho chino y coreano tenían por finalidad perpetuar el nombre del adoptante y asegurarle el culto doméstico considerado en estas sociedades como una especie de necesidad material del difunto, y por tanto los adoptandos no eran menores de edad. Si bien, también es cierto que ciertos países de América Latina no lo regulan y que el Derecho musulmán lo prohíbe.

Por otra parte, si la Ley de 1958 de Túnez consagró la adopción, no fue solamente por responder a una preocupación de modernidad respecto al Derecho de familia, sino para responder a preocupaciones sociales, en concreto, para dar respuesta a los cientos de menores abandonados de la guerra «*les enfants de Bourguiba*».

¹⁰⁰ AIT-ZAIT: «L'enfant illégitime dans la société musulmane», *R.T.D.*, 1990 (I et II), p. 19.

¹⁰¹ MECHI, Farouk, *ob. cit.*, pp. 245-251, que nos indica como una brecha al fundamento prohibitivo de la adopción reside, por ejemplo, en el Decreto de Algeria de 3 de junio de 1971 relativo al cambio de nombre ha regulado, en contra del principio de legalidad, que la demanda de cambio de nombre puede ser igualmente realizada, en nombre de un menor nacido de padre desconocido, por la persona que lo ha recogido en base a la Kafala a fin de hacer concordar el nombre patronímico del menor acogido con el de su tutor (art. 1-2).

En concreto, la nueva regulación establece que la familia es responsabilidad conjunta de los cónyuges con la voluntad de huir de discriminaciones por razón de sexo, pero manteniendo el carácter tradicional, ya que este cambio lo justifica el legislador marroquí en el Prólogo del nuevo Código de Familia, no en la constatación de una realidad social que demanda un modelo de familia diferente al clásico, sino en la tradición del Profeta que afirma que «*Las mujeres son iguales que los hombres ante la Ley*», así como que «*Es honrado el hombre que las honra y despreciable el que las desprecia*». A pesar del fundamento que se utiliza, lo cierto es que el nuevo modelo de familia que surge de la Mudawana es sensiblemente diferente. En consecuencia, el artículo 51 CF huye de la redacción discriminatoria de su predecesor regulando los «*derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges*»¹⁰², junto a éstos, se recogen deberes de carácter económico (dote, alimentos, salario de lactancia, remuneración custodia), que recaen sobre el marido. En contraprestación, la mujer asume obligaciones de cuidado de los hijos (*hadana*), mientras el marido es el titular de la *wilaya* (tutela de autoridad). El marido, también es titular del derecho natural al repudio y tiene derecho a revocar el divorcio en determinados supuestos.

A mayor abundamiento, y como aportaciones positivas de la reforma, la obligación de la mujer de respetar a los parientes de su marido se convierte en una obligación recíproca, al igual que la obligación de guardar fidelidad, que deja de ser una obligación de la mujer pasando a ser obligatoria para ambos (aunque se admite la poligamia con excepciones). Desaparece el deber de la esposa de obedecer a su marido y de tener que solicitar a su esposo autorización para visitar a sus parientes. Se declara la responsabilidad conjunta en la administración de los asuntos domésticos y la educación de los hijos y consenso en la adopción de decisiones relativas a la

¹⁰² Según el artículo 51 CF, los derechos y deberes recíprocos entre cónyuges son los siguientes: 1. *Convivencia legal, lo cual implica la existencia de una buena relación conyugal, justicia, igualdad de trato entre mujeres en caso de poligamia, pureza y fidelidad mutuas, virtud y preservación del honor y la descendencia*; 2. *Intimidad debida, respeto, afecto y preocupación mutuos, así como protección de los intereses familiares*; 3. *Responsabilidad conjunta en la administración de los asuntos domésticos y la educación de los hijos*; 4. *Consenso en la adopción de decisiones relativas a la administración de los asuntos domésticos, los hijos y la planificación familiar*; 5. *Mantenimiento de buenas relaciones con los ascendientes del otro cónyuge, así como con los familiares con los que exista un impedimento matrimonial, respetándolos, visitándoles y acogiéndoles de modo adecuado*; 6. *Derechos sucesorios mutuos*. Por su parte, el artículo 4 CF determina que «*El matrimonio es un pacto basado en el consentimiento mutuo para establecer una unión legal y duradera, entre un hombre y una mujer. Su objetivo es la vida en la fidelidad recíproca, la pureza y la fundación de una familia estable bajo la dirección de ambos cónyuges, con arreglo a las disposiciones del presente Código*».

administración de los asuntos domésticos, los hijos y la planificación familiar¹⁰³.

Asimismo, del texto de las obligaciones de la mujer no figura ya la de amamantar a su hijo, aunque persiste la obligación del esposo de pagar un salario de lactancia si hay separación entre ambos; también ha desaparecido el derecho de la esposa a ser mantenida por su marido, aunque no así la obligación, que no sólo goza de una completa y minuciosa regulación, sino que, además su incumplimiento es causa independiente para solicitar el divorcio judicial.

Resaltar por último que el artículo 53 CF establece que la expulsión de uno de los cónyuges del hogar conyugal, sin motivo aparente, (generalmente la mujer y los hijos) es un atentado al orden público y a los derechos fundamentales de la mujer y del menor, lo cual permite intervenir al Ministerio Público a fin de hacer entrar de nuevo a la parte expulsada en el hogar conyugal. Esta medida sin duda constituye una protección para los menores que se encuentran en dicha situación.

III.2.B Referencia comparativa respecto al contenido y significado de la patria potestad-*wilaya*. Las peculiaridades de la tutela subsidiaria de la madre marroquí, y su posible indefensión existiendo tutor testamentario

El Derecho español regula la institución jurídica de la *patria potestad* como un conjunto de derechos y deberes, a ejercitar en régimen de igualdad por los progenitores del menor y en interés de éste, respecto al ámbito personal (velar por el menor, que implica su cuidado, vestido, alimentación, etc.) como al patrimonial del menor de edad (representarle y administrar sus bienes). En otras palabras, la patria potestad se puede definir como la función tuitiva o protectora atribuida por la ley a los progenitores respecto de sus hijos menores encaminada a garantizar a éstos el adecuado desarrollo de su persona en todos los órdenes, que comprende un conjunto de derechos y obligaciones consistentes, según los términos del artículo 154 CC, en velar por ellos, tenerlos en su compañía,

¹⁰³ FOLETS M.C., y CARLIER, J.Y., se cuestionan la concordancia entre el artículo 51.3 (responsabilidad conjunta en la administración de los asuntos domésticos y la educación de los hijos) y el artículo 51.4 (consenso en la adopción de decisiones relativas a la administración de los asuntos domésticos, los hijos y la planificación familiar), concluyendo que, en situación de armonía conyugal el párrafo 3º no legitima a la esposa a actuar de forma independiente y que debe consensuar todo lo atinente al hogar y los hijos. No obstante, no es así en situación de divorcio entre los progenitores, ya que la hadana es asumida por la madre y la *wilaya* por el padre (*Le code marocain de la famille: Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Editeur Emile Bruylant, 2005, pp. 44-4).

alimentarlos, educarlos, y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes¹⁰⁴.

Por su parte, el Derecho marroquí no contempla una institución idéntica a la que nuestro ordenamiento conoce como patria potestad que presupone la igualdad entre hombre y mujer en relación a sus obligaciones y derechos para con sus hijos. Si bien, se puede afirmar que su contenido se recoge en la denomina «tutela», traducción de la palabra árabe *wilaya* que significa poder o autoridad, al implicar la representación del menor de edad correspondiente a las personas legalmente llamadas a ejercerla, que es el padre en primer lugar.

En consecuencia, todos los menores según el CFM están sometidos a la tutela, aunque tengan padre y madre, aplicándose este régimen protector tanto a los menores huérfanos, como para los que no lo son (art. 229 y 230 CFM). La tutela comporta la representación del menor en todos los actos de la vida civil y la gestión de sus bienes y corresponde al padre, no podía ser de otra manera en un sistema patriarcal donde es el hombre el cabeza de familia. En lo referente a la guarda y custodia del menor recaerá sobre el padre y la madre mientras exista un vínculo conyugal y consiste en protegerle de cualquier daño y en velar por su educación e intereses, así como adoptar todas las medidas necesarias para preservar y garantizar la seguridad física y psíquica del menor (arts. 164 y 165 CF). Más allá, el artículo 231 exige que tanto el padre como la madre tutores sean mayores, no planteando problemas la tutela del menor casado pues según hemos visto el matrimonio emancipa de pleno derecho al menor, y pudiendo, según la doctrina, el menor no casado demandar ser emancipado con vistas a obtener la tutela de su hijo¹⁰⁵.

Más en concreto, y a diferencia de la representación legal del deficiente psíquico y el pródigo, el artículo 233 CFM establece que la tutela de menor de edad, al igual que la del demente o enfermo psíquico, se ejercerá tanto sobre los bienes como sobre su persona; de tal modo que el artículo 235 CFM atribuye al tutor legal la obligación de velar por los asuntos personales del incapacitado, garantizándole una orientación religiosa y una formación, preparándole para la vida y encargándose, además, de la administración habitual de sus bienes, con exclusión de los actos de disposición¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Para un análisis interesante de dichos deberes, ver. AGUILERA RODERO, J.: «Análisis sobre el contenido personal de la patria potestad en el progenitor», en <http://www.laleydigital.es>, y *Actualidad Civil*, n.º 12, 16-30 junio de 2008, p. 1229, tomo 1.

¹⁰⁵ MOUNIR, O., ob. cit., p. 143.

¹⁰⁶ Según el artículo 11 del Código de las obligaciones y contratos marroquí (DOC) son actos de disposición: «la venta, la permuta, el arrendamiento por un término superior a tres años, la constitución de sociedad, (...) y otros indicados por la Ley».

Ahora bien, el nuevo *Código de Familia marroquí* de 2004¹⁰⁷ sigue regulando que la madre sólo ostenta la *wîlaya* o tutela del menor en casos excepcionales tales como el fallecimiento o ausencia del padre, la declaración de incapaz o privación de autoridad por sentencia judicial de conformidad con las normas que regulan la declaración de abandono o por algún delito. En este sentido, el nuevo CFM sigue la novedad introducida en 1993 en el antiguo artículo 148 del primitivo Estatuto Personal que pretería completamente a la madre en materia de tutela, al introducir la tutela subsidiaria, aunque imponiéndole limitaciones relativas a la enajenación de los bienes del hijo, las cuales desaparecen en la actualidad.

Por tanto y en definitiva, por ley la *wîlaya* o tutela legal la ejerce el padre sobre el hijo y la madre sólo en casos excepcionales (art. 231 y 236 CF)¹⁰⁸, y deriva de la filiación paterna, y en los supuestos de excepción de la materna, en coherencia formal, aunque en el fondo con efectos discriminatorios respecto a la madre, con el carácter de deber con el que la *Sharia* o Derecho musulmán reviste a la tutela del padre, de la que el padre no puede sustraerse. No obstante, cuando la ausencia del padre sea de corta duración, se le confiere a la madre la facultad de ejercer la tutela sobre el hijo para aquellos casos de urgente necesidad, como la firma de documentos administrativos o la autorización para una intervención quirúrgica (art. 236)¹⁰⁹.

Incluso, nos explica Mounir, la madre no es la tutora legal de modo automático ante la ausencia del padre, pues el artículo 237 CFM, y aunque luego se profundice más detenidamente al tratar la tutela testamentaria, autoriza al padre a designar, si quisiera, un tutor testamentario para sus hijos. De tal modo que se nos dice que el padre podría, en base a tal potestad, «excluir» de la tutela de su hijo a la madre nombrando a una tercera persona en detrimento de aquélla; lo cual no es simple teoría desde el momento en el que se puede dar el caso de que los abuelos paternos con mala relación con su nuera puedan, sobre todo cuando haya razones económicas,

¹⁰⁷ Es un acontecimiento histórico en el sistema marroquí la promulgación del *Código de Familia* de 2004 que sustituye al Código del Estatuto personal y que introduce reformas esenciales en el Derecho de Familia, pues (se trata de la primera vez en Marruecos que se ha presentado un Proyecto de Ley relativo a las relaciones de familia ante el Parlamento, y en el marco de sus potestades constitucionales, dado que lo tradicional hasta ese momento era su aprobación por el Rey tras realizar una consulta a los sabios. Y el proyecto se aprobó por mayoría absoluta - Vid. AAVV., *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad (traducción comentada del Código de Familia de 2004)* dir. Gloria Esteban de la Rosa, ed., Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, 2009, p. 25-.

¹⁰⁸ En este sentido el artículo 231 CFM refiriéndose a las personas llamadas a ejercer la representación legal, establece el siguiente orden de llamamientos: el padre mayor de edad; la madre mayor de edad, a falta de padre o tras la pérdida de la capacidad de éste; el tutor testamentario designado por el padre; el tutor testamentario designado por la madre; el Juez; el tutor dativo designado por el Juez».

¹⁰⁹ CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA, I., *ob. cit.*, p.177.

hacer que el hijo en su última enfermedad les nombre testamentariamente y con preferencia a la madre, tutores del menor. Es curioso, como esta posibilidad se deja abierta en el *Mudawana* cuando, sin embargo, ésta no enumera a los abuelos paternos entre los tutores legales. La madre, en dicho caso sólo podría exigir la tutela legal en la administración y rentabilidad del dinero que ella hubiera donado a su hijo, pues según los términos del artículo 239 todo donante de dinero tiene dicho poder; y, en su caso, la madre puede nombrar un tutor testamentario a su hijo menor incapaz, dejando dicha previsión sin efecto si lo estimara así posteriormente.

Más allá, como el que puede lo más puede lo menos, el padre puede también excluir sólo parcialmente a la madre de la tutela testamentaria de su hijo, pues el artículo 238 CFM le atribuye implícitamente esta facultad, al prever que, para el caso en que hubiera un tutor testamentario designado por el padre, el papel de dicho tutor consistiría en vigilar la manera en la que la madre gestiona los asuntos de su pupilo y a informar a la justicia en su caso. En realidad, el Código no dice que el padre pueda añadir un tutor *ad hoc* a la madre tutora testamentaria, sino que dicho poder se desprende del precepto indicado¹¹⁰.

Así las cosas, lo cierto es que, dado que la persona que nombre en testamento el padre no tiene que ser de la familia, y que el padre no está obligado a comunicar dicha decisión, ni siquiera a su mujer quién puede ignorar la identidad del mismo (sin tener ningún recurso judicial al respecto), no sería raro el caso de la mujer que el momento del fallecimiento del marido se encuentra por voluntad del marido con la tutela de una tercera persona ajena a la familia. En definitiva, estamos ante una norma, dice la doctrina del país, perjudicial para la mujer, desde el momento en el que el marido tiene el poder, por un lado de juzgar la capacidad de su mujer a asegurar la tutela de sus hijos, sin que ella pueda oponerse ni defenderse de ningún modo, y por otro de imponerle un tutor *ad hoc* a la madre¹¹¹.

Las limitaciones expuestas contradicen aparentemente, tal y como se apuntó en el epígrafe anterior, el tenor del artículo 51 CFM que establece que la familia se encuentra bajo la responsabilidad (compartida) de ambos cónyuges, en lo que respecta a la educación de los hijos, lo que no preveía la antigua *Mudawana* según la cual la familia se encontraba bajo la dirección del esposo/padre. En realidad, tal y como nos explica la doctrina especializada, esta contradicción es reflejo de la ambigüedad que crea la coexistencia de disposiciones antiguas y otras inspiradas en la ambición iguali-

¹¹⁰ MOUNIR, O., *ob. cit.*, p. 146.

¹¹¹ *Ibidem*, p.188.

taria que ha presidido la reforma, lo que no obsta para que la misma sea, a su vez, un indicio de que a medio término se generalice en Marruecos la autoridad parental conjunta o tutela conjunta¹¹².

Lo expuesto hasta ahora nos lleva a afirmar con la doctrina que estudia la materia que, en realidad, la imposibilidad de identificar patria potestad y *wilaya* respecto a los hijos, no reside tanto en el contenido de ambas instituciones como en la discriminación que sufre la madre marroquí para asumir la representación legal de sus hijos, ya que sólo podrá hacerlo, como hemos visto recogido, en defecto del padre¹¹³.

Por último, no deja ser de interés, que el Código reserve un papel importante al Juez y al Ministerio Público al tener como deber interpretar las disposiciones del Código de manera que las reformas relativas a las funciones del padre y la madre en relación a la guarda y la tutela (ya sea dentro o fuera de los lazos del matrimonio) produzca como efecto positivo la mayor protección de todas las partes, los hijos y los padres.

En esta línea de control judicial, y por otra parte, es dable resaltar que en el capítulo de las disposiciones comunes a la tutela, el Código prevé la sumisión a la vigilancia judicial previa, es decir, la posibilidad para el Tribunal de supervisar la representación si los bienes del menor exceden del valor de 200.000 dirhams (más o menos 10.000 euros) (art. 240 CFM); hablando los idealistas, a este propósito, de la justicia de los ricos¹¹⁴. Para ello, tanto el incapaz menor como la madre pueden informar al Juez, e, incluso, no superando el patrimonio del menor dicha cuantía, el Juez puede ordenar la apertura del citado expediente para someter al representante legal al referido control cuando considera que es útil para el interés del menor. En todos los casos en los que se abra un expediente de representación legal, el tutor legal debe presentar al Juez encargado de los asuntos de menores una rendición anual sobre la gestión y la puesta en valor de los bienes, así como la manera en la que asume las atribuciones que le son conferidas por la ley en lo que respecta, también y de modo novedoso respecto a la legislación anterior, a la persona del menor, esto es, de la diligencia que dedica a la orientación y formación de su hijo¹¹⁵.

Tras la presentación de dicho informe, el tribunal podrá tomar todas las medidas que considere oportunas para preservar los bienes del menor y sus intereses materiales y morales (art. 243 CF), a

¹¹² BLANMAILLAND, Fr., y VERBROUK, C.: «Code sans frontières. La garde des enfants dans le nouveau Code de la famille marocain», *Rev. dr. étr.*, 2004, nº 130, p. 566.

¹¹³ CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA, I., *ob. cit.*, p. 180.

¹¹⁴ MOUNIR, O., *ob. cit.*, p. 148.

¹¹⁵ FOLETS, M.-C./CARLIER, J.-Y., *ob. cit.*, p. 109.

modo semejante de las medidas de naturaleza cautelar del artículo 158 CC español. El problema reside, por un lado en que el CFM confía en los padres en asegurarse que los bienes de su hijo no sobrepasan dicho límite, sin haber regulado un control judicial sobre dicha premisa, esto es, la ley no obliga al padre a hacer dicha valoración. Y por otro, que tratándose de un patrimonio que supere el límite apuntado, la normativa no prevé ninguna sanción para el caso de que no se informe al juez para que se abra el expediente de representación, de tal modo que el padre que silencie la fortuna de su hijo disfruta de una impunidad total. Esto lleva a que nos encontremos con casos en los que tutor ejerza sus funciones de forma abusiva hasta tanto no llegue el momento de la rendición del informe anual de su administración a que viene obligado ante el juez, pudiendo ser entonces demasiado tarde para remediar el daño patrimonial o moral que pudiera haberse infringido al menor¹¹⁶.

Asimismo, según el artículo 235 CF 2004 el representante legal en todo caso tiene la obligación de informar al Juez de menores sobre los bienes del incapaz (pues el menor se asume como un incapaz), documentos, joyas, bienes muebles, etc., asumiendo, en caso de no hacerlo, las consecuencias de dicho incumplimiento. Todos los fondos y los valores mobiliarios deben depositarse en una cuenta a nombre del menor en una institución pública por orden del Juez.

En definitiva, en lo que a este último punto de control judicial se refiere, la regulación marroquí es, en cierto sentido, más protectora que la española, la cual sólo aplica el principio de desconfianza a la tutela del menor o en caso de fallecimiento o abandono de éste, dejando al margen de su rigor a la patria potestad que ejercen sus padres. Si bien, el criterio jurídico del Derecho español se basa, a nuestro entender, en el principio de justicia de, como regla general, confiar en los padres en el ejercicio de la patria potestad pues, como decían nuestros codificadores, el legislador quiere querer por nosotros lo que nosotros quisiéramos siendo justos.

III.3 EL DERECHO DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS COMO CARGA DEL MATRIMONIO. PROLONGACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA TRAS SU MAYORÍA DE EDAD

En el Derecho marroquí, junto con la dote, el segundo pilar sobre el que se sustentan las relaciones patrimoniales entre los

¹¹⁶ MOUNIR, O., *ob. cit.*, p. 148.

esposos está definido por el derecho de alimentos del que son titulares los hijos y la esposa. A diferencia de nuestro CC, que regula la obligación de alimentos con carácter general y recíproco entre los obligados a ella, la *Mudawana*, y aunque la llama de igual forma (*nafaqa*), en puridad contiene dos obligaciones diferentes con distinto régimen jurídico, según el beneficiario sea la esposa o los hijos comunes.

La obligación de alimentar a los hijos comunes es responsabilidad de ambos cónyuges; aunque con alguna matización: la responsabilidad del patrimonio del padre es directa, y la madre solo responde de forma subsidiaria, sólo en caso de imposibilidad patrimonial del progenitor (art. 199 CF). Esta regla es dispositiva en la medida que pudiera pactarse una responsabilidad directa de los bienes comunes, si los hubiera fruto del acuerdo, o de ambos patrimonios de forma paritaria¹¹⁷.

Como ocurre en el Derecho español, el derecho de alimentos de los hijos, no es un derecho que esté ligado al matrimonio de sus padres (como sí sucede con los alimentos debidos a la esposa), subsistiendo a modo de pensión alimenticia, como una consecuencia típica de carácter patrimonial derivada de la ruptura del matrimonio.

No obstante, no son igualmente beneficiarios de este derecho los hijos que las hijas, observándose, pues, una clara diferencia entre los sexos, pero, esta vez, a favor del sexo femenino. Efectivamente, en concordancia con la realidad social, y con un marcado

¹¹⁷ Siguiendo a M.^a D. CERVILLA GARZÓN, «Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en la Mudawana 2004: una reflexión desde el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 18, Oct. 2010, (consultado en la Base de Datos de Aranzadi, BIB 12866/2010), en el Derecho marroquí, no existe, como en nuestro Derecho, un régimen económico supletorio a falta de voluntad o manifestación alguna de los cónyuges. Por el contrario, podemos afirmar que en Derecho marroquí rige la total separación entre los bienes de ambos esposos, conservando cada uno de ellos la administración y gestión sobre su patrimonio, sin que se produzca confusión alguna entre éstos. Sin embargo, la reforma «invita» a los esposos a pactar un régimen económico para los bienes adquiridos después del matrimonio, apareciendo dicha intención desde el preámbulo de la ley y, cómo no, en el propio texto. Concretamente, el artículo 49 CF, después de proclamar la no confusión patrimonial, dice «No obstante, podrán ponerse de acuerdo, en el marco de la administración de los bienes adquiridos durante su relación matrimonial, sobre su modo de explotación y distribución»; pero va más allá: establece, en el párrafo tercero de dicho precepto, una obligación de los adules, presentes en la celebración del matrimonio, de informar a los esposos de esta posibilidad.

(...) Esta libertad a la que hemos aludido, aparte de encontrarse sometida a los límites generales establecidos en el artículo 47 CF (cláusulas contrarias a la finalidad del matrimonio y a normas imperativas), en el ámbito patrimonial, se ve afectada por dos instituciones que, necesariamente, forman parte de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges: la dote y la obligación de alimentos; y que, por consiguiente, su existencia (que no su contenido o régimen) se encuentra fuera del pacto matrimonial.

Vid. también CERVILLA GARZÓN, M.^a D. y ZURITA MARTÍN, I., *El derecho de familia marroquí*, ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2010, pp. 92 a 94.

carácter protector, la obligación de alimentar a las hijas se mantiene hasta que tengan un patrimonio propio que se lo permita o hasta que contraigan matrimonio (pasando, pues, en este caso, a ser mantenidas por su esposo), mientras que los hijos pierden el derecho cuando alcanzan la mayoría de edad o hasta los veinticinco años si no han completado sus estudios (art. 198 CF).

Frente al Derecho marroquí, en el Derecho español la alimentación a los hijos menores durante la situación de normalidad matrimonial se recoge en el llamado régimen matrimonial primario, que implica un conjunto de disposiciones generales, heterogéneas y aplicables cualquiera que sea el régimen económico, legal o pactado, al que esté sujeto el matrimonio. Así el artículo 1318 CC declara que «los bienes de los cónyuges están sujetos a las cargas del matrimonio», entendiendo por tales cargas, según la dicción del artículo 1362.1 y ante la ausencia de aclaración del propio artículo 1318 CC, «el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia».

Desde un análisis más profundo, y siguiendo la enumeración de deberes que integran el contenido de la patria potestad y que recoge el artículo 154 CC, se encomienda a los padres la obligación de alimentar a los hijos menores no emancipados; encontrándonos, por tanto, con un deber que corresponde solidariamente a ambos progenitores. En consecuencia, el deber de alimentos sobre los hijos menores no emancipados trasciende al ejercicio mismo de la patria potestad configurándose como un deber inexcusable, irrenunciable e incuestionable que encuentra su fundamento básico en dicha patria potestad y su fundamento último en el propio hecho de la filiación, presentándose ante nuestros ojos como la proyección fáctica del deber de velar por los hijos. Y es precisamente la alta consideración de este deber lo que lleva al legislador a imponerlo a todo progenitor con independencia de que ostente o no la patria potestad, tal y como se desprende de la lectura del artículo 110 del Código Civil¹¹⁸.

Una vez expuesto el deber solidario de los cónyuges sobre el deber de alimentos de sus hijos, resulta obvio afirmar que dicho concepto a que viene a referirse el Código Civil, necesariamente, ha de ser mucho más amplio que el de suministrar viandas o comida. No realiza el Código, en sede del artículo 154, una definición de qué ha de entenderse por alimentos, por lo que nos vemos obli-

¹¹⁸ Vid. AGUILERA RODERO, J.: «Análisis sobre el contenido personal de la patria potestad en el progenitor», en *Actualidad civil*, núm. 12, junio 2008 (BIB 20458/2008).

gados a realizar una aproximación al artículo 142 del mismo cuerpo legal, donde se inicia la regulación de la obligación legal de alimentos entre parientes. A tenor del primer párrafo de este precepto, por alimento se ha de entender todo aquello que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Comprenderá, por tanto, el deber de alimentarlos la satisfacción de cuantas necesidades alimenticias, médicas, económicas, residenciales, de ocio y demás gastos que se deriven del correcto cuidado y atención que permitan el adecuado desarrollo de los menores. Sería conveniente precisar que la educación y la instrucción del menor también se integran dentro del deber de alimentos. La educación y formación integral del hijo esté integrada en el concepto de alimentos –que proporciona el artículo 142 CC–, si bien, durante la minoría de edad hay que resaltar que ésta es un deber específico derivado de la patria potestad¹¹⁹.

No obstante, respecto a la responsabilidad conyugal apuntada, hay que hacer tres matizaciones: i) en primer lugar que, aunque el precepto establece la responsabilidad de los patrimonios conyugales, como advierte Lacruz, se trata de una obligación de los propios cónyuges que puede consistir en aportar, tanto bienes, como su colaboración personal a la vida y sostenimiento de la familia. Por otro lado, no son únicamente los cónyuges los obligados a hacer frente a las cargas del matrimonio, también deben hacerlo los hijos, mientras convivan con la familia, en la medida de sus posibilidades (art. 155.2 CC).

ii) En segundo lugar que, en orden a determinar concretamente la forma de contribución de cada cónyuge al levantamiento de las cargas del matrimonio, habrá que estar, en primer lugar, a lo pactado, y en defecto de pacto, a las reglas propias del régimen económico al que esté sujeto el matrimonio: en concreto, el artículo 1362 CC para el régimen de gananciales, esto es, respondería la masa común; y el artículo 1438 CC para los regímenes de separación y participación, esto es, en proporción a sus respectivos recursos económicos –en virtud de la remisión del artículo 1413 CC–; frente a la responsabilidad subsidiaria de la mujer del derecho marroquí.

iii) En tercer lugar, y en cierto sentido de modo parecido al criterio establecido en el artículo 198 CFM apuntado anteriormen-

¹¹⁹ A pesar de la utilización que hemos realizado del artículo 142 del Código Civil para poder delimitar el alcance del término alimentos, debemos dejar meridianamente claro que la obligación de alimentar a los hijos menores no emancipados en cuanto función derivada de la patria potestad no se encuentra regulada por la normativa reguladora de la obligación de alimentos entre parientes, sin perjuicio que esta última pueda servir para clarificar aspectos de aquel deber no concretados por el propio Código Civil.

te que extiende la obligación de alimentos al hijo hasta los veinticinco si no han completado sus estudios, en el Derecho español se distingue entre la obligación de los padres de alimentar a los hijos menores de edad en virtud del ejercicio de la patria potestad y la obligación legal de alimentos entre parientes, que surge de la relación de filiación cuando el hijo llega a la mayoría de edad o se emancipa y los necesita para subsistir.

Al respecto, dado que el cumplimiento de los dieciocho años no implica que quien los haya cumplido haya llegado a la autonomía económica o la formación profesional que le permita acceder a ella, el CC prevé que «los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad, y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable» (art. 142.2). No obstante, como manifiesta la Sentencia de AP León de 3 de abril de 2002 (EDJ 2002/27297), la duración de la pensión ha de estar supeditada al resultado favorable de los estudios o a la posibilidad de trabajar, pues lo contrario supondría dejar a voluntad de los hijos el prolongar *sine die* las obligaciones alimenticias por el sólo hecho de renunciar a formarse adecuadamente o de no intentar acceder al mercado laboral, favoreciendo con ello la cómoda holganza del alimentista.

Por otro lado, el artículo 149 CC dispone que «el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos». Este precepto (junto con el art. 93.2 CC) se traduce en la convivencia del ya mayor de edad con sus padres en el domicilio familiar, o bien en otro lugar (si, por ejemplo, estudia en una ciudad distinta), y, también en la dependencia del poder de dirección de la vida familiar que incumbe a sus padres. La dependencia económica por un lado, y la (limitada) dependencia personal derivada de esa convivencia y del poder de dirección de la vida familiar, hacen que el mayor de edad carezca, de hecho, de plena autonomía (aunque sí tenga plena capacidad de obrar).

IV. LA PROTECCIÓN DEL MENOR EN LAS CRISIS MATRIMONIALES

IV.1 IDEAS GENERALES

En primer lugar es de interés señalar que al igual que el Derecho español, en el Derecho marroquí el divorcio se desarrolla bajo el control del Juez competente en asuntos familiares; pero, a dife-

rencia de aquél, parece ser que se lleva a cabo de modo obligatorio en el marco de una conciliación y mediación con la ayuda del Juez de familia, el Consejo de familia y toda persona capaz de mediar en la pareja; conciliación que habría de repetirse, en un *interim* de al menos treinta días, si se tratara de una pareja con hijos (art. 82 del Código de Familia).

De tal modo que si las tentativas de conciliación fracasan, el Tribunal, antes de pronunciarse sobre la demanda de divorcio, fija una cuantía que el esposo está obligado a consignar ante el Tribunal en el plazo de treinta días. Esta cuantía constituye la indemnización debida a los hijos comprendiendo la pensión de alimentos, los gastos de alojamiento, y la guarda y gastos de escolarización; y se fija por el Juez teniendo en cuenta la condición de vida de los menores y su situación escolar antes del divorcio¹²⁰.

Incluso, el nuevo Código de Familia recoge, en la misma línea que el español, que en el supuesto del divorcio por mutuo consentimiento, el Tribunal no puede validar el acuerdo si el mismo supone un perjuicio a los intereses de los menores¹²¹.

IV.2 LA GUARDA O CUSTODIA DEL DERECHO ESPAÑOL. LA *HADANA* EN EL DERECHO MARROQUÍ

IV.2.A Notas diferenciales entre el Derecho español y el marroquí

Los conceptos de patria potestad y la custodia, como instituciones jurídicas diferenciadas, han existido siempre en el Derecho Matrimonial español y así han sido tratadas en la doctrina y la jurisprudencia desde la aprobación de la Ley 30/1981, de 7 de julio (popularmente conocido como Ley del divorcio)¹²². Si bien,

¹²⁰ ABDELLAOUI, F-Z.: «La garde de l'enfant dans le nouveau Code de la famille marocain», *L'enfant en Droit marocain. Actes de colloque du 14 janvier 2008*, *ob. cit.*, p. 347, que nos explica que en caso de divorcio mediando compensación (*Khol*) el tribunal puede no llegar a conceder la misma en caso de que dicha concesión implica algún perjuicio a algunos de los derechos de los menores (pensión de alimentos, de alojamiento).

¹²¹ Para profundizar en la disolución del matrimonio en el Derecho marroquí sus causas y procedimiento, *Vid.* OUALD ALI, Karima: «La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí», en *Inmigración, Familia y Derecho*, ed., Marcial Pons, Barcelona, 2011, pp. 289-314.

¹²² GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: «Custodia versus patria potestad. Delimitación del concepto y funciones de una y otra», *Boletín de Derecho de familia*, <http://www.welderecho.com>; núm. 93, sept. 2009; que nos matiza que dicha distinción sólo ha tomado cuerpo y se ha hecho visible en los textos legales muy recientemente, en los artículos 748.4 y 769.3 de la LEC 1/2000, de 7 de enero (EDL 2000\77463), y en el CC tras la reforma llevada a cabo

durante las crisis matrimoniales la diferencia de tales conceptos se agudiza, tal y como también sucede en el Derecho marroquí, pues si la guarda, la *hadana del Derecho marroquí*, supone un deber del padre y la madre mientras el vínculo persiste hasta la edad de los dieciocho años del menor (se ejerce de forma conjunta por ambos), en el caso del divorcio aquélla se atribuye a uno de los progenitores con el consiguiente derecho de visita al otro, con las matizaciones que introduce el Derecho español con la llamada custodia compartida¹²³.

A mayor abundamiento, mientras en el Derecho marroquí la representación o defensa de los intereses del menor de edad sigue ostentándola el padre o tutor tras el divorcio, en el Derecho español, el llamado *ejercicio de la patria potestad*, es decir la toma de decisiones que afecten a las cuestiones o asuntos trascendentes en la vida y desarrollo integral de los menores, representarlos y administrar sus bienes, como regla general sigue siendo conjunto, en aras del principio de «corresponsabilidad parental» fomentado desde la Unión europea. Si bien, excepcionalmente, en aras del interés del menor el Juez puede decidir que, o bien que ejercite la patria potestad solamente un cónyuge; o bien que la ejerciten parcialmente ambos; esto es, parte del contenido lo ejercita un cónyuge (decisiones del ámbito patrimonial, por ejemplo); y la otra parte del contenido el otro cónyuge.

Por último, en esta materia ambos ordenamientos son permeables al criterio de salvaguarda del interés superior del menor. En concreto, la jurisprudencia menor española nos recuerda que a la normativa de protección del menor no le sean aplicables muchos de los conceptos propios del Derecho civil patrimonial, de modo que, antes de atender al interés económico hay que valorar la capacidad afectiva, el cariño, y la disponibilidad para dedicarse a los hijos. En consecuencia, circunstancias como la mejor posición económica de un progenitor no deben determinar que el interés superior del menor sea permanecer con él¹²⁴.

en el mismo por Ley 15/2005, de 8 de julio (EDL 2005\83414), que reguló expresamente la guarda conjunta o compartida en el artículo 92, cuyo inciso final distingue claramente ambos conceptos al hablar «del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores».

¹²³ Vid. por todos, SOLÉ RESINA, J., y YSÁS SOLANES, M.: «Custodia compartida: de la excepción a la regla general. Un paso más hacia la igualdad y no discriminación por razón de sexo», *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado, ob, cit*, pp. 732-758.

¹²⁴ Ref. SSAP de Navarra de 29.1.1993 (AC 1993\67); de Palencia de 14.1.1998 (AC 1998\3193); y de Segovia de 21.1.1999 (AC 1999\2667); en TORRES PEREA, J.M., *ob, cit*, np.10, p.18.

IV.2.B El contenido de la custodia o guarda en el Derecho español

Es lugar común en la doctrina que la *custodia o guarda* o cuidado directo del menor conlleva para el Derecho español una situación de convivencia (deber de tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral), y, por tanto, el derecho a tomar unilateralmente decisiones sobre los asuntos que deriven de la convivencia diaria o cotidiana y en la esfera que puede considerarse normal y ordinaria en la educación y desarrollo del menor, pero no en la esfera que pueda considerarse extraordinaria en el desarrollo del menor.

En consecuencia, en los supuestos de crisis matrimoniales es donde más claramente se establece que, al margen de que el ejercicio de la patria potestad normalmente sigue perteneciendo a ambos progenitores, la custodia se adjudica a uno de ellos, y el derecho de vista al otro cónyuge; a excepción del caso en el que el Juez estime que la convivencia del menor ha de ser compartida (se han de dar una serie de requisitos, de proximidad geográfica; buena relación de los padres; al menos que el menor tenga al menos tres años; la opinión del menor; etc.), en la línea que recoge el anteproyecto Anteproyecto de ley *sobre el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio*¹²⁵. Incluso, la preferencia por la regla de la custodia compartida frente a la individual se ha positivizado en algunos ordenamientos jurídicos forales como el aragonés y valenciano, en concreto, en el artículo 80.2 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Ara-

¹²⁵ [Http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198252237/ALegislativa_P/1288774452773/Detalle.html). En la Exposición de Motivos de dicho Anteproyecto se recoge: «(...) Sin embargo, a partir de la STS de 8 de octubre de 2009, se ha venido consolidando la jurisprudencia que defiende una interpretación extensiva de esta excepcionalidad y que fija los presupuestos que deben ser exigidos para la adopción del régimen de custodia compartida, con referencias a algunos ejemplos del Derecho europeo y de las Comunidades de Aragón y Valencia.

La cuarta etapa es la que se pretende con esta reforma, en respuesta a determinadas disfunciones que el régimen vigente está provocando en la práctica y que han tenido notorio alcance social. Para acometer la misma se han tenido en consideración la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo y las normativas de las Comunidades Autónomas que recogen la custodia compartida en sus leyes, como las de Aragón y Valenciana, que establecen la preferencia de la guardia y custodia conjunta por los progenitores, salvo que la custodia individual sea más conveniente para el hijo, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que debe presentar cada uno de ellos; o la de Navarra que no se posiciona preferentemente por ningún modelo de custodia, con lo cual deja plena libertad al Juez o Tribunal para decidir, en interés de los hijos, si es más conveniente establecer la custodia individual o compartida; o la de Cataluña que tampoco establece literalmente preferencia por la guardia y custodia compartida, acordándose si los cónyuges en el plan de parentalidad así lo solicitan, salvo que resulte perjudicial para los hijos, debiendo la autoridad judicial en el resto de las ocasiones determinar la forma de ejercer la guarda, compartida o individual, atendiendo al interés del hijo».

gón, por el que se aprueba, con el título de *Código del Derecho Foral de Aragón*, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, como Ley 5/2011, *de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*.

No obstante, es interesante hacer referencia a que hoy en día existe una tendencia en los Jueces de Familia a considerar que la guarda y custodia se configura como una de las funciones que se integran en la patria potestad y, en consecuencia, no supone un status privilegiado del progenitor a quien se le otorga frente al otro. Asimismo afirman que la responsabilidad de los progenitores para con la descendencia es conjunta y cada uno de ellos asume la posición de garante del menor cuando el hijo se halla en su compañía.

En este sentido, la Sentencia de AP Córdoba de 31 de marzo de 2006 precisa unos criterios de interés respecto a los términos «guarda y custodia y régimen de visitas y estancias», que por ello recogemos: a) en primer lugar, que la convivencia de los hijos con los padres es siempre compartida, aunque no necesariamente al 50%; b) asimismo, que la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas. Es decir, la separación o el divorcio lo único que implican es que los hijos convivirán más tiempo con el progenitor custodio, pero el resto de las funciones (velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes) siguen siendo compartidas entre ambos. c) y que el reparto del tiempo de convivencia que se hace tras una separación o divorcio no implica una sanción o castigo para uno de los padres; las causas que provocaron la ruptura no deben mezclarse con el reparto del tiempo de convivencia, puesto que la legislación matrimonial española opta por el sistema «separación-remedio».

En cualquier caso, compartimos la opinión de los Jueces de Familia que advierten de la necesidad de superar la terminología actual¹²⁶ referida al régimen de guarda y custodia y régimen de

¹²⁶ En este sentido se pronuncia la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia (Familia) n.º 7 de Sevilla de 11 de julio de 2008 (EDJ 2008/137400). A tenor de todo ello, dada la rivalidad parental apreciada (incluso, como se ha dicho en el citado informe pericial), lo cierto es que lo que corresponde a este Tribunal es intentar reducirla. Por ello en la parte dispositiva de esta resolución, se omitirá, de forma consciente, hacer referencia expresa al término de «atribución de custodia» y con la finalidad, se insiste, de eliminar, o al menos reducir, la carga e impacto emocional que es fuente y origen de conflictividad familiar. Por consiguiente, dada la polémica y actitud beligerante de ambos progenitores, se entiende conveniente desligar esa conflictividad de cuestiones meramente terminológicas, procurando compatibilizar el legítimo interés de ambos progenitores con el de mantenimiento de una real y efectiva situación de corresponsabilidad parental, lo que hace innecesario tener que escoger entre un modelo de custodia exclusivo u otro de custodia compartida. Esta decisión, especialmente, se adopta en beneficio de la hija menor, entendiéndose una solución ecléctica, pues implica una distribución de funciones parentales que aún sin alcanzar ni reunir las características de un modelo de custodia compartida, se

visitas para con la descendencia común en cuanto ello en ocasiones agrava incluso el conflicto familiar existente entre los litigantes debiendo en las resoluciones judiciales utilizarse expresiones que permitan configurar la estancia de la descendencia con cada progenitor como un reparto de la convivencia.

En cualquier caso, si se analiza la jurisprudencia española se puede concluir que el cónyuge custodio va a poder seguir tomando unilateralmente decisiones respecto: a) *al ámbito sanitario*, en orden a fomentar unos determinados hábitos de higiene y alimenticios, así como a decidir la aplicación al menor de todo tipo de actuación o tratamiento médico en supuestos de urgencia vital o lesión irreversible, sin perjuicio de dar cuenta inmediata al otro progenitor; b) *al ámbito educativo o escolar*, autorizando al niño para asistir a excursiones o actividades escolares, esporádicas o no permanentes, que impliquen salida del centro docente; inscribiendo al menor en el comedor; formulando solicitud de ayudas o becas para el transporte, material escolar; o, incluso, delegando a un familiar o adulto responsable la recogida del menor del colegio; etc.; y, *al ámbito de la vida cotidiana del menor*, al decidir el tipo de alimentación, clase de ropa y calzado, las actividades de ocio siempre que no impliquen un riesgo físico o psíquico grave para el menor, y al fomentar los hábitos de comportamiento del menor y, en definitiva, los actos que se realicen por uno sólo conforme a los usos sociales¹²⁷.

En consecuencia, la custodia no permite adoptar unilateralmente por el progenitor custodio los actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad, debiéndose adoptar de mutuo acuerdo por ambos progenitores. Según la experiencia de los Tribunales los actos de extraordinario ejercicio son, entre otros y respecto a los que causan más controversia: a) *escoger el Colegio al que matricular al hijo* (público o privado; religioso o no, etc.); si ir o no a un Internado, o a estudiar fuera etc. –SSAP de Murcia de 16.2.1999–; de Sevilla de 26 de enero de 2006 (EDJ 2006/82795); de Tarragona de 16 de diciembre de 2004 (EDJ 2004/262812), etc., b) *tomar decisiones relativas a la salud física o psíquica del menor*; c) *dis-*

aproxima a los aspectos positivos que reporta para los hijos, superando los límites y fronteras de un modelo de custodia exclusiva, pues a la postre, no existen compartimentos estancos que separen uno de otro.

En este mismo sentido se manifiestan las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia (Familia) nº 7 de Sevilla de 3 de diciembre de 2007 y de 21 de febrero de 2007, confirmando ese criterio la Sentencia de AP Sevilla de 31 de marzo de 2008.

¹²⁷ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Comentario del Código civil*, ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 551, para quién el uso social es: «en primer lugar, un acto correspondiente al desarrollo normal de la vida de un menor, tanto el referido a su persona como a sus bienes; y, en segundo lugar, que se trate de una actuación que por su propia naturaleza se repita con cierta frecuencia en la práctica».

poner de bienes del menor; o ejercitar acciones judiciales en su nombre.

Si bien, hay actos limítrofes difíciles de calificar de acto extraordinario u ordinario, pues a pesar de que están relacionados con el normal desenvolvimiento de la vida cotidiana del menor, tienen innegable importancia en su proceso de formación integral (realización de excursiones escolares al extranjero; el sometimiento a revisiones pediátricas; o la administración de vacunas no obligatorias, o la determinación del tipo de actividades extraescolares que ha de realizar el menor; o la contratación del servicio escolar voluntario de asistencia psicológica, entre otras). Por ello, es interesante reseñar que para garantizar la toma en común de dichas decisiones extraordinarias, en la actualidad, los Tribunales establecen como medida garante el deber del progenitor custodio de informar periódicamente (mensual; trimestralmente) al no custodio sobre los aspectos relevantes de la vida del menor (SAP de Barcelona de 14 de febrero de 2003); o en los casos más extremos derivar dicho deber de información periódica al Centro docente y al centro médico (SAP de Barcelona de 16 de octubre de 2007 –EDJ 2007\246116–).

En esta línea, pero mejorable, se encuentra la propuesta interesante y útil de ciertos Tribunales de recoger, como fórmula de estilo, en las resoluciones judiciales de atribución de ejercicio conjunto de la patria potestad los actos que se consideran de extraordinario ejercicio y cuáles no¹²⁸.

Por último, hay que hacer mención al supuesto polémico y especial al cambio de domicilio del menor por parte del cónyuge

¹²⁸ GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: «Custodia versus patria potestad. Delimitación del concepto y funciones de una y otra», *ob. cit.*, pp. 8-9, pues dicha propuesta traería como ventaja que el progenitor no custodio pudiera interponer (ante por ejemplo el cambio de domicilio o cambio del colegio del menor no consentido) una demanda ejecutiva pidiendo en ejecución de sentencia que se requiera al progenitor custodio que reintegre al menor (en tal caso, en forma más rápida y eficaz, procedería la ejecución forzosa, para deshacer lo mal hecho, conforme a las prescripciones del art. 710.1 LEC); ya que de lo contrario, aquél se vería obligado a interponer un procedimiento de modificación de medidas demandando que se declare y valore perjudicial para el menor el cambio; y, en su caso, se solicite el cambio del progenitor custodio; con lo que implica el paso del tiempo y que la situación de hecho creada favorezca a quién deliberadamente infringió el deber de consultar la decisión.

Asimismo, dicha previsión tienen una importante y positiva incidencia para las partes en el ámbito de los conflictos transfronterizos de matrimonios con elemento extranjero, propios del derecho internacional privado, y en su caso, la posible aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre *Los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores*, ratificado por España el 28 de mayo de 1980, o las contenidas en el Reglamento (CE) n.º 2201/2003, *relativo a Competencia, el Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Matrimonial y de Responsabilidad parental*, reglamento que en materia de sustracción de menores viene a modificación parcialmente la aplicación del Convenio de la Haya entre los Estados Miembros).

custodio para su desarrollo más específico en el epígrafe siguiente en orden a compararlo con la realidad marroquí.

IV.2.C La hadana: referencia especial al derecho a la educación religiosa y al cambio de residencia, y a su comparativa con el derecho español

IV.2.C.a) NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LA HADANA: SU SIGNIFICADO 129 (ARTS 163-186 CFM)

Una vez expuesto el concepto de custodia en el Derecho español, es necesario advertir que en el Derecho marroquí la ya citada *hadana* aunque pudiera parecerse en el fondo es diferente a la custodia del Derecho español, dado que la concepción de las relaciones que entablan el padre y la madre con sus hijos en el ordenamiento marroquí presenta peculiaridades y diferencias respecto a la existente en el Derecho español¹³⁰.

En concreto, la *hadana* consiste en un derecho de crianza, esto es, «en preservar y proteger al menor de lo que podría perjudicarlo, educarlo, y velar por sus intereses. La persona encargada de la *hadana* debe, en la medida de lo posible, adoptar todas las medidas que sean necesarias para la conservación y para la seguridad, tanto física como moral del hijo, velar por sus intereses en caso de ausencia de representante legal» (art. 163CFM). Siendo una novedad el que el artículo 166 CFM estipule que la custodia se prolongará hasta la mayoría de edad legal del menor con independencia del sexo (pues la Mudawana de 1957 preveía la custodia del varón hasta la mayoría y la de la mujer hasta su matrimonio).

En consecuencia, en sentido estricto, la *hadana* no ejerce la guarda jurídica, no teniendo la posibilidad de actuar en su nombre, frente al derecho español en el que, debido a que el cónyuge custodio, como regla general, conserva el ejercicio de la patria potestad, puede actuar en nombre del menor, e incluso sin ostentar dicho ejercicio, sí podría llevar a cabo él solo las decisiones derivadas de la convivencia.

¹²⁹ Malika BENRADI (coord.): *Le code de la famille. Perceptions et pratique judiciaires*, Fondation Friedrich-Ebert, FesMaroc, enero, 2007.

Consultada en: <http://www.genreenaction.net/spip.php?article7565>

¹³⁰ Esta es una novedad igualmente del CF, pues las disposiciones de la antigua *mudawana* preveían que la *hadana* continúa hasta la mayoría de edad del niño y hasta el matrimonio de la niña. De tal modo que con el cambio el legislador ha querido recoger lo previsto en los convenios relativos a los derechos de los menores, entre ellos, el Convenio de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, del que Marruecos forma parte.

No obstante, si la pareja se separa o el matrimonio se disuelve, tal y como ya hemos apuntado, la *wílaya* la sigue ostentando el padre pero, respecto a la guarda o *hadana* el CF establece un orden de preferencia para determinar la persona a la que el ordenamiento le atribuye las funciones en que consiste aquélla: la madre, el padre y la abuela materna (art. 171 CFM)¹³¹. Si bien, se amplía de modo loable el papel del Juez de familia en la elección de la persona a quién se le atribuya la guarda teniendo en cuenta el interés del menor. En concreto, si los anteriores no aceptan o no cumplen las condiciones para salvaguardar el interés del menor, el Juez (previa petición del interesado o del Ministerio Fiscal) escogerá entre los parientes próximos y otras personas, y a falta de éstos, optará por una de las instituciones habilitadas a este efecto (art. 165). Naturalmente, como establece el artículo 180 CFM el progenitor que no ostente la guarda del hijo tendrá el derecho de visitarle y recibir su visita, régimen que se dejará en manos del padre y de la madre, quiénes, después de acordarlo, lo pondrán en conocimiento del tribunal¹³².

A mayor abundamiento, respecto a la *hadana* resaltamos seis ideas de interés:

i) *En primer lugar*, el CFM prevé las condiciones para que las personas a las que el ordenamiento atribuye el derecho de *hadana* pueda ejercerlo; perdiéndolo las personas que no reúnan alguno de los requisitos del artículo 73: tratarse de personas mayores de edad si no son progenitores del niño o de la niña; rectitud y honradez; capacidad para educar, proteger y velar por el menor, espiritual, física y moralmente, y controlar sus estudios; y, por último, la soltería de la persona que solicite el derecho, salvo en determinados supuestos previstos en los artículos 174-175 CFM, a los que aludiremos posteriormente. En lo que concierne al requisito de la capacidad para educar y proteger al menor, etc., se han pronunciado los Tribunales marroquíes en el sentido de que «no es razón para la pérdida de la custodia el hecho que la mujer ejerza una profesión administrativa o educativa que no le ocupa mucho tiempo, puesto que no le impide vigilar al custodiado» (Sentencias del TS, núm. 33, de 10 de febrero de 1975, y núm. 327, de 28 de marzo

¹³¹ ABDELLAOUI, F-Z.: «La garde de l'enfant...» ob, cit, p.n347, indica las condiciones a cumplir por la persona que pretende la guarda: a) la mayoría legal para las personas diferentes a los padres; b) la rectitud y honestidad; c) la aptitud para asegurar la educación y la guarda del menor, su orientación religiosa, su seguimiento sanitario, educativo y escolar; d) el no matrimonio, salvo ciertas excepciones reguladas para la madre del menor.

¹³² En caso de fraude en la ejecución del acuerdo o de la resolución, el juez podrá adoptar todas las medidas que sean necesarias modificando el régimen de visitas establecido o, incluso, decretando la retirada de la custodia (art. 184 CFM).

de 2000). Se trata en realidad de un tema discutido por los teólogos musulmanes, que, sin embargo, queda claro en los artículos 5-8 de la Constitución de Marruecos como en el capítulo I del Dahir de 24 de febrero de 1958, que prevén que la mujer no pierde el derecho a la *hadana* por el mero hecho de que realice una actividad laboral, salvo que se pruebe ante el Juez que su trabajo perjudica al custodiado¹³³.

ii) *En segundo lugar*, se marca la edad de *quince años para que el menor que se encuentra sometido a la hadana pueda decidir* la persona que ejercerá este derecho, que pueden ser sus progenitores o algunos de sus parientes (en caso de que no viva ninguno de los dos), con la única condición de que su elección no sea contraria a sus propios intereses y cuente con el acuerdo de su representante legal; aunque, en la práctica en la mayoría de las ocasiones recae en la madre, la cual, con el actual CF y siguiendo la jurisprudencia anterior, no la pierde aún en caso de segundo matrimonio (art. 166.2)¹³⁴.

iii) *En tercer lugar*, la interesante *coordinación*, prevista por el nuevo Código de Familia, de las competencias de la persona que tiene la guarda y las del representante legal en el sentido de que en los casos en los que exista confusión entre los intereses personales y los patrimoniales del menor pueda existir una transferencia de competencias del padre que ostenta la tutela o representación a la madre para que ésta, en caso de ausencia del padre o cuando se tema por los intereses del menor, pueda ejercitar y gestionar los asuntos y negocios del menor.

iv) *En cuarto lugar*, es una novedad que la fijación de los «*gastos de alojamiento*» del menor sometido a la *hadana* de la madre es independiente de la pensión de alimentos, de tal modo que el Juez no puede proceder a la expulsión del menor sometido a guarda del domicilio conyugal que tras la ejecución del juicio relativo a su alojamiento (art. 168)¹³⁵. Esto es, tras la entrada en vigor del nuevo CFM la jurisprudencia reconoce a los hijos el derecho a permanecer en el domicilio (conyugal), con independencia de las demás obligaciones que recaigan sobre el padre como representan-

¹³³ Vid. OUALD ALI, Karima: «La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí», *ob. cit.*, p.130.

¹³⁴ A pesar de que este criterio (art. 166.2) fue criticado por el sector conservador, por entender que se concedía al niño una libertad incompatible con una edad en la que éste es inconsciente de su propio interés; sin embargo dicha disposición se mantiene en el vigente CFM respondiendo así el legislador de 2004 a las exigencias de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 que Marruecos ha ratificado (Vid. CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob. cit.*, p. 156).

¹³⁵ El Juez puede, de oficio, solicitar la colaboración de los servicios sociales con el fin de elaborar un informe sobre el alojamiento de la persona guardadora, y sobre las condiciones en las que provee a las necesidades materiales y morales del menor.

te legal. En este sentido, citamos la Sentencia del TS (núm 533), de 23 de noviembre de 2005, que indica que «el artículo 168 del Código de Familia prevé que el responsable de la manutención del hijo ha de asegurar también un domicilio digno o abonar una cantidad de dinero que permita alquilar una vivienda».

v) En *quinto lugar*, el *derecho de visitas* puede acordarse por los padres, pero en caso de desacuerdo el Juez lo fijará precisando el tiempo y lugar y tomando las precauciones necesarias para evitar el fraude a su ejecución, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso. Pero si aparecen nuevas circunstancias se puede demandar la revisión, parece que tanto por parte del padre como de la madre en régimen de igualdad (art. 183). E, incluso se puede acordar el derecho de visitas de los abuelos pero sólo para el caso de muerte de alguno de los padres (art. 185), a diferencia del derecho español en el que la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, *de modificación del Código civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos* modifica los artículos 90.b y 94 CC en el sentido de que el convenio regulador de separación judicial y divorcio deberá contener, «si se considera necesario» el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, y en el caso en el que no exista convenio regulador el Juez podrá establecer dicha medida¹³⁶.

vi) En *sexto lugar*, y por último, es una novedad loable el hecho de que el matrimonio de la madre que ostente la *hadana* no conlleve su pérdida de la *hadana* si el menor tiene menos de siete años o que se encuentre enfermo, o si el hecho de separarse de su madre puede conllevarle algún perjuicio; superando, de este modo el antiguo dilema entre renunciar, bien a su derecho natural al matrimonio, bien a su derecho maternal. No obstante, en este supuesto el padre se libera de la deuda del gasto de alojamiento y de la remuneración de la *hadana*, siguiendo obligado solamente a la pensión de alimentos respecto a sus hijos.

Al respecto, es interesante la sentencia de la Corte de apelación de Rabat de 7 de febrero de 2005¹³⁷ en el que los magistrados hacen una aplicación estricta de las disposiciones del artículo 175 CFM en relación al matrimonio de la madre encargada de la guarda de su hija, a la cual no se le privó de su guarda pues la menor no había aún alcanzado dicha edad, a pesar de los problemas de dere-

¹³⁶ GARCÍA CANTERO, G.: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, ed., Cuadernos Cívitas, Madrid, 2004, y la bibliografía que cita.

¹³⁷ Sentencia n° 42, de 7 de febrero de 2005, n° 165/2004/10, inédita, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Rabat, juicio n° 94, de 19 de abril de 2004, dossier n° 1214/03/inéditas, en BENRADI, Malika (coord...), *Le code de la famille...*, ob, cit, np. 41-42, p. 254.

cho transitorio que planteaba la sentencia. En sentido parecido se pronuncia la Sentencia del Tribunal de primera instancia de Kénitra de 14 de diciembre de 2005 (dossier nº 2871/05). De otra parte, y en lo que respecta al supuesto de que el menor se encuentre enfermo, la Sentencia del TPI de *Agadir* (núm. 352/98 de 4 de junio de 1998) concedió la *hadana* de una niña que tenía una enfermedad grave a la madre, dado que requería atenciones y cuidados que sólo podían ser atendidos por ella¹³⁸.

En realidad, y según un estudio acometido por la doctrina, la mayoría de las sentencias emitidas por los Tribunales de primera instancia hacen una aplicación estricta del Código, y cuando esto no ocurre, como en el caso de la sentencia analizada, los Jueces de segunda instancia o en apelación no dudan en censurar dicha decisión¹³⁹. En esta línea, y en aras de la salvaguarda del interés preponderante del menor, la sentencia de la Corte Suprema de 9 de mayo de 2007 (nº 263) alega que la Corte de apelación desconoció dicho interés del menor al decidir devolver el menor a su madre (en base a que no había ninguna declaración judicial que privara a la madre de la guarda) cuando el menor ya tenía cumplidos siete años, llevaba viviendo con el padre más de cuatro años sin oposición de la madre, y rechaza categóricamente la guarda de la madre¹⁴⁰.

En definitiva, el padre, la madre y los parientes próximos tienen el derecho de seguir y controlar las condiciones en las que se encuentra el menor sometido a guarda, y deben avisar al Ministerio Público de todos los perjuicios a los que el menor será sometido¹⁴¹.

IV.2.C.b) REFERENCIA ESPECIAL A LA EDUCACIÓN (RELIGIOSA) Y AL CAMBIO DE DOMICILIO POR LA MADRE QUE OSTENTA LA HADANA

La nueva *Mudawana* ha ampliado las facultades de intervención del juez de lo civil en la justicia familiar, tanto en el caso de obstaculización del derecho a la escolarización de parte de uno de los padres, y también en el supuesto del rechazo del representante legal a dar su acuerdo para que el menor sometido a la *hadana* viaje fuera de Marruecos. Pues en estos casos el Juez puede otorgar una autorización a dicho efecto tras haberse asegurado del carácter

¹³⁸ Citada por QUALD ALI, K., *ob. cit.*, p. 311.

¹³⁹ BENRADI, Malika (coord.): *Le code de la famille...*, *ob. cit.*, p. 256.

¹⁴⁰ ALHARR, ZA., *L'enfant en droit marocain*, *ob. cit.*, p. 243.

¹⁴¹ Para el análisis de estos puntos hemos seguido a: ALHARR ZA.: «Les droits de l'enfant en droit marocain», *ob. cit.*, p. 243; y ABDELLAOUI, F-Z.: «La garde de l'enfant...», *ob. cit.*, 345-346.

temporal del viaje y del retorno a Marruecos del menor sometido a guarda en el inicio del viaje (arts. 178 y 179).

En concreto, en lo que respecta al *derecho al cambio de residencia* hay que distinguir dos supuestos: a) el cambio de residencia dentro de Marruecos de la mujer que tiene la guarda o de su representante legal no conlleva la pérdida de la *hadana*, salvo que así lo estime el Juez en beneficio del interés del menor teniendo en cuenta circunstancias tales como la distancia que separa al representante legal de su hijo (art. 178 CFM). b) El cambio de residencia fuera de Marruecos si el representante legal se niega, no conllevaría la pérdida en el caso de que el Juez intervenga a favor de la autorización solicitada por la guardadora, si se cumple la condición del carácter provisional del viaje y que la madre guardadora garantice el retorno del menor a Marruecos. En realidad, el tribunal puede, a petición del Ministerio Público o del representante legal del menor, prever o recoger explícitamente en la decisión judicial que otorga la guarda, o en otra decisión posterior, la prohibición de llevarse al menor de viaje fuera de Marruecos sin el acuerdo de su representante legal. El Ministerio Público ha de notificar dicha decisión a las autoridades competentes a fin de tomar las medidas necesarias para asegurar su ejecución (art. 179 CFM)¹⁴².

En lo que se refiere al Derecho interno español, tal y como se ha visto, éste no determina con claridad las funciones inherentes a la patria potestad, diferenciándolas de las que corresponden a quien ostenta los derechos de custodia exclusiva, ni determina, en consecuencia, a cuál de los progenitores, en caso de conflicto, corresponde decidir el lugar de residencia del menor. No obstante, sostiene González Del Pozo, y lo corrobora jurisprudencia constante, con ciertas excepciones,¹⁴³ que existen sólidos argumentos para defender que el derecho a decidir sobre el cambio de residencia habitual de un menor forma parte de las funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad sobre el mismo y que, por tanto, en los casos de ruptura convivencial de los progenitores, el guardador precisa, para su adopción, del consentimiento del no custodio o, en su defecto autorización judicial. Las razones que sostienen esta tesis son, entre otras: a) el cambio de residencia habitual del menor constituye *una decisión* que debe adoptarse por ambos progenitores al venir *enmarcada dentro de la función de velar por los hijos*

¹⁴² ABDELLAOUI, Z.A.: «La garde de l'enfant...», *ob, cit*, p.349.

¹⁴³ Vid. GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: «La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores», *Diario La Ley*, núm. 6886, 19 feb. 2008 (La Ley 1089/2008), el autor cita una copiosa jurisprudencia sobre el tema que pone de manifiesto cómo no existe una respuesta unánime en la jurisprudencia menor de las audiencias a la cuestión planteada.

que compete tanto al progenitor custodio como al no custodio; b) *el cambio del lugar de residencia habitual de un menor*, con traslado de su domicilio a otra población y subsiguiente cambio de colegio o institución de enseñanza, *es una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor*; c) el cambio del lugar de residencia habitual de un menor a otra localidad distinta *—más alejada— comporta una alteración sustancial de las condiciones de ejercicio del derecho de relación del progenitor no custodio con el menor*, d) el sometimiento de la facultad de fijar el lugar de residencia del menor al régimen del previo consentimiento del no custodio, o subsidiaria autorización judicial, garantiza y asegura la mejor protección de los intereses del menor al someter la procedencia y conveniencia del cambio a una valoración judicial *ex ante*; e) *esta exigencia de consentimiento del progenitor no custodio no coarta ni limita el derecho fundamental del progenitor custodio*, reconocido en el artículo 19 CE de fijar libremente su domicilio y residencia.

Consumado el cambio de residencia del menor decidido en solitario por el progenitor custodio, la cuestión objeto de debate en el oportuno procedimiento no será a cuál de los progenitores le correspondía ejercitar aquella facultad, sino determinar si el cambio ya realizado, es o no beneficioso para el menor¹⁴⁴, y, supuesto que no lo sea, si debe mantenerse la guarda en el mismo progenitor o atribuirse al que, hasta entonces, era el no custodio, o, de mantenerse la guarda y custodia, qué adaptaciones o ajustes han de introducirse en el régimen de visitas y estancias para adecuarlo a la nueva situación.

Tras lo expuesto, llegado este punto creemos que es necesario incidir en que el hecho de que la madre marroquí que ostente la *hadana* no pueda cambiar de residencia no es en razón de que la *hadana* tenga un contenido diferente y discriminatorio respecto al contenido de la guarda y custodia en otros ordenamientos europeos, por ejemplo el español, tal y como lo refrenda la jurisprudencia española. La diferencia reside en que el nuestro ordenamiento el cónyuge que ostente la guarda normalmente también tiene el

¹⁴⁴ Al respecto, los Jueces valoran como circunstancias a tener en cuenta para resolver si el traslado de residencia del progenitor custodio con el menor debe dar lugar o no a un cambio de progenitor custodio entre otras, las siguientes: la voluntad de los propios menores cuando por su edad, tienen suficiente juicio y madurez para formar una opinión fundada; el arraigo y apoyo familiar de que goce el progenitor custodio en la nueva localidad de residencia y la corta edad del menor; la motivación del progenitor custodio para el cambio de residencia y, en especial, si el mismo obedece a motivos laborales, así como otras múltiples circunstancias como que no implique ejercicio abusivo de la patria potestad, la necesidad de los hijos de romper con el entorno anterior e iniciar una nueva etapa de su vida, etc.

ejercicio de la patria potestad, lo que implica que dicha decisión que excede de las decisiones ordinarias ha de tomarse conjuntamente por ambos progenitores que ostentan el ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien, lo que es discriminatorio es la pérdida de la guarda por la madre por dicho cambio de residencia, ya se produzca ésta por su iniciativa o por el del titular. Pues, además, según Foblets, la Corte Suprema marroquí se decanta por la retirada de la guarda automática, tal y como lo ratifica una sentencia posterior a la reforma del CF que ha resuelto que el tutor legal puede volver a tener la guarda del menor sin tener que ejercitar ninguna acción judicial basándose en la tesis de un gran erudito malékita (*Khalil*) según el cual quién tiene un derecho reconocido por la *Sharia* puede recuperarlo sin pasar por la justicia¹⁴⁵.

En segundo lugar, y en lo que al *derecho a la educación* se refiere, no podemos olvidar que la nueva *Mudawana* recoge de modo novedoso que tanto el padre como la madre deben velar por la educación y orientación escolar de los hijos; si bien, en caso de divorcio, el menor no debe pasar la noche fuera del domicilio que tiene la guarda al menos que el Juez decida que es en interés del menor.

Ahora bien, la educación religiosa es un deber del padre que ostenta la tutela (pues como hemos visto la religión es consecuencia del vínculo de filiación paterno no del materno), de tal modo que, al ser la religión una cuestión de orden público, el nuevo CF limita el derecho del menor de quince años a escoger el progenitor que ostente su guarda al no poder escoger un custodio que no ejerza la religión musulmana. Incluso, la no educación en la religión musulmana ha sido la causa más utilizada para privar de la *hadana* a la madre no musulmana, junto con su cambio de residencia, pues se considera, tal y como ya se ha dicho, de orden público que el hijo sea educado en la religión islámica de su padre. Así se desprende del artículo 173.3 CFM al mencionar la salvaguarda del menor desde el punto de vista religioso entre las condiciones que se consideran necesarias para la atribución de la guarda¹⁴⁶.

En razón de dicha limitación Marruecos ha realizado una reserva al derecho a la libertad religiosa consagrado en el artículo 14 de la Convención de los derechos del Niño, ratificado por Marruecos, entendiéndose que una libertad religiosa que le permitiera cambiar su religión iría contra las disposiciones de la *Sharia*¹⁴⁷.

¹⁴⁵ FOBLETS, M.-C., y CARLIER, J.-I., *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 92-93.

¹⁴⁶ QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Derecho e Inmigración: el repudio islámico en Europa*, ed., Caix Fundación Caja Pensiones, 2000, p. 85.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 99.

IV.2.D **La pensión de alimentos a los hijos tras la ruptura conyugal**

El derecho que los hijos tienen de ser alimentados por sus padres como una carga del matrimonio se transforma en pensión cuando los hijos no viven con sus padres, bien por decisión de éstos, bien porque los padres están divorciados.

El Código de Familia de 2004 refuerza los derechos de los hijos tras las crisis matrimoniales por las siguientes razones. El art. 168 CF prevé que la vivienda, los alimentos y la remuneración de la guarda –los gastos de la madre guardiana– sean independientes. Los hijos que se benefician de la guarda (hasta la mayoría de edad) sólo deben abandonar el domicilio conyugal si el padre les ha previsto otro alojamiento adecuado. Es al padre a quien toca la obligación de garantizar el mantenimiento de los hijos en el domicilio familiar o el que debe entregar la suma necesaria para alquilar una vivienda. Sin embargo, el artículo 199 CF indica que si el padre es total o parcialmente incapaz de asumir la carga y la madre tiene recursos, ésta deba llegar allí donde los recursos del padre no llegan para garantizar la pensión a los hijos¹⁴⁸. Así mismo, la guarda de la madre divorciada se remunera (art. 167) por parte del que debe proporcionar los alimentos a los hijos (el padre) que debe igualmente garantizar, en principio, el alojamiento del menor. De lo que cabe extraer que la madre guardiana no ha de ser tampoco expulsada del domicilio, si el marido es el propietario y no puede proporcionar otro alojamiento adecuado.

Ahora bien, la determinación de la cuantía de la pensión de alimentos a los hijos está sometida a criterios objetivos de fijación/moderación tales como los ingresos o capacidad económica del obligado, la situación de quién tiene derecho, los usos y costumbres del medio social en el que se debe la pensión (en base a las pruebas de ambas partes, y, en su caso, a la ayuda de un experto contable para la determinación de los ingresos de la persona obligada).

Es loable, dado el aspecto vital de este deber de alimentos, que para la fijación de dicha pensión se haya adoptado un proceso expeditivo al deber determinarse la pensión en el plazo máximo de un mes (art. 190 CF). Asimismo, es una novedad interesante que se haya previsto la posibilidad de ejecutar el pronunciamiento relativo a la pensión a través de la retención del salario percibido por el padre; aunque, respecto a esta cuestión, un estudio reciente acometido en base a encuestas a los justiciables pone de manifiesto que el respeto estricto de dicho plazo no se cumple y plantea problemas¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Si el padre sin excusa válida deja de pagar dicha pensión durante el plazo de un mes, da lugar al abandono de familia (*Vid. ALHARR, Z., ob, cit, p. 244*).

¹⁴⁹ BENRADI, Malika (coord...): *Le code de la famille, ob, cit, p. 253*.

Sin embargo, este modo de ver las cosas puede no adaptarse a la realidad cuando, en contexto de inmigración¹⁵⁰, ambos padres obtienen recursos económicos. La Audiencia Provincial de Barcelona, en su Sentencia de 3 de mayo de 2006 (JUR 2006\261212), adapta el derecho marroquí en un caso en el que se solicita la revocación parcial de la sentencia de primera instancia que decreta la separación matrimonial, con la única pretensión de que se rebajen los alimentos y se elimine la obligación de pagar el alquiler de la vivienda familiar y la deuda acumulada por tal concepto, para evitar el desahucio.

Respecto a la obligación de alimentos considera la Audiencia que: «La *Mudawana*, o ley de familia del Reino de Marruecos, país de nacionalidad común de ambos litigantes y de sus hijos, establece en sus artículos 54.3 y 198 la *obligación de alimentos consecuente con la paternidad, por lo que tal obligación, que pertenece a la esfera del orden público, ha de ser cumplida según los criterios ponderados de las necesidades de los hijos y de las posibilidades de ambos progenitores.*» Respecto a la obligación de pagar el importe del alquiler del domicilio familiar en el que vive la esposa con los hijos, el tribunal acoge parcialmente la pretensión revocatoria: «El Derecho marroquí, por otra parte, preceptúa en la *Mudawana*, artículo 171, que el progenitor a quien se atribuya la custodia de los hijos tras la crisis conyugal, debe garantizar un alojamiento decente para los mismos, siendo ésta una de las obligaciones de la pensión», *lo que debe ser interpretado en el sentido de que la responsabilidad de facilitar y proveer de morada digna a los hijos, es en el caso de autos, de la madre con la que han quedado conviviendo, sin perjuicio de la obligación del padre de contribuir con el pago de la pensión, a los alimentos del menor que, en la formulación de la teoría general de tal institución jurídica, comprende no únicamente la manutención alimenticia, sino también el vestido, la sanidad, la educación y la habitación. Establecer otra cosa atentaría, incluso al derecho de la mujer a establecer su residencia donde tenga por conveniente, y con quién tenga por conveniente, al vincular el domicilio del núcleo familiar materno a la vivienda cuyo alquiler paga el ex*

¹⁵⁰ Sobre este tema, Vid. VIDAL CARDONA, Ana M.^a: *Els litigis en l'àmbit del Dret de família quan intervenen elements d'estrangeria: el cas del magribins*, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 2007 (Tesis doctoral dirigida por Joaquim-Joan Forner Delaygua), pp. 360. Se puede consultar en: <http://www.tesisexarxa.net/TDX-0226109-094805/>, considera que la regulación contenida en la nueva *Mudawana* sobre relaciones paternofiliales, así como régimen de visitas y pensiones alimenticias y el deber de garantizar una vivienda son perfectamente compatibles con nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que deben estar inspiradas en el interés superior del menor que también asume nuestro Derecho de familia. Son más discutibles algunas previsiones limitando el derecho de guarda de la madre y el de la tutela sobre el menor, que para admitirlas tendrían que respetar en el caso concreto no sólo el principio de igualdad sino el de protección máxima del menor.

marido, lo que vulneraría derechos fundamentales consagrados en la Constitución Española, que amparan a todos los ciudadanos que, sean nacionales o no, residan en el territorio español».

El resultado que ofrece la Audiencia es ecuaníme¹⁵¹. No obstante, el Código de familia exigiría que el padre, que es el tutor legal, se haga cargo de la vivienda de los hijos. La madre, que sólo tiene la guarda física, no es la que elige tal alojamiento. Sobre la base de los artículos 54.3 y 198 del CF marroquí, la Audiencia Provincial considera que existe una obligación de alimentos consecuente con la paternidad, por lo que tal obligación, que pertenece a la esfera del orden público, ha de ser cumplida según los criterios ponderados de las necesidades de los hijos y de las posibilidades de ambos progenitores. Pero respecto a la obligación que le ha sido impuesta de pagar el importe del alquiler del domicilio familiar en el que vive la esposa con los hijos, la pretensión revocatoria se recoge parcialmente. La Audiencia Provincial atiende a las posibilidades de ambos esposos; es más, interesa destacar que se atiende a que, conforme al artículo 171 del CF, la guarda se confía, en primer lugar, a la madre tras la crisis conyugal, lo que el Tribunal interpreta como responsabilidad aneja de proveer una morada digna a los hijos, si conviven, sin perjuicio de la obligación del padre de contribuir con el pago de la pensión de los alimentos. Finalmente, el Tribunal intenta adaptar las disposiciones a la situación real de los padres, pues los dos trabajan y pueden repartirse las cargas correspondientes, disponiendo que el pago del alquiler se integre parcialmente en la pensión de alimentos «puesto que la madre también obtiene ingresos propios».

V. LA PROTECCIÓN DEL MENOR ANTE EL FALLECIMIENTO DE SUS PADRES O EL ABANDONO DEL MENOR. LA PECULIARIDAD DE LA TUTELA TESTAMENTARIA Y DATIVA EN MARRUECOS

V.1 LA TUTELA JUDICIAL EN ESPAÑA

Partimos de la idea básica de que la tutela en España, a diferencia de la marroquí que la prevé para el menor con padres, no se abre más que ante el fallecimiento de los padres o cuando se les

¹⁵¹ Acerca de esta sentencia *Vid.* QUIÑONES ESCÁMEZ, A.; RODRÍGUEZ BENOT, A.; BERJAOU, K., y TAGMANT, M.: *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes*, volumen I, Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia de Marruecos 2005-2009, pp. 145-147. Se puede consultar en: http://www.fiiapp.org/index.php/contenidos/vercontenido/listado_332/2/id_contenido/1142/id_componente/332/tipoconfig/Componente/menu/71#listado_332

priva de su autoridad o ejercicio en los casos que establezca la ley. La institución de guarda de la tutela es una auténtica *potestad* (al igual que la patria potestad) al ser un conjunto de derechos y deberes que se han de ejercitar en interés del menor y del incapaz. Además, según el artículo 216 CC, la tutela se ejercita «*bajo la salvaguarda de la autoridad judicial y vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 216 CC)*», habitando por ello al Juez para acordar de oficio, o a instancia de interesado o del Ministerio Fiscal las medidas cautelares previstas en el artículo 158 CC.

Asimismo, desde otro punto de vista, la tutela es un auténtico «*deber jurídico*», pues no cabe renunciar a ella, solo *excusarse*, la cual tiene como base la concurrencia de una circunstancia que la ley considera suficiente para justificar la pretensión de la persona designada para el cargo tutelar de eximirse del deber de ejercerlo. Si bien, es la autoridad judicial la que ha de resolver sobre su admisión o no¹⁵². Y la resolución que constituya la tutela habrá de inscribirse en el Registro civil (art. 218 CC), en la sección llamada «*de las tutelas y representaciones legales*», siendo el Registro competente para la práctica de la inscripción es el del domicilio de la persona sometida a la potestad de guarda en el momento de constituirse ésta¹⁵³.

Una vez enmarcada la tutela como cargo tutelar y sus características esenciales, hay que decir que según el artículo 222 CC, la tutela se constituye para proteger y suplir la falta de capacidad de obrar de *los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad* (por muerte, desconocimiento de filiación, declaración de fallecimiento, etc.)¹⁵⁴. Al respecto, la tutela implica por quien ocupa el

¹⁵² Será excusable el desempeño de la tutela cuando ésta resulte gravosa a causa de una enfermedad, la edad, ocupaciones personales, por falta de vínculos de cualquier clase entre el tutor y tutelado o por cualquier otra causa (art. 251 CC). Y lo podrá alegar en el plazo de 15 días a contar desde que tuviese conocimiento del cargo, y antes de la designación. Y después de la designación sólo podrá excusarse (por los mismos motivos) si existen personas que puedan sustituirle. Asimismo, las personas jurídicas, señala el artículo 252.2 CC podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela. Si bien, no existe la posibilidad de excusa para las entidades públicas a las que corresponda la tutela automática en los casos de desamparo de menores (art. 172 y 239 CC) –SAP de Huelva de 30 de noviembre de 2000).

¹⁵³ Otros caracteres comunes a la función tutelar son: 1) *El CC protege a la persona que ejerce la función tutelar que en el ejercicio de la misma sufra daños y perjuicios sin su culpa*, pues, según el artículo 220 CC tiene derecho a recibir una indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento (art. 220 CC). 2) *Actos prohibidos a quienes desempeñan un cargo tutelar*: 1) recibir liberalidades del tutelado antes de haber aprobado definitivamente la gestión, 2) adquirir por título oneroso bienes del tutelado (esta prohibición es criticable porque siempre que fuera con autorización judicial se podría velar porque el tutor no abusara de su cargo y hubiera una compraventa con un precio justo); y 3) representar al tutelado cuando intervenga en interés propio y del tutelado.

¹⁵⁴ Y también sobre los incapacitados judicialmente, cuando la sentencia opta por tal régimen en atención al escaso grado de discernimiento del sujeto afectado, y porque no procede la prórroga o rehabilitación de la patria potestad por no darse las circunstancias exigidas legalmente para ello (art. 171 CC).

cargo de tutor una potestad general, y de ejercicio continuado, sobre la persona y los bienes del tutelado que alcanza la representación de éste, es decir, el tutor, al igual que en la patria potestad, sustituye la voluntad del menor y decide por él. Si bien, aún siendo la tutela funcionalmente equiparable a la patria potestad, queda sujeta a un régimen de fiscalización y control judicial que no está previsto para aquélla (principio de desconfianza del tutor).

Es preciso un acto formal de constitución de la tutela que corresponde, en el sistema actual, a la autoridad judicial. Es el Juez quién efectúa en todo caso, previa selección, el nombramiento de tutor y le da posesión del cargo, pudiendo hacer éste que recaiga en una (o varias) persona física o jurídica. En la misma sentencia que declare la incapacitación, se podrá nombrar al tutor (es una novedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 –art. 760.2–).

En concreto, el procedimiento se puede iniciar a instancia de parte o de oficio: I) *A instancia de parte*: hay determinadas personas que están obligadas a promover o pedir la constitución de la tutela que son (art. 229 CC): Los mismos *parientes* llamados a ser tutores por la ley¹⁵⁵, y que son: a) el designado por el propio tutelado (autotutela), si bien, este supuesto en el práctica tiene aplicación para el incapaz pero no para el menor de edad¹⁵⁶; b) el cónyuge que conviva con el tutelado; c) los padres; d) las personas designadas por éstos en las disposiciones de última voluntad o documento público notarial; e) y los descendientes, ascendientes y hermanos que designe el Juez. Y *el guardador de hecho*. II) *A instancia de oficio*: según el artículo 228 CC si el Ministerio Fiscal o Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, podrá el primero y dispondrá el segundo la constitución de la misma. Por otra parte, dado el carácter tuitivo y protector de toda actuación relativo al cuidado de menores, la Ley facultad a cualquier persona (un trabajador social) aunque no esté obligada, a intervenir en la incoación de la tutela poniendo en conocimiento del Ministerio fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela en virtud de lo dispuesto en el artículo 230 CC.

Una vez iniciado el procedimiento, el Juez deberá *oír* a los parientes más próximos, a todas las personas que considere oportu-

¹⁵⁵ Según el artículo 234 CC modificado por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y de modificación del Código civil, Ley de Enjuiciamiento civil y normativa tributaria*.

¹⁵⁶ Pues según el artículo 223 CC la persona en previsión de su futura enfermedad o incapacidad puede adoptar por documento público notarial cualquier disposición relativa a su persona y bienes, incluida la designación de tutor. Estos documentos públicos se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado (autotutela).

no, y al tutelado si tuviere suficiente juicio y en todo caso si es mayor de doce años. Tras la tramitación del procedimiento, el Juez procederá a nombrar al tutor, y según el artículo 234 CC el Juez, en principio, habrá de respetar un orden (el referido anteriormente: el designado por el propio menor, cónyuge, padres, etc.). Por tanto, el Juez podrá alterar dicho orden si el beneficio del menor lo exige designando la persona que crea conveniente (para ello, el Juez tendrá en cuenta la integración del tutelado en la familia del menor). Incluso, el artículo 235 CC permite que el Juez pueda nombrar a personas diferentes de las previstas en el artículo 234, por ejemplo, nombrar tutora a una persona jurídica, siempre que lo considere conveniente para el interés del menor de edad. La regla general es que la tutela sea unipersonal, pero excepcionalmente se pueden nombrar varios tutores (por ejemplo, cuando sea conveniente nombrar un tutor de la persona, y otro tutor del patrimonio).

No hay que olvidar que la capacidad requerida para ser tutor es para la persona física que sea capaz de obrar y que no esté incurso en causa de inhabilidad (estar privado o suspendido de la patria potestad; los condenados a cualquier pena privativa mientras estén cumpliendo la misma; las personas que tengan una enemistad manifiesta, personas de mala conducta, etc.); y para la persona jurídica, que no tengan finalidad lucrativa y que entre sus fines figure la protección del incapaz (art. 241 CC).

Resaltar que el Ministerio Fiscal, mientras se constituye la tutela, representará legalmente al menor de edad según el artículo 299 bis CC (y sólo para los bienes podrá nombrar el Juez un administrador).

Una vez nombrado, el tutor entra en posesión del cargo¹⁵⁷, y tiene como obligaciones y derechos los siguientes: *a) Representar al menor de edad, esto es ejercitar los derechos personales y patrimoniales del pupilo en su nombre*, salvo para aquellos actos que determine la ley que el menor pueda realizar por sí solo, como son los derechos de la personalidad según lo dispuesto en el artículo 162 CC. A pesar de las facultades de representación que ostenta el tutor, éstas se encuentran limitadas para determinados actos jurídicos que requieren *autorización judicial*, por ejemplo: para internar al menor; enajenar o gravar bienes inmuebles; realizar actos con carácter dispositivo susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad; para dar y tomar dinero a préstamo; para disponer a título gratuito bienes del tutelado, etc., (art. 271 CC). Pues si no

¹⁵⁷ El tutor tendrá como obligaciones legales: 1) hacer inventario de los bienes del tutelado en un plazo de 60 días, 2) constituir una fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones (art. 259 y 260 CC) si así lo estima conveniente el Juez; y la constitución de un depósito, cuando el Juez considere que algunos bienes (joyas) no deben quedar en posesión del tutor (estas obligaciones que no tienen los padres, se basan en el principio de desconfianza del tutor).

se cuenta con la autorización judicial el acto es nulo. *b) Administrar sus bienes* con diligencia media (la de un buen padre de familia), a excepción de que se haya nombrado un tutor de los bienes, y el sólo sea tutor de la persona. El tutor debe rendir anualmente cuentas de la administración (art. 270 CC).

En lo que concierne a la *esfera personal*, el tutor debe (art. 269 CC): a) *velar por el tutelado*, esto es, cuidar física y moralmente del tutelado y vigilar el comportamiento de cuantas personas colaboren en la formación integral, sin ser precisa la convivencia con el tutor. Ahora bien, si la integración en la vida de familia del tutor fue la circunstancia en la que se basó el juez para seleccionar la persona idónea para el cargo, el tutor debe tener en su compañía al tutelado y si no lo hace está incurriendo en causa de remoción, sin perjuicio de otro tipo de responsabilidad que proceda; b) *procurarle alimentos*, bien utilizando el patrimonio del tutelado, bien reclamándoselos a la persona obligada legalmente a proporcionarlos; c) *educarle* y procurarle una formación integral; promover la adquisición o recuperación de la capacidad y su mejor inserción en la sociedad; d) a *informar anualmente sobre la situación* del menor al Juez. e) Y según la reforma del actual artículo 268 CC por la Ley de la Adopción Internacional de 2007, *respetar la integridad física y psíquica del tutelado*; teniendo como derecho el tutor exigir el respeto y obediencia del menor, y ser remunerado siempre que el patrimonio del tutelado lo permita (art. 274 CC).

Finalmente, dejar constancia que la remoción del tutor se podrá llevar a cabo por incurrir en causa de inhabilidad después de deferida; por incumplimiento de los deberes propios del cargo, o por notoria ineptitud de su ejercicio, o por problemas graves de convivencia entre el tutor y tutelado (art. 247 CC). Frente a la extinción de la tutela que se lleva a cabo por llegar el menor a la mayoría de edad; por fallecimiento del menor, o por recuperación de la patria potestad en su caso (art. 276 y 277 CC). Si bien, lo importante es que al cesar en su cargo debe rendir «cuenta general justificada de su administración ante la Autoridad judicial» en el plazo de tres meses (art. 279 CC).

V.2 LA TUTELA TESTAMENTARIA Y DATIVA EN EL DERECHO MARROQUÍ¹⁵⁸

En el Derecho marroquí la tutela testamentaria y dativa está regulada, junto a la tutela legal en el título II del Libro IV del CF

¹⁵⁸ Para el estudio de la tutela con anterioridad a las reformas, *Vid.* COLOMER, A.M.: «La tutelle des mineurs dans la Moudawwana a Code du statut personnel marocain», *Revue internationale de droit comparé*, vol 13, nº 2, abril-juin 1961, pp. 327-337.

de 2004 intitulado «De la representación legal» (arts. 244 a 264). Así, el artículo 229 CFM dispone que la representación legal del menor quedará garantizada por la tutela legal (*wîlaya*), la tutela testamentaria designada por el padre o la madre (*wisaya*), y la tutela dativa designada por la justicia (*taqdim*). En concreto, cada vez que sobre el territorio nacional un difunto deje hijos en estado de incapacidad (menores), las autoridades administrativas, los padres con los que el difunto vivía, deben informar de la muerte al Juez de menores, a lo más tarde, dentro del plazo de ocho días, lo que en realidad, no se cumple en la práctica; siendo el plazo de un mes si los familiares próximos con los que el difunto vivía hayan perdido la capacidad (art. 266)¹⁵⁹.

En términos generales esta normativa no ha sufrido cambios notorios con la nueva regulación, a excepción de que la vigilancia judicial de dicha representación ha sido reforzada. Así lo refleja el artículo 163 CFM que permite que la persona protegida que ha alcanzado la edad de la mayoría legal pueda accionar contra su tutor testamentario o dativo la defensa de sus derechos frente a las acciones relativas a los actos que hubieran sido perjudiciales a sus intereses y a reclamar, en su caso, una indemnización¹⁶⁰.

i) En concreto, y abundando en lo expuesto en epígrafes anteriores, la *tutela testamentaria* se define como la que tiene lugar cuando el padre o la madre la confían a otra persona (albacea) para administrar los bienes y defender los derechos de menor que no puede administrar por su incapacidad¹⁶¹. Por tanto, tanto el padre como la madre pueden designar un tutor testamentario para su hijo incapacitado o por nacer y podrán también revocar dicha designación.

Asimismo, recordamos la problemática que surgía de poner en conexión la tutela legal subsidiaria de la madre con la tutela testamentaria del padre que puede excluir a éste de la tutela y nombrar a un tercero ajeno, incluso a la familia, sin recurso judicial alguno del padre. Y asimismo, aunque la madre asuma la tutela en caso de fallecimiento o ausencia o incapacidad del padre, el tutor testamentario designado por este último, en caso de no exclusión a la madre, asumirá la función de seguir la administración, por parte de la madre, de los asuntos del menor sometido a tutela y a acudir a la justicia en caso de litigio. Pues según el tenor del artículo 238 CFM

¹⁵⁹ MOUNIR, O., *ob. cit.*, p. 154.

¹⁶⁰ El artículo 263 CFM prevé que dichas acciones prescriben a los dos años desde que el menor alcance la mayoría de edad legal.

¹⁶¹ El tutor testamentario es el designado por el padre que cumpla las condiciones legales a falta del padre y de la madre; y el tutor testamentario designado por la madre que cumpla las condiciones legales será representante legal del menor a falta del padre, de la madre y del tutor testamentario designado por el padre.

en caso de fallecimiento del padre y si éste ha designado un tutor testamentario, su función se limitará a seguir la gestión que realice la madre de los intereses del menor sometido a la tutela y podrá recurrir a la justicia llegado el caso, pues recordemos que en caso del fallecimiento del padre, es la madre la que *ex lege* asume la representación legal (art. 231 CF).

ii) En cuanto a la *tutela dativa* el tribunal nombra o designa a una persona para que vele por los asuntos del menor en caso de ausencia del padre, la madre o el tutor testamentario (designado por el padre o por la madre), ya sea por fallecimiento e incluso por abandono del menor. Según el artículo 244 CF el Juez deberá elegir al más apropiado de entre los parientes varones agnados, y si no existen, de entre los otros parientes y si no, de entre otras personas. En consecuencia, dicho precepto, a diferencia de la regulación española, no contempla una lista de llamamientos prioritarios entre los distintos parientes, ya sean agnaticios o cognaticios, para el ejercicio de ejercicio de la tutela dativa, entendiéndose aplicable aquí sin restricciones, como sostiene la doctrina, el principio de interés superior del menor (exigiendo el Código que los tutores sean personas mayores, responsables y honestas)¹⁶². Ese mismo interés, incluso, puede conducir al Juez a escoger varios tutores dativos en lugar de uno solo, si la fortuna del incapaz es diversa y delimitará las funciones de cada uno de ellos; y, por último también, a nombrar junto con el tutor testamentario y el tutor dativo un «supervisor» en la misión no sólo de controlar las operaciones sino de aconsejar al tutor conforme a los intereses del incapaz, y de informar al tribunal o cuando crea que es negligente o tema que dilapide los bienes del menor (art. 248 CF)¹⁶³.

Es interesante, por tanto, que la normativa marroquí permita que los miembros de la familia, y cualquier persona interesada proponga al Juez la persona que se encargará de la tutela (art. 244 CFM).

Posteriormente, y tras la remisión del expediente por el Juez al Ministerio Fiscal y expresar éste su opinión en quince días, el Tribunal decidirá sobre la cuestión en un plazo que no superará los quince días desde la fecha de la recepción del informa del MF (art. 245 CF)¹⁶⁴.

¹⁶² MOUNIR, O., *ob. cit.*, pp. 148-151, excluyendo de la tutela a las personas indicadas en el artículo 247.

¹⁶³ AAVV., *La nueva Mudawana marroquí*, *ob. cit.*, pp. 175-188; y MOUNIR, O., *ob. cit.*, p. 150.

¹⁶⁴ Según el artículo 246 CF se requiere que el tutor testamentario y el dativo sea plenamente capaz, decidido, firme y fiel. El Tribunal podrá exigir en ambos casos que sean solventes. Y según el artículo 247 CF se establece quiénes no pueden ser tutores testamentarios ni dativos: 1º) el condenado por un delito de robo, abuso de confianza, falsificación o cualquier otro delito contrario a la moral; 2º) el que haya sido declarado en quiebra, o le

V.3 A MODO DE CONCLUSIÓN COMPARATIVA

Tras el análisis de la regulación de la tutela en el Derecho marroquí se puede concluir que, comparativamente con la regulación en España, presenta similitud aparente, en lo que se refiere a la designación y nombramiento del tutor con ciertos matices. Pues, al margen de no regular el Derecho marroquí la preferencia legal de la autotutela, y del cónyuge del incapaz (lo que no afecta a la tutela del menor sino más bien a la del incapaz deficiente o enfermo psíquico), el resto de la preferencia es parecida, los designados por los padres en disposiciones de último voluntad, y los parientes (descendientes, ascendientes y hermanos). Aunque, en realidad, en la práctica la diferencia más clara estriba, en que el padre del menor puede aprovechar la tutela testamentaria para restringir de la tutela a la madre, o limitarla en su contenido, tal y como hemos visto. Esta posibilidad, ciertamente discriminatoria, se debe a la diferencia de origen de que la representación legal o tutela la ejerce el padre, y la madre sólo en su ausencia.

En cuanto al ejercicio, el tutor testamentario y dativo tampoco podrá realizar determinados actos sin autorización judicial (art. 271 CF) muy parecidos a los regulados en el Derecho español; sin bien, el Derecho marroquí establece en concreto las cuantías que determinan que la venta de un bien inmueble (10.000 DH) o mueble siempre que no estén expuestos al deterioro (5000 DH) requiera o no autorización judicial, a diferencia del Derecho español que prohíbe la disposición de todo bien inmueble sin autorización judicial permitiendo la de los bienes muebles (y para ello pueden solicitar la tasación del valor de los bienes por perito judicial). Es interesante, la previsión de que los bienes del menor en copropiedad con otros, no puedan ser objeto de partición que bajo la condición de justificar al Juez que la misma no es contraria a sus intereses (art. 275 CFM).

Por último, el control judicial anterior se refuerza, al margen de la aplicación a la tutela testamentaria y dativa de las prevenciones dispuestas para el tutor legal en el artículo 235 CFM (y a ello nos remitimos), con las previsiones legales (arts. 249-255 CFM) según las cuales tanto el tutor testamentario como el tutor dativo no sólo están obligados a *inventariar los bienes del menor* (que se presenta al juez con observaciones sobre el momento necesario de pensión de alimentos, actos de conservación urgentes, los ingresos mensuales o anuales conocidos en el patrimonio del menor, y frente al cual

que haya sido condenado a una liquidación judicial (de sus bienes); 3º) quién tenga una querrela judicial con el incapaz, o desavenencias familiares que hagan temer por el interés del incapaz.

los parientes pueden hacer las observaciones que estimen)¹⁶⁵, sino también, para mayor garantía, y a diferencia del derecho español que no prevé dichos deberes, *a consignar* en el *registro de actos mensuales o diarios* (al considerarse al tutor testamentario y dativo como mandatario del menor que deben estar a disposición del Juez en cualquier momento); a la *apertura de expediente de representación legal* en todo caso; a la *institución de consejo de familia* (su composición la regula un texto reglamentario a la Mudawana); y a la rendición anual de cuentas al Juez, la cual no sólo versa del aspecto patrimonial si no del personal, siendo responsable de los daños que hubiera causado por la rendición tardía de las cuentas y la devolución de los bienes¹⁶⁶. El menor tiene el plazo de prescripción de dos años para accionar ante la justicia la defensa de sus intereses desde que alcanza la mayoría legal de edad, siendo imprescriptible la acción cuando el acto revista carácter de responsabilidad penal (art. 263 CFM).

Por último, también se le reconoce al tutor el derecho a solicitar una remuneración por las tareas de representación legal a que viene obligado¹⁶⁷.

BIBLIOGRAFÍA

- ABDELLAOUI, F-Z.: «La garde de l'enfant dans le nouveau Code de la famille marocain», *L'enfant en droit marocain (Afrique-Moyen-Orient): actes de colloque du 14 janvier* (dir. Lucette Khaïat et Cécile Marchal); ed., Société de Législation Comparée, París, 2008, pp. 347 y ss.
- AFAILAL, H.: «El sistema de protección de la infancia en Marruecos: debilidades y consecuencias», disponible en: <http://www.humanrights-observatory.net/revista/articulos8/HAFSA%20AFAILAL.pdf>.

¹⁶⁵ Pero dicho inventario será provisional, frente al definitivo que se habrá de realizar por dos adoules, el cual se opera en presencia de los herederos, el representante legal y el menor a condición de tener quince años cumplidos (art. 252 CFM) –Vid. MOUNIR, O., *ob. cit.*, p. 152.

¹⁶⁶ Incluso, si el tutor no devuelve los bienes, se prevé que el juez ordene un embargo provisional (conservatorio) de los bienes del tutor, o la puesta a disposición de los bienes bajo control judicial, junto con las penas preventivas del artículo 270 CFM. Hay que advertir que el crédito del menor se beneficia de un privilegio sobre el activo sucesorio de su tutor fallecido (está en tercer lugar tras los gastos funerarios y los de última enfermedad, según el artículo 1248 del Código de Obligaciones y Contratos (vid MOUNIR, O., *ob. cit.*, p. 154).

¹⁶⁷ Art. 249 CF: Se adjuntará al inventario: 1) Anotaciones que tenga el tutor testamentario o el tutor dativo sobre este inventario; 2) la propuesta del importe de la prestación anual de alimentos del incapaz y de aquel cuyos alimentos dependan de él; 3) las propuestas relativas a las medidas urgentes de obligatoria adopción para la protección de los bienes del incapaz; 5) el estado de los ingresos mensuales o anuales conocidos de los bienes del incapaz (Vid. CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I., *ob. cit.*, p. 182).

- AGUILERA RODERO, J.: «Análisis sobre el contenido personal de la patria potestad en el progenitor», en *Actualidad Civil*, n° 12, 16-30 junio de 2008, p. 1229, tomo 1, pp. 1129 y ss.
- AIT-ZAIT.: «L'enfant illégitime dans la société musulmane», *R.T.D.*, 1990 (I et II), pp. 19 y ss.
- ALHARR, Z.: «Les droits de l'enfant en Droit marocain», en *L'enfant en droit marocain (Afrique-Moyen-Orient): actes de colloque du 14 janvier* (dir. Lucette Khaïat et Cécile Marchal). Colloques, vol.11; ed., Société de Législation Comparée, París, 2008, pp. 230-235.
- BANDRÉS, M.: «Constitución, Derechos fundamentales y multiculturalidad», *Sociedad multicultural y Derechos fundamentales*, ed., Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2007, pp. 221-280.
- BENHAM, D.: «L'impact de la modernité sur la famille musulmane», en *Familles musulmanes et Modernité, le défi des traditions*, ed., Publisud, París, 1986, pp. 51 y ss.
- BENLABBAH, F.: «Islam y derechos de la mujer en Marruecos», *Cadernos pagu*, janeiro-junho, 2008, pp. 95-106.
- BENRADI, M (coord.): *Le code de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*, Fondation Friedrich-Ebert, FesMaroc, enero, 2007. Disponible en: <http://www.genreenaction.net/spip.php?article7565>.
- BERMEJO ROMERO DE TERREROS, J.A., y MOHAMMED NACER, M.: *Los sistemas de protección de la infancia en España y Marruecos*, Ed. Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia de Marruecos 2005-2009, 2010, pp. 82 a 136.
- BLAN, F.R.: «Le désaveu de paternité en droit marocain –serment d'anathème ou preuve génétique (A propos de l'arrêt *Bellakdin c. Ijourk*, rendu para la Cour d'appel d'El Jadida, 29 avril 2003)», *Revue marocaine d'administration locale et de développement (REMALD)*, 2004, n° 6, pp. 169-183.
- BLANMAILLAND, Fr./VERBROUK, C.: «Code sans frontières. La garde des enfants dans le nouveau Code de la famille marocain», *Rev. dr. étr.*, 2004, n° 130, pp. 566 y ss.
- BOUARIZ, B.: «Las violaciones en Marruecos ya no podrán lavarse con el matrimonio», *Efe News Service*, 23 jan 2013, en <http://0-search.proquest.com.catalog.uoc.edu/docview/1272083454>.
- CANAC, A.: «Reflexions sur l'inexistence de l'adoption en droit musulman», *Rev. Algérienne, Tunisienne, Marocaine de jurisprudence et de législation*, 75, 1959, pp. 27 y ss.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: *Comentario del Código civil*, ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 551 y ss.
- CERVILLA GARZÓN, MD.: «Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en la Mudawana 2004: una reflexión desde el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 18, Oct. 2010, (BIB 12866/2010).
- CERVILLA GARZÓN, M.D., y ZURITA MARTÍN, I.: *El Derecho de Familia Marroquí. La Mudawana 2004 desde el Derecho español*, ed., Difusión Jurídica, Madrid, 2010.
- COBANO-DELGADO, V.: «Repercusiones socioeducativas de las reformas del Código de Familia en Marruecos», *Foro de Educación*, núm. 10, 2008, pp. 403 y ss.
- COLOMER, A.M.: «La tutelle des mineurs dans la Moudawwana a Code du statut personnel marocain», *Revue internationale de droit comparé*, vol 13, n° 2, abril-juin 1961, pp. 327-337.

- COMBALÍA, Z.: *El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico*, ed., Gráfica Ediciones, Pamplona, 2001.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Efectos jurídicos en España del acogimiento de Derecho islámico («kafala»)», en *Diario La Ley*, núm. 7393, 2010.
- DIAGO DIAGO, M.ª P.: «La kafala islámica en España», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), Vol. 2, núm.1, pp. 140-164. En: <http://www.uc3m.es/cdt>.
- DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*. vol.IV, Derecho de familia y sucesiones, ed., Tecnos, Madrid, 2004.
- ESPINAR VICENTE, J.M.: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, ed., Civitas, Madrid, 1996.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G.: (coord.), *Nuevo Código de Familia marroquí y su aplicación en España*, ed., Difusión Jurídica, Madrid, 2009.
- (dir.) *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad (traducción comentada del Código de Familia de 2004)*, ed., Junta de Andalucía, Consejería de Empleo, 2009.
- «La integración social de los inmigrantes desde la perspectiva del sistema (español) de Derecho Internacional Privado», en *Inmigración, familia y Derecho* (coord., Julio V. Gavidia Sánchez), ed., Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 156 y ss.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G., y SAGHIR, T.: «Reconocimiento de la igualdad entre hombre y mujer en la nueva mudawanna marroquí y su repercusión en la regulación de la disolución del matrimonio en el Derecho internacional privado (español)» en *El levantamiento del velo: las mujeres en el Derecho privado*, ed., Tirant lo Blanch, Madrid, 2010, pp. 166 y ss.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G.; OUALD ALI, K., y SAGHIR, T.: «El Derecho de hadana de la mujer marroquí con respecto a sus hijas e hijos en relación con el derecho español», *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, ed., Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2008, pp. 275 y ss.
- FOBLETS M.C., y CARLIER, J.Y.: *Le code marocain de la famille: Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Editeur Emile Bruylant, Bruxelles, 2005.
- GARCÍA CANTERO, G.: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, ed., Cuadernos Civitas, Madrid, 2004.
- GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: «La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)», en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (dir. A. RODRÍGUEZ BENOT), Ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 163 y ss.
- «Guide Pratique du Code de Famille, elaborado por el Ministerio de Justicia Marroquí», <http://www.justice.gov.ma/.../Guide%20pratique%20du%20code%20de%20la%20famille.pdf>.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: «Custodia versus patria potestad. Delimitación del concepto y funciones de una y otra», *Boletín de Derecho de familia*, <http://www.welderecho.com>; núm. 93, sept. 2009.
- «La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores», *Diario La Ley*, núm. 6886, 19 feb. 2008 (La Ley 1089/2008).
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros.: *Elementos de Derecho Civil*. tomo IV. Derecho de familia, ed., Dykinson, Madrid, 2005.
- LINAT DE BELLEFONDS, Y.: *Traité de Droit musulman comparé. Filiation. Incapacité. Liberalités entre vifs*, ed., Mouton and co., Paris/La Haye, 1973.

- LLORENT BEDMAR, V., y COBANO-DELGADO PALMA, V.: «Sociedad, educación y matrimonio», en *Estudios sobre las Culturas contemporáneas*, época II, vo. XV núm.30, diciembre 2009, pp. 29-59.
- MADRIGAL MARTÍNEZ PEREDA, C.: *Comisión Especial de Estudio de la Problemática de la Adopción Nacional y otros Temas Afines*, celebrada el lunes, 16 de noviembre de 2009, en <http://www.senado.es/legis9/publicaciones/pdf/senado/ds/CS0239.PDF>.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (coord.): *Curso de Derecho Civil (I). Derecho Privado. Derecho de la Persona*, ed. Colex, Madrid, 2008.
- MIERA, M.: «Infancias robadas en Marruecos», en *Efe News Service*, 11 June 2012, en <http://0-search.proquest.com.catalog.uoc.edu/docview/1019713914>,
- MOTILLA, A., y LORENZO, P.: *Derecho de Familia Islámico*, ed., Colex, Madrid, 2002.
- *Derecho de la familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, ed. Colex, Madrid, 2002.
- MOUNIR, O.: *Le nouveau droit de la famille au Maroc. Essai analytique. Le sort des mariages mixtes. Les marocains à l'étranger*, ed., Cheminements, París, 2005.
- MOYA ESCUDERO, M.: «Atribución de la nacionalidad española y declaración de nacionalidad con validez de simple presunción», *Aranzadi civil*, núm. 11/2007 (BIB 2007\719).
- MSEFFER, D.Z.: «De la Mudawana al Código de Familia en Marruecos», *Página abierta*, 190, marzo, 2008, p.2, disponible en <http://www.pensamientocritico.org/doumse0308.html>
- MULERO GARCÍA, J.S.: «Issues of Family Law in Spanish- Moroccan Relationships». *International Journal of Business and Social Science*, vol. 3, nº 13, July, 2012, pp. 44-51.
- NOKKARI, M.: «Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna», *L'enfant en droit marocain (Afrique-Moyen-Orient): actes de colloque du 14 janvier* (dir. Lucette Khaïat et Cécile Marchal). Colloques, vol.11, ed., Societé de Législation Comparée, París, 2008, pp. 34 y ss.
- OCHOTORENA, P.: «Diferentes situaciones de desprotección infantil», *Manual de protección infantil* (codirigido por Arrubarrena Madariaga y Paul Ochotorena), Barcelona, 2001, pp. 5 y ss.
- «ONG denuncian los matrimonios de menores autorizados por jueces», en *Efe News Service*, 29 June 2009, en <http://0-searc.proquest.com.catalog.uoc.edu/odcview/1022614751?accountid=15299>.
- QUALD ALI, Karima: «La disolución del matrimonio en el Derecho marroquí», en *Inmigración, Familia y Derecho*, ed., Marcial Pons, Barcelona, 2011, pp. 289-314.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones. África del norte y América Latina*, ed., Atelier, Barcelona, 2006.
- *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, ed., Fundación «La Caixa», 2000.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.; RODRÍGUEZ BENOT, A.; BERJAOUI, Khalid, y TAGMANT, Mohammed: *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de derecho privado marroquí*, vol. II, Proyecto ADL de fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia de Marruecos 2005-2009. En http://www.fiiapp.org/index.php/contenidos/vercontenido/listado_332/6/id_contenido/1142/id_componente/332/tipoconfig/Componente/menu/71#listado_332.

- Rapport National d'évaluation à mi-parcours sur la mise en oeuvre du Plan d'action «Un Monde digne des enfants», en: http://www.unicef.org/worldfit-forchildren/files/Morocco_WF5_Report.pdf (consulta 19/03/2011).
- RIVERO HERNÁNDEZ: *EL interés del menor*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2007.
- RODRÍGUEZ BENOT, A (dir): «La multiculturalidad: especial referencia al Islam», *Cuadernos de Derecho judicial*, VIII-2002, pp. 358 y ss.
- RODRÍGUEZ GUITÁN, A.M.: *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiares*, ed., Civitas, Pamplona, 2009.
- RUIZ ALMODÓVAR, C.: «El nuevo Código Marroquí de la Familia», *Meah, sección árabe-islam*, 52, 2004, pp. 209-272.
- RUIZ SÚTIL.: *La determinación de la filiación del nacido en España del progenitor marroquí*, Tesis de la Universidad de Granada, 2009, en disponible en http://diphd.ugr.es/pages/.../ruizsuti_docs/tesisdetermdeafiliacionpdfnum1.
- SANTOS URBANEJA, F.: «¿Qué es el interés del menor?», *Revista de Derecho de familia*, núm.15, abril, 2002, pp. 271-274.
- TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, ed., Iustel, 2008.
- VARGAS CABRERO: «El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor», *El menor y la familia: conflictos e implicaciones* (coord., Rodríguez Torrente y Adroher Biosca), Madrid, 1998, pp. 88-93.
- VIDAL CARDONA, Ana M.ª: *Els litigis en l'àmbit del Dret de família quan interveuen elements d'estrangeria: el cas del magribins*, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 2007 (Tesis doctoral dirigida por Joaquim-Joan Forner Delaygua). Disponible en: <http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0226109-094805/>.
- ZAHRA TAMOUH, F.: «Democracia en femenino. De la democracia política a la democracia familiar en Marruecos», en *Mujeres, Democracia y Desarrollo del Magreb* (dir. G. Martín Muñoz), ed., Pablo Iglesias, Madrid, pp. 65 y ss.

Régimen jurídico de los actos realizados por un tutor sin la preceptiva autorización judicial. Comparativa del modelo español e italiano*

ANTONIO LEGERÉN MOLINA
Prof. Contratado-Doctor de Derecho civil
Universidad de A Coruña

RESUMEN

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) propugna la eliminación de la dualidad de status capacidad-incapacidad, a la vez que estimula la adopción de medidas de protección de los discapacitados que no conlleven la sustitución de su voluntad. De todas maneras, para los casos más severos siguen existiendo figuras tutelares que, en orden a la protección de las personas a ellas sujetas, establecen mecanismos de representación ante la falta de capacidad y que requieren que el tutor consiga una autorización judicial para poder realizar determinados negocios. En este artículo se examina la sanción que se anuda a la realización sin autorización judicial de los actos que la precisan tanto en el ordenamiento español –donde ha habido decisivos pronunciamientos del Tribunal Supremo– como en el italiano.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad, autorización judicial, tutor, figuras tutelares.

ABSTRACT

The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006) calls for the elimination of the dual status capacity-disability, and at the same time stimulates the adoption of measures for protecting the disa-

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación del MINECO titulado «Entre la guarda y el apoyo en el ejercicio de la capacidad: la reforma del sistema legal de atención a personas con discapacidad y a menores» (DER2013-41566-R), cuyos investigadores principales son las Dras. doña Sofía de Salas Murillo y doña María Victoria Mayor del Hoyo.

bled people avoiding the replacement of their will. However, for the severe cases, there are tutelary figures that, in order to protect persons subject to them, establish mechanisms of representation for the lack of capacity and require that a judicial authorization to perform certain acts must be obtained by the guardian. In this paper, the penalty tied to the performance without judicial authorization of the acts that require it, is examined; at the Spanish system, where there has been decisive pronouncements given by Supreme Court, and at the Italian.

KEYWORDS

Disability, judicial authorization, tutor, tutelary figures

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *El modelo español:* 2.1 La autorización judicial: concepto y naturaleza; 2.2 Diversas posibilidades de sanción ante el acto carente de autorización judicial; 2.3 Doctrina del Tribunal Supremo sobre la ineficacia del acto sin autorización judicial; 2.4 Valoración y juicio crítico.—3. *El modelo italiano:* 3.1 Introducción: visión general de las figuras tutelares italianas; 3.2 El régimen jurídico de los actos efectuados sin la preceptiva autorización judicial; 3.3 Valoración crítica.—4. *Conclusiones*

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación en diciembre de 2006 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha supuesto cierta revolución en materia de capacidad e instituciones tutelares. Y es que, entre otras cosas, la Convención propugna la eliminación de la dualidad de status capacidad-incapacidad a la vez que estimula la adopción de medidas de protección de los discapacitados que no conlleven la sustitución de su voluntad.

A consecuencia de la ratificación del referido Tratado, los Estados firmantes se comprometen a implementar las medidas legislativas necesarias para adaptar las propias legislaciones al contenido de la Convención¹. Por lo que atañe a España, únicamente se ha

¹ A tal efecto, los apartados a) y b) del artículo 4 de la Convención disponen que los Estados Parte se comprometen a «adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención» y a «tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad». El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, tras examinar el informe presentado por España para determinar el grado de cumplimiento de las obligaciones

efectuado una adaptación parcial, de manera que, a pesar de haberse aprobado dos leyes que desarrollan el contenido de la Convención, aun está pendiente una reforma de entidad en materia civil². Así, y como veremos a continuación, en España sigue existiendo el binomio capacidad-incapacidad a la vez que, legalmente, la modificación judicial de la capacidad de obrar sigue siendo aun la figura preponderante, que da lugar, como es conocido, a un mecanismo de sustitución general de la voluntad de la persona a ella sujeta.

Por su parte, en Italia, con anterioridad a la aprobación de la referida Convención se efectuó una reforma de calado en materia

contraídas en virtud de la Convención, aprobó el 23 de septiembre de 2011 una serie de observaciones. De entre ellas, ahora interesa destacar la recomendación a España de que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de *sustitución* en la toma de decisiones por los de *asistencia* de modo que se respete más la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se sugiere, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes (cfr. Proposición no de Ley, publicada en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, D-119, 29 de junio de 2012, p. 6).

² Las únicas normas de adaptación a la Convención aprobadas por España han sido la Ley 26/2011, de 1 de agosto –BOE n.º 184, de 2 de agosto– y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre –BOE n.º 224, de 17 de septiembre– de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que recoge muchas de las sugerencias expuestas en el Informe elaborado a tal fin por el Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2010. Ello es así a pesar del contenido de la Disposición Final 1.ª de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, que estableció que «el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». A pesar de que la Ley 1/2009 entró en vigor a los tres meses de su publicación –acaecida el 26 de marzo de 2009– todavía no se ha presentado el citado Proyecto de Ley de reforma. Igualmente, la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, también señalaba al Gobierno el plazo de un año desde su entrada en vigor para remitir «a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho Proyecto de Ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen». El referido plazo se cumplió el 3 de agosto de 2012 sin que se remitiese el mencionado Proyecto de Ley. Ante ello, el 19 de diciembre de 2012 se aprobó una Proposición no de Ley donde el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a remitir, en el plazo de tres meses, el referido Proyecto; a día de hoy tal remisión aun no se ha efectuado. Nos consta, sin embargo, la existencia de un proyecto articulado sobre el que se trabaja y que en breve será publicado por la *Fundación Aequitas* bajo el título «Proposición de ley relativa a la adaptación de nuestro Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la Convención de los Derechos Humanos de la ONU» (cfr. «El notariado informa» p. 6, en *Escritura Pública*, n.º 79, Consejo General del Notariado, Madrid, 2013). Con todo, lo anterior no significa que el sistema de instituciones tutelares español no resulte acorde con la Convención. Sobre esta materia, *vid.* nota 4. Asimismo, sobre la influencia de la Convención en el Derecho civil español, *vid.*, recientemente, 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», *Anuario de Derecho Civil*, LXVI-I, 2013, pp. 59-147.

tutelar que dio entrada a la figura de la *amministrazione di sostegno*. De este modo, dicho ordenamiento jurídico comenzó a superar el binomio capacidad-incapacidad estableciendo una figura de apoyo para los discapacitados que no presupone en todo caso la declaración general de incapacidad ni el establecimiento de un mecanismo global de sustitución de la voluntad; institución que ha servido de modelo para otros ordenamientos³.

Siendo lo anterior así, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el italiano existen figuras que, en orden a la protección de las personas a ellos sujetos, establecen mecanismos de representación: en España, la tutela; en Italia, la *interdizione* y la *amministrazione di sostegno* con tal contenido. Y en ambos ordenamientos siguen existiendo una serie de actos para cuya realización el tutor –o en su caso, el *amministratore*– precisan eliminar de autorización judicial.

Así las cosas, el objetivo del presente artículo reside en examinar la consecuencia o sanción que se anuda a la realización sin autorización judicial de los actos que la precisan y no tanto en el estudio del contenido de cada uno de ellos. En primer lugar examinaremos esta cuestión en el ordenamiento jurídico español donde, según veremos, ha habido varios pronunciamientos del Tribunal Supremo decisivos sobre tal materia, y luego haremos lo propio con referencia al ordenamiento jurídico italiano. Finalmente, terminaremos este trabajo aludiendo a las conclusiones que se siguen del estudio comparado de ambos regímenes.

2. EL MODELO ESPAÑOL

2.1 LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL: CONCEPTO Y NATURALEZA

Según se ha avanzado, en España aún no se ha llevado a cabo una reforma en materia civil a fin de mejor adaptar la actual legislación al contenido de la Convención. Es por ello que las actuales figuras tutelares –la tutela y la curatela– son las que se siguen aplicando en la práctica judicial; máxime tras la confirmación realiza-

³ *Vid.*, en tal sentido, y a modo de ejemplo, los artículos 226-1 a 226-7 del Código civil de Cataluña. La mencionada en el texto es la razón que justifica la comparación que se contiene en este artículo: si aun está pendiente la reforma en materia civil para la mejor adaptación de nuestro ordenamiento al contenido de la Convención, es posible que se siga la pauta establecida en el Derecho civil italiano. De ser ello así, resulta interesante examinar la respuesta que dicho ordenamiento ofrece ante los actos realizados sin la autorización judicial prevenida.

da por el Tribunal Supremo de la compatibilidad de ambas con el contenido sustantivo de la Convención⁴. De entre ellas, la curatela es la figura que parece adecuarse mejor a la filosofía de la Convención. Pero, en lo que ahora interesa, la que puede suponer el establecimiento de mecanismos de sustitución de la voluntad es, principalmente, la tutela judicial ordinaria⁵. Y es en ella donde se exige autorización judicial para la realización de determinados actos que revisten una especial trascendencia.

En efecto, el artículo 271 del Código civil, en sede de tutela, establece que «*el tutor necesita autorización judicial*» para efectuar todos los actos que señala: renunciar derechos del tutelado, enajenar o gravar bienes inmuebles, hacer gastos extraordinarios en los bienes, etc⁶. La lectura del precepto evidencia que los actos

⁴ En tal sentido, es de obligada referencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2009 (RJ 2009\2901) que expresamente reconoce la compatibilidad de las actuales instituciones tutelares con la Convención de la ONU de 2006. A este respecto, la referida resolución declaró que «de este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección (...). 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias». *Vid.*, asimismo, el comentario de la mencionada sentencia efectuado por DE PABLO CONTRERAS quien también defiende la compatibilidad de la regulación tutelar vigente con la normativa de la Convención (DE PABLO CONTRERAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en VVAA, *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 3 –dir. YZQUIERDO TOLSADA–, Dykinson, 2009, pp. 555 a 580). En el mismo sentido, *vid.* la STS de 11 de octubre de 2012 (RJ 2012\9713) y el comentario efectuado por PÉREZ DE ONTIVEROS, «Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comentario a la sentencia de 11 de octubre de 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 92, 2013, pp. 351 a 369.

⁵ En el texto se indica que es «principalmente» la tutela ordinaria por cuanto en la doctrina se ha defendido la viabilidad de una curatela de incapacitados con función de representación, al modo de una «tutela mitigada o atenuada». *Vid.*, en tal sentido, GETE-ALONSO, «Comentarios al artículo 289 del Código civil», en VVAA, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* –dir. AMORÓS y BERCOVITZ–, Tecnos, Madrid, 1986, p. 701. En el ámbito legislativo no permite tal posibilidad el artículo 223-4 del Código civil de Cataluña y sí la admite el artículo 150.2 del Código del Derecho Foral de Aragón.

⁶ En concreto, el artículo 271 CC exige autorización judicial: «1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. 2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. 3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviere interesado. 4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades. 5.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes. 6.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. 7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años. 8.º Para dar y tomar dinero a préstamo. 9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado. 10.º Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado». A este respecto, DE AMUNÁTEGUI (*Incapacitación y mandato*, La Ley, Madrid, 2008, p. 144), critica, de una parte, la necesidad casi constante de

para los que se exige tal requisito son de notable trascendencia personal o patrimonial. Y, a fin de procurar una mayor protección al tutelado, se establece como requerimiento la concesión de una autorización por parte del juez⁷.

A nuestro juicio, conocer la naturaleza de la referida autorización judicial resulta imprescindible para poder calificar el acto que, requiriéndola, se efectúe sin ella. En tal sentido, en la doctrina –pues nada señala el Código civil– se ha precisado que esta autorización legitima al representante legal –al tutor– para realizar un acto para el que carecía de legitimación. En efecto, por medio de la autorización el juez le atribuye al tutor un poder del que carecía para efectuar un acto; integra, por tanto, el poder de representación que aquél ostenta⁸. La consecuencia de lo anterior es que la autorización judicial constituye un requisito legal y no supone la suplantación o sustitución por el juez del consentimiento del tutor –ni mucho menos un asentimiento–: es una legitimación para realizar lo que sin ella no podría llevarse a cabo⁹. Si lo anterior es así, cabe calificar entonces la autorización como un elemento del negocio¹⁰.

acudir al juez para poder gestionar de manera eficaz el patrimonio del tutelado si éste es medianamente complejo, y que la lista transcrita entremezcle negocios de «gran trascendencia patrimonial –en los que el juez tan solo podrá pronunciarse sobre su licitud, pero no en cuanto a su oportunidad al carecer de criterio para ello– con otros de menor interés en los que la obtención de la previa autorización judicial tan solo implica un retraso inexplicable en un eficiente ejercicio de las funciones tutelares». Por su parte, TENA PIAZUELO («Comentarios al artículo 271 del Código civil», en VVAA, *Código civil comentado*, vol. I –coords. DE PABLO y VALPUESTA–, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 1238) considera que la trascendencia de los actos para los que se exige autorización judicial avala una interpretación negativa respecto de la posibilidad de su dispensa por medio de los mecanismos de autodelación voluntaria de la tutela.

⁷ Es común conectar o fundamentar la necesidad de autorización judicial con el principio de salvaguardia judicial de la tutela *ex* artículo 216 CC, constituyendo, en consecuencia, una manifestación del control judicial sobre el tutor. De tal opinión y, por todos, *vid.* GIL RODRÍGUEZ, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», en VVAA, *Comentario al Código civil* –dir. PAZ ARES y otros–, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 798. Por otra parte, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, recoge en su artículo 5.2 la necesidad de que las reglas de administración del patrimonio protegido prevean la obligatoriedad de la autorización judicial para los actos contenidos en los artículos 271 y 272 CC, aun cuando el apartado 5.3 permita excepciones en determinados supuestos, «en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza».

⁸ Cfr. BERROCAL LANZAROT, «Los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 8 de julio de 2010», *Aranzadi Doctrinal*, 9, 2012, p. 104.

⁹ Cfr. GARCÍA CANTERO, «El nuevo régimen jurídico de la tutela», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXVI, 1959, p. 437.

¹⁰ A este respecto, GUILARTE ZAPATERO («De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales», *Actualidad civil*, III, 1992, p. 469) señala que «la ley no sólo requiere proteger los intereses de estas personas [menores y pupilos], si no que quiere hacerlo de determinada forma, también amparada ésta en la *ratio* de la norma y no sólo en su letra, imponiendo coactivamente el cumplimiento de determinados requisitos que, por lo mismo, adquierien la naturaleza de elementos esenciales y necesarios para la validez del acto». Según se advierte, la

El examen que realiza el juez en orden a decidir la concesión o no de tal autorización versa sobre la conveniencia del acto para el tutelado: su misión consiste en valorar la necesidad o utilidad de dicho acto, en dicho momento y para dicho tutelado, determinando el juicio positivo la concesión de la autorización y el negativo su denegación. Ahora bien, admitiendo la aplicabilidad al ámbito tutelar de los criterios de «utilidad o necesidad» que el artículo 166 CC exige para la autorización judicial en caso de disposición de bienes de menores por parte de sus progenitores –lo que, como veremos, es comúnmente aceptado–, se advierte que la valoración del juez no tiene carácter discrecional –ha de justificarse en tales criterios– ni, sobre todo, supone un examen de la validez del acto en sí mismo. No constituye, por tanto, tarea del órgano judicial efectuar un análisis global de los elementos que el acto precisa para ser válido¹¹. En consecuencia, es posible que un acto realizado por el tutor y para el que haya contado con autorización judicial sea impugnado posteriormente¹².

En lo atinente al momento en que se ha de obtener la autorización judicial, a pesar de que el artículo 271 CC no lo señala de manera expresa, se deduce –bien por analogía con lo establecido por el artículo 166 CC, bien por el contexto del precepto– que ha de ser con

conceptuación de la autorización judicial como elemento esencial conlleva necesariamente que su falta determine la nulidad radical del acto, que además no será sanable. Por tal motivo, y a la espera de lo que luego se dirá, en el texto aludimos a «elemento del negocio» sin precisar si goza o no de carácter esencial. Reconociéndole tal carácter *vid.* GIL RODRÍGUEZ, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», *cit.*, p. 799. De otra opinión es FAJARDO FERNÁNDEZ («Comentario a la sentencia de 22 de abril de 2010», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 85, 2011, p. 401) quien reconoce que la autorización judicial es un elemento del negocio pero no constituye un requisito para su validez. La consecuencia que dicho autor extrae, lógicamente, es que su ausencia no impide la validez del negocio, precisando, más en concreto, que únicamente se trata de una «formalidad externa» necesaria para complementar una limitación de la facultad representativa.

¹¹ Sobre esta cuestión *vid.* AMORÓS GUARDIOLA, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», en VVAA, *Comentarios a las reformas sobre nacionalidad y tutela* –dir. AMORÓS y BERCOVITZ–, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 542 y 547 y LLAMAS POMBO, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Trivium, Madrid, 1993, p. 119. *Vid.* también los artículos 222-44.1 y 236-28.1 del Código civil de Cataluña y el artículo 18.1 del Código del Derecho Foral de Aragón.

¹² *Vid.*, por todos, GIL RODRÍGUEZ, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», *cit.*, p. 799. Respecto de la viabilidad de la rescisión de un acto realizado por el tutor contando con la autorización judicial previa *vid.* CASTÁN VÁZQUEZ, «La enajenación de bienes de menores sometidos a patria potestad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LV, julio-agosto, 1979, n.º 533, pp. 1029-1030. De lo expuesto en el texto relativo a los criterios para autorizar o no un acto se colige que la autorización ha de solicitarse para un acto preciso y concreto, sin que pueda concederse una autorización de carácter general. A este respecto, GÓMEZ OLIVEROS («Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LX, julio-agosto, 1984, n.º 563, p. 1440) señala que «si el juez autorizase de forma genérica la realización de actos o contratos de especie determinada (...) llevaría consigo tal actitud una delegación de competencias que iría en contra de la misma razón de ser de la intervención judicial». En el ámbito legislativo, los artículos 222-44.2 y 236-28.2 del Código civil de Cataluña y el artículo 18.2 del Código del Derecho Foral de Aragón reconocen de manera expresa la imposibilidad de que la autorización judicial se solicite y conceda de manera general.

anterioridad a la realización del acto, pues es entonces cuando el juez tiene mayor libertad para evaluar su utilidad o necesidad; además, de admitirse *a posteriori*, por una parte, tal autorización se convertiría en una «aprobación», y, por otra, su denegación supondría deshacer los efectos que ya se hubiesen producido¹³. De todos modos, esta cuestión no es pacífica en la doctrina habiéndose admitido –aunque de manera excepcional– la posibilidad de solicitar la autorización judicial una vez realizado el negocio jurídico de que en cada caso se trate¹⁴; pero sobre esta cuestión volveremos más adelante.

De lo expuesto se colige que la autorización judicial previa –cuando legalmente se requiere– constituye uno de los elementos del acto de que se trate y dota de legitimación al representante legal para su realización –de lo contrario, carecería de ella–, de manera que su inexistencia convierte dicho acto en irregular o ilegítimo.

2.2 DIVERSAS POSIBILIDADES DE SANCIÓN ANTE EL ACTO CARENTE DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL

A pesar de contener un elenco numeroso –y cerrado– de actos para los que el tutor precisa autorización judicial, los artículos 271 a 273 CC

¹³ Son de esta opinión, entre muchos otros, GIL RODRÍGUEZ, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», *cit.*, p. 799, GUILARTE ZAPATERO, «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales», *cit.*, p. 470, LLAMAS POMBO, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, *cit.*, pp. 119-120, CUENA CASAS, «Comentarios a los artículos 259 a 275 del Código civil», en VVAA, *Comentarios al Código civil*, II, vol. 2 –coord. RAMS y MORENO FLÓREZ–, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 1964 y 1985 quien señala que «la garantía de los intereses del tutelado se produce precisamente por el carácter previo de la autorización judicial» o TENA PLAZUELO, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», *cit.*, p. 1238. *Vid.*, asimismo, GARCÍA CANTERO («El nuevo régimen jurídico de la tutela», *cit.*, p. 437 y 495) quien considera una corruptela que la autorización judicial se otorgue *a posteriori*. Un dato que corrobora lo defendido por tales autores es que cuando el legislador se refiere a la «aprobación» judicial posterior lo señala de manera expresa (*cf.*: art. 272 CC). Por otra parte, parece una opinión jurisprudencial pacífica la de que no cabe convalidar la nulidad del acto por medio de una autorización judicial posterior (*Vid.*, por todas, la sentencia de 2 de junio de 1989, RJ 1989\4283). Finalmente, no ha de olvidarse tampoco lo señalado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010\1779) en relación con el artículo 166 CC y que, a nuestro juicio, también resulta aplicable al supuesto del artículo 271 CC: «el artículo 166 CC exige que para la disposición de los actos del menor concurre la autorización judicial, pero nada impide otorgar un contrato que la exija antes de obtenerla, o bien mientras se están efectuando las gestiones para conseguirla. Cuando ello ocurra, el contrato se entenderá sometido a una condición suspensiva consistente en la obtención de la autorización».

¹⁴ Entre otros, defiende la convalidación, ratificación o confirmación posterior del negocio realizado sin autorización judicial AMORÓS GUARDIOLA («Comentarios al artículo 271 del Código civil», *cit.*, p. 543) quien, a pesar de reconocer la conveniencia de que la autorización judicial sea previa para que el acto sea válido y eficaz, admite que el juez proceda a tal autorización «en presencia de un acto ya formalizado y en atención a los datos que en él ocurren». En tal caso, según dicho autor, el acto producirá efectos desde la autorización y no desde la realización. *Vid.*, en sentido parecido, GÓMEZ OLIVEROS, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *cit.*, p. 1440 y 1447.

nada señalan respecto de la sanción atribuible al que, necesiéndola, carezca de ella¹⁵. En consecuencia, la respuesta a esta cuestión ha sido aportada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia¹⁶.

Descartado que el acto sin autorización judicial se pueda incluir entre los que pueden ser objeto de rescisión *ex* artículo 1291.1 CC, tres han sido, fundamentalmente, las soluciones aportadas a esta cuestión¹⁷: la nulidad radical del acto, su carácter anulable, o la aplicación del criterio que el artículo 1259 CC contiene para los supuestos de exceso o falta de representación.

En primer lugar, la nulidad. No son pocos los autores que han defendido que el acto realizado por el tutor sin autorización judicial resulta nulo de pleno derecho; básicamente por dos razones. La primera se fundamenta en que a dicho acto le faltaría entonces uno de los elementos esenciales de todo negocio: el consentimiento. A la vista del carácter esencial que estos autores reconocen a la autorización judicial para la configuración del consentimiento negocial –no sería, por tanto, una mera cuestión de legitimación–, su falta determinaría la nulidad radical del acto. Y segunda razón: se entiende que el negocio es plenamente nulo por contravenir una norma imperativa cual es el artículo 271 CC (*arg. ex* art. 6.3 CC)¹⁸.

¹⁵ En cambio, en el Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 sí se contemplaba una sanción específica para los actos realizados sin la autorización del Consejo de Familia: la nulidad (*cf.* art. 235).

¹⁶ Junto con la inexistencia de regulación específica, GUILARTE ZAPATERO («De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales», *cit.*, p. 444) apunta otras dos causas que explican la diversidad de opiniones sobre la sanción aplicable al acto realizado sin autorización judicial: que la jurisprudencia en ocasiones se ha preocupado en exceso por la «justicia material» del caso concreto sin pretender formular una doctrina general y que la regulación de la ineficacia y sus especies en el Código civil dista mucho de ser precisa (sobre este último aspecto, *vid.* DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1967, p. 461).

¹⁷ En efecto, el supuesto a que aludimos no se puede encuadrar en la rescisión *ex* artículo 1291.1 CC al referirse éste a los contratos para los que el tutor está facultado para actuar solo y que, presuponiéndose válidos, en ellos se produce una lesión; supuesto –obviamente– diverso del que ahora examinamos. De la misma opinión es DE AMUNÁTEGUI, *Incapacitación y mandato*, *cit.*, p. 145 y la doctrina que allí se cita.

¹⁸ A este respecto, son muy ilustrativas unas palabras de GIL RODRÍGUEZ («Comentarios al artículo 271 del Código civil», *cit.*, p. 799) en las que indica que «la autorización judicial que se exige constituye un requisito esencial del negocio (...). La falta de autorización previa hace consecuente y necesaria la nulidad absoluta del acto o negocio. Así resulta también del carácter imperativo de estos preceptos en relación con el artículo 6.3 del propio Código civil. (...) tanto la actuación vetada como la no autorizada es inexistente para la esfera del pupilo (...). Abrir el portillo de una posible convalidación o convalidación excepcional, supone volver sobre la exigencia de anterioridad de la autorización, trocándola en «aprobación». También defienden la nulidad radical del acto, GARCÍA CANTERO, «El nuevo régimen jurídico de la tutela», *cit.*, p. 495, DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 260 y CUENA CASAS, «Comentarios a los artículos 259 a 275 del Código civil», *cit.*, p. 1985. Y más recientemente, MARTÍNEZ RIPA, «Los negocios realizados por los padres sobre los bienes de los hijos sin autorización judicial. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 (RJ 2010, 2380)», *La Ley 2011-1*, p. 1605, quien considera que la autorización judicial es un requisito de forma que reviste el carácter de «solemne» o «esencial» del negocio.

La consecuencia lógica de admitir lo anterior es la imposibilidad de sanar o confirmar dicho acto, así como la posibilidad de que tal nulidad sea declarada en cualquier tiempo¹⁹. Este planteamiento, según se advierte, supondría declarar nulos todos los actos realizados sin la referida autorización judicial, aun cuando fuesen extremadamente beneficiosos para el tutelado.

Existe una segunda corriente doctrinal que pone de relieve las deficiencias de la tesis anterior y defiende que el tipo de invalidez adecuado a esta situación no es la nulidad radical sino la anulabilidad, al ser la solución que mejor protege los intereses del tutelado²⁰. Ello se justifica sobre la base de que en los actos a que aludimos el elemento esencial del consentimiento existe, aun cuando no es perfecto por la falta de autorización judicial²¹. Aunque el representante está investido de un poder general de representación del tutelado, la autorización judicial –cuando es requerida– constituye una medida complementaria de protección que ha de existir²². Entonces, no parece adecuado considerar que el acto sin autorización sea nulo de pleno derecho –que, además, en caso de serlo, impediría la convalidación– sino meramente anulable. El criterio de la anulabilidad, además, permitiría la confirmación del acto por el tutelado cuando ello sea posible; esto es, con posterioridad a la realización del acto cabría excluir las consecuencias jurídicas derivadas de la inexistencia de autorización previa²³. A juicio del tutelado se podría mantener un acto que a pesar de haberse realizado sin cumplir los requisitos legalmente previstos le resulte beneficioso o, en cambio, solicitar su nulidad si, a su juicio, no lo es. Un

¹⁹ Con todo, existen autores que, pese a reconocer el vicio de nulidad, admiten la convalidación o ratificación. Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», *cit.*, p. 545 o VENTOSO ESCRIBANO, *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, pp. 319-320.

²⁰ Entre otros, son partidarios de esta posibilidad CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», en VVAA, *Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2006, p. 89, RAMS ALBESA, «Comentario al artículo 166 del Código civil», en VVAA, *Comentarios al Código civil*, II, vol. 2 –coord. RAMS y MORENO FLÓREZ–, Bosch, Barcelona, 2000, p. 1522 y DE AMUNÁTEGUI, *Incapacitación y mandato*, *cit.*, pp. 146 y ss. En el ámbito legal, es la solución que contemplan el Código civil de Cataluña (arts. 222-46.1, 236-31), el Código de Derecho Foral de Aragón (arts. 15, 16 y 19) o el *Codice civile* italiano (art. 412 *Codice civile*).

²¹ Asimismo, también se ha señalado que en el caso que comentamos no existe una «contradicción abierta» de normas imperativas o prohibitivas, tal y como exige el artículo 6.3 CC, pues los artículos 271 y 272 CC carecen de tal cualidad. Respecto de la relación existente entre la autorización judicial y la legitimación, *vid.* ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 83.

²² Cfr. BERROCAL LANZAROT, «Los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 8 de julio de 2010», *cit.*, p. 112.

²³ En nuestra opinión no cabe identificar la confirmación con la sanación de los vicios existentes sino con la exclusión de las consecuencias jurídicas de aquéllos.

problema que presenta este modo de razonar es que deja «en manos» del tutelado –cuando ello sea posible– la validez del acto, de manera que «minusvalora» o minimiza el requisito legal de la autorización judicial. En efecto, si el acto no es impugnado se mantendría la validez y los efectos –sean o no beneficiosos para el tutelado– producidos por un acto irregular al carecer de la autorización judicial que expresamente exige el artículo 271 del Código civil²⁴.

Y existe aun una tercera corriente doctrinal que, más allá de calificar al acto como nulo de pleno derecho o anulable, le aplica la doctrina de la representación; en concreto, el contenido del artículo 1259 CC que alude al contrato realizado sin legitimación²⁵. El texto del mencionado precepto dispone que: «ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley la representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante». Según se advierte, un contrato realizado sin representación será un negocio efectuado por un representante más allá del ámbito de su legitimación –con extralimitación de poder– y, de acuerdo con el texto transcrito, «será nulo», no produciendo efectos en relación con el representado. Ello, salvo que dicho acto sea ratificado por el afectado «antes de ser revocado por la otra parte contratante». Sería, entonces, un acto cuya validez estaría condicionada a tal evento. En este sentido, es preciso distinguir entre los supuestos en que el representado –el tutelado– pueda en un futuro ratificar el negocio realizado y aquellos en que tal ratificación no sea posible, por ejemplo, por padecer una enfermedad que le incapacita y que no tiene un pronóstico de remisión o mejora²⁶. En el primer caso, las similitudes con el «*falsus procurator*» son mayores en atención a la mencionada posibilidad de ratificación. No sucede así en el segundo supuesto. Tal laguna podría quizá cubrirse con una autorización judicial posterior, lo que, según hemos visto, no parece muy coherente con el texto legal. En cualquier caso, se defiende que en ambos casos se trataría de un negocio «incompleto» pero suscepti-

²⁴ Junto con lo expuesto en el texto, como argumento a favor de la anulabilidad también se ha señalado que se protege un interés meramente privado –por lo que no resulta adecuado establecer la sanción de nulidad– y que tal situación vendría a ser similar a la de un acto realizado por quien carece de capacidad necesaria por faltarle un complemento (cfr. FAJARDO FERNÁNDEZ, «Comentario a la sentencia de 22 de abril de 2010», *cit.*, p. 403).

²⁵ *Vid.*, por todos, PALOMINO DÍEZ, *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 451

²⁶ Sobre este aspecto *vid.* GUILARTE ZAPATERO, «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales», *cit.*, p. 477.

ble de ratificación posterior, bien mediante la intervención del tutelado, bien mediante –en caso de admitirse– una aprobación judicial posterior de carácter excepcional²⁷.

Junto con las tesis expuestas que tratan de calificar jurídicamente el acto realizado por el representante –es un acto nulo de pleno derecho por falta de un requisito esencial o por ser contrario a norma imperativa; es un acto anulable y, por tanto, ratificable o confirmable; o que se trata de un negocio con eficacia condicionada de manera suspensiva a la ratificación del *dominus*– también se han aportado otras dos: que la actuación del «representante» es una oferta contractual que culminará, en su caso, con la ratificación del «representado» que equivaldría a la aceptación; y que se trata de un negocio imperfecto o en vías de formación, de manera que el representante que actúa sin autorización está actuando sin poder y precisa de ratificación para desplegar su eficacia²⁸. Lo anterior evidencia por sí mismo la ineficacia inicial que caracteriza al acto efectuado sin autorización judicial.

A la vista de las diversas tesis, lo que sí parece claro es que en tales casos el representado no quedará vinculado por el negocio concluido por el representante que actuó sin poder –por faltarle la autorización judicial–. Si el representante y el tercero conocían tal falta de poder y supeditaban la eficacia del acto a la ratificación del *dominus* será un negocio incompleto con una eficacia provisional supeditada a tal ratificación. Pero ¿y en los casos en que el tercero desconociese la falta de poder y buscase la eficacia inmediata para el representado? A lo que parece estaremos ante un acto irregular donde el representante será el responsable de los daños y perjuicios que se generen²⁹.

2.3 DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA INEFICACIA DEL ACTO SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL

La variedad de soluciones doctrinales señalada en el epígrafe anterior tiene su eco en la jurisprudencia. Ahora bien, respecto de

²⁷ Cfr. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 485 y AMORÓS GUARDIOLA, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», cit., p. 545.

²⁸ Vid. el resumen de opiniones y las referencias bibliográficas que, sobre esta cuestión, facilita BERROCAL LANZAROT, «Los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 8 de julio de 2010», cit., pp. 115 a 117.

²⁹ Cabe referirse aquí también a otra opinión doctrinal mantenida por DE BUSTOS VALDÉS, *Estudios sobre incapacidad e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, 1984, p. 134: la autorización judicial es un requisito de perfección del acto y constituye un límite de la actuación representativa. Así, cuando el representante actúe sin poder, su actuación se asimilaría a la de un guardador de hecho, aplicándose entonces el artículo 304 CC.

ésta, conviene señalar que no pocas sentencias que versan sobre la sanción ante la falta de autorización judicial para realizar determinados actos han sido dictadas en sede de patria potestad, pues el artículo 166 CC la exige para que los padres puedan «*renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares*» o para «*enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios*». La identidad de razón existente entre ambas autorizaciones permite aplicar a la exigida *ex* artículo 271 CC los razonamientos efectuados por la jurisprudencia respecto de la contenida en el artículo 166 del Código civil³⁰.

Así las cosas, es posible encontrar diversas resoluciones judiciales que apoyan o defienden cada una de las opiniones señaladas anteriormente e incluso otras que no se pronuncian de manera clara por ninguna de ellas³¹. En efecto, tal y como reconoce el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de abril de 2010 (RJ 2010\2380), «esta Sala no se ha pronunciado de forma uniforme sobre los efectos del acto efectuado» sin autorización judicial. Como se apunta en dicha resolución, ha habido sentencias que han optado por defender la nulidad radical del acto sobre la base de los argumentos que ya hemos señalado³²; otras que acuden al expediente de la anulabilidad para calificar tales actos³³, o, finalmente, un tercer grupo de sentencias que ha señalado que tales actos resultan nulos

³⁰ Así, según afirma GUILARTE ZAPATERO («De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales», *cit.*, p. 469) ambos supuestos han de merecer un tratamiento idéntico. Por otra parte, el examen comparativo de los actos para los que ambos preceptos exigen autorización judicial evidencia la mayor desconfianza que el tutor suscita al legislador. En efecto, es notablemente inferior el número de actos para los que los padres precisan dicho requisito.

³¹ Sin mantener un criterio claro y diferenciable, *cfr.* las SSTS 21 de junio de 1943 (RJ 1944\980), 15 de marzo de 1945 (RJ 1945\280), 28 de febrero de 1949 (RJ 1949\549), 8 de marzo de 1965 (RJ 1965\1438) ó 19 de diciembre de 1977 (RJ 1977\4763).

³² Entre otras resoluciones mencionadas por la STS de 22 de abril de 2010 (RJ 2010\2380) cabe aludir a las de 25 de junio de 1959 (RJ 1959\2933), 28 de mayo de 1965 (RJ 1965\3083), 14 de marzo de 1983 (RJ 1983\1475), 17 de febrero de 1995 (RJ 1995\1105) ó 21 de enero de 2000 (RJ 2000\113).

³³ Defienden esta solución, entre otras, las SSTS de 30 de marzo de 1987 (RJ 1987\1839), 9 de mayo de 1994 (RJ 1994\3894), 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8902) ó 3 de marzo de 2006 (RJ 2006\5772). De manera específica, la sentencia de 9 de mayo de 1994 (RJ 1994\3894) señala que «aun cuando existen otras sentencias (...) partidarias de la nulidad radical, procede reafirmar la naturaleza anulable de tales enajenaciones, toda vez que el matiz diferenciador que supera la anulabilidad de la nulidad es la calificación del interés, público o privado, a cuya protección se ordenan» siendo de esta última categoría el que se contiene en los artículos 166 y 271 CC. Y, por su parte, la sentencia de 3 de marzo de 2006 (RJ 2006\5772) califica a la autorización judicial de complemento de capacidad: «débese entender que se trata de anulabilidad, por asimilación del acto que realiza una persona —como el representante legal— sin la capacidad necesaria para ello, por faltarle el complemento de capacidad consistente en la autorización judicial, con la situación semejante (...) del incapacitado parcial sujeto a curatela que realiza un negocio jurídico que precisa de la intervención del curador sin ella (...) o al que realiza el tutor sin autorización judicial».

pero convalidables por haberse efectuado con extralimitación del poder³⁴.

Tras pasar revista a las diversas opiniones jurisprudenciales, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 (RJ 2010\2380) –que resolvió un supuesto de disposición por un progenitor de bienes de sus hijos menores sin la autorización requerida *ex* artículo 166 CC– pretende sentar jurisprudencia en torno a la sanción aplicable a los actos realizados sin autorización judicial señalando que son negocios incompletos cuya eficacia provisional está pendiente de una ratificación que le conceda eficacia definitiva³⁵. De manera consecuente con lo que se ha apuntado anteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio del mismo año (RJ 2010\6030) reafirmó la aplicabilidad de la doctrina contenida en la sentencia de 22 de abril de 2010 a los casos de falta de autorización judicial *ex* artículo 271 CC. En concreto, señaló que «esta doctrina (la de dicha resolución) debe aplicarse también a los casos de actuación del tutor sin autorización judicial, porque obedece a la misma finalidad que la ya explicada en relación a los padres titulares de la patria potestad». Ello justifica, entonces, que a continuación aludamos a los argumentos reseñados por tal sentencia.

Cuatro son las razones que avalan la sanción que el Tribunal Supremo reconoce a los actos efectuados sin la preceptiva autorización judicial. En primer lugar, el carácter imperativo del artículo 166 CC, de modo que, salvo ratificación, su incumplimiento determina la «nulidad» –argumentación referible al artículo 271 CC–. En segundo lugar, la finalidad protectora de la norma consistente en la salvaguardia del interés de los menores que no pueden contratar por sí mismos –en nuestro caso, de los tutelados–. En tercer lugar, que la actuación de los padres o tutores ha de perseguir en todo caso el mayor interés del menor o tutelado, no siendo, por tanto, la representación legal que aquéllos ostentan un derecho suyo sino de las personas a quienes protegen que les habilita para exigir que toda actuación persiga tal mayor interés. Y, finalmente,

³⁴ *Vid.*, en tal sentido, las SSTS de 9 de diciembre de 1953 (RJ 1954\284) ó 21 de mayo de 1984 (RJ 1984\2497). Esta última resolución señala en concreto que se trata, en definitiva «de un negocio incompleto o imperfecto, aunque no pueda calificarse con propiedad de anulable».

³⁵ El TS también ha apuntado que no cabe aplicar lo señalado por la citada sentencia de 22 de abril de 2010 (RJ 2010\2380) cuando existan normas específicas y expresas que resulten aplicables. Ello fue lo que ocurrió en la STS de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7136) que resolvió un caso de disposición de bienes gananciales de un tutelado sin las correspondientes autorizaciones judiciales: en tal supuesto habrá de aplicarse la norma específica existente contenida en el artículo 1322 CC. Sobre esta sentencia *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de 23 de septiembre de 2010» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 86, 2011, pp. 1139-1157.

que el artículo 1259 CC –que resulta aplicable– permite la ratificación del acto realizado con extralimitación de representación.

Señalados los referidos argumentos, el Tribunal Supremo concluye afirmando que la autorización judicial tiene naturaleza imperativa y constituye un elemento básico del negocio a realizar, no limitándose a un mero complemento. En efecto, tal es la importancia de la referida autorización que sin ella los padres o tutores no pueden llevar a cabo válidamente el acto de que se trate. La consecuencia que el Tribunal Supremo deriva es que el acto realizado con falta de poder –sin la preceptiva autorización– «constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita». Asimismo, y a pesar de que el Tribunal Supremo utilice en su argumentación el término «nulidad», señala que no se trata de un acto viciado de nulidad absoluta –en cuyo caso no podría convalidarse– sino de un acto que «aun no ha logrado su carácter definitivo», que obtendrá por medio de la ratificación. Ahora bien, en caso de que no se produzca tal ratificación, apunta el Tribunal, «el acto será inexistente».

Según se advierte, el Tribunal Supremo opta por la tercera de las soluciones que doctrinal y jurisprudencialmente se han ofrecido respecto de los actos efectuados sin autorización judicial³⁶.

2.4 VALORACIÓN Y JUICIO CRÍTICO

Señaladas las diversas corrientes doctrinales y el criterio sentado por el Tribunal Supremo en las sentencias de 22 de abril de 2010 (RJ 2010\2380) y 8 de julio de 2010 (RJ 2010\6030), parece oportuno efectuar algunas valoraciones o precisiones. El presupuesto del que se parte es la exigencia de autorización judicial contenida en el artículo 271 CC –o, en su caso, en el artículo 166 CC–, lo que determina que tal licencia constituye uno de los elementos del acto a realizar. El problema reside, en primer lugar, en dilucidar si el referido elemento es esencial o no. Y es que la consecuencia parece clara: de serlo, su ausencia determinará la nulidad absoluta del acto sin que pueda ser convalidada; y, de no serlo, estaremos ante un acto con un vicio que puede ser sanable o cuyas consecuencias jurídicas puedan ser excluidas.

³⁶ Según señala RUBIO TORRANO («Ineficacia de los actos realizados por el representante legal sin autorización judicial», *Aranzadi Civil*, 5, 2010, p. 13), la doctrina establecida por el TS en la sentencia a que aludimos es, a su juicio, la más correcta.

En este aspecto el Tribunal Supremo caracteriza a la autorización judicial como «elemento del acto de disposición» sin que sea un «simple complemento del acto a realizar». Da la impresión de que tal autorización se configura como un elemento esencial sin que el Tribunal Supremo lo califique así por la consecuencia que de ello se derivaría, y que se juzga un tanto extrema. A nuestro juicio, la intencionalidad de eludir tal calificación resulta loable pues si el acto es beneficioso para el tutelado –finalidad protectora a que responde el artículo 271 CC– mediante la ratificación o la confirmación se podría sanar el acto viciado o excluir las consecuencias jurídicas que de tal hecho se derivan. En cambio, de calificarse como nulo de pleno derecho no sería posible tal convalidación o ratificación, aun cuando se tratase de un acto extraordinariamente beneficioso para aquél³⁷.

Descartada la nulidad absoluta, el Tribunal Supremo no acude al expediente de la anulabilidad al carecer la autorización judicial del carácter de «complemento de capacidad». Además, de este modo se evita la posibilidad de que el mero transcurso del tiempo sin impugnar el acto haga que se mantengan los efectos producidos; lo que, en el fondo, vendría a vaciar de contenido la exigencia misma de autorización. En efecto, un acto realizado sin ella finalmente sería válido de no procederse a su impugnación durante el plazo de tiempo previsto.

Visto que encuadrar la cuestión en el binomio nulidad-anulabilidad no resulta del todo satisfactorio, el Tribunal Supremo acude al criterio de la extralimitación en el poder. La falta de legitimación del representante no hace nulo de manera absoluta el negocio realizado pues no anula el consentimiento prestado. Cuestión distinta es que al carecer del requisito legalmente exigible constituya un negocio irregular y no produzca todos sus efectos –por ejemplo, respecto de los representados que no lo ratifiquen–. A lo que parece, en todos esos casos no falta el acto pero sí la representación. En consecuencia, dicho acto será, en términos de la sentencia, un acto en formación que precisará de la ratificación para su validez.

Esta argumentación que mantiene el Tribunal Supremo plantea un problema: los supuestos en que el tutelado no pueda ratificar posteriormente el acto por carecer de capacidad, por ejemplo, porque se trata de una persona que padece una enfermedad incapacitante.

³⁷ Lo que resulta sorprendente –y a nuestro juicio, erróneo– es que el Tribunal Supremo, al exponer el primer argumento, aluda al carácter imperativo de la autorización judicial de modo que su incumplimiento determine la nulidad. Sobre las diferencias entre convalidación y ratificación *vid.* BERROCAL LANZAROT, «Los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 8 de julio de 2010», *cit.*, p. 116, nota 55 y la doctrina que ahí se cita.

tante que no remitirá en el futuro. Ante esta situación, caben dos opciones: concluir que entonces no es posible la ratificación –lo que injustificadamente les haría de peor condición respecto de los menores, que sí podrían ratificar el acto efectuado sin autorización judicial una vez alcanzada la mayoría de edad, o respecto de las personas con capacidad de obrar judicialmente modificada en las que sea factible la reintegración de tal capacidad– o admitir, a pesar de que nada señale el precepto en cuestión, que resulta posible solicitar una autorización judicial posterior –a modo de aprobación– para evitar tal desprotección; solución que no creemos posible a la vista de que, efectivamente, nada se indica a tal efecto en los artículos 166, 271 y 272 CC. Lo anterior evidencia que la opción defendida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de abril de 2010 (RJ 2010\2380) deja sin resolver la cuestión relativa a la ratificación por parte de ciertos tutelados.

En la sentencia de 8 de julio de 2010 (RJ 2010\6030), el Tribunal analizó la objeción que comentamos indicando que «no es posible obligar al tutor a pedir una autorización *a posteriori* para convalidar un contrato nulo (...) ya que constituye un acto inútil, por no poder garantizarse en ningún caso la obtención de dicha autorización, ya que puede ser posible que el juez, a la vista de los intereses sometidos a tutela, no acceda a ella». En efecto, el criterio para conceder la autorización judicial es, como hemos mencionado, «*causas de utilidad o necesidad*» debidamente justificadas (*cf.* art. 166 CC). Pero, cerrando el paso a la obtención de tal autorización por «inutilidad» –tal y como parece realizar el Tribunal Supremo–, quedarían desprotegidos los tutelados ante la imposibilidad de ratificación. De este modo, a pesar de tratarse de supuestos similares, la sanción referible a los actos realizados sin autorización judicial sería diversa según se trate de menores o personas con capacidad de obrar judicialmente modificada. En el primer caso serían actos en formación que están pendientes de ratificación. En el segundo, si se trata de personas cuya enfermedad no tiene visos de remitir, serán actos nulos ante la imposibilidad –en muchos casos– de tal ratificación.

El problema reseñado es consecuencia de la falta de regulación expresa de la sanción aplicable a los actos realizados sin la preceptiva autorización judicial y de la aplicación del contenido del artículo 1259 CC a los supuestos que comentamos sin efectuarse matizaciones o precisiones. Así las cosas, en la doctrina se ha defendido, por ejemplo, la validez de una compraventa efectuada por un progenitor sobre los bienes de sus hijos menores sin la preceptiva autorización judicial, señalándose que se trata de una venta

de cosa ajena³⁸. La falta de representación no invalida en tal caso el contrato: éste se mantiene válido pero no produciría efectos *reales* en la relación representante-tercero al no tener ningún efecto en la relación representante-representado por no haber existido ratificación alguna. Pues bien, aun cuando ello puede ser así y el contrato en tal caso sea válido, no cabe extender tal solución –admisible en este caso al tratarse de una compraventa de cosa ajena– a todos los supuestos que incluye el artículo 271 CC pues son de diverso contenido –renuncia de derechos, etc.–. En todos esos casos no cabe defender, por tanto, la existencia de un contrato definitivamente válido pero parcialmente ineficaz ante la falta de ratificación.

A la vista de lo anterior, me parece que acierta el Tribunal Supremo al señalar que el acto llevado a cabo sin la preceptiva autorización judicial es un «negocio en formación» que está pendiente de la ratificación para su validez definitiva. Quizá también podría ser oportuno reconocer una vía de impugnación específica sujeta o no a plazo en lugar de aplicar –como hacen numerosas resoluciones judiciales– el previsto para la anulabilidad, pues, como hemos visto, no es un criterio que resulte plenamente aplicable. Pero esto ya es una tarea que debe abordar el legislador.

Por último, cabe aludir a una segunda cuestión menor atinente a la calificación realizada por el Tribunal Supremo como «inexistente» del acto que no sea ratificado posteriormente –lo que en caso de los incapacitados parece en muchos casos una consecuencia ineludible–. A nuestro juicio, tal calificación resulta contradictoria con la argumentación sostenida en la resolución en la que el Tribunal Supremo se mueve con categorías tales como «negocio en formación» o «negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva». En efecto, es conocido que la inexistencia constituye un supuesto de hecho contractual que resulta útil para salir de las discusiones sobre las causas o supuestos de nulidad absoluta o anulabilidad y que se aplica cuando no concurren los elementos esenciales del negocio ni existe apariencia del mismo³⁹. Y el Tribunal –hemos visto– admite la convalidación excluyendo la nulidad absoluta y no califica la autorización como elemento esencial habida cuenta de la consecuencia que de ello se deriva. Según se advierte, se pretende buscar una solución que intente proteger todos los intereses en liza pero sin conseguirse de manera acabada. Expuesto lo anterior, veamos qué sucede en el ordenamiento jurídico italiano.

³⁸ *Vid.*, FAJARDO FERNÁNDEZ, «Comentario a la sentencia de 22 de abril de 2010», *cit.*, p. 401 quien también incluye otras posibilidades.

³⁹ *Cfr.* PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, p. 172.

3. EL MODELO ITALIANO

3.1 INTRODUCCIÓN: VISIÓN GENERAL DE LAS FIGURAS TUITIVAS ITALIANAS

Con carácter previo al examen del concreto régimen de los actos efectuados sin autorización judicial en el ordenamiento jurídico italiano y a fin de enmarcar tal cuestión, resulta pertinente efectuar una breve explicación del modelo tuitivo existente en dicho país.

El panorama general de las figuras de protección ha sido profundamente alterado con la aprobación de la Ley 6/2004, de 9 de enero, que, a la vez que introdujo la *amministrazione di sostegno* como medida tuitiva de las personas que estén privadas de autonomía o la tengan reducida, supuso un rediseño de las figuras hasta entonces existentes. Esto último por cuanto al ser la finalidad de la citada ley proteger a tales personas originando la mínima limitación posible en su capacidad de obrar, con ella se eliminó la dualidad hasta entonces existente entre situaciones de capacidad e incapacidad⁴⁰. En efecto, hasta el año 2004 los dos «status» en que podía encontrarse una persona eran ser plenamente capaz o plenamente incapaz. La supresión de la citada dualidad motivó que actualmente la declaración global de incapacidad se reserve únicamente para los casos extremos y también que si hasta 2004 cabía decir que la incapacidad era la norma, desde entonces constituye la excepción: en todo caso se parte de la presunción de capacidad de la persona para todos los actos, salvo los que la resolución expresamente señale. E incluso, aún existiendo una limitación expresa en la capacidad relativa a esos concretos actos, sigue vigente la presunción de capacidad sin que se torne en una presunción de incapacidad⁴¹.

⁴⁰ En efecto, por medio de apoyos temporales o permanentes se pretende que el «sacrificio» de capacidad sea el menor posible (cfr. SPALLAROSSA, «*Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: un quadro generale*», en VVAA, *L'amministrazione di sostegno nella realtà ospedaliera* –GABRIELLI y CARDINALE, a cura di–, Giappichelli editore, Torino, 2008, p. 10). En palabras de CENDÓN («*Le origini dell'amministrazione di sostegno*», en VVAA, *Persona e danno*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1395) el objetivo de esta normativa es «*assicurare all'infermo la libertà possibile e indispensabile; dare all'infermo la protezione che è necessaria; togliere all'infermo la protezione che è superflua, dannosa o ingiusta*». Entre muchos otros, alude a la superación del binomio capacidad-incapacidad BORTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Utet, Torino, 2005, p. 145.

⁴¹ En el ordenamiento jurídico español, aun no se ha superado la mencionada dualidad capacidad-incapacidad, a pesar de que tras la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 sean cada vez más las voces que postulan su eliminación. Como ello no ha tenido lugar, parece que tras la declaración de incapacitación –actualmente denominada como modificación judicial de la capacidad de obrar (cfr. nota 2)– la presunción de capacidad hasta entonces existente se torna en presunción de incapacidad (cfr. LEÑA FERNÁNDEZ, «El tráfico jurídico negocial y el discapacita-

Así pues, la *amministrazione di sostegno* es una figura que, presumiendo capaz a la persona, le nombra a un asistente para complementar su voluntad en los actos que pueda realizar por sí mismo pero no por sí solo: la persona sujeta a la *amministrazione* –tendencialmente capaz aunque padezca alguna discapacidad– únicamente necesita un «*sostegno*», un suplemento de autonomía y no una sustitución global de la voluntad (cfr. art. 404 *Codice civile*)⁴². Lo anterior no impide que junto con tal labor de asistencia o complemento también quepa incluir entre las funciones del *amministratore* las de sustitución de la voluntad –representación– para ámbitos concretos y determinados, sin que ello presuponga la sustitución general de la voluntad del sujeto (arg. ex art. 409 *Codice civile*)⁴³.

La introducción de la *amministrazione di sostegno* en el ordenamiento jurídico italiano no ha supuesto la derogación –aunque sí la modificación profunda y su menor aplicación– de las otras dos figuras tuitivas en él existentes: la *interdizione* (cfr. art. 414 *Codice civile*) y la *inabilitazione* (cfr. art. 415 *Codice civile*)⁴⁴. Ambas institu-

do», en VVAA, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, p. 191; de todos modos, la anterior afirmación no es pacífica en la doctrina: a modo de ejemplo, vid. ÁLVAREZ LATA y SEOANE, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, 24, enero-diciembre, 2010, pp. 34 y 35). A ello ha de añadirse que, desgraciadamente, a pesar de que el artículo 760 LEC disponga que la sentencia que declare la incapacitación ha de graduar la incapacidad, en la práctica son pocas las resoluciones judiciales que así proceden. Pero es que además –y esto es, quizá, lo de mayor relevancia– aunque la sentencia graduase la capacidad, parte del presupuesto de la declaración *global* de incapacitación.

⁴² Algunas de las características de la *amministrazione di sostegno* son su flexibilidad –no tiene un contenido predeterminado–, proporcionalidad –se establece la medida que específicamente necesite el sujeto–, su adaptabilidad a las diversas situaciones o el carácter central de la persona (respecto de esto último, vid. ZANCAN, «*La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*», in «*Familia*» *Quaderni*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 3; y, recogiendo las características apuntadas vid. SPALLAROSSA, «*Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: un quadro generale*», cit., p. 13). Por otra parte, el artículo 404 del *Codice civile* dispone que «*la persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio*».

⁴³ «*Il nuovo istituto della amministrazione di sostegno si differenzia notevolmente dai tradizionali istituti a protezione dei disabili, là dove questi ultimi attribuivano al soggetto una qualità giuridica (status) privando il soggetto totalmente o parzialmente della capacità di agire. Conseguenza del riconoscimento dell'assoluta o parziale incapacità della persona era la nomina del tutore o del curatore. Diversamente, la nomina dell'amministratore di sostegno non ha come presupposto la privazione del soggetto della capacità di agire, il quale conserva la propria capacità per gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza dell'amministratore di sostegno*» (CASSANO, *L'amministrazione di sostegno, questioni sostanziali e processuali nulli analisi della giurisprudenza*, Matelica: Halley Editrice, 2006, p. 1).

⁴⁴ Y, por la misma razón, el régimen de invalidez aplicable a los actos realizados por el *amministratore* o el beneficiario convive con el de los actos realizados en el ámbito de la *interdizione*, la *inabilitazione* o la mera incapacidad natural. Respecto de las diferencias entre las figuras mencionadas en el texto vid. VENCHIARUTTI, «*Amministrazione di sosteg-*

ciones están recogidas en el *Codice civile* y su aplicación depende de la gravedad de la patología psíquica que se padezca⁴⁵. En los casos más graves se declara la *interdizione* y se le priva al sujeto de la capacidad de obrar, necesitando entonces la intervención del representante que actuará en su nombre⁴⁶. En el resto de casos se establece la *inabilitazione*, que implica reconocer la incapacidad del sujeto para realizar actos de administración extraordinaria, en los que, desde entonces, resultará necesaria la intervención del curador, que integra la voluntad que a aquél le falta (*cf.* art. 427 *Codice civile*)⁴⁷.

De todos modos y aun cuando la *interdizione* se aplique en los supuestos en que el sujeto sea incapaz de proveer a sus propios intereses, declarándosele incapaz de obrar, no resulta sencillo establecer una línea de separación clara entre las personas a quienes, en teoría, beneficia más esta figura en lugar de la *amministrazione di sostegno*⁴⁸. Y es que la adaptabilidad característica de esta última institución parece que permite su aplicación a los potenciales destinatarios de la *interdizione*⁴⁹. Ante la imposibilidad de delimitar *a priori* la tipología de situaciones característica de cada figura, será misión del juez

no, interdizione e inabilitazione. Un primo confronto dopo l'entrata in vigore della L. 9 gennaio 2004, n. 6», Vita notarile, 2005, y «Il discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione al vaglio della Corte Costituzionale», Nuova Giurisprudenza Civile commentata, 2006, pp. 1005 y ss.

⁴⁵ La ley prevé, asimismo, la posibilidad de pasar de la *interdizione* y de la *inabilitazione* a la *amministrazione di sostegno* (art 416.1 y 418 *Codice civile*) y viceversa (art. 413 *Codice civile*).

⁴⁶ La *interdizione* es, por tanto, una institución similar a la incapacitación y tutela del ordenamiento jurídico español. Supone una representación o sustitución general de la voluntad del *interdetto* y se reserva para los casos más extremos –piénsese, por ejemplo, en una persona mayor con un deterioro cognitivo profundo o una enfermedad mental–. En tales casos, las medidas de asistencia o representación puntuales resultarían insuficientes siendo preciso, a fin de protegerle, establecer el mecanismo de sustitución general de la voluntad. En relación a esta figura se ha criticado su carácter «clonante» –las personas sujetas a ella «son todas iguales»– a diferencia de lo que sucede en la *amministrazione di sostegno* que «son distintas» al ser diversos los ámbitos en los que actúa el administrador nombrado (SPALLAROSSA, «*Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: un quadro generale*», *cit.*, p. 13). Otras críticas efectuadas a esta figura pueden verse en CARBONE, «*Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità d'agire*», *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2004, II, p. 548. Por último, y de acuerdo con el *Codice civile* los potenciales destinatarios de esta medida protectora son «*il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione*» (art. 414 *Codice civile*).

⁴⁷ *Cfr.* BULGARELLI, «*Commentario al articolo 427 CC*», en VVAA, *Commentario al Codice civile* –CENDÓN, a cura di–, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 1146-1147.

⁴⁸ Resulta interesante destacar que la *interdizione* sólo se aplicará cuando la *amministrazione di sostegno* «*non possa realizzare nella situazione specifica, adeguata protezione*» (SPALLAROSSA, «*Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: un quadro generale*», *cit.*, p. 13). De ello se colige la existencia de una preferencia de aplicación de la *amministrazione di sostegno* de modo que se puede considerar la medida ordinaria y la *interdizione* la alternativa (PAZÉ, *L'amministrazione di sostegno* en www.altalex.com n.2.2).

⁴⁹ Según MORELLO («*L'amministrazione di sostegno; dalle regole ai principi*», *Notariato*, 2004, p. 226), la *amministrazione di sostegno* es una medida que, por sus supuestos, finalidad y flexibilidad, representa un «*strumento di effettiva protezione in quasi*

decidir, en cada caso y a la vista del supuesto concreto, la aplicación de una u otra en función de cual sea el mejor instrumento para dar la «*adeguata protezione*» (art. 414 *Codice civile*)⁵⁰.

Algo similar sucede respecto de la *inabilitazione*: los potenciales destinatarios que el *Codice civile* señala –personas «*maggiore di età infermo di mente*» que no están en una situación tan grave como para estar sujetos a la *interdizione* (art. 415 *Codice civile*)⁵¹– también pueden tener cabida dentro de la figura de la *amministrazione di sostegno*⁵². Lo expuesto, unido a la reticencia a declaraciones globales de incapacidad, ha originado que en la práctica tanto la *interdizione* como la *inabilitazione* estén cayendo en desuso y pierdan importancia frente a la *amministrazione di sostegno*⁵³. Por ello, en el epígrafe siguiente únicamente examinaremos la sanción aplicable a los actos efectuados por el *amministratore* sin la autorización judicial que en su caso se requiere.

tutte le situazioni di ridotta o limitatissima autonomia della persona e nei casi di stati di dipendenza che comportino menomazioni psichiche».

⁵⁰ Con todo, y según se ha dicho, parece que los redactores de la ley han optado por configurar la *interdizione* como un instituto destinado a caer en desuso pues no han articulado de manera adecuada su normativa. Además, el corte patrimonial de tal figura, unido a la tradicional inadmisibilidad de que el discapaz psíquico pueda realizar actos personalísimos, hacen que en la doctrina se prefiera la *amministrazione di sostegno*, llegándose a afirmar que «*in Italia no ha più senso interdire*» (BACCARANI, *L'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 62).

⁵¹ Junto con tales personas, el artículo 415 *Codice civile* también indica que «*possono anche essere inabilitati coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici. Possono infine essere inabilitati il sordo e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente, salva l'applicazione dell'articolo 414 quando risulta che essi sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi*».

⁵² Cfr. SPALLAROSSA, «*Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: un quadro generale*», cit., p. 8. Entre otros supuestos que señala el citado autor tomados de la jurisprudencia (p. 21 y 22), resulta posible acudir a la *amministrazione di sostegno* cuando se trate de una persona anciana que se encuentre en las primeras fases de deterioro cognitivo o de pérdida de autonomía, o que, a pesar de no padecer el referido deterioro, no pueda realizar algunas funciones de la vida cotidiana; o de una persona con una patología de «*discapacidad intelectual*» a consecuencia, por ejemplo, de un ictus o hemorragia cerebral; o de un sujeto con grave sintomatología depresiva que le impida manifestar su voluntad o proveer a sus propios intereses. Asimismo, en la jurisprudencia también ha habido supuestos de nombramiento de *amministratore* para personas totalmente privadas de autonomía: un joven en coma vegetativo fruto de un accidente, un mayor de edad en coma vegetativo a consecuencia de una parada cardiorrespiratoria, un anciano con Alzheimer, demencia senil o arterioesclerosis difusa, o, en fin, personas con psicosis esquizofrénica. Ahora bien, en todos estos casos, si el patrimonio del beneficiario es amplio o complejo parece más adecuado acudir a la *interdizione* que a la *amministrazione di sostegno* pues ofrece mayores garantías procesales (cfr. FERRANDO, «*Introduzione*» en VVAA, *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli* –FERRANDO, a cura di– Giuffrè, Milano, 2005, p. 6).

⁵³ Y es que, de entrada, el modelo basado en la *interdizione* y la *inabilitazione* descansa en la «*jaula conceptual capacidad-incapacidad*» (cfr. PESCARA, «*Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*», en VVAA, *Trattato di diritto privato – RESCIGNO, a cura di–*, vol. IV, Torino, 1997, p. 761). Además, en la doctrina se ha propuesto como algo necesario abrogar la *interdizione* y la *inabilitazione* con la consiguiente adecuación de la regulación de 2004.

3.2 EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS EFECTUADOS SIN LA PRECEPTIVA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Según quedó dicho, la flexibilidad que ofrece la *amministrazione di sostegno* permite que entre las funciones del *amministratore* haya tanto de representación como de asistencia, aun cuando en ambos casos se circunscriba a actos concretos (*cfr.* art. 405 *Codice civile*)⁵⁴. En consecuencia, el juez, en el decreto de nombramiento ha de señalar los actos que el beneficiario puede cumplir con la asistencia del *amministratore*, los que éste puede realizar en nombre y por cuenta de aquél (*cfr.* art. 405.3 y 4 *Codice civile*) y aquellos en que el beneficiario conserva plena capacidad sin necesidad de asistencia ni representación⁵⁵. Especificar los actos de esta última clase es un hecho cada vez más frecuente en la práctica aun cuando no resulte obligatorio. Ello por cuanto el artículo 409 *Codice civile* reconoce que «*il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno*», así como puede cumplir todos los actos necesarios «*a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana*»⁵⁶.

Expuesto lo anterior, el artículo 412 del *Codice civile* es el que contiene el régimen jurídico aplicable a los actos realizados por el *amministratore di sostegno* o por el beneficiario vulnerando las disposiciones legales o lo establecido por el juez en el momento de constituir esta figura. En lo que a los actos realizados por el *amministratore* se refiere –que es lo que a nosotros ahora importa–, el párrafo primero del citado precepto dispone que «*gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno in violazione di disposizioni di legge o in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri con-*

⁵⁴ «*L'amministrazione di sostegno può determinare una incapacità del soggetto totale (atti per i quali occorre la rappresentanza esclusiva dell'amministratore) o parziale (atti per i quali occorre l'assistenza dell'amministratore), ma pure sempre settoriale relativa*» (CASSANO, *L'amministrazione di sostegno...*, cit., p. 2).

⁵⁵ En el antiguo artículo 357 *Codice civile*, y a diferencia de lo que ahora sucede, se señalaba que para la tutela de los menores y los *interdetti* el tutor les representaba «*in tutti gli atti civili*» sin distinción alguna. Respecto de la tendencia clara a señalar también en el decreto *di nomina* los actos para los que el beneficiario conserva plena capacidad sin necesidad de asistencia ni representación *vid.* SPALLAROSSA, «*Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: un quadro generale*», cit., p. 18. El encargo de *amministratore* puede recaer tanto en los parientes del beneficiario como en personas de los servicios socio sanitarios (art. 408 CC), en otras personas idóneas, o en asociaciones y fundaciones (art. 408 CC).

⁵⁶ De todos modos, no han faltado autores que consideran excesiva la enumeración detallada de los concretos actos que se pueden o no realizar. En tal sentido, recomiendan y defienden la referencia a ellos por medio de categorías tales como actos de disposición, de administración ordinaria, etc. (*cfr.* CALÒ, *L'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 125).

feritigli dal giudice, possono essere annullati». Por tanto, cabe anular todos los actos realizados por el *amministratore* que vulneren las disposiciones legales o que realice extralimitándose en el objeto del encargo o el poder conferido por el juez.

El modo más frecuente de vulnerar las «*disposizioni di legge*» es la que el propio artículo 412 *Codice civile* señala, a modo de especificación: «*eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferitigli dal giudice*»⁵⁷. O dicho en otras palabras: cuando el *amministratore* se extralimita en su función o actúa en determinados ámbitos sin tener poder para ello⁵⁸. Pero además, también constituye una vulneración de las disposiciones de la ley –en este caso, el contenido, objetivos, límites, deberes del tutor y características establecidos por la Ley de 9 de enero de 2004– el supuesto en que el administrador realiza un acto sin informar al beneficiario o sin su consentimiento o sin tener en cuenta sus aspiraciones (*cf.* art. 410 *Codice civile*)⁵⁹.

En lo que a nosotros ahora interesa, también constituye un modo de «*violazione di disposizioni di legge*» la realización de

⁵⁷ *Cfr.* CORTELLONI, «*Commentario al artículo 412 CC*», en VVAA, *Commentario al Codice civile* –CENDÓN, a cura di–, Giuffrè, Milano, 2009, p. 876.

⁵⁸ El exceso que permite anular el acto ha de valorarse respecto del contenido del decreto de nombramiento. A juicio de la mayoría, también cabe incluir en el acto realizado «en exceso» de los poderes el realizado «de menos», al apartarse del encargo asignado (BORTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno...*, *cit.*, p. 181); y también el efectuado más allá del encargo aun cuando cuente con la autorización del juez quien, en el momento de conceder la autorización, habrá de verificar el contenido objetivo del encargo incluido en el decreto (*cf.* CASSANO, *L'amministrazione di sostegno...*, *cit.*, p. 10). Por otra parte, en el concepto de acto realizado «en defecto de poder» se encuadra el que resulta totalmente extraño al contenido del encargo conferido al *amministratore* y entra dentro del ámbito de la plena capacidad de obrar del beneficiario. En tales casos, resulta posible la posterior ratificación por el beneficiario cuando tenga capacidad de discernimiento del significado del acto y sus efectos.

⁵⁹ Si el *amministratore* tiene funciones de representación y el beneficiario no tiene capacidad de discernimiento respecto del acto de que en cada caso se trate, su disenso no impedirá la realización de aquel ni tampoco será anulable. En cambio cuando esté dotado de cierta capacidad, el *amministratore* ha de informar del disenso existente al juez, antes de la realización del acto (*cf.* art. 410 *Codice civile*). El juez valorará el disenso así como la capacidad del beneficiario y proveerá lo adecuado (*cf.* CORTELLONI, «*Commentario al artículo 412 CC*», *cit.*, p. 878). Si no dispone nada, el acto en principio habrá de entenderse válido. De otra parte, cuando el *amministratore* solo tenga funciones de asistencia parece que en caso de disenso será necesaria la remisión de la cuestión al juez para que provea lo oportuno, incluyéndose entonces en la previsión del artículo 410 CC. En caso de realización del acto con la negativa del beneficiario –se entiende que capaz– el acto será en «*violazione di disposizioni di legge*» y será anulable. Sobre la posibilidad de nombramiento de un «*curatore speciale*» en el sentido del artículo 395 *Codice civile* en caso de que permanezca el «*disenso*» *vid.* DELLE MONACHE, «*Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*», *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, II, p. 49. De todos modos, no es una cuestión uniforme en la doctrina (*cf.* CORTELLONI, «*Commentario al artículo 412 CC*», *cit.*, p. 880). Por último, la posibilidad de anulación de un acto por el incumplimiento de cualquier deber resultaría, a nuestro juicio, a nuestro juicio, una sanción excesiva. En tal sentido, en la doctrina se ha aludido a que exista un «*aperto e stridente contrasto*» con los deberes del artículo 410 *Codice civile* y, de manera especial, se apunta que cabrá tal anulación cuando el administrador desatienda tales deberes de manera sistemática y continua o genere un grave daño a los intereses de la persona o del patrimonio del beneficiario (*cf.* BORTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno...*, *cit.*, p. 177).

determinados actos sin la autorización judicial que debe pedir el *amministratore*. De todos modos, ello únicamente tendrá lugar cuando la *amministrazione* sea de representación –no de asistencia– y el *amministratore* realice el acto por cuenta y en nombre del beneficiario⁶⁰. En concreto, del texto del *Codice civile* se deriva que se requiere autorización previa para la realización de los actos contenidos en los artículos 374, 375 y 376 *Codice civile*, en sede de tutela, cuando en el decreto de nombramiento se incluya entre las funciones del *amministratore* la posibilidad de realizar tales actos en el sentido del artículo 405 *Codice civile*⁶¹.

La autorización judicial a que aluden los preceptos señalados ha de ser previa, tal y como es admitido comúnmente por la doctrina –nada señala al respecto el *Codice civile*–⁶². Y es que es entonces cuando el juez podrá determinar con libertad y a la vista de todos los datos relativos al acto que se va a llevar a cabo si concede o no tal autorización. Así las cosas, el *Codice civile* no recoge en sede de *amministrazione di sostegno* criterio alguno a que deba

⁶⁰ En los casos en que se trate de *amministrazione* de solo asistencia se discute si el *amministratore* debe o no contar con la autorización prevista en los actos de los artículos 374 y 375 CC. Ciertamente, con el que disintimos, entiende que debe tenerse preventivamente, mientras que otros creen que la ausencia de referencia en materia de curatela excluye la aplicación de esta normativa por vía analógica (entre otros, parece opinar así, CASSANO, *L'amministrazione di sostegno...*, cit., p. 10).

⁶¹ Con todo, no ha de olvidarse que el beneficiario conserva intacta la capacidad de obrar y de realizar de manera autónoma los actos no expresamente señalados en el decreto de nombramiento. Finalmente, a lo que parece, el decreto también ha de señalar el régimen de las eventuales autorizaciones del juez tutelar ex artículos 374 y 375 *Codice civile* (cfr. MORELLO «*L'amministrazione di sostegno; delle regole ai principi*», cit., 2004, p. 226). Así, el artículo 374 *Codice civile* establece que «*il tutore non può senza l'autorizzazione del giudice tutelare: 1) acquistare beni, eccettuati i mobili necessari per l'uso del minore, per la economia domestica e per l'amministrazione del patrimonio; 2) riscuotere capitali, consentire alla cancellazione di ipoteche o allo svincolo di pegni, assumere obbligazioni, salvo che queste riguardino le spese necessarie per il mantenimento del minore e per l'ordinaria amministrazione del suo patrimonio; 3) accettare eredità o rinunciare, accettare donazioni o legati soggetti a pesi o a condizioni; 4) fare contratti di locazione d'immobili oltre il novennio o che in ogni caso si prolunghino oltre un anno dopo il raggiungimento della maggiore età; 5) promuovere giudizi, salvo che si tratti di denunce di nuova opera o di danno temuto, di azioni possessorie o di sfratto e di azioni per riscuotere frutti o per ottenere provvedimenti conservativi*». Por su parte, el artículo 375 *Codice civile* dispone que «*il tutore non può senza l'autorizzazione del tribunale: 1) alienare beni, eccettuati i frutti e i mobili soggetti a facile deterioramento; 2) costituire pegni o ipoteche; 3) procedere a divisioni o promuovere i relativi giudizi; 4) fare compromessi e transazioni o accettare concordati. L'autorizzazione è data su parere del giudice tutelare*». Y, finalmente, el artículo 376 *Codice civile* apunta que «*nell'autorizzare la vendita dei beni, il tribunale determina se debba farsi all'incanto o a trattative private, fissandone in ogni caso il prezzo minimo. Quando nel dare l'autorizzazione il tribunale non ha stabilito il modo di erogazione o di reimpiego del prezzo, lo stabilisce il giudice tutelare*».

⁶² Vid., por todos, BONILINI, «*L'invalidità degli atti posti in essere in violazione di disposizioni di legge o del giudice*», en BONILINI-CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, Padova, 2004, p. 215 quien afirma que «*no si possa ammettere né un'autorizzazione tardiva, né una successiva approvazione od omologazione del negozio da parte della stessa autorità che avrebbe dovuto autorizzarlo, ché l'utilità del controllo sussiste solo se l'autorizzazione sia concessa prima del compimento dell'atto*».

ajustar el juez tal decisión, de modo que únicamente valorará los intereses personales y patrimoniales del beneficiario⁶³. Por otra parte, parece que únicamente se admitirá autorización ulterior cuando la necesidad de realización del acto de los que incluyen los artículos 375 y 376 *Codice civile* sea sobrevenida respecto del conferimiento del encargo y de la redacción del decreto⁶⁴.

Sea ello como fuere, el artículo 412 *Codice civile* establece expresamente una sanción para los actos realizados en vulneración de la legislación –entre los que hemos incluido la realización de actos sin la autorización judicial cuando sea preceptiva–: la posibilidad de ser anulado –«*possono essere annullati*»– (art. 412 *Codice civile*). Según se advierte, el *Codice civile* establece el criterio de la anulabilidad para tales actos a fin de conceder protección al beneficiario. Viene, por tanto, a confirmar la sanción que el artículo 377 *Codice civile* señala para los actos que, necesitando autorización judicial en sede de tutela de menores, se realizan sin ella⁶⁵.

Asimismo, el artículo 412 *Codice civile* indica que están legitimados para impugnar el acto realizado sin autorización judicial por el *amministratore di sostegno*, él mismo, el Ministerio Fiscal y el beneficiario o sus herederos o causahabientes⁶⁶. En este punto, ha de señalarse que la legitimación del Ministerio Fiscal ha suscitado un interesante debate en la doctrina italiana relativo a la existencia o no de un interés público superior en tales casos; interés que no existe en los supuestos comunes de anulabilidad en los que, en consecuencia, no se legitima al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción⁶⁷.

⁶³ Cfr. BORTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno...*, cit., p. 148. De todos modos, no estaría de más que señalase de manera expresa la aplicabilidad del criterio de la utilidad o necesidad como sucede en otros ámbitos.

⁶⁴ Cierta doctrina entendía viciado de nulidad por vulneración del orden público –y no de mera anulabilidad– el acuerdo entre el *amministratore* y el tercero por el que el primero se compromete a obtener autorización posterior del tribunal para hacer válido el acto ya realizado con él. La autorización, para ser tal, debe ser siempre anterior y, en caso negativo, el acto realizado debe entenderse anulable en el sentido del artículo 412 CC.

⁶⁵ En particular, el artículo 377 *Codice civile* dispone que «*gli atti compiuti senza osservare le norme dei precedenti articoli possono essere annullati su istanza del tutore o del minore o dei suoi eredi o aventi causa*». De contenido similar es el artículo 322 *Codice civile* que, en sede de potestad parental, establece que «*gli atti compiuti senza osservare le norme dei precedenti articoli del presente titolo possono essere annullati su istanza dei genitori esercenti la potestà o dei suoi eredi o aventi causa*».

⁶⁶ Respecto de los actos realizados por el beneficiario, el artículo 412 *Codice civile* contiene la misma legitimación señalada en el texto con la única diferencia de la exclusión del Ministerio Fiscal. A lo que parece, en el primer caso se permite su intervención por la dimensión pública del encargo al *amministratore*, mientras que el acto realizado exclusivamente por el beneficiario carece de esa dimensión, siendo eminentemente privado. Con todo, no faltan autores que entienden que el Ministerio Fiscal también tiene legitimación en este último caso, siendo la ausencia de referencia expresa un mero olvido del legislador (cfr. CORTELLONI, «*Commentario al artículo 412 CC*», cit., p. 899).

⁶⁷ Negando la existencia de ese interés público en el caso de los actos realizados por el *amministratore Vid.*, por todos, BORTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno...*, cit., p. 188. Sea ello como fuere, lo que sí parece claro es que el Ministerio Público nunca

3.3 VALORACIÓN CRÍTICA

Reseñada la sanción que en el ordenamiento jurídico italiano se impone a los actos realizados por el *amministratore di sostegno* sin la preceptiva autorización judicial, cabe efectuar dos valoraciones.

De una parte, resulta un acierto que el *Codice civile* señale expresamente la sanción aplicable a tales actos, lo que, lógicamente, ha impedido la existencia de las diversas y contrapuestas soluciones jurisprudenciales que han tenido lugar en España. Ahora bien, a nuestro juicio, y al consistir la autorización en una legitimación al representante que actúa, la anulabilidad no resulta la sanción más adecuada. Y es que al señalar que el acto es anulable parece reconducir el defecto de la autorización a una cuestión de capacidad y, sobre todo –y esto es lo más importante– permite el mantenimiento del acto anulable en caso de que no se impugne. Esto último conlleva minusvalorar o eliminar *de facto* tal requisito de la autorización. Ciertamente se trata de un acto claudicante durante el plazo para el ejercicio de la acción, pero se convierte en definitivo –a pesar de carecer de la autorización judicial que expresamente se exige– tras dicho lapso de tiempo.

De otra parte, en mi opinión, no resulta del todo adecuado ni que eliminar no se recoja de manera expresa el carácter previo de la autorización judicial ni que se conceda legitimación al Ministerio Público para impugnar el acto. Y es que existen otros modos de defender los intereses en juego sin hacer intervenir al Ministerio Fiscal, habida cuenta de la inexistencia de un interés público superior en este ámbito.

4. CONCLUSIONES

Una vez efectuado el examen de la sanción aplicable para el acto realizado por un tutor o un *amministratore di sostegno* sin la preceptiva autorización judicial tanto en el ordenamiento jurídico español como en el italiano cabe extraer una serie de conclusiones.

podría convalidar los actos a que aludimos, pues, en ningún caso, reuniría la condición de «*contraente*» ex artículo 1444 CC, que dispone que «*il contratto annullabile può essere convalidato dal contraente al quale spetta l'azione di annullamento, mediante un atto che contenga la menzione del contratto e del motivo di annullabilità, e la dichiarazione che s'intende convalidarlo. Il contratto è pure convalidato, se il contraente al quale spettava l'azione di annullamento vi ha dato volontariamente esecuzione conoscendo il motivo di annullabilità. La convalida non ha effetto, se chi l'esegue non è in condizione di concludere validamente il contratto*».

En primer lugar, y aunque no referido de manera concreta a la sanción a que aludimos, entiendo que en España es preciso efectuar una adaptación de la legislación para adecuarla al contenido de la Convención de Naciones Unidas de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad introduciendo alguna figura tuitiva –o modificando alguna existente– que permita dar protección sin que exista una declaración global de incapacidad y sin una sustitución general de la voluntad de la persona. Lo anterior, en modo alguno exige la eliminación de la figura de la modificación judicial de la capacidad de obrar o incapacitación –quizá sí un cambio terminológico– pues resultará de utilidad para los casos más extremos –piénsese, por ejemplo, en ancianos con Alzheimer avanzado–. Ahora bien, tal adaptación puede seguir las pautas del ordenamiento jurídico italiano donde, como se ha dicho, se ha eliminado la dualidad ya referida de capacidad-incapacidad.

En segundo lugar, entiendo que resultaría adecuado que el ordenamiento jurídico español estableciese de manera expresa tanto el carácter previo de la autorización judicial en los casos en que sea preceptiva como la sanción aplicable a los actos realizados sin ella. En tal sentido, creo más adecuado el criterio jurisprudencial español que el régimen legal italiano que considera anulable tal negocio. En efecto, resulta más adecuado concebir al negocio realizado sin autorización judicial como un negocio en formación por asimilación a la figura del efectuado por el *falsus procurator*, antes que como un negocio que resulta anulable. Quizá la modificación legal del Código civil español para introducir estas cuestiones sea la ocasión para repensar el régimen de la invalidez e ineficacia o, si se quiere, de perfilar su regulación legal. En tal sentido, algún autor ha defendido que no estaría de más el reconocimiento como categoría específica de ineficacia distinta de la nulidad y anulabilidad la impugnación aplicable a los contratos válidos pero que adolecen de representación, como el del supuesto que comentamos⁶⁸.

Y, finalmente, cabe concluir también que la solución de concebir el acto efectuado sin autorización judicial como incompleto pero susceptible de ratificación, no enerva el problema relativo a la imposibilidad del tutelado de efectuarla cuando padezca una enfermedad que no tenga visos de remitir. Así las cosas, el legislador habría de habilitar un remedio que permita sortear tal dificultad, como podría ser, por ejemplo, una autorización judicial *a posteriori* de carácter excepcional.

⁶⁸ Vid. FAJARDO FERNÁNDEZ, «Comentario a la sentencia de 22 de abril de 2010», *cit.*, pp. 405 y ss.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

MARTA OTERO CRESPO

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. *Legislación*: A) Normativa Vigente: Banca. Consumidores y Usuarios. Derecho de la Competencia. Derecho de Familia. Espacio Judicial Europeo. Insolvencia. Internet y Tecnología. Mercado de Valores y Sociedades. Protección de Datos. Seguros. Unión Europea. B) Propuestas, Proyectos y Trabajos Legislativos: Consumidores y Usuarios. Derecho de la Competencia. Espacio Judicial Europeo. Internet y Tecnología. Mercado de Valores y Sociedades. Propiedad Intelectual. Protección de Datos. Responsabilidad Civil.–II. *Procedimientos Jurisdiccionales*: Consumidores y Usuarios. Derecho Antidiscriminatorio. Derecho de la Competencia. Espacio Judicial Europeo. Marcas, Dibujos y Modelos. Insolvencia. Propiedad Intelectual. Protección de Datos. Publicidad. Responsabilidad Civil.

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

BANCA

1. **Reglamento (UE) n.º 248/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que modifica el Reglamento (UE) n.º 260/2012 por lo que respecta a la migración a transferencias y adeudos domiciliados comunes a toda la Unión. *DOUE*, L, núm. 84, de 20 de marzo de 2014.**
2. **Reglamento (UE) n.º 250/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, por el que se establece un programa para promover actividades en el campo de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea (programa «Hércules III»), y por el que se deroga la Decisión n.º 804/2004/CE. *DOUE*, L, núm. 84, de 20 de marzo de 2014.**
3. **Decisión del Banco Central Europeo, de 22 de enero de 2014, por la que se modifica la Decisión BCE/2004/2 por la que se adopta el Reglamento interno del Banco Central Europeo (BCE/2014/1). *DOUE*, L, núm. 95, de 29 de marzo de 2014.**
4. **Corrección de errores de la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos (DO L 173 de 12.6.2014). *DOUE*, L, núm. 212, de 18 de julio de 2014.**

5. **Reglamento de Ejecución (UE) n.º 964/2014 de la Comisión, de 11 de septiembre de 2014, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) n.º 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las condiciones generales para los instrumentos financieros. *DOUE*, L, núm. 271, de 12 de septiembre de 2014.**

CONSUMIDORES Y USUARIOS

6. **Reglamento (UE) n.º 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre el Programa plurianual de Consumidores para el período 2014-2020 y por el que se deroga la Decisión n.º 1926/2006/CE. *DOUE*, L, núm. 84, de 20 de marzo de 2014.**
7. **Recomendación de la Comisión, de 14 de julio de 2014, relativa a principios para la protección de los consumidores y los usuarios de servicios de juego en línea y la prevención del juego en línea entre los menores. *DOUE*, L, núm. 214, de 19 de julio de 2014.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

8. **Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. *DOUE*, L, núm. 84, de 20 de marzo de 2014.**

DERECHO DE FAMILIA

9. **Decisión del Consejo, de 9 de abril de 2014, por la que se modifican los anexos I, II y III de la Decisión 2011/432/UE del Consejo sobre la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia. *DOUE*, L, núm. 113, de 16 de abril de 2014.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

10. **Reglamento (UE) n.º 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil. *DOUE*, L, núm. 189, de 27 de junio de 2014.**
11. **Reglamento de Ejecución (UE) n.º 939/2014 de la Comisión, de 2 de septiembre de 2014, por el que se establecen los certificados contemplados en los artículos 5 y 14 del Reglamento (UE) n.º 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. *DOUE*, L, núm. 263, de 3 de septiembre de 2014.**

INSOLVENCIA

12. **Reglamento de Ejecución (UE) n.º 663/2014 del Consejo, de 5 de junio de 2014, por el que se sustituyen las listas de los procedimientos de insolvencia, procedimientos de liquidación y síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia. DOUE, L, núm. 179, de 19 de junio de 2014.**

INTERNET Y TECNOLOGÍA

13. **Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE. DOUE, L, núm. 257, de 28 de agosto de 2014.**

MERCADO DE VALORES Y SOCIEDADES

14. **Reglamento Delegado (UE) n.º 382/2014 de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, por el que se complementa la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación en materia de publicación de suplementos del folleto. DOUE, L, núm. 111, de 15 de abril de 2014.**
15. **Reglamento (UE) n.º 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público y por el que se deroga la Decisión 2005/909/CE de la Comisión. DOUE, L, núm. 158, de 27 de mayo de 2014.**
16. **Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE relativa a la auditoría legal de as cuentas anuales y de las cuentas consolidadas. DOUE, L, núm. 158, de 27 de mayo de 2014.**
17. **Corrección de errores del Reglamento (UE) n.º 537/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre los requisitos específicos para la auditoría legal de las entidades de interés público y por el que se deroga la Decisión 2005/909/CE de la Comisión (DO L 158 de 27.5.2014). DOUE, L, núm. 170, de 11 de junio de 2014.**
18. **Reglamento (UE) n.º 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012. DOUE, L, núm. 173, de 12 de junio de 2014.**
19. **Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos. DOUE, L, núm. 173, de 12 de junio de 2014.**

20. **Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n.º 1093/2010 y (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.** *DOUE*, L, núm. 173, de 12 de junio de 2013.
21. **Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE.** *DOUE*, L, núm. 173, de 12 de junio de 2014.
22. **Reglamento delegado (UE) n.º 625/2014 de la Comisión, de 13 de marzo de 2014, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante normas técnicas de regulación en las que se especifican los requisitos aplicables a las entidades inversoras, patrocinadoras, acreedoras originales y originadoras en relación con las exposiciones al riesgo de crédito transferido.** *DOUE*, L, núm. 174, de 13 de junio de 2014.
23. **Reglamento (UE) n.º 634/2014 de la Comisión, de 13 de junio de 2014, que modifica el Reglamento (CE) n.º 1126/2008, por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la Interpretación 21 del Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera.** *DOUE*, L, núm. 175, de 14 de junio de 2014.
24. **Reglamento delegado (UE) n.º 667/2014 de la Comisión, de 13 de marzo de 2014, por el que se completa el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas de procedimiento relativas a las sanciones impuestas a los registros de operaciones por la Autoridad Europea de Valores y Mercados, incluidas las normas relativas al derecho de defensa y las disposiciones temporales.** *DOUE*, L, núm. 179, de 19 de junio de 2014.
25. **Reglamento Delegado (UE) n.º 694/2014 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2013, por el que se complementa la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que determinan los tipos de gestores de fondos de inversión alternativos.** *DOUE*, L, núm. 183, de 24 de junio de 2014.
26. **Reglamento de Ejecución (UE) n.º 821/2014 de la Comisión, de 28 de julio de 2014, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) n.º 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a las modalidades concretas de**

transferencia y gestión de las contribuciones del programa, la presentación de información sobre los instrumentos financieros, las características técnicas de las medidas de información y comunicación de las operaciones, y el sistema para el registro y el almacenamiento de datos. *DOUE*, L, núm. 223, de 29 de julio de 2014.

27. **Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010.** *DOUE*, L, núm. 225, de 30 de julio de 2014.
28. **Reglamento (UE) n.º 909/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la mejora de la liquidación de valores en la Unión Europea y los depositarios centrales de valores y por el que se modifican las Directivas 98/26/CE y 2014/65/UE y el Reglamento (UE) n.º 236/2012.** *DOUE*, L, núm. 257, de 28 de agosto de 2014.
29. **Reglamento (UE) n.º 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte.** *DOUE*, L, núm. 257, de 28 de agosto de 2014.
30. **Directiva 2014/91/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, que modifica la Directiva 2009/65/CE por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), en lo que se refiere a las funciones de depositario, las políticas de remuneración y las sanciones.** *DOUE*, L, núm. 257, de 28 de agosto de 2014.

PROTECCIÓN DE DATOS

31. **Decisión de la Comisión, de 5 de junio de 2014, sobre la protección de los datos personales en el Portal Europeo e-Justicia.** *DOUE*, L, núm. 167, de 6 de junio de 2014.

SEGUROS

32. **Corrección de errores de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (DO L 335 de 17.12.2009).** *DOUE*, L, núm. 219, de 25 de julio de 2014.

UNIÓN EUROPEA

33. **Reglamento (UE) n.º 252/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, que modifica el Reglamento (CE) n.º 774/94 del Consejo por lo que respecta a las competencias de ejecución y los poderes delegados que deben conferirse a la Comisión.** *DOUE, L*, núm. 84, de 20 de marzo de 2014.
34. **Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.** *DOUE, L*, núm. 240, de 13 de agosto de 2014.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

CONSUMIDORES Y USUARIOS

35. **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 aquella Directiva.** *DOUE, C*, núm. 115, de 15 de abril de 2014.
36. **Comunicación de la Comisión, con arreglo al artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de aplicar la legislación de protección de los consumidores, en relación con las autoridades competentes y las oficinas de enlace únicas.** *DOUE, C*, núm. 139, de 8 de mayo de 2014.
37. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE COM(2013) 512 final – 2013/0246 (COD).** *DOUE, C*, núm. 170, de 5 de junio de 2014.
38. **Dictamen del Banco Central Europeo, de 5 de febrero de 2014, sobre una propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2013/36/UE y 2009/110/CE, y se deroga la Directiva 2007/64/CE (CON/2014/9).** *DOUE, C*, núm. 224, de 15 de julio de 2014.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

39. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección del saber hacer y la información empresarial no**

divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y divulgación ilícitas [COM(2013) 813 final – 2013/0402 (COD)]. DOUE, C, núm. 226, de 16 de julio de 2014.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

40. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil COM(2013) 554 final – 2013/0268 (COD). DOUE, C, núm. 214, de 8 de julio de 2014.**
41. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo [COM(2013) 794 final – 2013/0403 (COD)]. DOUE, C, núm. 226, de 16 de julio de 2014.**

INTERNET Y TECNOLOGÍA

42. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Nuevas medidas relativas al mercado único de las telecomunicaciones de la UE» recogidas en los dos documentos siguientes: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen medidas en relación con el mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas y para crear un continente conectado, y se modifican las Directivas 2002/20/CE, 2002/21/CE y 2002/22/CE y los Reglamentos (CE) n.º 1211/2009 y (UE) n.º 531/2012 [COM(2013) 627 final – 2013/0309 (COD)] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al mercado único de las telecomunicaciones [COM(2013) 634 final]. DOUE, C, núm. 177, de 11 de junio de 2014.**

MERCADO DE VALORES Y SOCIEDADES

43. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: El sistema bancario en la sombra – Hacer frente a nuevas fuentes de riesgo en el sector financiero COM(2013) 614 final. DOUE, C, núm. 170, de 5 de junio de 2014.**
44. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los índices utilizados como referencia en los instru-**

mentos financieros y los contratos financieros»[COM(2013) 641 final – 2013/0314 (COD)]. *DOUE*, C, núm. 177, de 11 de junio de 2014.

PROPIEDAD INTELECTUAL

45. **Comunicación de la Comisión relativa a la protección de los derechos de autor sobre el diseño de la cara común de las monedas en euros: lista actualizada de las autoridades designadas. *DOUE*, C, núm. 140, de 9 de mayo de 2014.**

PROTECCIÓN DE DATOS

46. **Resumen ejecutivo del dictamen preliminar del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre Intimidad y competitividad en la era de la obtención de datos masivos. *DOUE*, C, núm. 225, de 16 de julio de 2014.**

RESPONSABILIDAD CIVIL

47. **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 – «Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo» COM(2013) 401 final. *DOUE*, C, núm. 170, de 5 de junio de 2014.**

II. PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES

CONSUMIDORES Y USUARIOS

48. **Asunto C-226/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de enero de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Oviedo – España) – Constructora Principado, S.A./José Ignacio Menéndez Álvarez (Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con los consumidores – Contrato de compraventa de inmueble – Cláusulas abusivas – Criterios de apreciación). *DOUE*, C, núm. 85, de 22 de marzo de 2014.**
49. **Asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de noviembre de 2013 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Catarroja, Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca – España) – Banco Popular Español, S.A./María Teodolinda Rivas Quichimbo, Wilmar Edgar Cun Pérez (C-537/12) y Banco de Valencia, S.A./Joaquín Valdeperas**

Tortosa, María Ángeles Miret Jaume (C-116/13) (Directiva 93/13/CEE – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Contratos celebrados con consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Procedimiento de ejecución hipotecaria – Facultades del juez nacional que conozca del procedimiento de ejecución – Cláusulas abusivas – Criterios de apreciación). *DOUE*, C, núm. 102, de 7 de abril de 2014.

50. Asunto C-565/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal d'instance d'Orléans – Francia) – LCL Le Crédit Lyonnais, SA/Fesih Kalhan (Protección de los consumidores – Contratos de crédito al consumo – Directiva 2008/48/CE – Artículos 8 y 23 – Obligación de evaluación precontractual, por parte del prestamista, de la solvencia del prestatario – Norma nacional que impone la consulta de una base de datos – Privación del derecho a intereses convencionales en caso de que se incumpla tal obligación – Carácter efectivo, proporcional y disuasorio de la sanción). *DOUE*, C, núm. 151, de 19 de mayo de 2014.
51. Asunto C-616/11: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de abril de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – T-Mobile Austria GmbH/Verein für Konsumenteninformation (Directiva 2007/64/CE – Servicios de pago – Artículo 4, número 23 – Concepto de instrumento de pago – Órdenes de transferencia cursadas en línea y mediante un formulario en papel – Artículo 52, apartado 3 – Derecho del beneficiario a cobrar gastos al ordenante por la utilización de un instrumento de pago – Facultad de los Estados miembros para decretar una prohibición general – Contrato entre un operador de telefonía móvil y particulares). *DOUE*, C, núm. 175, de 10 de junio de 2014.
52. Asunto C-342/13: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de abril de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Szombathelyi Törvényszék – Hungría) – Katalin Sebestyén/Zsolt Csaba Kővári, OTP Bank Nyrt., OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt, Raiffeisen Bank Zrt (Protección de los consumidores – Directiva 93/13/CEE – Contrato de préstamo hipotecario celebrado con un banco – Cláusula que establece la competencia exclusiva de una instancia arbitral – Explicaciones relativas al procedimiento de arbitraje proporcionadas por el banco al celebrar el contrato – Cláusulas abusivas – Criterios de apreciación). *DOUE*, C, núm. 184, de 16 de junio de 2014.
53. Asunto C-26/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria – Hungría) – Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank Zrt (Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor – Artículos 4, apartado 2, y 6, apartado 1 – Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales – Exclusión de las cláusulas referidas al objeto principal del contrato y a

la adecuación del precio o la retribución, siempre que se redacten de manera clara y comprensible – Contratos de crédito al consumo denominados en divisa extranjera – Cláusulas relativas a las cotizaciones de cambio – Diferencia entre la cotización de compra aplicable a la entrega del préstamo y la cotización de venta aplicable a su devolución – Facultades del juez nacional en relación con una cláusula calificada como «abusiva» – Sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional – Procedencia). *DOUE, C*, núm. 194, de 24 de junio de 2014.

54. Asunto C-280/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 30 de abril de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Palma de Mallorca – España) – Barclays Bank, S.A./Sara Sánchez García, Alejandro Chacón Barrera (Procedimiento prejudicial – Directiva 93/13/CEE – Considerando decimotercero – Artículo 1, apartado 2 – Contratos celebrados con los consumidores – Contrato de préstamo hipotecario – Procedimiento de ejecución hipotecaria – Disposiciones legales y reglamentarias nacionales – Equilibrio contractual). *DOUE, C*, núm. 194, de 24 de junio de 2014.
55. Asunto C-359/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 15 de mayo de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien – Austria) – Michael Timmel/ Aviso Zeta AG [Procedimiento prejudicial – Protección de los consumidores – Directiva 2003/71/CE – Artículo 14, apartado 2, letra b) – Reglamento (CE) n.º 809/2004 – Artículos 22, apartado 2, y 29, apartado 1 – Folleto de base – Suplementos del folleto – Condiciones finales – Fecha y método de publicación de la información exigida – Requisitos de publicación en formato electrónico]. *DOUE, C*, núm. 212, de 7 de julio de 2014.

DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

56. Asunto C-363/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por The Equality Tribunal – Irlanda) – Z/A Government department and the Board of management of a community school (Procedimiento prejudicial – Política social – Directiva 2006/54/CE – Igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras – Madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución – Negativa a concederle un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción – Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad – Directiva 2000/78/CE – Igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación – Interdicción de toda discriminación basada en una discapacidad – Madre subrogante discapacitada para la gestación – Existencia de una discapacidad – Validez de las Directivas 2006/54 y 2000/78). *DOUE, C*, núm. 142, de 12 de mayo de 2014.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

57. **Asunto C-581/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 21 de noviembre de 2013 – Kuwait Petroleum Corp., Kuwait Petroleum International Ltd, Kuwait Petroleum (Nederland) BV/ Comisión Europea [Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Fijación de un descuento para los constructores de carreteras – Comunicación sobre la cooperación de 2002 – Punto 23, letra b), párrafo último – Dispensa parcial – Pruebas de hechos anteriormente ignorados por la Comisión Europea – Recurso de casación manifiestamente inadmisibles o manifiestamente infundados].** *DOUE*, C, núm. 102, de 7 de abril de 2014.
58. **Asunto T-128/11: Sentencia del Tribunal General de 27 de febrero de 2014 – LG Display y LG Display Taiwan/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado mundial de las pantallas de cristal líquido (LCD) – Acuerdos y prácticas concertadas en materia de precios y de capacidades de producción – Ventas internas – Derecho de defensa – Multas – Dispensa parcial de la multa – Infracción única y continuada – Principio non bis in idem»].** *DOUE*, C, núm. 102, de 7 de abril de 2014.
59. **Asuntos T-240/12 y T-211/13: Auto del Tribunal General de 7 de marzo de 2014 – Eni/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de butadieno y del caucho de estireno butadieno fabricado por polimerización en emulsión – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Anulación parcial y modificación por el Tribunal General de la decisión de la Comisión – Reanudación del procedimiento – Nuevo pliego de cargos – Conclusión del procedimiento – Sobreseimiento»).** *DOUE*, C, núm. 135, de 5 de mayo de 2014.
60. **Asuntos T-241/12 y T-210/13: Auto del Tribunal General de 7 de marzo de 2014 – Versalis/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del caucho de butadieno y del caucho de estireno butadieno fabricado por polimerización en emulsión – Decisión por la que se declara una infracción al artículo 81 CE – Anulación parcial y modificación por el Tribunal General de la decisión de la Comisión – Reanudación del procedimiento – Nuevo pliego de cargos – Conclusión del procedimiento – Sobreseimiento»).** *DOUE*, C, núm. 135, de 5 de mayo de 2014.
61. **Asunto T-46/10: Sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2014 – Faci/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los termoestabilizadores ESBO/ésteres – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Fijación de precios, reparto de mercados y de clientes e intercambio de información comercial sensible – Prueba de una de las partes de la infracción – Multas – Igualdad de trato – Buena administración – Plazo razonable – Proporcionalidad»).** *DOUE*, C, núm. 142, de 12 de mayo de 2014.

62. **Asunto T-181/10: Sentencia del Tribunal General de 20 de marzo de 2014 – Reagens/Comisión [Acceso a los documentos – Reglamento (CE) n.º 1049/2001 – Documentos relativos a peticiones de consideración de falta de capacidad contributiva de determinadas empresas en el marco de un procedimiento en materia de cárteles – Denegación de acceso – Excepción relativa a la protección de los intereses comerciales de un tercero – Excepción relativa a la protección de los objetivos de las actividades de inspección, investigación y auditoría – Interés público superior – Obligación de efectuar un examen concreto e individual – Acceso parcial]. *DOUE*, C, núm. 142, de 12 de mayo de 2014.**
63. **Asunto C-612/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 27 de marzo de 2014 – Ballast Nedam NV/Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado neerlandés del betún para el recubrimiento de carreteras – Fijación del precio bruto del betún para el recubrimiento de carreteras – Fijación de un descuento a los constructores de carreteras – Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Artículo 27 – Derecho de defensa – Reducción de la multa]. *DOUE*, C, núm. 151, de 19 de mayo de 2014.**
64. **Asunto T-56/09 y T-73/09: Sentencia del Tribunal General de 27 de marzo de 2014 – Saint-Gobain Glass France y otros/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo del vidrio para automóviles – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Acuerdos de reparto de mercados e intercambios de informaciones comerciales – Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Excepción de ilegalidad – Multas – Aplicación retroactiva de las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas – Valor de las ventas – Reincidencia – Importe adicional – Imputabilidad de la conducta infractora – Límite máximo de la multa – Volumen de negocios consolidado del grupo»]. *DOUE*, C, núm. 151, de 19 de mayo de 2014.**
65. **Asuntos acumulados C-231/11 P a C-233/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 10 de abril de 2014 – Comisión Europea/Siemens AG Österreich, VA Tech Transmission & Distribution GmbH & Co. KEG, Siemens Transmission & Distribution Ltd, Siemens Transmission & Distribution SA, Nuova Magrini Galileo SpA (Recurso de casación – Competencia – Práctica colusoria – Mercado de los proyectos relativos a conmutadores con aislamiento de gas – Responsabilidad solidaria para el pago de la multa – Concepto de empresa – Principios de responsabilidad personal y de individualización de las penas y de las sanciones – Competencia jurisdiccional plena del Tribunal General – Principio ne ultra petita – Principios de proporcionalidad y de igualdad de trato). *DOUE*, C, núm. 175, de 10 de junio de 2014.**
66. **Asuntos acumulados C-247/11 P y C-253/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 10 de abril de 2014 – Areva/Alstom SA, T&D Holding, anteriormente Areva T&D Holding SA, Alstom Grid SAS, anteriormente Areva T&D SA, Alstom**

Grid AG, anteriormente Areva T&D AG, Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Práctica colusoria – Mercado de proyectos relativos a conmutadores con aislamiento de gas – Imputabilidad del comportamiento infractor de filiales a sus sociedades matrices – Obligación de motivación – Responsabilidad solidaria para el pago de la multa – Concepto de empresa – Solidaridad denominada «de hecho» – Principios de seguridad jurídica y de individualización de las penas y de las sanciones – Principios de proporcionalidad y de igualdad de trato). *DOUE*, C, núm. 175, de 10 de junio de 2014.

67. **Asunto C-74/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 9 de abril de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Debreceni Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság – Hungría) – GSV Kft./Nemzeti Adó- és Vámhivatal Észak-Alföldi Regionális Vám- és Pénzügyőri Főigazgatósága (Procedimiento prejudicial – Arancel Aduanero Común – Clasificación arancelaria – Nomenclatura Combinada – Códigos TARIC 7019590010 y 7019590090 – Reglamentos por los que se establecen derechos antidumping sobre las importaciones de determinados tejidos de malla abierta hechos de fibra de vidrio originarios de China – Versiones lingüísticas divergentes – Obligación de pagar derechos antidumping).** *DOUE*, C, núm. 175, de 10 de junio de 2014.
68. **Asunto C-142/13: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 27 de marzo de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona – España) – Bright Service, S.A./Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A. [Procedimiento prejudicial – Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Prácticas colusorias – Artículo 81 CE – Acuerdo de compra exclusiva – Exención – Reglamento (CEE) n.º 1984/83 – Acuerdo exento – Reglamento (CE) n.º 2790/1999 – Acuerdo no exento – Efectos de la exención en el tiempo].** *DOUE*, C, núm. 184, de 16 de junio de 2014.
69. **Asunto C-238/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 30 de abril de 2014 – FLSmidth & Co. A/S/Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los sacos industriales de plástico – Decisión que declara una infracción del artículo 81 CE – Competencia jurisdiccional plena del Tribunal General – Obligación de motivación – Imputación a la sociedad matriz de la infracción cometida por la filial – Responsabilidad de la sociedad matriz en cuanto al pago de la multa impuesta a la filial – Proporcionalidad – Procedimiento ante el Tribunal General – Duración razonable del procedimiento).** *DOUE*, C, núm. 194, de 24 de junio de 2014.
70. **Asunto T-406/09: Sentencia del Tribunal General de 14 de mayo de 2014 – Donau Chemie/Comisión [«Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del carburo de calcio y del magnesio para las industrias del acero y el gas en el EEE, con excepción de Irlanda, España, Portugal y Reino Unido – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Fijación de**

precios y reparto del mercado – Multas – Artículo 23 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006 – Circunstancias atenuantes – Cooperación durante el procedimiento administrativo – Obligación de motivación – Igualdad de trato – Proporcionalidad – Capacidad contributiva». *DOUE*, C, núm. 202, de 30 de junio de 2014.

71. Asunto T-30/10: Sentencia del Tribunal General de 14 de mayo de 2014 – Reagens/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los termoestabilizadores de estaño – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Fijación de precios, reparto de mercados y de clientes e intercambio de información comercial sensible – Duración de la infracción – Multas – Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006 – Importe de base – Circunstancias atenuantes – Capacidad contributiva – Igualdad de trato – Proporcionalidad – Facultades de plena jurisdicción – Carácter adecuado del importe de la multa»). *DOUE*, C, núm. 202, de 30 de junio de 2014.
72. Asunto C-90/13 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 15 de mayo de 2014 – I. garantovaná a.s./Comisión Europea [Recurso de casación – Competencia – Reglamento (CE) n.º 1/2003 – Prácticas colusorias – Cálculo del importe de la multa – Volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior]. *DOUE*, C, núm. 212, de 7 de julio de 2014.
73. Asunto T-519/09: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2014 – Toshiba/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los transformadores de potencia – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE – Acuerdo de reparto de mercado – Prueba del distanciamiento del cártel – Restricción de la competencia – Perjuicio para el comercio – Barreras a la entrada – Multas – Importe de base – Año de referencia – Punto 18 de las Directrices para el cálculo del importe de las multas de 2006 – Utilización de una cuota de mercado ficticia del mercado del EEE»). *DOUE*, C, núm. 212, de 7 de julio de 2014.
74. Asunto T-633/11: Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2014 – Guangdong Kito Ceramics y otros/Consejo [«Dumping – Importaciones de baldosas de cerámica originarias de China – Derecho antidumping definitivo – Falta de cooperación – Información necesaria – Plazos previstos – Datos disponibles – Artículo 18, apartados 1 y 3, del Reglamento (CE) n.º 1225/2009»]. *DOUE*, C, núm. 212, de 7 de julio de 2014.
75. Asunto T-141/14 R: Auto del Presidente del Tribunal General de 23 de mayo de 2014 – SolarWorld y otros/Consejo [«Procedimiento sobre medidas provisionales – Dumping – Importaciones de módulos fotovoltaicos de silicio cristalino y componentes clave (como células) originarios o procedentes de la República Popular China – Derecho antidumping definitivo – Demanda de suspen-

sión de la ejecución – Inexistencia de urgencia»]. *DOUE*, C, núm. 235, de 21 de julio de 2014.

76. **Asunto T-286/09: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2014 – Intel/Comisión («Competencia – Abuso de posición dominante – Mercado de los microprocesadores – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 82 CE y del artículo 54 del Acuerdo EEE – Descuentos por fidelidad – Restricciones manifiestas – Calificación de práctica abusiva – Análisis del competidor igualmente eficiente – Competencia internacional de la Comisión – Obligación de instruir que corresponde a la Comisión – Límites – Derecho de defensa – Principio de buena administración – Estrategia de conjunto – Multas – Infracción única y continuada – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas»).** *DOUE*, C, núm. 245, de 28 de julio de 2014.
77. **Asunto C-35/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 22 de mayo de 2014 – Plásticos Españoles, S.A. / Comisión Europea (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los sacos industriales de plástico – Infracción única y continuada).** *DOUE*, C, núm. 253, de 4 de agosto de 2014.
78. **Asunto C-36/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 22 de mayo de 2014 – Armando Álvarez, S.A. / 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 una filial – Obligación de motivación).** *DOUE*, C, núm. 253, de 4 de agosto de 2014.
79. **Asunto C-557/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 5 de junio de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – KONE AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH/OBB Infrastruktur AG [Artículo 101 TFUE – Reparación de los daños causados por una práctica colusoria prohibida por dicho artículo – Daños resultantes del precio más elevado aplicado por una empresa como consecuencia de una práctica colusoria prohibida, en la que no participa («Umbrella pricing») – Relación de causalidad].** *DOUE*, C, núm. 253, de 4 de agosto de 2014.
80. **Asunto T-564/10: Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2014 – Quimitécnica.com y de Mello/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado europeo de los fosfatos para la alimentación animal – Multas – Pago escalonado – Decisión de la Comisión por la que se ordena la constitución de una garantía bancaria – Obligación de motivación – Proporcionalidad»).** *DOUE*, C, núm. 261, de 11 de agosto de 2014.
81. **Asunto C-578/11 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 12 de junio de 2014 – Deltafina SpA/Comisión Europea (Recurso de casación – Prácticas colusorias – Mercado italiano de compra y primera transformación de tabaco crudo – Deci-**

sión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Dispensa del pago de las multas – Obligación de cooperación – Derecho de defensa – Límites del control judicial – Derecho a un proceso equitativo – Audición de testigos o de las partes – Plazo razonable – Principio de igualdad de trato). *DOUE*, C, núm. 282, de 25 de agosto de 2014.

82. Asunto C-243/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de junio de 2014 – FLS Plast A/S/Comisión (Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Sector de los sacos industriales de plástico – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Competencia jurisdiccional plena del Tribunal General – Obligación de motivación – Imputación a la sociedad matriz de la infracción cometida por su filial – Responsabilidad de la sociedad matriz por el pago de la multa impuesta a la filial – Proporcionalidad – Procedimiento ante el Tribunal General – Plazo de enjuiciamiento razonable). *DOUE*, C, núm. 282, de 25 de agosto de 2014.
83. Asunto T-541/08: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2014 – Sasol y otros/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de las ceras de parafina – Mercado de la slack wax – Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE – Fijación de precios y reparto del mercado – Responsabilidad de una sociedad matriz por las infracciones de las reglas de la competencia cometidas por su filial y por una empresa común que le pertenece en parte – Influencia decisiva ejercida por la sociedad matriz – Presunción en caso de tenencia de una participación del 100 % – Sucesión de empresas – Proporcionalidad – Igualdad de trato – Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas – Circunstancias agravantes – Papel de líder – Límite máximo de la multa – Plena jurisdicción»). *DOUE*, C, núm. 292, de 1 de septiembre de 2014.
84. Asunto T-543/08: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2014 – RWE y RWE Dea/Comisión («Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de las ceras de parafina – Mercado de la slack wax – Decisión declarativa de una infracción del artículo 81 CE – Fijación de precios y reparto de los mercados – Responsabilidad de una sociedad matriz por las infracciones de las reglas de la competencia cometidas por su filial y por una empresa común que le pertenece en parte – Influencia decisiva ejercida por la sociedad matriz – Presunción en caso de tenencia de una participación del 100 % – Sucesión – Proporcionalidad – Igualdad de trato – Directrices de 2006 para el cálculo de las multas – Plena jurisdicción»). *DOUE*, C, núm. 292, de 1 de septiembre de 2014.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

85. Asunto C-45/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de enero de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – Andreas Kainz/

Pantherwerke AG [Procedimiento prejudicial – Competencia judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos – Mercancía producida en un Estado miembro y vendida en otro Estado miembro – Interpretación del concepto de «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso» – Lugar del hecho causal]. *DOUE*, C, núm. 85, de 22 de marzo de 2014.

86. **Asunto C-469/12: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 14 de noviembre de 2013 (petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien – Austria) – Krejci Lager & Umschlagbetriebs GmbH/Olbrich Transport und Logistik GmbH [Procedimiento prejudicial – Espacio de libertad, seguridad y justicia – Convenio de Bruselas – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Artículo 5, número 1, letra b) – Competencia judicial – Competencias especiales – Materia contractual – Concepto de «prestación de servicios» – Contrato de almacenamiento].** *DOUE*, C, núm. 102, de 7 de abril de 2014.
87. **Asunto C-548/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 13 de marzo de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Krefeld – Alemania) – Marc Brogsitter/Fabrication de Montres Normandes Eurl., Karsten Fräßdorf [Espacio de libertad, de seguridad y de justicia – Competencia judicial en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Competencias especiales – Artículo 5, puntos 1 y 3 – Acción de responsabilidad civil – Naturaleza contractual o extracontractual].** *DOUE*, C, núm. 135, de 5 de mayo de 2014.
88. **Asunto C-360/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de junio de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Coty Germany GmbH, anteriormente Coty Prestige Lancaster Group GmbH/First Note Perfumes NV [Cooperación judicial en materia civil – Reglamentos (CE) nos 40/94 y 44/2001 – Marca comunitaria – Artículo 93, apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 40/94 – Competencia internacional en materia de violación de marca – Determinación del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso – Participación transfronteriza de varias personas en el mismo acto ilícito].** *DOUE*, C, núm. 253, de 4 de agosto de 2014.
89. **Asunto C-350/13: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 5 de junio de 2014 [petición de decisión prejudicial planteada por la Augstākā tiesa (anteriormente, Augstākās tiesas Senāts) – Letonia] – Antonio Gramsci Shipping Corp. y otros/Aivars Lembergs [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 44/2001 – Reconocimiento y ejecución de medidas provisionales y cautelares – Anulación de la resolución inicial – Mantenimiento de la petición de decisión prejudicial – Sobreseimiento].** *DOUE*, C, núm. 261, de 11 de agosto de 2014.

MARCAS, DIBUJOS Y MODELOS

90. **Asunto C-558/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 23 de enero de 2014 – Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI)/riha WeserGold Getränke GmbH & Co. KG (anteriormente Wesergold Getränkeindustrie GmbH & Co. KG), Lidl Stiftung & Co. KG (Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca denominativa WESTERN GOLD – Oposición del titular de las marcas denominativas nacionales, internacional y comunitaria WeserGold, Wesergold y WESERGOLD). DOUE, C, núm. 85, de 22 de marzo de 2014.**
91. **Asunto C-669/13 P: Recurso de casación interpuesto el 16 de diciembre de 2013 por Mundipharma GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 16 de octubre de 2013 en el asunto T-328/12, Mundipharma GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). DOUE, C, núm. 85, de 22 de marzo de 2014.**
92. **Asunto C-65/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 6 de febrero de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – Leidseplein Beheer BV, H.J.M de Vries/Red Bull GmbH, Red Bull Nederland BV (Procedimiento prejudicial – Marcas – Directiva 89/104/CEE – Derechos conferidos por la marca – Marca de renombre – Protección ampliada para productos y servicios no similares – Uso por un tercero sin justa causa de un signo idéntico o semejante a la marca renombrada – Concepto de justa causa). DOUE, C, núm. 93, de 29 de marzo de 2014.**
93. **Asunto C-593/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de octubre de 2013 – Lancôme parfums et beauté & Cie/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Focus Verlag GmbH (Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca denominativa Color Focus – Solicitud de nulidad del titular de la marca denominativa comunitaria Focus – Declaración de nulidad – Renuncia – Artículo 149 del Reglamento de Procedimiento – Recurso de casación carente de objeto – Sobreseimiento). DOUE, C, núm. 102, de 7 de abril de 2014.**
94. **Asunto C-70/13 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 12 de diciembre de 2013 – Getty Images (US), Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c) – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Marca denominativa PHOTOS.COM – Denegación parcial del registro – Igualdad de trato – Obligación de que la OAMI tenga en cuenta su práctica decisoria anterior – Recurso de casación en parte manifiestamente inadmisibles y en parte manifiestamente infundado]. DOUE, C, núm. 102, de 7 de abril de 2014.**

95. **Asunto C-31/14 P: Recurso de casación interpuesto el 21 de enero de 2014 por la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) contra la sentencia del Tribunal General (Sala Primera) dictada el 8 de noviembre de 2013 en el asunto T-536/10, Kessel Marketing & Vertriebs GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos).** *DOUE*, C, núm. 102, de 7 de abril de 2014.
96. **Asunto C-35/14 P: Recurso de casación interpuesto el 23 de enero de 2014 por Enercon GmbH contra la sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) dictada el 12 de noviembre de 2013 en el asunto T-245/12, Gamesa Eólica, S.L./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI).** *DOUE*, C, núm. 102, de 7 de abril de 2014.
97. **Asunto T-37/12: Sentencia del Tribunal General de 27 de febrero de 2014 – Advance Magazine Publishers/OAMI – López Cabré (TEEN VOGUE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa TEEN VOGUE – Marca nacional denominativa anterior VOGUE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Identidad de los productos – Semejanza de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Prueba del uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 207/2009 – Regla 22, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 2868/95 – Denegación parcial de registro»].** *DOUE*, C, núm. 102, de 7 de abril de 2014.
98. **Asunto T-225/12: Sentencia del Tribunal General de 27 de febrero de 2014 – Lidl Stiftung/OAMI – Lidl Music (LIDL express) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa LIDL express – Marca nacional figurativa anterior LIDL MUSIC – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 15, apartado 1, y artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 102, de 7 de abril de 2014.
99. **Asunto T-331/12: Sentencia del Tribunal General de 26 de febrero de 2014 – Sartorius Lab Instruments/OAMI (Arco de círculo amarillo en la parte inferior de una pantalla) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria consistente en un arco de círculo amarillo en la parte inferior de una pantalla – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 102, de 7 de abril de 2014.
100. **Asunto T-509/12: Sentencia del Tribunal General de 27 de febrero de 2014 – Advance Magazine Publishers/OAMI – Nanso Group (TEEN VOGUE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa TEEN VOGUE – Marca nacional denominativa anterior VOGUE – Admisibilidad – Formulación de las pretensiones – 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) n.º 207/2009 – Denegación parcial de registro». *DOUE*, C, núm. 102, de 7 de abril de 2014.

101. Asuntos acumulados C-337/12 P a C-340/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 6 de marzo de 2014 – Pi-Design AG, Bodum France SAS, Bodum Logistics A/S/Yoshida Metal Industry Co. Ltd, Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Registro de signos constituidas por una superficie con puntos negros – Declaración de nulidad – Reglamento (CE) n.º 40/94 – Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii) – Alteración sustancial de las pruebas]. *DOUE*, C, núm. 129, de 28 de abril de 2014.
102. Asunto C-409/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 6 de marzo de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Patent- und Markensenat – Austria) – Backaldrin Österreich The Kornspitz Company GmbH/Pfahnl Backmittel GmbH [Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 12, apartado 2, letra a) – Caducidad – Marca que se ha convertido, por la actividad o inactividad de su titular, en la designación usual en el comercio de un producto o de un servicio para el que está registrada – Percepción del signo denominativo «KORNSPITZ» por los vendedores, por una parte, y por los usuarios finales, por otra – Pérdida de carácter distintivo exclusivamente desde el punto de vista de los usuarios finales]. *DOUE*, C, núm. 129, de 28 de abril de 2014.
103. Asunto T-315/12: Sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2014 – Tubes Radiatori/OAMI – Antrax It (Radiador) [«Dibujo o modelo comunitario – Procedimiento de nulidad – Dibujo o modelo comunitario registrado que representa un radiador de calefacción – Dibujo o modelo anterior – Causa de nulidad – Falta de carácter singular – Falta de impresión general distinta – Artículo 6 y artículo 25, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 6/2002 – Saturación de la técnica – Obligación de motivación»]. *DOUE*, C, núm. 129, de 28 de abril de 2014.
104. Asunto T-348/12: Sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2014 – Globosat Programadora/OAMI – Sport TV Portugal (SPORT TV INTERNACIONAL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SPORT TV INTERNACIONAL – Marca nacional figurativa anterior SPORTV – Motivo de denegación relativo – Prueba de uso de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 y regla 22 del Reglamento (CE) n.º 2868/95»]. *DOUE*, C, núm. 129, de 28 de abril de 2014.
105. Asunto T-381/12: Sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2014 – Borrajo Canelo/OAMI – Tecnoazúcar (PALMA MULATA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca denominativa comunitaria PALMA MULATA – Uso efectivo –

Artículo 15, apartado 1, letra a), y artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Forma que difiere por elementos que no alteran el carácter distintivo»]. *DOUE*, C, núm. 129, de 28 de abril de 2014.

106. **Asunto T-430/12: Sentencia del Tribunal General de 13 de marzo de 2014 – Heinrich/OAMI – Comisión (European Network Rapid Manufacturing) (Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa European Network Rapid Manufacturing – Motivo de denegación absoluto – Imitación del emblema de una organización internacional intergubernamental – Artículo 7, apartado 1, letra h), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 6 ter del Convenio de París). *DOUE*, C, núm. 129, de 28 de abril de 2014.**
107. **Asunto T-131/13: Sentencia del Tribunal General de 14 de marzo de 2014 – Lardini/OAMI (Colocación de una flor en la solapa) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria consistente en la colocación de una flor en la solapa – Motivo de denegación absoluto – Inexistencia de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 135, de 5 de mayo de 2014.**
108. **Asunto T-411/11: Auto del Tribunal General de 10 de marzo de 2014 – Hemofarm/OAMI – Laboratorios Diafarm (HEMOFARM) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 135, de 5 de mayo de 2014.**
109. **Asunto T-539/11: Sentencia del Tribunal General de 25 de marzo de 2014 – Deutsche Bank/OAMI (Leistung aus Leidenschaft) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Leistung aus Leidenschaft – Marca constituida por un eslogan publicitario – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Igualdad de trato – Obligación de motivación – Pruebas presentadas por primera vez ante el Tribunal»]. *DOUE*, C, núm. 142, de 12 de mayo de 2014.**
110. **Asunto T-291/12: Sentencia del Tribunal General de 25 de marzo de 2014 – Deutsche Bank/OAMI (Passion to Perform) [«Marca comunitaria – Registro internacional en el que se designa a la Unión Europea – Marca denominativa Passion to Perform – Marca constituida por un eslogan publicitario – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Igualdad de trato»]. *DOUE*, C, núm. 142, de 12 de mayo de 2014.**
111. **Asuntos acumulados T-534/12 y T-535/12: Sentencia del Tribunal General de 26 de marzo de 2014 – Still/OAMI (Fleet Data Services) [«Marca comunitaria – Solicitudes de marcas comunitarias figurativas Fleet Data Services y Truck Data Services – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Falta de carácter**

- distintivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Derecho a ser oído – Artículo 75, segunda frase, del Reglamento n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 142, de 12 de mayo de 2014.
112. Asunto T-81/13: Sentencia del Tribunal General de 21 de marzo de 2014 – FTI Touristik/OAMI (BigXtra) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa BigXtra – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 142, de 12 de mayo de 2014.
113. Asunto T-46/12: Auto del Tribunal General de 5 de marzo de 2013 – Chrysamed Vertrieb/OAMI – Chrysal International (Chrysa-med) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 142, de 12 de mayo de 2014.
114. Asunto T-198/13: Auto del Tribunal General de 3 de febrero de 2014 – Imax/OAMI – Himax Technologies (IMAX) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»). *DOUE*, C, núm. 142, de 12 de mayo de 2014.
115. Asunto C-530/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 27 de marzo de 2014 – Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos)/National Lottery Commission [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) n.º 40/94 – Artículo 52, apartado 2, letra c) – Solicitud de nulidad basada en un derecho de autor anterior adquirido en virtud del Derecho nacional – Aplicación del Derecho nacional por la OAMI – Función del juez de la Unión]. *DOUE*, C, núm. 151, de 19 de mayo de 2014.
116. Asunto T-47/12: Sentencia del Tribunal General de 27 de marzo de 2014 – Intesa Sanpaolo/OAMI – equinet Bank (EQUITER) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa EQUITER – Marca comunitaria denominativa anterior EQUINET – Motivo de denegación relativo – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Obligación de motivación»]. *DOUE*, C, núm. 151, de 19 de mayo de 2014.
117. Asunto T-554/12: Sentencia del Tribunal General de 27 de marzo de 2014 – Oracle America/OAMI – Aava Mobile (AAVA MOBILE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa AAVA MOBILE – Marca comunitaria denominativa anterior JAVA – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Inexistencia de riesgo de asociación – Vínculo entre los signos – Renombre – Inexistencia de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 151, de 19 de mayo de 2014.

118. **Asunto T-347/13: Auto del Tribunal General de 25 de marzo de 2014 – Have Hydraulik/OAMI – HaWi Energietechnik (HAWI) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento»).** *DOUE*, C, núm. 151, de 19 de mayo de 2014.
119. **Asunto C-301/13 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 6 de febrero de 2014 – El Corte Inglés, S.A./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marca denominativa CLUB GOURMET y CLUB DEL GOURMET – Desestimación de la oposición – Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Artículo 181 – Recurso de casación en parte manifiestamente inadmisibile y en parte manifiestamente infundado].** *DOUE*, C, núm. 175, de 10 de junio de 2014.
120. **Asunto T-623/11: Sentencia del Tribunal General de 9 de abril de 2014 – Pico Food/OAMI – Sobieraj (MILANÓWEK CREAM FUDGE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria MILANÓWEK CREAM FUDGE – Marcas nacionales figurativas anteriores que representan una vaca, Original Sahne Muh-Muhs HANDGESCHNITTEN HANDGEWICKELT y SAHNE TOFFEE LUXURY CREAM FUDGE – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 76, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 175, de 10 de junio de 2014.
121. **Asunto T-144/12.: Sentencia del Tribunal General de 9 de abril de 2014 – Comsa/OAMI – COMSA (COMSA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa COMSA – Denominación social anterior Comsa, S.A. – Motivo de denegación relativo – Falta de utilización en el tráfico económico de un signo cuyo alcance no es únicamente local – Similitud de los servicios – Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 175, de 10 de junio de 2014.
122. **Asunto T-288/12: Sentencia del Tribunal General de 9 de abril de 2014 – EI du Pont de Nemours/OAMI – Zueco Ruiz (ZyTeL) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca figurativa ZyTeL – Marca comunitaria denominativa anterior y marca notoriamente conocida en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París ZYTEL – Motivos de denegación relativos – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Perjuicio para el carácter distintivo o el renombre de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009].** *DOUE*, C, núm. 175, de 10 de junio de 2014.
123. **Asunto T-386/12: Sentencia del Tribunal General de 9 de abril de 2014 – Elite Licensing/OAMI – Aguas de Mondariz Fuente del Val (elite BY MONDARIZ) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa elite BY MONDARIZ – Marcas comunitaria e internacional figurati-**

- vas anteriores ELITE – Lengua del procedimiento de recurso – Plazos – Admisibilidad del recurso ante la Sala de Recurso – Regla 48, apartado 2, regla 49, apartado 1, y regla 96, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 2868/95 – Inexistencia de riesgo de confusión – Falta de similitud entre los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Perjuicio para la notoriedad – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 175, de 10 de junio de 2014.
124. Asunto T-501/12: Sentencia del Tribunal General de 9 de abril de 2014 – Farmaceutisk Laboratorium Ferring/OAMI – Tillotts Pharma (OCTASA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa OCTASA – Marcas nacionales denominativas anteriores PENTASA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 175, de 10 de junio de 2014.
125. Asunto T-502/12: Sentencia del Tribunal General de 9 de abril de 2014 – Ferring/OAMI – Tillotts Pharma (OCTASA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa OCTASA – Marcas nacionales, del Benelux e internacionales denominativas anteriores PENTASA y OCTOSTIM – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 175, de 10 de junio de 2014.
126. Asunto T-209/13: Sentencia del Tribunal General de 11 de abril de 2014 – Olive Line International/OAMI (OLIVE LINE) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa OLIVE LINE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 175, de 10 de junio de 2014.
127. Asunto T-249/13: Sentencia del Tribunal General de 9 de abril de 2014 – MHCS/OAMI – Ambra (DORATO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria gráfica DORATO – Marcas comunitarias y nacionales gráficas anteriores que representan etiquetas para cuello de botella – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Regla 50, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 2868/95»]. *DOUE*, C, núm. 175, de 10 de junio de 2014.
128. Asunto C-177/13: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 13 de febrero de 2014 – Marek Marszałkowski/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Mar-Ko Fleischwaren GmbH & Co. KG [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) n.º 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Solicitud de marca comunitaria figurativa que contiene los elementos denominativos «Walichnowy» y «Marko» – Oposición del titular de la marca comunitaria MAR-KO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión]. *DOUE*, C, núm. 184, de 16 de junio de 2014.

129. **Asunto C-324/13: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 30 de enero de 2014 – Ferca – Consultadoria e Serviços, Lda/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca denominativa PATRICIA ROCHA – Oposición del titular de la marca denominativa nacional ROCHAS – Denegación de registro por la División de Oposición de la OAMI – Inadmisibilidad del recurso interpuesto ante la Sala de Recurso de la OAMI).** *DOUE*, C, núm. 184, de 16 de junio de 2014.
130. **Asunto T-473/11: Sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2014 – Longevity Health Products/OAMI – Weleda Trademark (MENOCHRON) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa MENOCHRON – Marca comunitaria denominativa anterior MENODORON – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 184, de 16 de junio de 2014.
131. **Asunto T-647/11: Sentencia del Tribunal General de 29 de abril de 2014 – Asos/OAMI – Maier (ASOS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ASOS – Marca comunitaria denominativa anterior ASSOS – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 184, de 16 de junio de 2014.
132. **Asunto T-541/12: Auto del Tribunal General de 2 de abril de 2014 – Wedi/OAMI – Mehlhose Bauelemente für Dachrand + Fassade (BALCO) («Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento»).** *DOUE*, C, núm. 184, de 16 de junio de 2014.
133. **Asunto T-170/12: Sentencia del Tribunal General de 30 de abril de 2014 – Beyond Retro/OAMI – S&K Garments (BEYOND VINTAGE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca denominativa BEYOND VINTAGE – Marca comunitaria denominativa anterior BEYOND RETRO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 194, de 24 de junio de 2014.
134. **Asunto T-327/12: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2014 – Simca Europe/OAMI – PSA Peugeot Citroën (Simca) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa Simca – Concepto de “mala fe” – Artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 194, de 24 de junio de 2014.
135. **Asunto T-575/12: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2014 – Pyrox/OAMI – Köb Holzheizsysteme (PYROX) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria gráfica PIROX – Marcas nacionales denominativas**

- anteriores PYROT – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 194, de 24 de junio de 2014.
136. Asunto T-38/13: Sentencia del Tribunal General de 8 de mayo de 2014 – Pedro Group/OAMI – Cortefiel (PEDRO) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa PEDRO – Marca comunitaria figurativa anterior Pedro del Hierro – Denegación parcial de registro – Motivos de denegación relativos – Uso efectivo de la marca anterior – Carácter distintivo elevado de la marca anterior – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 194, de 24 de junio de 2014.
137. Asunto C-591/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de mayo de 2014 – Bimbo, S.A./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Panrico, S.A. [Recurso de casación – Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de registro de la marca denominativa BIMBO DOUGHNUTS – Marca denominativa española anterior DOGHNUTS – Motivos de denegación relativos – Reglamento (CE) n.º 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Apreciación global del riesgo de confusión – Posición distintiva y autónoma de un elemento de una marca denominativa compuesta]. *DOUE*, C, núm. 202, de 30 de junio de 2014.
138. Asunto T-160/12: Sentencia del Tribunal General de 14 de mayo de 2014 – Adler Modemärkte/OAMI— Blufin (MARINE BLEU) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa MARINE BLEU – Marca comunitaria denominativa anterior BLUMARINE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 202, de 30 de junio de 2014.
139. Asunto T-247/12: Sentencia del Tribunal General de 20 de mayo de 2014 – Argo Group International Holdings/OAMI – Arisa Assurances (ARIS) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa ARIS – Marca comunitaria figurativa anterior ARISA ASSURANCES S.A. – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud entre los signos – Coexistencia de las marcas anteriores en el mercado – Principio del Derecho americano “Morehouse defense” – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 202, de 30 de junio de 2014.
140. Asunto T-366/12: Sentencia del Tribunal General de 15 de mayo de 2014 – Katjes Fassin/OAMI (Yoghurt-Gums) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa Yoghurt-Gums – Motivos de denegación absolutos – Carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 202, de 30 de junio de 2014.

141. **Asunto C-97/12 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 15 de mayo de 2014 – Louis Vuitton Malletier/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Friis Group International ApS [Recurso de casación – Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa que representa un dispositivo de cierre – Falta de carácter distintivo – Nulidad parcial – Reglamento (CE) n.º 40/94 – Artículo 7, apartado 1, letra b)].** *DOUE*, C, núm. 212, de 7 de julio de 2014.
142. **Asunto C-142/14 P: Recurso de casación interpuesto el 24 de marzo de 2014 por The Sunrider Corporation contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) dictada el 23 de enero de 2014 en el asunto T-221/12, The Sunrider Corporation/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos).** *DOUE*, C, núm. 212, de 7 de julio de 2014.
143. **Asunto T-599/11: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2014 – Eni/OAMI (IP) (ENI) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ENI – Marca comunitaria figurativa anterior EMI – Riesgo de confusión – Similitud de los productos y servicios – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Denegación parcial del registro»].** *DOUE*, C, núm. 212, de 7 de julio de 2014.
144. **Asunto T-553/12: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2014 – Bateaux mouches/OAMI (BATEAUX-MOUCHES) [«Marca Comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa BATEAUX-MOUCHES – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c) del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 212, de 7 de julio de 2014.
145. **Asunto T-61/13: Sentencia del Tribunal General de 21 de mayo de 2014 – Melt Water/OAMI (NUEVA) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria gráfica NUEVA – Artículo 60 del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Incumplimiento de la obligación de pago de la tasa de recurso dentro de plazo – Ambigüedad en una versión lingüística – Interpretación uniforme – Caso fortuito o de fuerza mayor – Error excusable – Obligación de vigilancia y de diligencia»].** *DOUE*, C, núm. 212, de 7 de julio de 2014.
146. **Asunto T-95/13: Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2014 – Walcher Meßtechnik/OAMI (HIPERDRIVE) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa HIPERDRIVE – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 212, de 7 de julio de 2014.

147. **Asunto T-228/13: Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2014 – NIIT Insurance Technologies/OAMI (EXACT) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa EXACT – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Obligación de motivación – Igualdad de trato – Artículo 56 TFUE»].** *DOUE*, C, núm. 212, de 7 de julio de 2014.
148. **Asunto T-359/13: Auto del Tribunal General de 7 de mayo de 2014 – Spain Doce 13/OAMI – Ovejero Jiménez y Becerra Guibert (VICTORIA DELEF) («Marca comunitaria – Denegación parcial de registro – Sobreseimiento»).** *DOUE*, C, núm. 212, de 7 de julio de 2014.
149. **Asunto T-567/13: Auto del Tribunal General de 7 de mayo de 2014 – Sharp/OAMI (BIG PAD) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa BIG PAD – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Recurso en parte manifiestamente inadmisibile y en parte manifiestamente infundado»].** *DOUE*, C, núm. 212, de 7 de julio de 2014.
150. **Asunto C-182/14 P: Recurso de casación interpuesto el 11 de abril de 2014 por Mega Brands International, Luxembourg, Zweigniederlassung Zug contra la sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) dictada el 4 de febrero de 2014 en los asuntos T-604/11 y T-292/12, Mega Brands International, Luxembourg, Zweigniederlassung Zug/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos).** *DOUE*, C, núm. 223, de 14 de julio de 2014.
151. **Asunto T-161/12: Sentencia del Tribunal General de 4 de junio de 2014 – Free/OAMI – Conradi + Kaiser (FreeLounge) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa FreeLounge – Marca figurativa nacional anterior free LA LIBERTÉ N'A PAS DE PRIX, marca denominativa nacional anterior FREE, denominación social FREE y nombre de dominio FREE.FR – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Facultad de modificación»].** *DOUE*, C, núm. 235, de 21 de julio de 2014.
152. **Asuntos T-495/12 a T-497/12: Sentencia del Tribunal General de 5 de junio de 2014 – European Drinks/OAMI – Alexandrion Grup Romania (Dracula Bite y DRACULA BITE) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marcas comunitarias figurativas Dracula Bite y DRACULA BITE – Marca nacional figurativa anterior Dracula – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 42, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 235, de 21 de julio de 2014.
153. **Asunto T-352/12: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2014 – Grupo Flexi de León/OAMI (FLEXI) [«Marca comuni-**

- taria – Solicitud de marca comunitaria denominativa FLEXI – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009». *DOUE*, C, núm. 245, de 28 de julio de 2014.
154. Asunto T-401/12: Sentencia del Tribunal General de 11 de junio de 2014 – Klingel/OAMI – Develey (JUNGBORN) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Registro internacional en el que se designa a la Comunidad Europea – Marca denominativa JUNGBORN – Marca nacional denominativa anterior BORN – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009». *DOUE*, C, núm. 245, de 28 de julio de 2014.
155. Asunto T-486/12: Sentencia del Tribunal General de 11 de junio de 2014 – Golam/OAMI – Pentafarma (METABOL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa METABOL – Marca nacional denominativa anterior METABOL-MG – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009». *DOUE*, C, núm. 245, de 28 de julio de 2014.
156. Asunto T-62/13: Sentencia del Tribunal General de 11 de junio de 2014 – Golam/OAMI – Glaxo Group (METABIOMAX) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa METABIOMAX – Marca comunitaria denominativa anterior BIOMAX – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009». *DOUE*, C, núm. 245, de 28 de julio de 2014.
157. Asunto T-85/13: Sentencia del Tribunal General de 13 de junio de 2014 – K-Swiss/OAMI – Künzli SwissSchuh (Franjas paralelas en un zapato) [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa que representa franjas paralelas en un zapato – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 40/94 [actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009]». *DOUE*, C, núm. 245, de 28 de julio de 2014.
158. Asunto T-281/13: Sentencia del Tribunal General de 11 de junio de 2014 – Golam/OAMI – meta Fackler Arzneimittel (METABIOMAX) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa METABIOMAX – Marca nacional denominativa anterior metabiarex – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009». *DOUE*, C, núm. 245, de 28 de julio de 2014.
159. Asunto T-595/10: Sentencia del Tribunal General de 18 de junio de 2014 – Cantina Broglie 1/OAMI – Camera di Commercio,

- Industria, Artigianato e Agricoltura di Verona (RIPASSA)** [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa RIPASSA – Marca nacional denominativa anterior VINO DI RIPASSO – Motivo de denegación relativo – Artículo 75 del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Obligación de motivación»]. *DOUE*, C, núm. 253, de 4 de agosto de 2014.
160. **Asunto T-273/12: Sentencia del Tribunal General de 24 de junio de 2014 – Unister/OAMI (Ab in den Urlaub)** [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Ab in den Urlaub – Marca constituida por un eslogan publicitario – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Falta de prueba del carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 253, de 4 de agosto de 2014.
161. **Asunto T-330/12: Sentencia del Tribunal General de 24 de junio de 2014 – Hut.com/OAMI – Intersport France (THE HUT)** [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa THE HUT – Marca nacional denominativa anterior LA HUTTE – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 253, de 4 de agosto de 2014.
162. **Asunto T-382/12: Sentencia del Tribunal General de 19 de junio de 2014 – Kampol/OAMI – Colmol (Nobel)** [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Nobel – Marca nacional denominativa anterior NOBEL – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 253, de 4 de agosto de 2014.
163. **Asunto T-523/12: Sentencia del Tribunal General de 24 de junio de 2014 – Rani Refreshments/OAMI – Global-Invest Bartosz Turek (Sani)** [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Sani – Marcas comunitarias figurativas anteriores Hani o llani y RANI – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 253, de 4 de agosto de 2014.
164. **Asunto T-207/13: Sentencia del Tribunal General de 24 de junio de 2014 – 1872 Holdings/OAMI – Havana Club International (THE SPIRIT OF CUBA)** [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa THE SPIRIT OF CUBA – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 253, de 4 de agosto de 2014.

165. **Asunto T-239/13: Auto del Tribunal General de 5 de junio de 2014 – Atmeh/OAMI – Fretier (MONTALE MTL MONTALE Dezign) («Marca comunitaria – Solicitud de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento»).** *DOUE*, C, núm. 253, de 4 de agosto de 2014.
166. **Asunto T-427/13: Auto del Tribunal General de 10 de junio de 2014 – Gruppo Norton/OAMI – Marín Nicolás (Gruppo Norton S.r.l.) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Gruppo Norton S.r.l. – Marca nacional figurativa anterior NORTON HISPA O – Regla 49, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 2868/95 y artículo 60 del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Inadmisibilidad del recurso ante la Sala de Recurso – Recurso manifiestamente carente de fundamento jurídico alguno»].** *DOUE*, C, núm. 253, de 4 de agosto de 2014.
167. **Asunto C-608/12 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 8 de mayo de 2014 – Greinwald GmbH/Nicolas Wessang, Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Artículo 169, apartado 2, del mismo Reglamento – Contenido necesario del recurso de casación).** *DOUE*, C, núm. 261, de 11 de agosto de 2014.
168. **Asunto C-285/13 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 12 de junio de 2014 – Bimbo, SA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI) [Recurso de casación – Artículo 181 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Marca comunitaria – Reglamento (CE) n.º 40/94 – Artículo 8 – Solicitud de marca comunitaria figurativa Caffè KIMBO – Procedimiento de oposición – Marca nacional denominativa anterior BIMBO – Marca de renombre – Destimación parcial de la oposición – Recurso de casación manifiestamente inadmisibile].** *DOUE*, C, núm. 261, de 11 de agosto de 2014.
169. **Asunto C-374/13 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 10 de abril de 2014 – Metrópolis Inmobiliarias y Restauraciones, S.L./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), MIP Metro Group Intellectual Property GmbH & Co. KG [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) n.º 40/94 – Solicitud de registro de la marca denominativa METROINVEST – Oposición del titular de la marca figurativa nacional y solicitante de la marca figurativa comunitaria que incluye el elemento denominativo «METRO», en colores azul y amarillo – Denegación de registro].** *DOUE*, C, núm. 261, de 11 de agosto de 2014.
170. **Asunto C-411/13 P: Auto del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2014 – Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI)/Sanco, S.A. (Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca figurativa que representa un pollo – Oposición del titular de una marca figurativa nacional que repre-**

- sentencia un pollo – Desestimación parcial de la oposición). *DOUE*, C, núm. 261, de 11 de agosto de 2014.
171. Asunto C-412/13 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 10 de abril de 2014 – Franz Wilhelm Langguth Erben GmbH & Co. KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículos 34, apartado 1, 75 y 77, apartado 1 – Marcas nacional e internacional figurativas anteriores MEDINET – Reivindicación de la antigüedad – Denegación]. *DOUE*, C, núm. 261, de 11 de agosto de 2014.
172. Asunto C-414/13 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 20 de mayo de 2014 – Reber Holding GmbH & Co. KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), Anna Klusmeier (Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) n.º 40/94 – Marca denominativa Wolfgang Amadeus Mozart PREMIUM – Oposición del titular de las marcas nacionales figurativas anteriores W. Amadeus Mozart). *DOUE*, C, núm. 261, de 11 de agosto de 2014.
173. Asunto C-448/13 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 12 de junio de 2014 – Delphi Technologies, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) [Recurso de Casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 7, apartado 1, letra b) – Marca denominativa INNOVATION FOR THE REAL WORLD – Eslogan publicitario – Denegación de registro – Falta de carácter distintivo]. *DOUE*, C, núm. 261, de 11 de agosto de 2014.
174. Asunto C-292/13 P: Auto del Presidente de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de 21 de mayo de 2014 – Fabryka Łózysk Tocznych-Kraśnik S.A./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Impexmetal S.A. *DOUE*, C, núm. 261, de 11 de agosto de 2014.
175. Asunto C-415/13 P: Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 22 de mayo de 2014 – Fabryka Łózysk Tocznych-Kraśnik S.A./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), Impexmetal S.A. *DOUE*, C, núm. 261, de 11 de agosto de 2014.
176. Asunto T-372/11: Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2014 – Basic/OAMI – Repsol YPF (basic) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa basic – Marca comunitaria figurativa anterior BASIC – Motivo de denegación relativo – Similitud entre los servicios – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 261, de 11 de agosto de 2014.
177. Asunto T-541/11: Sentencia del Tribunal General de 26 de junio de 2014 – Fundação Calouste Gulbenkian/OAMI – Gulbenkian (GULBENKIAN) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposi-

- ción – Solicitud de marca comunitaria denominativa GULBENKIAN – Marca nacional notoriamente conocida, nombre comercial y logotipos nacionales anteriores Fundação Calouste Gulbenkian – Motivos de denegación relativos – Prueba de la existencia de los derechos anteriores – Artículo 8, apartados 1, letra b), 4 y 5, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 90, letra c), del Reglamento de Procedimiento»]. *DOUE*, C, núm. 261, de 11 de agosto de 2014.
178. Asunto C-11/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de junio de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundespatentgericht – Alemania) – Bayer CropScience AG/Deutsches Patent- und Markenamt (Procedimiento prejudicial – Derecho de patentes – Productos fitosanitarios – Certificado complementario de protección – Reglamento (CE) n.º 1610/96 – Artículos 1 y 3 – Conceptos de «producto» y «sustancias activas» – Protector). *DOUE*, C, núm. 282, de 25 de agosto de 2014.
179. Asuntos acumulados C-217/12 y C-218/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de junio de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundespatentgericht – Alemania) – Oberbank AG (C-217/13), Banco Santander S.A. (C-218/13), Santander Consumer Bank AG (C-218/13)/Deutscher Sparkassen- und Giroverband eV (Procedimiento prejudicial – Marcas – Directiva 2008/95/CE – Artículo 3, apartados 1 y 3 – Marca consistente en un color rojo sin contorno, registrada para servicios bancarios – Solicitud de nulidad – Carácter distintivo adquirido por el uso – Prueba – Sondeo de opinión – Momento en que debe adquirirse el carácter distintivo por el uso – Carga de la prueba). *DOUE*, C, núm. 282, de 25 de agosto de 2014.
180. Asunto C-345/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de junio de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court – Irlanda) – Karen Millen Fashions Ltd/Dunnes Stores, Dunnes Stores (Limerick) Ltd [Reglamento (CE) n.º 6/2002 – Dibujo o modelo comunitario – Artículo 6 – Carácter singular – Diferente impresión general – Artículo 85, apartado 2 – Dibujo o modelo comunitario no registrado – Validez – Requisitos – Carga de la prueba]. *DOUE*, C, núm. 282, de 25 de agosto de 2014.
181. Asunto C-224/14 P: Recurso de casación interpuesto el 7 de mayo de 2014 por Lidl Stiftung & Co. KG contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 27 de febrero de 2014 en el asunto T-226/12, Lidl Stiftung & Co. KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). *DOUE*, C, núm. 282, de 25 de agosto de 2014.
182. Asunto C-237/14 P: Recurso de casación interpuesto el 13 de mayo de 2014 por Lidl Stiftung & Co. KG contra la sentencia del Tribunal General (Sala Novena) dictada el 27 de febrero de 2014 en el asunto T-225/12, Lidl Stiftung & Co. KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). *DOUE*, C, núm. 282, de 25 de agosto de 2014.

183. **Asunto T-137/09 RENV: Sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2014 – Nike International/OAMI – Muñoz Molina (R10) («Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa R10 – Marca nacional denominativa anterior R10 no registrada – Cesión de la marca nacional – Prueba de la posesión de la marca anterior»).** *DOUE*, C, núm. 282, de 25 de agosto de 2014.
184. **Asunto T-184/12: Sentencia del Tribunal General de 9 de julio de 2014 – Moonich Produktkonzepte & Realisierung/OAMI – Thermofilm Australia (HEATSTRIP) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa HEATSTRIP – Motivo de denegación relativo – Artículo 8, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículos 75 y 76 del Reglamento n.º 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 282, de 25 de agosto de 2014.
185. **Asunto T-239/12: Sentencia del Tribunal General de 1 de julio de 2014 – Jyoti Ceramic Industries/OAMI – DeguDent (ZIECON) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa ZIECON – Marca comunitaria denominativa anterior CERCON – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 76 del Reglamento n.º 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 282, de 25 de agosto de 2014.
186. **Asunto T-520/12: Sentencia del Tribunal General de 9 de julio de 2014 – Pågen Trademark/OAMI (giffjar) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa giffjar – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Falta de carácter distintivo – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 282, de 25 de agosto de 2014.
187. **Asunto T-1/13: Sentencia del Tribunal General de 4 de julio de 2014 – Advance Magazine Publishers/OAMI – Montres Tudor (GLAMOUR) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa GLAMOUR – Marca internacional anterior TUDOR GLAMOUR – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b) del Reglamento (CE) n.º 207/2009»].** *DOUE*, C, núm. 282, de 25 de agosto de 2014.
188. **Asunto T-345/13: Sentencia del Tribunal General de 4 de julio de 2014 – Construcción, Promociones e Instalaciones/OAMI – Copisa Proyectos y Mantenimientos Industriales (CPI COPISA INDUSTRIAL) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa CPI COPISA INDUSTRIAL – Marca española figurativa anterior Cpi construcción promociones e instalaciones, S.A., y nombre comercial anterior Construcción, Promociones e Instalaciones, S.A.-C.P.I. – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 4, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Falta de prueba**

- del uso efectivo de la marca anterior – Falta de prueba del uso en el tráfico económico del nombre comercial anterior»]. *DOUE*, C, núm. 282, de 25 de agosto de 2014.
189. Asunto T-480/13: Sentencia del Tribunal General de 1 de julio de 2014 – You-View.tv/OAMI – YouView TV (YouView+) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa YouView+ – Marca Benelux figurativa anterior You View You-View.tv – Presentación extemporánea de documentos – Facultad de apreciación conferida por el artículo 76, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Concepto de “disposición en contrario” – Regla 20, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 2868/95»]. *DOUE*, C, núm. 282, de 25 de agosto de 2014.
190. Asunto T-5/12: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2014 – BSH/OAMI (Wash & Coffee) [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Wash & Coffee – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Examen de oficio de los hechos – Artículo 76, apartado 1, del Reglamento n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 292, de 1 de septiembre de 2014.
191. Asunto T-204/12: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2014 – Vila Vita Hotel und Touristik/OAMI – Viavita (VIAVITA) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa VIAVITA – Marcas nacionales denominativa anterior VILA VITA PARC y figurativa anterior VILA VITA – Falta de uso efectivo de las marcas anteriores – Artículo 42, apartados 2 y 3, y artículo 15, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 292, de 1 de septiembre de 2014.
192. Asunto T-425/12: Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2014 – Sport Eybl & Sports Experts/OAMI – Elite Licensing (e) [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa e – Marca comunitaria figurativa anterior e – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 292, de 1 de septiembre de 2014.
193. Asunto T-576/12: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2014 – Łaskiewicz/OAMI – Capital Safety Group EMEA (PROTEKT) [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa PROTEKT – Marcas comunitarias denominativas anteriores PROTECTA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 75 del Reglamento n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 292, de 1 de septiembre de 2014.

194. **Asunto T-18/13: Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2014 – Łaszkiewicz/OAMI – Cables y Eslingas (PROTEKT)** [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa PROTEKT – Marcas españolas denominativas anteriores PROTEK – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Artículo 75 del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 292, de 1 de septiembre de 2014.
195. **Asunto T-36/13: Sentencia del Tribunal General de 16 de julio de 2014 – Erreà Sport/OAMI – Facchinelli (ANTONIO BACIONE)** [«Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa ANTONIO BACIONE – Marca comunitaria figurativa anterior erreà y marca nacional figurativa anterior que representa dos rombos entrelazados – Motivo de denegación relativo – Ausencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Provecho indebidamente obtenido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 292, de 1 de septiembre de 2014.
196. **Asunto T-66/13: Sentencia del Tribunal General de 16 de julio de 2014 – Langguth Erben/OAMI (Forma de una botella de bebida alcohólica)** [«Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma de una botella de bebida alcohólica – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), y apartado 2, artículo 75, artículo 76, apartado 1, y artículo 77 del Reglamento (CE) n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 292, de 1 de septiembre de 2014.
197. **Asunto T-196/13: Sentencia del Tribunal General de 16 de julio de 2014 – Nanu-Nana Joachim Hoepf/OAMI – Stal-Flórez Botero (la nana)** [«Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Solicitud de la marca comunitaria figurativa “la nana” – Marca nacional denominativa anterior NANA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Falta de uso efectivo de la marca anterior – Artículo 57, apartados 2 y 3, del Reglamento n.º 207/2009»]. *DOUE*, C, núm. 292, de 1 de septiembre de 2014.
198. **Asunto T-324/13: Sentencia del Tribunal General de 16 de julio de 2014 – Endoceutics/OAMI – Merck (FEMIVIA)** [Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa FEMIVIA – Marca comunitaria denominativa anterior FEMIBION – Registro internacional, en el que se designa a la Comunidad Europea, de la marca figurativa anterior femibion – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 292, de 1 de septiembre de 2014.
199. **Asunto T-404/13: Sentencia del Tribunal General de 14 de julio de 2014 – NIIT Insurance Technologies/OAMI (SUBSCRIBE)**

[«**Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa SUBSCRIBE – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) n.º 207/2009 – Igualdad de trato – Artículo 56 TFUE**»]. *DOUE*, C, núm. 292, de 1 de septiembre de 2014.

INSOLVENCIA

200. **Asunto C-328/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de enero de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Ralph Schmid (administrador concursal de Aletta Zimmermann)/Lilly Hertel [Procedimiento prejudicial – Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE) n.º 1346/2000 – Procedimientos de insolvencia – Acción revocatoria por insolvencia – Domicilio del demandado en un Estado tercero – Competencia del tribunal del Estado miembro en el que se sitúa el centro de los intereses principales del deudor].** *DOUE*, C, núm. 85, de 22 de marzo de 2014.
201. **Asunto C-458/13: Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – Alemania) – Andreas Grund, como síndico del procedimiento de insolvencia sobre el patrimonio de SR-Tronic GmbH, Jürgen Reiser, Dirk Seidler/Nintendo Co. Ltd, Nintendo of America Inc.** *DOUE*, C, núm. 261, de 11 de agosto de 2014.

PROPIEDAD INTELECTUAL

202. **Asunto C-466/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 13 de febrero de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Svea hovrätt – Suecia) – Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd/Retriever Sverige AB [Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Directiva 2001/29/CE – Sociedad de la información – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines – Artículo 3, apartado 1 – Comunicación al público – Concepto – Enlaces de Internet («enlaces sobre los que se puede pulsar») que dan acceso a obras protegidas].** *DOUE*, C, núm. 93, de 29 de marzo de 2014.
203. **Asunto C-314/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof – Austria) – UPC Telekabel Wien GmbH/Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH (Procedimiento prejudicial – Aproximación de las legislaciones – Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor – Sociedad de la información – Directiva 2001/29/CE – Sitio de Internet que pone a disposición del público obras cinema-**

tográficas sin el consentimiento de los titulares de un derecho afín al derecho de autor – Artículo 8, apartado 3 – Concepto de «intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor» – Proveedor de acceso a Internet – Requerimiento judicial dirigido a un proveedor de acceso a Internet prohibiéndole conceder a sus clientes acceso a un sitio de Internet – Ponderación de los derechos fundamentales). *DOUE, C*, núm. 151, de 19 de mayo de 2014.

204. Asunto C-435/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 10 de abril de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – Países Bajos) – ACI Adam BV y otros/Stichting de Thuiskopie, Stichting Onderhandeligen Thuiskopie vergoeding [Procedimiento prejudicial – Propiedad intelectual – Derechos de autor y derechos afines – Armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información – Directiva 2001/29/CE – Artículo 5, apartados 2, letra b), y 5 – Derecho de reproducción – Excepciones y limitaciones – Reproducción para uso privado – Carácter legal del origen de la copia – Directiva 2004/48/CE – Ámbito de aplicación]. *DOUE, C*, núm. 175, de 10 de junio de 2014.
205. Asunto C-583/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 9 de abril de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Riigikohus – Estonia) – Syntax Trading OÜ/Maksuja Tolliamet [Procedimiento prejudicial – Reglamento (CE) n.º 1383/2003 – Medidas que tienen por objeto impedir la comercialización de mercancías con usurpación de marca y de mercancías piratas – Artículo 13, apartado 1 – Competencia de las autoridades aduaneras para comprobar la vulneración de un derecho de propiedad intelectual]. *DOUE, C*, núm. 175, de 10 de junio de 2014.
206. Asunto C-372/13: Auto del Tribunal de Justicia (Sala tercera) de 30 de enero de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Polymeles Protodikeio Athinon – Grecia) – Warner – Lambert Company LLC, Pfizer Ellas AE/SiegerPharma Anonymi Farmakeftiki Etaireia [Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cuestiones prejudiciales idénticas a otras sobre las que el Tribunal ya ha resuelto – Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) – Artículo 27 – Materia patentable – Artículo 70 – Protección de la materia existente]. *DOUE, C*, núm. 175, de 10 de junio de 2014.
207. Asunto C-462/13: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 30 de enero de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Polymeles Protodikeio Athinon – Grecia) – Warner – Lambert Company LLC, Pfizer Ellas AE/Minerva Farmakeftiki AE [Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia – Cuestiones prejudiciales idénticas a otras sobre las que

el Tribunal ya ha resuelto – Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) – Artículo 27 – Materia patentable – Artículo 70 – Protección de la materia existente]. *DOUE*, C, núm. 175, de 10 de junio de 2014.

208. **Asunto C-360/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de junio de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court of the United Kingdom – Reino Unido) – Public Relations Consultants Association Ltd/Newspaper Licensing Agency Ltd y otros (Derechos de autor – Sociedad de la información – Directiva 2001/29/CE – Artículo 5, apartados 1 y 5 – Reproducción – Excepciones y limitaciones – Realización de copias de un sitio de Internet en pantalla y en la caché del disco duro durante la navegación en Internet – Acto de reproducción provisional – Acto transitorio o accesorio – Parte integrante y esencial de un proceso tecnológico – Uso lícito – Significación económica independiente).** *DOUE*, C, núm. 253, de 4 de agosto de 2014.

PROTECCIÓN DE DATOS

209. **Asunto C-131/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional – España) – Google Spain, S.L., Google Inc./Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González (Datos personales – Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de dichos datos – Directiva 95/46/CE – Artículos 2, 4, 12 y 14 – Ámbito de aplicación material y territorial – Motores de búsqueda en Internet – Tratamiento de datos contenidos en sitios de Internet – Búsqueda, indexación y almacenamiento de estos datos – Responsabilidad del gestor del motor de búsqueda – Establecimiento en territorio de un Estado miembro – Alcance de las obligaciones de dicho gestor y de los derechos del interesado – Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Artículos 7 y 8).** *DOUE*, C, núm. 212, de 7 de julio de 2014.

PUBLICIDAD

210. **Asunto C-52/13: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 13 de marzo de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato – Italia) – Posteshop SpA – Divisione Franchising Kipoint/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Presidenza del Consiglio dei Ministri (Procedimiento prejudicial – Directiva 2006/114/CE – Conceptos de «publicidad engañosa» y «publicidad comparativa» – Normativa nacional que contempla la publicidad engañosa y la publicidad comparativa ilegal como dos hechos ilícitos distintos).** *DOUE*, C, núm. 135, de 5 de mayo de 2014.

RESPONSABILIDAD CIVIL

211. **Asunto C-371/12: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 23 de enero de 2014 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Tivoli – Italia) – Enrico Petillo, Carlo Petillo/Unipol (Seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de la circulación de los vehículos automóviles – Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 90/232/CEE y 2009/103/CEE – Accidente de tráfico – Daño inmaterial – Indemnización – Disposiciones nacionales que establecen métodos de cálculo específicos para los accidentes de tráfico, menos favorables para las víctimas que los previstos por el régimen común de responsabilidad civil – Compatibilidad con estas Directivas). *DOUE*, C, núm. 85 de 22 de marzo de 2014.**

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**

Libros *

GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen (Dir.), SOLÉ RESINA, Judith (Coord.): *Tratado de Derecho de la persona física*, 2 tomos, Cívitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, 938 pp.

1. El Derecho de la persona pasa por un momento complicado. Se halla en una encrucijada, a la que se ha llegado por la paulatina transformación, desde mediados del siglo pasado, de algunos de sus presupuestos básicos. Algunos cambios, como los relativos a la situación jurídica de la mujer, están consagrados en el Derecho positivo; otros, como los que hacen referencia a la protección civil de los derechos de la personalidad, han avanzado irreversiblemente en la práctica judicial. En otros ámbitos, sin embargo, han surgido nuevos retos cuyo impacto sobre el perfil futuro del Derecho de la persona no es fácil calibrar, pero que se percibe como inminente.

Por un lado, el desarrollo científico y la introducción masiva de la tecnología en la vida social suscitan nuevas reflexiones y cuestionan enfoques tradicionales en la materia. Las posibilidades abiertas por la investigación científica en biomedicina, por ejemplo, así como la explotación de sus resultados tanto para usos comerciales como no comerciales, inciden sobre la noción de ser humano que presupone el concepto jurídico de persona (véase STJUE, Gran Sala, 18 de octubre de 2011, *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV*, Asunto C-34/10, sobre el concepto de «embrión humano» a los efectos de la patentabilidad de células madre que requerían la destrucción de embriones). Internet y el uso masivo de las «redes sociales», por otra parte, implican una reformulación del valor del consentimiento en la protección de los derechos a la propia imagen o a la intimidad. Paradójicamente, no obstante, la potencialidad de los buscadores para desvelar hechos o datos públicos, pero que el ciudadano desearía mantener reservados, ha obligado a Google –imprescindible «Gran Hermano» de nuestro tiempo– a revisar sus procesos de búsqueda y selección de resultados. Según la STJUE, Gran Sala, de 13 de marzo de 2014, toda persona tiene derecho a que una búsqueda efectuada a partir de su nombre no conduzca a revelar información que aquella desee mantener reservada, aunque no le cause perjuicio alguno. Sus derechos prevalecen sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda y también sobre el interés del público en acceder a esa información, y únicamente ceden si la injerencia está justificada, como sucedería en el caso concreto de que aquella persona desempeñe o hubiese desempeñado un papel en la vida pública (*Google Spain, S.L., Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, Asunto C-131/2012).

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

De otra parte, la cultura de los «derechos humanos», que emergió con gran fuerza en los últimos decenios del siglo pasado, sigue erosionando las estructuras que la codificación decimonónica edificó con el material heredado de la tradición romanista. Sucesivos instrumentos internacionales, incorporados al Derecho interno con el vigor jurídico que les brinda el artículo 10.2 CE, han removido y remueven el lecho en que se asienta el Derecho de la persona, forzando soluciones, a veces inéditas y controvertidas, que acaban encajando mal que bien en nuestro ordenamiento. Son transformaciones legales coherentes con los cambios en las formas de vida colectiva, pero que parte del cuerpo social no comparte ni quiere asumir. Esto influye tanto en el desarrollo del Derecho positivo como en la práctica judicial, plagados de incoherencias. Un buen ejemplo de ello es la ambivalencia en el tratamiento legal de las cuestiones que afectan al estatuto del llamado «menor maduro», donde conviven principios cuya conciliación es muy difícil (autonomía, protección / libertad, responsabilidad), y que da lugar a paradojas incómodas para el aplicador del Derecho (traté de ello en «Underage Abortion And Beyond: Developments of Spanish Law in Competent Minor's Autonomy», *Medical Law Review* 20 [2012]1: 48-66). Otro tanto puede decirse de la renovación del régimen aplicable a quienes sufren discapacidad psíquica o trastorno mental: aun cuando el llamado «modelo social» de discapacidad persigue reconocer mayores cotas de libertad y autonomía, la realidad es que no se asumen con naturalidad los riesgos que ello acarrea para los afectados. De ahí que sea previsible que el cambio de mentalidad lleve mucho más tiempo que cualquier modificación legal. Por lo demás, el armazón básico del Derecho de la persona, que prioriza la noción de capacidad de obrar y sus modificaciones, resulta un marco demasiado estrecho para ofrecer coherencia a los instrumentos que se dirigen a remediar situaciones de vulnerabilidad personal y social que poco o nada tienen que ver con el fundamento de las incapacidades basadas en la falta de capacidad natural. Si la edad, las enfermedades o la discapacidad física colocan a la persona ante dificultades o riesgos que la sociedad, por medio del Derecho, desea paliar o evitar, la respuesta jurídica debe medirse muy bien pues de lo contrario es fácil caer en un paternalismo de nuevo cuño, que contradice las premisas básicas de la condición de ciudadano en una sociedad abierta (véase Jonathan Herring, «Losing it? Losing what? The Law and Dementia», *Child and Family Law Quarterly* 21 [2009]1:3-29).

Por último, la doctrina repite que los códigos decimonónicos obviaron dar un reconocimiento jurídico a la esfera de intereses inherentes a la persona. La realidad actual, sin embargo, es la de una omnipresencia de tales intereses en la vida jurídica y social, a menudo a través de su calificación como «derechos fundamentales», o al menos como emanación del «libre desarrollo de la personalidad» constitucionalmente tutelado (art. 10 CE). La creatividad de la jurisprudencia, tanto nacional como de la proveniente de órganos supranacionales, ha marcado un cambio radical de enfoque en las últimas cinco décadas. Es un proceso que ha afectado a todos los ordenamientos de nuestro entorno, aunque quizás lo ha hecho de un modo más decisivo allí donde lo «personal» recibía menos atención en la ley positiva. Entre nosotros, en cambio, incluso puede percibirse cierto cansancio o hastío ante estos desarrollos, seguramente vinculado a la elevada litigiosidad que se conecta a su protección (véase por ejemplo Luis Díez-Picazo, *El escándalo del daño moral*, Madrid: Thomson Civitas, 2008). Así y todo, es un hecho que siguen ampliándose los ámbitos de tutela, como ejemplifica el Derecho antidiscriminación, que reconoce y

fomenta el uso de remedios habituales del Derecho privado para remover los obstáculos a la igualdad real en relaciones entre particulares.

2. Este complejo panorama, tan sumariamente descrito y del que sólo he querido espiar algunos ejemplos recientes, es el que tenían ante sí los autores del *Tratado de Derecho de la persona física*, obra coral de gran extensión y cuya publicación ha requerido dos volúmenes. Se trata de la primera obra reciente de semejante extensión que está dedicada íntegra y exclusivamente a esta rama del Derecho civil. Además, es el principal resultado del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Cultura que, con el título «La nueva configuración de la persona física, revisión de las condiciones personales, familiares y patrimoniales. El principio de no discriminación» (DER 2010-17949), ha dirigido la Dra. M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera, catedrática de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Barcelona, y una de las autoras con más larga trayectoria en esta materia.

Qué es el Derecho de la persona y para qué configurarlo como rama independiente del Derecho civil lo explicó Federico de Castro en palabras que todavía me parecen perfectamente vigentes: el Derecho de la persona es «el conjunto de normas que directamente regulan la situación y poder de la persona como tal persona» y su estudio consiste en «señalar los propios principios que rigen esta materia y darle todo su natural alcance» (*Derecho civil de España*, vol. II-1, Madrid: Instituto de estudios políticos, 1952 [reimp. Civitas: Madrid, 1984], p. 20). No estoy seguro de que esas «especiales ideas o principios» a que se anuda el Derecho de la persona sean hoy los mismos que durante la postguerra española en la que Castro escribió esas líneas. Sin embargo, me parece bien reconocible el deber general de respeto a la persona que el ilustre profesor sevillano opuso frente a la «inversión monstruosa de valores» que permitía, por ejemplo, imponer forzosamente una transfusión de sangre, entregar la libertad personal al dictamen de un médico o ignorar el valor jurídico del honor y de la dignidad humana (p. 19 nota 4). El libro que se anota aspira a seguir cultivando el campo abierto por la obra del profesor de Castro. De hecho, durante decenios, los civilistas españoles han cubierto esa parcela en cumplimiento del plan de estudios vigente en las Facultades de Derecho. Más lo que ahora importa subrayar es la voluntad de conectar definitivamente el estudio de esta rama del Derecho con los principios y derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los textos internacionales que nos vinculan. Como señala la directora de la obra en su presentación, «el panorama normativo ha variado, los valores de la sociedad se han modificado, también debe hacerlo el enfoque del derecho de la persona. No es admisible, en pleno siglo XXI, continuar con la visión tradicional, la evolución producida exige renovados planteamientos, la formulación y reformulación de los vigentes, su interpretación, en definitiva, conforme a la realidad social actual» (p. 54). No ha faltado, pues, ambición en el impulso de esta obra.

3. La obra se estructura en seis partes, cada una de unas 220-250 páginas. La extensión de cada parte y de los distintos capítulos es, en general, equilibrada. No hay ningún capítulo muy breve, ni ninguno desproporcionadamente largo. Es cierto, con todo, que a algún tema se le ha asignado más de un capítulo, y ha acabado teniendo una extensión tal vez excesiva, sobre todo si se compara con otros. En general, los temas de Derecho internacional privado ocupan un tercio del espacio disponible. Pero hay temas en los que la parte «internacional» es bastante más amplia que la dedicada al Derecho interno. Llama la atención, en concreto, que el capítulo dedicado a la minoría

de edad sólo tenga 60 páginas, mientras que el capítulo destinado exclusivamente a aspectos internacionales de la protección de menores requiera 53 páginas. La calidad del capítulo sobre el menor de edad es muy estimable y el detalle de la información que aporta el capítulo sobre aspectos internacionales también es de mucha utilidad. Pero no se alcanza a ver la razón de la referida desproporción cuando sería de esperar que los temas referentes al menor de edad fueran uno de los ejes vertebradores de la obra. La extensión destinada a la incapacitación y a sus efectos es también inferior a la que, en conjunto, tienen los tres capítulos titulados «Discapacidad y dependencia». Tal vez ello podría obedecer, en este caso, a una decisión consciente de dar más importancia a este eje frente al tradicional de la protección derivada de la incapacitación, aunque en esos tres capítulos se propone más bien una explicación panorámica de la panoplia de instituciones de distinta naturaleza pero cuyo denominador común es su posible utilidad en relación con ancianos y discapacitados.

Dentro del apartado de distribución interna del libro, con todo, lo más llamativo es la importancia que se ha dado a los temas de extranjería. Hasta tres capítulos, que abarcan 200 páginas, prácticamente la misma extensión de los cinco capítulos dedicados a los derechos de la personalidad. La directora de la obra, en la presentación de la misma, señala que esta novedad es «imprescindible para tener una visión completa de la persona y su situación» (p. 56). Al margen de su indudable interés y de la buena factura de los capítulos correspondientes, es difícil explicar en qué enriquece a la obra en su conjunto y, sobre todo, de qué sirve a quien se acerque al libro para aprehender la nueva faz del Derecho de la persona. Además, por falta de hábito, es poco probable que un lector interesado en temas de extranjería se acerque a consultar una obra de Derecho de la persona, y, sin embargo, el peso de esos capítulos es enorme, en gran parte por ser tan prolija la información recabada, proveniente de fuentes internacionales, comunitarias y nacionales.

4. Sobre los contenidos de la obra, sólo destacaré algunos elementos, sin detenerme a resumir o comentar cada una de sus partes.

Lo más interesante de la primera parte es el capítulo sobre «Persona, personalidad, capacidad» (cap. 1), que se complementa con otro sobre estado civil y «condiciones de la persona» (cap. 3). En él se expone una suerte de declaración de principios, que daría razón del libro y de su estructura y contenido, exponiéndose las bases sobre las que proyectar el cambio de enfoque doctrinal. Al abordar la noción de estado civil que emplea la ley, «paralelamente a lo que sucede en torno al concepto jurídico de persona, [se propone] una manera distinta de concebir jurídicamente las situaciones y condiciones de la persona». La finalidad última de este ejercicio radica en dar cuenta de las que no tienen la calificación de estados civiles, pero poseen «relevancia jurídica y forman parte del estatuto personal de cada humano». Son las «condiciones civiles emergentes» (p. 181), cuya toma en consideración permite, bajo una «concepción íntegra de la persona», no renunciar al término *estado civil* pero sí renovarlo (p. 185). ¿Cuáles son esas nuevas condiciones personales, a tener en cuenta junto a las tradicionales que conformaron el estado civil? El *sexo* no es estado civil pero sí «condición» de la persona (p. 210), al igual que se predica de la *filiación* (p. 207). La convivencia en unión estable de pareja y otros tipos de relaciones convivenciales reguladas por la ley, pero también las situaciones de *violencia*, de *dependencia*, de *discapacidad* y de *abandono*, constituyen otras tantas situaciones en que puede encontrarse la persona y que resultarían relevantes para este nuevo enfoque.

Hasta ahora ningún libro sobre Derecho de la persona se había planteado poner en evidencia esta nueva perspectiva, desde luego mucho más atenta a todo lo que jurídicamente afecta a la persona en su dimensión más intrínseca y personal. Así y todo, es legítimo preguntarse por el fin práctico perseguido con este ejercicio. En otras palabras, qué consecuencias se desean esclarecer reuniendo situaciones tan diversas bajo una denominación alternativa y más amplia que la de estado civil. La única justificación debería ser la de su utilidad para el razonamiento práctico en la resolución de problemas. Del propio libro se extrae la conclusión, sin embargo, que no se está proponiendo, por ejemplo, aplicar a esas nuevas «condiciones civiles» las reglas supuestamente generales sobre (in)disponibilidad, legitimación procesal o intervención del ministerio público, que son propias de los procesos cuyo objeto es el estado civil de las personas. Parece por tanto que lo que inspira este capítulo es fundamentalmente un afán de clarificación conceptual.

En general, el *Tratado* se mantiene fiel al esquema comúnmente trazado por la doctrina española al exponer los contenidos adscritos al Derecho de la persona. Ello no obstante, la obra propone alguna novedad sistemática, como incluir el estudio de la filiación, con sus aspectos internacionales (caps. 6, 7 y 8). La valoración que merece esta opción depende, en gran medida, de cómo se aborda el tema y, en particular, de si el cambio sistemático refleja o no opciones de fondo que pudieran dar razón del mismo.

No cabe duda de que la filiación, como se señala, es un elemento esencial del individuo, que le identifica como persona. Tomando esta perspectiva, desgranar los títulos legales para determinar la filiación, así como los requisitos sustantivos y procesales de las acciones de filiación no es improcedente, por más que la vinculación de estas reglas con el matrimonio haya ubicado tradicionalmente la cuestión en el derecho de familia. Ahora bien tal vez podría haberse profundizado en esa perspectiva estrictamente «personal» de la relación de filiación, en este caso frente al interés «familiar». La proyección constitucional de ambos intereses presupone ir más allá de lo que establece el artículo 39.2 CE y configurar el principio de libre investigación de la paternidad no sólo como un instrumento para garantizar la seguridad jurídica y económica de los hijos. Como es sabido, en las STC 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de febrero, que declararon la inconstitucionalidad de los artículos 133 y 136 I CC, la mayoría del Tribunal Constitucional arguyó que la finalidad del artículo 39.2 CE no era únicamente proteger a los hijos de madre soltera, sino también reconocer el interés en conocer la verdad biológica, conectando este interés con la dignidad humana (art. 10.1 CE). Como consecuencia, ese derecho correspondería al hijo y a sus progenitores, por ser la paternidad y la maternidad una manifestación de la propia personalidad. Por eso creo que el verdadero interés de explorar el Derecho de filiaciones desde la óptica del Derecho de la persona radicaba en aflorar y contrastar críticamente el enfoque asumido por nuestro TC, contextualizar su análisis y ofrecer elementos para tratar de alcanzar un equilibrio razonable entre todos los intereses en juego. A nadie se le escapa que el énfasis en la verdad biológica, trasunto del derecho a la identidad personal, puede comprometer otros intereses igualmente merecedores de tutela, entre ellos los del propio hijo. Estudiar con detenimiento la jurisprudencia del TEDH hubiera permitido obtener algunas claves (en esta línea, entre nosotros, véase Josep Ferrer i Riba, «Paternidad genética y paz familiar: los límites a la impugnación y a la reclamación de la paternidad», *Revista Jurídica de Catalunya* [2006] 756;

véase más recientemente STEDH *Ahrens v. Alemania* [n. 45071/09] y *Kautzor v. Alemania* [n. 23338/09], ambas de 22 de marzo de 2012).

La necesidad de un análisis detenido de los intereses de rango fundamental se aprecia también a la hora de examinar la peliaguda cuestión de la maternidad subrogada. Este tema se aborda con enfoques bien distintos en los capítulos de Derecho interno y de Derecho internacional privado, aunque el primero, que no entra en detalle en el porqué de la ilicitud (interna) de la gestación por sustitución (art. 10.1 LTRHA), concluye sugiriendo –cabe preguntarse bajo qué título competencial– «la necesidad de una Directiva en la materia con la finalidad de evitar que exista un mercado libre con zonas francas como el que existe en la actualidad» (p. 362). Desde el ángulo del juego de la cláusula de orden público, en cambio, el capítulo de aspectos internacionales sí reflexiona sobre el efecto de la protección de los derechos humanos de las personas nacidas fruto de maternidad subrogada, anticipando así, aunque con cierta ambigüedad, tanto lo resuelto por el TS en la sentencia de 6 de febrero de 2014 como el enfoque alternativo, adoptado para este tipo de casos por el TEDH (sentencias *Menesson c. Francia* [n. 65192/11] y *Labassee c. Francia* [n. 65941/11], ambas de 26 de junio de 2014).

Otra pieza muy sugerente es el capítulo sobre el nombre de las personas (cap. 9). Se trata de un homenaje a la verdadera interdisciplinariedad y a una visión del estudio del Derecho privado atenta al dato de la realidad jurídica que recrea. La riqueza del texto, en cuanto a profundidad de la reflexión y a cantidad y calidad de las fuentes, es extraordinaria. Se trata, además, de la parte más amena de toda la obra. No se pierde la ocasión de encauzar el dato legal en la doctrina y la jurisprudencia, sustantiva y registral, ni de abordar los problemas internacionales dentro del marco global que ciñe el margen de maniobra que tiene el sistema interno, insistiendo para ello en el impacto de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH. Nos recuerda esta necesidad la STC 167/2013, de 7 de octubre. Esta sentencia estimó el recurso de amparo presentado por una madre en representación de su hijo menor con el fin de evitar que, tras haber triunfado la acción de reclamación de la paternidad ejercida por el padre, el niño perdiera el primer apellido (materno) que venía usando hasta entonces. El TC subrayó que el derecho al nombre «se incluye dentro del conjunto de derechos de la persona y, más concretamente, en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE», y que esa relevancia constitucional del tema obligaba a las instancias judiciales que resolvieron previamente a ponderar, cosa que no hicieron, que el niño estaba escolarizado y que había venido utilizando el apellido materno desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. Aun así la doctrina se pregunta por qué el TC no aprovechó la oportunidad para afirmar que la legislación ya derogada sobre el orden de los apellidos –antes del cambio del art. 53 LRC por la DA 2.^a Ley 13/2005– violaba el artículo 14 CE, al permitir una discriminación por razón de sexo (en este sentido, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, «El nombre y los apellidos», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 9 [2014]). Lo había alegado el demandante de amparo y es lo que seguramente exige el artículo 8 CEDH en relación con el artículo 14 CEDH (véase STEDH *Cuzan y Fazzo c. Italia* [n. 77/07] 7 de enero de 2014). Este tipo de problemas, y muchos otros, grandes y pequeños, se desmenuzan con agudeza en esta completa aportación del libro.

En la parte correspondiente a la edad también se ejecuta, en apretada pero lúcida síntesis, una instructiva lección sobre cómo conjugar la pluralidad de

fuentes existentes sobre el tema de la minoría de edad. Por encima de todo, el texto destaca los conflictos que se plantean en la realidad y los criterios se extraen de aquellas fuentes para resolverlos en un sentido u otro. Me ha resultado muy grato, en particular, leer varios pasajes en los que se mira de cara a la desconcertante situación legal del menor de edad, reflejo de la paradójica actitud social frente al reconocimiento de autonomía de los menores (p. 607-609). Este capítulo, además, trata de integrar dentro de su contenido el examen de aquellas instituciones, como la potestad o la tutela, a las que se encarga velar por los menores, incluyendo un resumen de los principales aspectos de la normativa de protección de los menores desamparados y de las medidas de protección que cabe acordar según la gravedad de la situación y las características de los menores. El capítulo correspondiente al Derecho internacional privado de protección de menores, se centra, en cambio, pese a su título, en desplegar todo el abanico de instituciones que se pueden incluir en el macroconcepto de «responsabilidad parental», empleado en Derecho comunitario. Así, se exponen con lujo de detalles todos los elementos relevantes en cualquier situación con elemento extranjero, conforme a los criterios que imponen el Reglamento Bruselas IIbis o los otros instrumentos aplicables en el marco extracomunitario. Resulta evidente en este caso que se trata de cuestiones que, en gran parte, se alejan del objeto típico del Derecho de la persona, al adentrarse en el marco del Derecho de familia y, en particular, en cómo y dónde encauzar las controversias sobre los derechos que cada progenitor ostenta con respecto al ejercicio de la patria potestad, a la convivencia con el niño y a mantener con él un contacto regular.

Una pieza fundamental en el Derecho contemporáneo de la persona es el tratamiento jurídico de las necesidades que tienen las personas con discapacidad y por extensión las de quienes, sin padecer ninguna discapacidad, se hallan en una situación de vulnerabilidad a causa de una enfermedad o de su avanzada edad. Sin duda, este es también uno de los ejes centrales de la obra que se comenta y en el que se pueden situar varios de sus capítulos (capítulos 14 a 19; el primero dedicado exclusivamente a las personas de edad avanzada).

En primer término, se propone una reflexión general sobre algunas de las principales cuestiones de fondo de la incapacitación. Me interesa resaltar, en concreto, el esfuerzo argumentativo en pos de reafirmar la esfera de libertad de actuación del incapacitado, tanto en el plano personal (según resulta del art. 267 CC) como en el plano patrimonial (frente al potencial expansivo del art. 1263.2 CC). Creo que se quiere así reforzar la idea de que el principio es la capacidad y la excepción la restricción de ésta mediante la correspondiente decisión judicial. No obstante, la realidad es que el criterio legal de graduación judicial de la incapacidad (art. 760.1 LEC) no resuelve todas las dudas. Como es bien sabido, la práctica judicial sigue en gran medida anclada en la aplicación de modelos estandarizados, y a menudo la capacidad de obrar de las personas incapacitadas se modula pensando más en su «protección» y en la de terceros, que en sus posibilidades reales de actuación autónoma. Por ello, tal vez hubiera sido oportuno tratar críticamente, junto a las cuestiones específicas del régimen de la tutela en el CC, también el régimen de la curatela. Y es que en los últimos años esta institución se ha convertido, en la práctica judicial, en la verdadera estrella del proceso de adaptación gradual a los postulados de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad (sobre ello, con detalle, véase Sofía de Salas

Murillo, «Repensar la curatela», *Derecho privado y Constitución*, 11 [2013]:11-48).

Precisamente en relación con esta Convención, el *Tratado* se enfrenta en diferentes lugares a la cuestión de si y cómo debe reformarse el Derecho civil español para adaptarse a lo exigido por ella en esta materia. Las bases se sientan en el capítulo 1 donde la Dra. Gete-Alonso concluye, con base en el texto original en inglés del artículo 12 de la Convención, que ésta no exige la supresión de la noción de capacidad de obrar: «A contrario de lo que pudiera parecer, en una aproximación primaria, la capacidad de obrar no comporta discriminación, ni directa ni indirecta, sino acomodada a la realidad de la persona, en la que entra en juego el respeto a su dignidad y en la que los derechos y el modo en que puede ejercerlos (si libremente o necesitada de asistencia o apoyo) actúan como principios justificadores de la regulación particular» (p. 118). Y un poco más adelante sentencia: «no a la destrucción completa de lo que se tiene y que continúa siendo útil (...), no cabe prescindir de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar; conviene tener presente y conocer muy bien el contenido que se asigna a cada uno de estos conceptos» (p. 120). Sucede, sin embargo, que al analizar el modelo vigente y abordar su previsible reforma, el debate se da por cerrado recurriendo al argumento de autoridad que proporcionan las importantes sentencias del TS de 29 de abril de 2009 y 11 de octubre de 2012 (p. 69-70, 87 ss) o el anteproyecto del Ministerio de Justicia, que por cierto tuvo muy poca difusión en su momento y que acaso hoy ya no está orientando la dirección de las reformas. Esta ausencia de un posicionamiento propio, claro y completo contrasta con la actitud de sectores vinculados al mundo de la discapacidad, que están avanzando propuestas muy concretas de reforma del CC y de la LEC para cumplir las exigencias de la Convención. Una de estas iniciativas prelegislativas tiene como premisa, en contra de lo que sugería la Dra. Gete-Alonso, que «carece de cualquier eficacia y solvencia sostener la antigua diferencia doctrinal española entre “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar”», y señala que «con la Convención no podrá admitirse encauzar a todas las personas con discapacidad hacia un proceso de criterios estándar, de encasillamiento elemental; el nuevo sistema obliga a una determinación específica, individual y hasta diferenciada cronológicamente, de apoyos determinados a medida. Se tratará, pues, de precisar qué es lo que cada persona, según su situación, precisa para expresar su decisión. En unos casos se tratará quizás de completar, en otros de evidenciar, pero, en cualquier caso, partiendo de la incuestionable existencia de una capacidad válida» (Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 13 de junio de 2012).

Con todo respeto, personalmente considero que esta iniciativa y otras de parecido tenor no poseen suficiente rigor técnico-jurídico y nos separan del modo en que los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno están abordando este tema. En línea con los principios que apuntaba la Dra. Gete-Alonso, en cambio, creo que el mundo académico debe comprometerse con el objetivo de hallar soluciones que sean técnicamente defendibles y que permitan no sólo respetar cosméticamente los términos de la Convención, sino sobre todo asegurar el cumplimiento de sus objetivos (véase Carlos Martínez de Aguirre, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para*

una reforma legal, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2014). Para este objetivo, además, resulta de gran utilidad atender a la experiencia de otros ordenamientos, en los que, partiendo de tradiciones muy diversas, se está tratando de establecer un marco jurídico que permita ofrecer protección a las personas con discapacidad sin detrimento de su libertad, ni riesgo para sus intereses personales o patrimoniales. Un buen material para este camino puede hallarse en el estudio de la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales (FRA), *Legal capacity of persons with intellectual disabilities and persons with mental health problems* (Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2013), que es un informe donde, además de una síntesis de legislación comparada, se ofrecen datos empíricos sobre el alcance práctico de las medidas de protección jurídica en diversos países.

Como ya he apuntado, el *Tratado* también persigue dotar de cierta sustantividad a instituciones previstas en la legislación, ya sea estatal o autonómica, que tratan de dar cobertura a instrumentos con los que atender las necesidades de las personas vulnerables, tanto si requieren su incapacitación como si se trata de personas que, sin estar incapacitadas, precisan atención. Se aborda así, en diversas ocasiones, el régimen legal de la autotutela, de los apoderamientos preventivos o de los convenios que tienen por objeto el acogimiento de personas de edad avanzada o discapacitadas. También otras dos cuestiones de sumo interés: la protección de adultos desamparados y los internamientos involuntarios de ancianos en residencias geriátricas. El libro proporciona en este último punto información muy útil sobre el estado de la cuestión en la práctica judicial y el complejo marco normativo en el que los poderes públicos responsables deben tomar decisiones dirigidas a defender los intereses y derechos de esas personas (p. 84-85, 115-117, 236-240). En cambio, se aprecia un tono más conformista en lo concerniente a las instituciones de protección, como los poderes en previsión de futura incapacitación o los patrimonios protegidos, cuyo régimen básicamente se compendia. Otro tanto puede decirse del contrato de acogimiento de personas mayores, instrumento que, al menos en Cataluña, ha carecido de una mínima vigencia práctica y cuyos perfiles son tan cuestionables como los potenciales efectos perjudiciales que tendría, para los ancianos acogidos, la aplicación del Derecho dispositivo vigente. De hecho, esta figura ni siquiera se incorporó al Libro II del CCCat a pesar de su carácter parafamiliar, y parece condenada a ser derogada más pronto que tarde. Por lo demás, otros temas incluidos en esta parte de la obra suponen desde luego una ampliación inusual del alcance del Derecho de la persona pues si bien se presentan como «protección civil de la esfera patrimonial» de las personas, se trata de básicamente de contratos, cuya función es allegar recursos económicos para atender las necesidades de una de las partes contratantes a cuenta de activos transferidos por aquella parte a favor de la otra o de un tercero (*v.gr.* renta vitalicia, contrato de alimentos). En algún caso, la complejidad financiero-fiscal del instrumento es tal que desborda cualquier posibilidad de una explicación suficiente en una obra como la que se comenta (así, respecto a la hipoteca inversa o al seguro de dependencia).

La última parte del libro agrupa bajo el título «Derechos y libertades» cinco capítulos. A un ensayo de orden general sobre los derechos de la personalidad le sigue el capítulo titulado «Libertad. Violencia. No discriminación», cuyo contenido, como el propio título, es muy heterogéneo y está escrito por tres autores distintos. Este capítulo precede al dedicado al derecho

a la vida y al rubricado como «Derecho a la protección de la salud. Derechos del paciente». El último capítulo de la obra tiene por objeto los derechos de la persona en la esfera moral, y en él se abordan los tutelados por la LO 1/1982, de 5 de mayo. Esta estructura sistemática, pero sobre todo la elección de sus contenidos, ha tenido como resultado que dos temas de particular relevancia en el Derecho actual de la persona se hayan quedado por el camino. Me refiero a la protección de los datos personales y a la donación de órganos de personas vivas. En algún momento de la obra se mencionan reglas o normas de la legislación sobre protección de datos, pero no se ha considerado preciso abordar el examen particular de la materia. Dada su gran actualidad, su importancia práctica, y la relativa dificultad de hallar textos básicos comprensivos de esta temática en perspectiva jurídico-privada, creo que hubiera resultado de gran utilidad. Por lo que se refiere a la extracción de órganos, el tema se aborda con respecto trasplantes de órganos provenientes de personas fallecidas en otra sede (cap. 1), pero no se ha considerado oportuno entrar a examinar la donación por personas vivas. Y ello a pesar de que, a mi juicio, está claro que en la actualidad constituye un campo de referencia para la investigación jurídica, como prueba el interés existente desde hace tiempo en el ámbito internacional (véase, por citar sólo una referencia interdisciplinar: Andrew Bainham, Shelley Day Sclater, Martin Richards (eds.) *Body Lore and Laws*, Oxford; Portland, Oregon: Hart, 2002). En ambos casos, tal vez una parte del espacio dedicado a la exhaustiva presentación de la normativa sobre extranjería se hubiera podido destinar a estos temas, y a otros vinculados al derecho a la integridad física y psíquica (art. 15 CE) más allá de su traducción en el campo sanitario (art. 43 CE).

El primer capítulo de esta parte constituye una exposición, muy documentada y de gran profundidad analítica, sobre las cuestiones generales que sugieren los derechos de la personalidad. Con gran agudeza, manejando una enorme cantidad de material español y comparado, relacionándolo todo tanto con la legislación como con la práctica judicial, la profesora M.^a Paz García Rubio ha conseguido escribir una pieza modélica de este tema ya clásico, que no debería pasar desapercibida en la doctrina. En ella encara temas seculares, desgranando con solvencia nuevos enfoques y formulando propuestas arriesgadas y que merecen ser objeto de reflexión. Por destacar al lector algunos de estos puntos, mencionaría su reflexión sobre la condición de fundamentales de muchos derechos de la personalidad y qué supone este dato, también cómo trata la (relativa) transmisibilidad *inter vivos* y *mortis causa* de algunos de ellos frente al dogma de su esencial intransmisibilidad, cuestión relacionada, en definitiva, con el alcance de la vertiente patrimonial que poseen y cómo configurarla de un modo que sea acorde con el interés personal al que pretenden ofrecer tutela. Mención especial merece asimismo la preocupación de la autora por explicar con detalle la diversidad de medios de tutela de los derechos de la personalidad, cuál es su importancia y qué alcance pueden y deben tener las medidas reparatorias, objeto este último que, como es bien sabido, tiene distintos e incluso diría que contradictorios enfoques en la mejor doctrina comparada. Creo, en fin, que esta parte del libro consigue llegar hasta los confines del marco doctrinal conocido, no solo español sino también del europeo.

Mención aparte merece también el capítulo sobre el derecho a la vida (cap. 26). Se trata de una de las partes más acabadas de la obra, a pesar de la pesada carga ideológica del tema, que no se esquiva ni se esconde. Al contrario, se desgranán todos los elementos para adentrarse en los procelosos y a

menudo sesgados debates que genera cualquier norma que tenga que ver con el principio y el fin de la vida humana: desde el estatuto del embrión en el ámbito de las TRHA y de la investigación biomédica, al ideal de la muerte digna, fórmula que plasma de un modo gráfico y sensible cuál es la aspiración recogida en distintos modos e intensidades por los textos internacionales y por la propia legislación interna. Sin obviar el aborto y su marco jurídico positivo actual, que no sólo se expone, sino que se analiza sin prejuicios y poniendo de manifiesto las objeciones de tantos y la ponderación de intereses que hoy refleja el sentir de la mayoría. El capítulo efectúa una rigurosa explicación de cada una de estas cuestiones, ateniendo al marco legal, pero sin quedarse ahí ni conformarse con reproducir su contenido, sino valorándolo con sentido crítico y atendiendo a las premisas éticas, constitucionales y jurídicas que han llevado a nuestros legisladores y jueces a tomar ese camino en lugar de otro. No se esconde ningún punto de vista relevante, se trabajan a fondo fuentes bien seleccionadas, a menudo provenientes del ámbito científico o profesional (embriología, cuidados paliativos, ética clínica), que se emplean e integran en el discurso con los mejores materiales de Derecho comparado. En definitiva, un capítulo redondo, que condensa acertadamente la evolución jurídica en esta materia tan sensible y que apunta hacia el futuro, posicionándose coherentemente a favor de la autonomía de la persona y de la puesta a su servicio de los avances tecnológicos a lo largo de las diferentes fases de la vida. Se nota que su autor ha podido condensar años de estudio del tema, aderezados con su experiencia como integrante de la Comisión Andaluza de Genética y Reproducción de la Junta de Andalucía y miembro del Grupo de Trabajo de Muerte Digna que elaboró el Proyecto de Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de Muerte.

5. El diccionario de la R.A.E. (22.^a ed. 2001) es poco exigente al definir un tratado como un «escrito o discurso de una materia determinada». El *Diccionario del español actual* (Carlos Seco, Olimpia Andrés, Gabino Ramos, 1.^a ed., Santillana: Madrid, 1999) ya puntualiza que es un «libro que estudia extensamente una materia». En otras lenguas, en cambio, el término se reserva para exposiciones de carácter sistemático, mediante las que se desea profundizar en una materia, recurriendo a todo tipo de datos, compilados en el aparato crítico y bibliográfico. En francés, por ejemplo, la voz *Traité* identifica «un ouvrage à but pédagogique qui illustre d'une manière qui se veut complète et exhaustive tout sujet de connaissances».

En los últimos años han proliferado los libros titulados *Tratado*, sobre los más diversos objetos: desde el Derecho civil en general, al Derecho de contratos o de responsabilidad civil, pasando por el Registro civil, el Derecho de sucesiones, o aun de servidumbres o legítimas. En un entorno de creciente complejidad, se echaban en falta, tanto por el mundo académico como por los operadores jurídicos, obras que haciendo acopio de todo el material relevante, lo sistematizaran con criterio científico y profundidad analítica. Suelen ser obras escritas por gran número de autores, a menudo de carácter sectorial, e implicar varios tomos o volúmenes que incluyen un abundante aparato bibliográfico y/o jurisprudencial, e incluso documentos o formularios útiles para orientar la práctica jurídica. Raramente se renuncia a ese *corpus* de bibliografía o jurisprudencia (aunque véase Ángel Carrasco Perera (coord.), *Tratado sobre la compraventa*, Aranzadi: Cizur Menor, 2014).

Por la especificidad del Derecho de la persona y el trance en que se encuentra esta rama del Derecho civil, un *Tratado* aparecía como especialmente oportuno y necesario. Tras esta idea se intuye la intención de ofrecer

una obra completa, sistemáticamente organizada, que abordase la materia teniendo en cuenta la multiplicidad de fuentes hoy existente y que permitiese al lector situarse y comprender los problemas teóricos y prácticos que se plantean. En el caso de la obra que se ha anotado, sin embargo, su mérito reside más bien en impulsar el estudio de áreas próximas o vinculadas a lo que teleológicamente explica la existencia del Derecho de la persona. El libro es valioso sobre todo porque abre las puertas a la consideración, en una sede tradicional del Derecho civil, del influjo de la legislación sectorial o de otras ramas del Derecho en las que las condiciones concretas de la persona son determinantes de reglas que tratan de favorecer sus intereses como miembro de colectivos especialmente vulnerables. Contiene, por ejemplo, un embrión de lo que en el área angloamericana hace años que se trata sectorialmente como *Elder Law*. Además, la peculiar sistemática que propone, su multidisciplinariedad y la atención a cuestiones como la política de género, el tratamiento de la discapacidad y la dependencia, o los problemas de la edad avanzada, le confieren un carácter singular en el marco doctrinal español. Y es también muy positiva, en fin, la naturalidad con que se da un trato igualitario a los distintos cuerpos de Derecho civil vigentes en territorio español, plasmado en la cita y el estudio en paralelo de las principales normas susceptibles de ser aplicadas.

Ninguno de los retos que apuntaba al principio de esta nota –la emergencia de nuevos datos vinculados al cambio tecnológico, el papel de los derechos humanos en la redefinición de la condición de la persona en la sociedad– los afronta únicamente el Derecho español. Sin duda, esos retos alcanzan mayor articulación y visibilidad en el plano jurídico a través de las actividades de los organismos intergubernamentales o de las propias organizaciones internacionales, en forma de recomendaciones, informes o resoluciones vinculantes para los Estados. Adoptar un enfoque comparado y atento al dato internacional parece, por ello, inexcusable. La riqueza de esta metodología se pone en evidencia precisamente en aquellos capítulos del *Tratado* en que se utiliza para encuadrar el análisis de nuestro Derecho.

Jordi RIBOT IGUALADA

Catedrático de Derecho civil

Instituto de Derecho privado europeo y comparado

Universidad de Girona

NIETO ALONSO, Antonia: *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación – La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, ed. La Ley, Madrid, 2014, 547 pp.

Es difícil, en los momentos actuales, encontrar en la literatura jurídica una obra que reúna las cualidades y características de la que es objeto de comentario en estas breves líneas. Dificultad predicada tanto por lo que hace a la materia en sí, al desarrollo minucioso de cada una de las cuestiones que suscita, cómo de las propuestas, conclusiones a las que arriba su autora.

En una valoración general de la obra, sin prejuicio de lo que se desgrana en este texto, se ha de tener en cuenta que estamos ante un estudio de madu-

rez, un sólido trabajo de investigación en el que a partir de lo que son las fuentes de conocimiento del derecho civil, se destilan y formulan los conceptos y se elaboran las soluciones jurídicas más adecuadas, en torno a una institución sucesoria: la sustitución fideicomisaria de residuo y lo que bien podría calificarse, si se comparten y asumen las tesis de la autora, las instituciones / figuras jurídicas que guardan directo parentesco con aquélla: el usufructo testamentario de disposición, en el mismo ámbito sucesorio, y, en la vertiente *inter vivos*, la donación en alguna de sus manifestaciones, *rectius*, cláusulas o modalidades que tienen como nota común el poder de disposición y la situación de necesidad, que la doctrina incluye en lo que denomina donaciones especiales.

Puede llamar la atención, en el siglo XXI, una monografía como la que se comenta, precisamente por la temática abordada: la sustitución fideicomisaria, una institución a la que el codificador civil de 1889 dedicó escasos preceptos, por aquello, que la autora se encarga de recordar, de evitar que a su través se volviera en contra de las políticas de desvinculación del momento; una figura jurídica a la que se auguraba y deseaba, en contra de lo que después ha acontecido en la realidad, un parco desarrollo, dejado éste en su caso a los derechos civiles propios, pero de alguna manera erradicada del Código civil.

Sin embargo, vez leído el estudio y vistas todas las fuentes que aporta la autora, rápidamente se desvanece el prejuicio de que es una institución obsoleta en el seno del Código civil, a la que no merece dedicar atención; *a contrario*, este libro pone de relieve no sólo la, llamemos, adecuación de este instrumento jurídico al logro de colmar las necesidades e intereses de las personas (lo que en definitiva habría de ser el objetivo de las normas) sino también su pervivencia, en verdad la necesidad de mantenerla, bien en sí misma, bien modernizada a través de las instituciones afines y de las mutuas y provechosas aportaciones que resultan de la interacción de las normas y doctrinas vertidas acerca de ellas para los ordenamientos civiles autonómicos.

De otra parte, conviene hacer hincapié en que en el seno de la amplia materia que abarca el derecho civil, no debe caer en el olvido que el derecho de sucesiones es una piedra de toque fundamental, pues en él se concentran los conceptos jurídicos básicos de las demás: persona, familia, derecho patrimonial en general, porque sus instituciones vienen a aunar cómo se pondrá en efectividad la destinación de los intereses patrimoniales de la persona para cuando haya partido. Esta característica propia de la materia sucesoria, lleva a que quien estudia sus instituciones deba emplearse, además, en las técnicas del derecho patrimonial o del derecho personal familiar, por no hablar del más específico registral, lo que contribuye a fin de cuentas, a enriquecer el panorama de los conceptos y construcciones jurídicas. Esto es lo que, fundamentalmente, sucede en esta obra, en la que la Dra. Antonia Nieto Alonso no escatima, en ningún momento, el esfuerzo de explicar, en las cuidadas y documentadas notas a pie de página, las nociones y el régimen, en lo que interesa, de aquellos conceptos que coadyuvan a centrar la materia del discurso y explican la toma de partida por la que se decanta a la hora de formular el criterio adecuado.

La obra, dividida en cuatro capítulos, está precedida de un extenso Preliminar, una introducción potente en la que la autora manifiesta con claridad las bases de los conceptos clave y en donde justifica cada una de las figuras jurídicas estudiadas y las razones de la interrelación que existen entre ellas. Ya se advierte en estas páginas preámbulo lo que será la constante en todo el libro: el profundo conocimiento y tratamiento de las fuentes legales, doctri-

nales y jurisprudenciales del *totum* de las cuestiones relacionadas con la materia. Es así que el lector se entera de que el propósito, cumplido sobradamente, es «el análisis no sólo del Código civil español, sino también /.../ el Derecho civil autonómico de otros ordenamientos jurídicos, significativamente, el Derecho civil navarro y el catalán», pero también el derecho aragonés. Y que las cuestiones o problemas que se plantean en las instituciones se estudian de manera integrada, «a medida que resulte oportuno», pues en ello está la consecución del resultado útil.

Cada uno de los Capítulos, por sí mismo, presenta identidad propia hasta el punto de que, sin perder el valor que supone formar parte de una obra única, pueden separarse de ésta, vivir autónomamente los unos de los otros porque contienen un estudio cerrado del tema que permite esa autonomía. De manera que son útiles en sí y en particular para quien sólo precise consultar un aspecto o cuestión concreta de la materia. Con esto se destaca el doble valor, de investigación y práctico, de la obra; objetivo que debe procurar cualquier estudio jurídico destinado a ser provechoso para la comunidad jurídica.

El Capítulo I debe calificarse como general y, a la vez como introductorio. En él se aborda las repercusiones jurídicas derivadas de la introducción de cláusulas relativas a facultades dispositivas en los negocios jurídicos *mortis causas*, con particular incidencia en el fideicomiso de residuo y en el usufructo testamentario de disposición. Son las instituciones punto de partida cuya nota en común se sitúa en la voluntad del causante y en la entrada en juego de un principio cuya operatividad debe concretarse en cada caso: el de la subrogación real, sólo de posible aplicación, que no necesaria, por lo tanto eludible, como razona y matiza. Porque, copiando las palabras de la autora, «si hay algún elemento determinante para decidir si rige la técnica de la subrogación real en el fideicomiso de residuo o en el usufructo testamentario de disposición es la voluntad del testador expresada en el testamento». Pues que la buena o mala fe del fiduciario, como a veces se ha argumentado por la jurisprudencia, no es tan decisiva para aplicar el principio, aunque sí lo es para impugnar, en su caso, el acto de disposición.

El otro elemento decisivo, la voluntad del causante, conduce, necesariamente, analizar la técnica que permite la averiguación de su significado y alcance: la interpretación testamentaria que se erige en pieza clave y «paradigmática», empleando la calificación de la autora, en la materia tratada. No debe perderse de vista que lo que quiso el causante (la voluntad interna expresada en el testamento) es decisivo para la configuración de la institución, en cuanto es ley de la sucesión. Se analiza pormenorizadamente la interpretación, y todos los medios propios, sin escatimar, así la necesidad de acudir a los que corresponden al ámbito contractual, que admite la doctrina de los tribunales, y el recurso a las pruebas extrínsecas y a la interpretación conjetural, que mucho pueden ayudar en la labor; ya que «lo esencial será interpretar escrupulosamente la voluntad del testador».

En el Capítulo II se investiga la sustitución fideicomisaria de residuo. Señalado su concepto, lo primero que se plantea, obligado, son las concordancias y discordancias que se presentan entre aquélla y el usufructo con facultad de disposición, para después entrar a desgranar, de manera individual la extensión de la facultad de disposición que corresponde al fiduciario, la polémica, largamente planteada a lo largo de la historia y en la doctrina de los autores y jurisprudencial, acerca de si debe considerarse implícita la sustitución vulgar en fideicomiso y los efectos de la renuncia preventiva. El capítulo concluye con un apartado, ineludible y muy clarificador (el elogio es

merecido) sobre la manera en que se plasma la sustitución fideicomisaria en el Registro de la Propiedad. Apuntes breves: la autora corrobora y demuestra que se trata de instituciones jurídicas diferentes, aunque próximas y como tal deben considerarse, pese a su proximidad; el tema de la sustitución vulgar depende de la voluntad del testador, y la constancia de la sustitución fideicomisaria y de la cláusula de residuo en el Registro de la Propiedad debe darse y, en particular, exigirse expresamente.

El siguiente Capítulo, el III, aborda el usufructo testamentario con facultad de disponer, una vez asentada la diferente función, se explica cómo la concesión de la facultad dispositiva al usufructuario no hace perder la calificación y tipificación al usufructo y cómo, en definitiva, el principio *salva rerum substantiam* aunque interviene en la tipificación de este derecho real no es un índice imperativo que deba concurrir siempre. El estudio de la facultad de disposición conduce al análisis de los casos en los que procede, singularmente, por ser el más habitual, el de la situación de necesidad. A destacar el cuidado tratamiento jurídico y realista de ésta, la noción, calificación de la necesidad y la posibilidad de impugnación de los actos dispositivos.

Singularmente, asimismo, el modo en que debe reflejarse en el Registro de la Propiedad y el recordatorio de que la situación de necesidad, *per se*, está fuera del alcance de la calificación registral. En este capítulo, para completar el panorama, se trata del usufructo sucesivo, que no cabe confundir con la sustitución fideicomisaria y del denominado pseudousufructo testamentario, usufructo vitalicio cuya particularidad reside en que la nuda propiedad se atribuye a personas que se determinarán a la muerte del usufructuario y que han de vivir en dicho momento, acerca del que se discute si es o no una sustitución fideicomisaria. También, la situación de necesidad aparece tratada a lo largo del capítulo; y por supuesto, toda la problemática referente a las vicisitudes e irregularidades que pueden llevar a la impugnación de los actos dispositivos.

La obra se completa con el último Capítulo (el IV) en el que se analiza la donación, *rectius*, determinados, y típicos pactos que se acostumbra a introducir en ésta y previsiones legales que de una forma u otra giran en torno a la temática tratada: la reserva (legal) por el donante de lo necesario para vivir, la reserva de la facultad de disposición sometida a la situación de necesidad y el pacto reversional. En una primera aproximación puede parecer que no tienen mucho que ver ni con el fideicomiso ni con el usufructo; pero a poco que el lector se introduce en la lectura comprueba el error de percepción. La situación de necesidad, factor determinante de las limitaciones y facultades dispositivas de la donación, sí que se emparenta y tiene mucho a explicar y a aplicar a aquéllas. Se cierra, así el estudio, que acaba con las bien merecidas notas de completo y exhaustivo. Útil para las instituciones sucesorias y asimismo para la donación.

Y es que, aparte del estado de necesidad, que es el analizado en la monografía, la donación guarda, también, parentesco con la sucesión, más que con las relaciones contractuales, lo que demuestran estudios cómo el que comento ahora.

Quiero acabar estas líneas con la enumeración de las proposiciones rectoras de la obra, reiteradas, contrastadas y demostradas, sobradamente, en cada uno de los capítulos, que en verdad, constituyen las conclusiones de las tesis formuladas por su autora.

Ideas clave de esta obra que pueden parecer, simplemente enumeradas, sencillas o lógicas pero que, ciertamente, tienen un gran valor porque son el

resultado, como se ha dicho en las líneas antecedentes, de la investigación, fruto del estudio de la doctrina, conforme a la técnica jurídica y del análisis de los supuestos prácticos en los que se plasma ese poder de disposición para la situación de necesidad. Junto a la cuidada bibliografía, de la que sabe extraer provechoso fruto, la exhaustiva jurisprudencia del Tribunal Supremo y de otros Tribunales Superiores de Justicia y la toma en consideración de las Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado, prácticamente desde su inicio (la resolución de 8 de marzo de 1865, es una muestra de el rastreo llevado a cabo).

Son las siguientes:

1. *Reino de la voluntad privada*: En todo caso es la voluntad del causante o del donante, en definitiva de quien realiza el acto constitutivo de transmisión, la que determina el tipo de institución de la que se trata, su contenido y su alcance. Voluntad que se ha de indagar en cada supuesto concreto pues es la ley, la norma por la que se rige, sólo limitada por los imperativos legales. Esta voluntad es la que permite configurar la institución conforme a cada situación, para atender a la necesidad (interés) perseguido.

2. *Importante función de la notaría*: Juntamente a la voluntad del causante, dado que la regla general es que el tipo de institución requiere, de una parte, que se formule expresamente y que, además, se plasme formalmente, la intervención notarial se erige como determinante para fijar la institución. El notario no sólo tiene una función de información y de dar fe de lo expresado sino coadyuva a la hora de dar la forma jurídica adecuada a la voluntad del causante. La importancia de la intervención notarial se manifiesta, en particular, a la hora de su puesta en práctica. Y es que se está ante una institución jurídica técnica.

3. *La interpretación*: De este modo, cuando la institución se ha de poner en práctica, la interpretación de la voluntad del causante contenida en el documento notarial es el único instrumento a tener en cuenta. Porque el que sea una cosa u otra, que la disposición sea de mayor o menor alcance depende de lo expresado, del contenido de la voluntad que ha de tener el significado querido por el testador y ha de aparecer vestido formalmente de manera técnica, y a la vez es tributaria, en caso de duda, del empleo de los medios interpretativos que permitan averiguarla.

M.^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA
Catedrática de Derecho civil
Universidad Autónoma de Barcelona

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

D'AURIA, M: «Il rilievo giuridico del metodo letterale nell'interpretazione contrattuale», *RDC*, 2014, núm, 2, pp. 273-305.

Reflexiones sobre los métodos de interpretación jurídicos y la interpretación literal del contrato: necesidad de incluir el método sistemático y el principio de buena fe como complemento al sentido literal de las cláusulas contractuales. (*M. R. D. R.*)

HERRESTHAL, C.: «Grundrechtecharta und Privatrecht. Die Bedeutung der Charta der Grundrechte für das europäische und das nationale Privatrecht», *ZEuP*, núm. 2, 2014, pp. 238-280.

El trabajo se centra en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000. El autor pone de manifiesto cómo en algunos ordenamientos es muy discutida la eficacia de los derechos fundamentales en Derecho privado. Después de superar ese escollo, trata de poner de manifiesto cómo afecta la Carta al Derecho privado europeo. (*M. G.-R.*)

LIPARI, N.: «Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo», *RTDPC*, 2013, núm, 4, pp.1207-1227.

Reflexiones sobre los métodos tradicionales de interpretación normativa y contractual tras las indicaciones de la doctrina y las actuaciones de la jurisprudencia. Especial atención a la aplicación del «soft law» europeo y sus principios generales del derecho. Necesidad de tener en cuenta las tendencias unificadoras de la Unión Europea. (*M. R. D. R.*)

RODA, Jch.: «L'influence des droits européens sur le droit américain», *RD*, 2014, núm. 3, pp. 157-163.

La globalización y expansión de las ideas jurídicas ha tenido como consecuencia la influencia de los derechos de un país sobre otro. En este estudio se analiza la influencia de los distintos ordenamientos europeos sobre el Derecho americano. (*R. A. R.*)

WIELSCH, D.: «Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht», *AcP*, núm. 5/6, 2013, pp. 718-759.

Estudio de la influencia de los derechos fundamentales constitucionales sobre el Derecho privado (*M. G.-R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

BALLARINI, G.: «La soggettività del concepito e le incoerenze della Suprema Corte», *DFP*, 2013, núm. 4, pp. 1488-1519.

Reflexiones críticas sobre las últimas decisiones del Tribunal Supremo italiano acerca de la negativa a considerar al concebido y no nacido como sujeto de derechos y la implícita afirmación del aborto eugenésico que tal negativa lleva consigo. (*Alma R. G.*)

BEURSKENS, M./KAMOCKI, P./KETZAN, E.: «Les autorisationstacites –une révolutionsilencieuse en droit d'auteurnumérique. Perspectivesétasunienne, allemande et française», *RIDA*, núm. 238, octubre 2013, pp. 3-109.

En 2006 se dictó una importante sentencia en Estados Unidos conforme a la cual el simple hecho de publicar online una obra sin medida alguna de protección implica dar consentimiento tácito a su reproducción. El artículo estudia la licencia tácita decretada por la sentencia estadounidense y analiza su incidencia en Europa, tomando como referencia los sistemas francés y alemán. (*C. J. D.*)

BILOTTA, F.: «Identità di genere e diritti fondamentali della persona», *NGCC*, 2013, núm. 12, pp. 690-704.

Comentario a la sentencia del Tribunal de *Rovereto* de 3 de mayo de 2013 sobre la relación existente entre la identidad sexual y el principio del libre desarrollo de la personalidad. (*Alma R. G.*)

CERVETTI, P.D.: «Du bon usage de la contractualisation en droit de la propriétélittéraire et artistique», *RIDA*, núm. 238, octubre 2013, pp. 110-193.

El estudio aborda el reto de verificar si la contractualización del derecho de la propiedad literaria y artística es o no la vía más adecuada para la gestión de estos derechos, cuando se trata de una materia dominada por el orden público. El autor busca pautas adecuadas para la formación del contrato. (*C. J. D.*)

GENDREAU, Y.: «La réforme de la loicanadienne sur le droit d'auteur: dans l'esprit du temps?», *RIDA*, núm. 239, enero 2014, pp. 189-259.

El autor contrasta la evolución de la ley canadiense sobre derecho de autor con el ritmo de los cambios experimentados con los avances técnicos. (*C. J. D.*)

LIBCHABER, R.: «La souffrance et les droits. A propos d'un statut de l'animal», *RD*, 2014, núm. 6, pp. 380-388.

La lucha por el reconocimiento de los derechos de los animales frente al maltrato animal. Proposición de un estatuto jurídico. (*R. A. R.*)

LUCAS, F./BINCTIN, N.: «Le droit comparé de la saisie-contrefaçon en droit d'auteur France/Canada», *RIDA*, núm. 239, enero 2014, pp. 3-187.

Estudio de Derecho comparado sobre el derecho de autor francés y canadiense en materia de régimen jurídico aplicable a la falsificación. (*C. J. D.*)

PACCE, T.: «Diritto alla salute o diritto alla speranza?», *NGCC*, 2014, núm. 2, pp. 133-139.

Comentario a las ordenanzas del Tribunal de Taranto de 23 de septiembre de 2013 y del Tribunal de Pavía de 17 de septiembre de 2013 sobre la extensión objetiva y subjetiva del derecho a la salud y de la normativa reguladora de la experimentación médica: admisión del uso de fármacos alternativos para pacientes afectados de patologías incurables. (*Alma R. G.*)

PETERKA, N.: «L'urgence de la catégorie des actions en justice strictement personnelles du majeur protégé», *SJ*, 2014, núm. 1-2, pp. 20-22.

Problemas de protección de los mayores sometidos a tutela. Necesidad de dotarles de acciones propias. (*R. A. R.*)

PINORI, A.: «Privacy e processo civile. I limiti di utilizzabilità nel giudizio civile di prove illecite: il difficile bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla difesa», *CI*, 2014, núm. 1, pp. 51-68.

El tema de los límites de la utilización en el juicio civil de las pruebas obtenidas de modo ilícito se presenta de gran interés a la luz de las nuevas tecnologías informáticas y telemáticas, en la medida en que éstas permiten obtener informaciones personales y muy sensibles mediante actos de invasión en la vida privada ajena. (*Alma R. G.*)

RICKETSON, S.: «Chronique d'Australie (Seconde Partie)», *RIDA*, núm. 238, octubre 2013, pp. 194-307.

Análisis de la jurisprudencia reciente en Australia sobre derecho de autor. En particular, las nociones de autor y originalidad, plagio, y la noción de autorización cuando se trata de los proveedores de acceso a Internet. (*C. J. D.*)

SPURGEON, C. P.: «News from Canada: Copyright Law and the Supreme Court of Canada in 2012», *RIDA*, núm. 239, enero 2014, pp. 261-395.

Crónica del derecho de autor en Canadá. En concreto, el autor analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo canadiense de 2012. (*C. J. D.*)

VINEY, G.: «La sanction des abus de la liberté d'expression», *RD*, 2014, núm. 13, pp. 787-794.

Abuso de la libertad de expresión y reacción de la jurisprudencia en caso de litigio. Posibles sanciones jurisprudenciales. (*R. A. R.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ABAS, P.: «Proposta per una modernizzazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti in Spagna», *RDC*, 2014, núm. 1, pp. 163-166.

Reflexiones sobre la tendencia unificadora europea del derecho de los contratos (PECL, DCFR) y los proyectos de reforma del derecho de obligaciones y contratos en el ordenamiento jurídico español: estado actual de los borradores normativos y proyección futura de los trabajos de la Comisión General de Codificación española. (*M. R. D. R.*)

ALPA, G.: «CESL, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto», *NGCC*, 2014, núm. 3, pp. 147-255.

Búsqueda de un uso riguroso del concepto «principio» ante la difusión amplia de dicho concepto en los últimos años tanto en los ordenamientos nacionales como en los textos legislativos de la Unión Europea y en los proyectos de armonización del derecho europeo. (*Alma R. G.*)

AUBERT DE VINCELLES, C./SAUPHANOR-BROUILLAUD, N.: «Nouvelles mesures protectives du consommateur», *RD*, 2014, núm. 15, pp. 879-888.

La nueva regulación de protección al consumidor a raíz de la ley de 17 de marzo de 2014. Estudio legislativo. (*R. A. R.*)

BACACHE, M.: «Introduction de l'action de groupe en droit français. À propos de la loi núm. 2014-344 du 17 mars 2014», *SJ*, 2014, núm. 13, pp. 595-597.

Las acciones colectivas en materia de consumo en derecho francés. Novedades de la ley de 17 de marzo. (*R. A. R.*)

BALLERINI, L.: «Struttura e causa dell'*interest rate swap* nella recente evoluzione giurisprudenziale», *NGCC*, 2014, núm. 3, pp. 221-230.

Comentario a las sentencias del Tribunal de *Ravenna* de 8 de julio de 2013 y del Tribunal de *Milano* de 18 de septiembre de 2013, que mantienen que el contrato de *swap* sobre tasas de interés es un contrato aleatorio bilateral, de modo que cuando el alea contractual sea exclusivamente puesto a cargo del inversor o muy desequilibrado a favor del intermediario, tal contrato debe reputarse nulo por falta de causa. (*Alma R. G.*)

BARBIERE, J.J.: «Propriété réservée et publicité du contrat au sens du droit des entreprises en difficulté», *SJ*, 2014, núm. 1-2, pp. 25-27.

Protección de las empresas en casos de insolvencia. Reserva de su propiedad y problemas sobre la publicidad del contrato. (*R. A. R.*)

BASCOULERGUE, A.: «Réparation du défaut d'information en matière médicale: retour à l'orthodoxie», *SJ*, 2014, núm. 15, pp. 723-726.

Problemas de reparación del daño por falta de información. Falta de información por el médico de las consecuencias de su actuación. (*R. A. R.*)

BIANCA, C.: «Causa concreta del contratto e diritto effettivo», *RDC*, 2014, núm. 2, pp. 251-271.

Reflexiones sobre la figura de la causa contractual en el proyecto de unificación europea del derecho de obligaciones y contratos: tesis a favor de la innecesidad de incluir este elemento como requisito indispensable del contrato, siguiendo la tendencia del derecho germánico. (*M. R. D. R.*)

BOUTONNET, M./NEYRET, L.: «La consecration du concept d'obligation environnementale», *RD*, 2014, núm. 23, pp. 1335-1341.

Hacia una nueva obligación: la obligación de respeto al medio ambiente u obligación medioambiental. Construcción de la figura ante la nueva normativa en el ámbito de la construcción y del suelo. (*R. A. R.*)

BRUNET, F./DUPUIS, A./PAROCHE, E.: «L'action de groupe: l'indemnisation des condamnés favorisée au détriment de la détection des cartels?», *RD*, 2014, núm. 28, pp. 1600-1605.

Protección de los consumidores mediante la acción colectiva. Inconvenientes para los grupos de empresas. (*R. A. R.*)

BUY, F./GUILLAUMÉ, J.: «Quel contrat pour le footballeur amateur?», *RD*, 2014, núm. 7, pp. 433-439.

Problemas jurídicos sobre el tipo de relación contractual existente para los futbolistas aficionados en Francia. (*R. A. R.*)

CAMILLETTI, F.: «La clausola penale. Profili giuridici», *CI*, 2014, núm. 1, pp. 177-200.

Análisis de distintas cuestiones relativas al régimen jurídico de la cláusula penal, entre otras, naturaleza jurídica, cláusula penal y cláusulas abusivas, cláusula penal pura, cláusula penal manifiestamente excesiva y su reducción de oficio por el juez, cláusula penal de montante irrisorio. (*Alma R. G.*)

CAPOTORTO, M.: «Utilizzo strumentale del contratto di mutuo per estinguere debiti preesistenti tra le parti», *NGCC*, 2013, núm. 12, pp. 1073-1081.

Comentario a la Ordenanza del Tribunal de *Taranto* de 16 de noviembre de 2012, que afirma, sin margen de duda, la validez del contrato de préstamo en cuanto instrumento para extinguir deudas preexistentes entre las mismas partes. (*Alma R. G.*)

CUTTONE, M.: «Il contratto di associazione in partecipazione riformato: tra oscillazioni interpretative e risvolti pratici», *NLCC*, 2014, núm. 1, pp. 31-56.

Reflexiones sobre el contrato de asociación en participación, tras la reforma introducida por la l. 28 giugno 2012, n. 92 y el dl 28 giugno 2013, n. 76: causa del contrato y facultades y obligaciones de las partes. (*M. R. D. R.*)

D'AURIA, M.: «Il rilievo giuridico del metodo letterale nell'interpretazione contrattuale», *RDC*, 2014, núm. 2, pp. 273-305.

Reflexiones sobre los métodos de interpretación jurídicos y la interpretación literal del contrato: necesidad de incluir el método sistemático y el prin-

cipio de buena fe como complemento al sentido literal de las cláusulas contractuales. (*M. R. D. R.*)

DE MATTEIS, R.: «La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica», *CI*, 2014, núm. 1, pp. 123-137.

Análisis del artículo 3 del Decreto Legislativo n. 158/2012 en materia de tutela de los derechos de los pacientes. Se trata de una norma ambigua en los contenidos y de carácter incompleto, en la medida en que solo desarrolla uno de los aspectos que se refieren a la responsabilidad en el ámbito sanitario: la culpa profesional del médico. (*Alma R. G.*)

DISSAUX, N.: «La relative relativité du contrat à l'égard des tiers», *SJ*, 2014, núm. 12, pp. 523-526.

El principio de relatividad de los contratos como principio clásico y general. Alcance real del contrato frente a determinados terceros. Oponibilidad. (*R. A. R.*)

DROSS, W.: «L'exception d'inexécution: essai de generalization», *RTDC*, 2014, núm. 1, pp. 1-28.

Inejecución de la prestación como excepción a la exigencia de cumplimiento por la otra parte en los contratos. Posibilidad de generalizar tal medida de defensa en todo tipo de figuras. (*R. A. R.*)

DUBARRY, J.: «Obligations et contribution à la dette: quelle place pour les parts de marché dans la mise en oeuvre de la responsabilité civile?», *SJ*, 2014, núm. 24, pp. 1165-1169.

Problemas de deuda y obligación en el tráfico. Situación de las partes intervinientes en caso de responsabilidad por pago. (*R. A. R.*)

ÉTIENNEY DE SAINTE MARIE, A.: «La paternité non désirée et la responsabilité civile de la mère», *SJ*, 2014, núm. 17, pp. 837-839.

Responsabilidad civil de la madre en caso de embarazo sin consentimiento de su pareja. Posibilidad. (*R. A. R.*)

FACCIOLI, M.: «"Presunzioni giurisprudenziali" e responsabilità sanitaria», *CI*, 2014, núm. 1, pp. 79-122.

Análisis de la evolución de la jurisprudencia italiana sobre la atribución de la carga de la prueba de la culpa y de la relación de causalidad en materia de responsabilidad civil médica, en concreto, si debe recaer en el paciente demandante o deben adoptarse cauces específicos que la hagan recaer en el médico demandado. (*Alma R. G.*)

— «La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della Legge Balduzzi», *NGCC*, 2014, núm. 2, pp. 97-114.

Análisis de las disposiciones relativas a la determinación del *quantum* del resarcimiento del daño por responsabilidad médica tras un año de la entrada en vigor de la Ley *Balduzzi*: la gravedad de la culpa del ejerciente de la pro-

fesión sanitaria como criterio de cuantificación del daño resarcible, y el respeto de las buenas prácticas acreditadas por la comunidad científica como elemento idóneo para disminuir el resarcimiento debido al paciente insatisfecho. (*Alma R. G.*)

FERRIER, N./MARTIN, AC: «Loi relative à la consummation en faveur des consommateurs...et de certains professionnels. À propos de la loi n.º 2014-344, du 17 mars 2014», *SJ*, 2014, n.º 13, pp. 590-594.

Análisis de las principales novedades de la nueva ley de protección del consumidor y su extensión a determinados grupos hasta ahora excluidos. (*R. A. R.*)

FIKENAUER, Th.: «Ergänzende Auslegung bei Individualabreden», *AcP*, n.º 5/6, 2013, pp. 619-651.

La interpretación integradora de los acuerdos individuales se suele entender regulada en el § 157 BGB. Según él, «Los contratos han de interpretarse como lo exige la buena fe y teniendo en cuenta los usos del tráfico».

En opinión del autor, esta clase de interpretación integra el contrato con aquella regulación con la que las partes lo habrían completado si hubiesen conocido la necesidad de complemento en el momento de la conclusión de tal contrato.

Las limitaciones de la interpretación integradora defendidas por jurisprudencia y doctrina no son sino el reverso de sus presupuestos y, por tanto, no tienen contenido propio. En especial, hay que rechazar la supuesta prohibición de la interpretación integradora en los casos en que las partes tenían varias posibilidades de regulación, pero no consta cuál hubieran elegido.

Finalmente, desde la reforma del BGB de 2002, la perturbación de la base del negocio es un caso de interpretación integradora. (*M. G.-R.*)

FOGLIA, M.: «Interpretazione negoziale e principio di gerarchia», *NGCC*, 2014, n.º 4, pp. 301-307.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 8 de noviembre de 2013 n.º 25243 sobre el principio de jerarquía de las reglas hermenéuticas existentes de interpretación de los contratos. (*Alma R. G.*)

FRATA, L.: «L'unitarietà "anomala" del danno non patrimoniale nelle pronunce della Suprema Corte», *NGCC*, 2014, n.º 3, pp. 200-205.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 11 de octubre de 2013 n.º 23147 acerca de la relación existente entre el concepto unitario del daño no patrimonial y el resarcimiento de sus diferentes especies o clases; en particular, el tribunal se refiere al problema de la liquidación del daño. (*Alma R. G.*)

GENCY-TANDONNET, D.: «La doublé vocation, consomériste et régulatrice, de la loi n.º 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consummation, en droit des transports», *RD*, 2014, n.º 22, pp. 1293-1296.

Doble función de protección al consumidor y reguladora del ámbito de los transportes de la ley de 17 de marzo. Nuevas tendencias jurídicas. (*R. A. R.*)

HELLGARDT, A.: «Privatautonome Modifikation der Regeln zu Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrags. Möglichkeit und Grenzen der Abdingbarkeit der §§ 116 ff., 145 ff. BGB innerhalb von Geschäftsbeziehungen und auf privaten Marktplätzen», *AcP*, núm. 5/6, 2013, pp. 760-825.

Estudio sobre la modificación privada de las reglas legales sobre conclusión, surgimiento y eficacia del contrato, centrándose especialmente en el sometimiento a condición de la declaración de voluntad y del contrato (*M. G.-R.*)

JANSEN, N.: «The idea of Legal Responsibility», *Oxford J. Legal Stud.*, 2014, vol. 34, núm. 2, pp. 221-252.

A través de una reconstrucción histórica, que abarca desde la escolástica y el concepto de restitución hasta la moderna noción de responsabilidad, este interesante estudio trae a colación el *leading case* estadounidense *Vicent v Lake Erie Trasp Co.* (109 Minn 456, 460; 124 NW 221, 222, Minn Sup Ct 1910). Por medio de un análisis de derecho comparado, el autor argumenta y defiende la posible interrelación entre la responsabilidad civil extracontractual y el enriquecimiento injustificado, al considerar ambas figuras como instrumentos de justicia correctiva. (*A. F.*)

LAITHIER, YM: «L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire?», *RD*, 2014, núm. 1, pp. 33-40.

El principio de buena fe en la ejecución de los contratos ¿Puede evitarse e incluir entre las partes una cláusula contraria? Estudio sobre esta cuestión. (*R. A. R.*)

LASSERRE CAPDEVILLE, J.: «Interrogations autor de la future évolution du taux de l'intérêt légal», *GP*, 2014, núm. 253-254, pp. 5-7.

Estudio sobre el TAE a raíz de la nueva normativa impuesta por la Unión Europea en el ámbito de protección al consumidor. Necesidad de unificación y consecuencias. (*R. A. R.*)

LUCCHINI, E.: «Riflessioni in tema di clausola penale», *RDC*, 2014, núm. 1, pp. 91-102.

Interpretación de la cláusula penal en los contratos a la luz de las intervenciones jurisprudenciales para reducir los efectos abusivos y excesivamente perjudiciales para las partes afectadas. (*M. R. D. R.*)

MAZEAUD, D.: «Droit des contrats: réforme à l'horizon!», *RD*, 2014, núm. 5, pp. 291-298.

Tendencia en toda Europa a una nueva reforma legal en el ámbito de los contratos. La situación en Francia. (*R. A. R.*)

MOLFESSIS, N.: «L'exorbitance de l'action de groupe à la française», *RD*, 2014, núm. 16, pp. 947-953.

La acción colectiva de protección a los consumidores como novedad en el Derecho francés. Exageración de la acción por el legislador. Consecuencias en la práctica. (*R. A. R.*)

MONTICELLI, S.: «Garanzia autonoma ed applicabilità della disciplina del codice del consumo», *NLCC*, 2014, núm. 1, pp. 131-137.

Comentario acerca de la posibilidad de utilizar garantías personales en el ámbito del Derecho de Consumo, con especial reflexión sobre la aplicación y distinción de este tipo de garantías con la *garanzia fideiussoria*, en consonancia con lo establecido en el Código de Consumo. (*M. R. D. R.*)

MOREHAM, N. A.: «Beyond information: physical privacy in English Law», *C. L. J.*, 2013, vol. 73, núm. 2, pp. 350-377.

A partir de la importancia que en los últimos años ha dado el derecho inglés a la intimidad, el autor propugna la necesidad de defender también el derecho a la intimidad física, cuya regulación actualmente es insuficiente; se intenta evitar que las personas sean grabadas, escuchadas u observadas, en aras del derecho al respeto de la vida privada, consolidado en el art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En este sentido, se concluye que la normativa inglesa debería acercarse a la visión defendida por la de Ontario o de Nueva Zelanda o a la interpretación jurisprudencial estadounidense. (*A. F.*)

MORENO, P.: «La “brutta”, la “buona” e la “cattiva” eccezione di inadempimento. A proposito dei limiti dell’*exceptio inadimpleti contractus*», *NGCC*, 2014, núm. 4, pp. 215-228.

Artículo que profundiza en los límites que cabe establecer al ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual, en especial a través de dos ejemplos de la Corte Constitucional de Colombia. (*Alma R. G.*)

MORGAN, JONATHAN: «Strict liability for police nonfeasance? The Kinghan Report on the Riot (Damages) Act 1886», *MLR*, 2014, vol. 77, núm. 3, abril, pp. 434-459.

El artículo analiza la indemnización a los propietarios de bienes dañados por fuerzas policiales durante prácticas antidisturbios, tomando como referencia el informe *Kinghan* que aspira a modificar la ley *ad hoc* (*Riot Damages Act 1886*). El autor rechaza la normal tendencia del *common law* en orden a negar esta responsabilidad y se pronuncia a favor del mantenimiento de la responsabilidad objetiva contenida en la ley. Se sostiene que el sistema proporciona un incentivo para que la policía pueda cumplir su deber de mantener el control sobre la ciudadanía en estas situaciones. Esto evitaría la problemática relativa a las tomas de decisiones en las actuaciones policiales que una responsabilidad por negligencia –como la propuesta de la *Law Commission*– inevitablemente conllevaría. (*A. F.*)

PATTI, F.: «Sul controllo di vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori: ruolo del giudice e criteri di valutazione», *NGCC*, 2013, núm. 12, pp. 1062-1070.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Génova de 14 de febrero de 2013, que delimita el poder concreto del juez para valorar el carácter abusivo de una cláusula en los contratos en los que es parte un consumidor, apuntando los criterios formales y sustantivos para que el juez lleve a cabo dicha valoración. (*Alma R. G.*)

PELLIER, JD: «La nature de la délégation imparfaite», *RD*, 2014, núm. 2, pp. 92-97.

Los cambios de deudor y su naturaleza jurídica. En concreto los problemas de la delegación y sus efectos. (R. A. R.)

PUTIGNANO, A.: «La responsabilità contrattuale del medico per l'omessa informazione alla gestante e la violazione della libertà di autodeterminazione della donna», *DFP*, 2013, núm. 4, pp. 1302-1316.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 2 de octubre de 2012 n. 16754 sobre la responsabilidad del médico por la falta de información a la madre gestante acerca de la existencia de pruebas que permiten detectar una posible malformación fetal. También se hace referencia a la amplia legitimación activa para solicitar una indemnización en este tipo de hipótesis, no solo por parte de los progenitores del nacido, sino también por parte de sus hermanos. (Alma R. G.)

RANDALL, JOHN: «Express termination clauses in contracts», *C. L. J.*, 2013, vol. 73, núm. 1, pp. 113-141.

Análisis de las cláusulas resolutorias expresas (*express termination clauses*) desde el derecho anglo-australiano y canadiense. Después de haberse identificado los puntos importantes para su funcionamiento, el trabajo profundiza en otros menos claros, por ejemplo, si la resolución opera *ipso iure* o su relación con el lucro cesante, ofreciendo los enfoques de los dos sistemas jurídicos. (A. F.)

RANOUIL, M.: «Promesse synallagmatique de vente sous condition suspensive: le cumul de la clause pénale et de l'article 1178 du Code civil», *SJ*, 2014, núm. 14, pp. 668-670.

Problemas jurídicos sobre la acumulación de sanciones en caso de incumplimiento de la promesa de venta bajo condición suspensiva. El art. 1178 del Código civil francés. (R. A. R.)

RENNER, M.: «Die 'Natur des Vertrags' nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Soziologische Maßstababbildung bei der AGB-Inhaltskontrolle», *AcP*, núm. 5/6, pp. 677-717.

El § 307 (2) BGB, en materia de control de las condiciones generales, establece que «Hay que suponer en caso de duda un perjuicio inadecuado, cuando una disposición... 2. Limita derechos o deberes esenciales que resultan de la naturaleza del contrato, de tal modo que la obtención del fin contractual peligra».

El autor trata de averiguar, apoyándose en la sociología, qué significa aquí «naturaleza del contrato». (M. G.-R.)

RISSET, A.: «Essai sur la nature juridique de la reconnaissance de dette», *RTDC*, 2014, núm. 2, pp. 253-274.

El reconocimiento de deuda por el deudor. Naturaleza jurídica de la institución. Problemas en la doctrina francesa ante los modos de tal reconocimiento. (R. A. R.)

ROBEYROL, V.: «La nouvelle action de groupe», *RD*, 2014, núm. 16, pp. 940-946.

Estudio a propósito de la acción colectiva en materia de consumidores incluida en la Ley de 17 de marzo de 2014.

RUMI, T.: « Il leasing al consumo», *NLCC*, 2013, núm. 4, pp. 851-892.

Análisis de la figura del Leasing en el ámbito de los consumidores, para reforzar los contratos de crédito al consumo y fomentar la adquisición de inmuebles para construir. Posibilidad de aplicación tanto sobre bienes muebles como inmuebles. (*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. 4, pp. 795-821.

Reflexiones sobre la tutela del medio ambiente y su relación con la responsabilidad civil por daños al medio ambiente, a la luz de los principios europeos de responsabilidad civil por lesiones al medio ambiente e intereses colectivos en este ámbito. (*M. R. D. R.*)

SORACI, S.: «Il danno biologico in tempi di *spending review*. Brevi riflessioni sulla irrisarcibilità delle lesioni non oggettivamente accertabili», *NGCC*, 2013, núm. 12, pp. 690-704.

Estudio sobre el daño biológico derivado de siniestros ligados a la circulación de vehículos de motor regulados en los artículos 138 y 139 del Código de los Seguros Privados. (*Alma R. G.*)

STAGL, J.: «La “Legge sul miglioramento dei diritti del paziente” in Germania», *NGCC*, 2014, núm. 1, pp. 35-48.

Artículo dedicado a la Ley sobre la mejora de los derechos del paciente (*Patientenrechtgesetz*), que disciplina la responsabilidad del médico y que ha entrado en vigor el 25 de febrero de 2013. En buena medida la ley recoge las tesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán en esta materia, queriéndose con su promulgación evitar cierta corriente doctrinal minoritaria que propone una responsabilidad objetiva del médico. (*Alma R. G.*)

TAGLIASACCHI, E.: «La responsabilità del notaio: gli atti espressamente proibiti e la tipicità degli illeciti», *NGCC*, 2014, núm. 4, pp. 349-355.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano n. 25408, que afirma la responsabilidad del notario que autoriza actos expresamente prohibidos por la ley, actos que se circunscriben a los nullos y a los que resulten ilícitos de modo inequívoco. (*Alma R. G.*)

TERON, J.: «Ordre et désordre dans la notion de partie», *RTDC*, 2014, núm. 2, pp. 231-252.

Estudio a propósito del concepto de parte en la doctrina y jurisprudencia. Problemas de unificación. (*R. A. R.*)

TOULLIER, M.: «La faculté de résiliation infra-annuelle des contrats d'assurance: une nouvelle arme à doublé tranchant?», *RD*, 2014, núm. 2, pp. 98-103. (R. A. R.)

VENNETIER, A./GARCÍA, F.: «Le nouveau régime de la nullité du contrat de construction de maison individuelle», *RDI*, 2014, núm. 3, pp. 147-153.

Supuestos de nulidad del contrato de obra de vivienda individual. Problemas jurídicos con la nueva regulación. (R. A. R.)

VIAL-PEDROLETTI, B.: «Loi ALUR et baux d'habitation: déjà des controverses sur l'application transitoire!», *SJ*, 2014, núm. 37, pp. 1592-1597.

Problemas de derecho transitorio en materia de arrendamientos de viviendas con la nueva ley francesa de 26 de marzo de 2014. (R. A. R.)

VINEY, G.: «L'indemnisation due en cas de manquement par le médecin à son devoir d'information», *SJ*, 2014, núm. 19, pp. 939-941.

Estudio sobre el cálculo y tipo de indemnización por daños causados por un médico al paciente debido a su infracción del deber de información. (R. A. R.)

VVAA: «Symposium: Asbestos», *Tul. L. Rev.*, 2014, vol. 88, núm. 6, pp. 1021-1257.

Número dedicado por completo a la responsabilidad por amianto en Estados Unidos. Después de una panorámica de la creciente utilización del asbesto desde la Segunda Guerra Mundial y el nacimiento de los problemas relacionados con este fenómeno (SHELMAN, EDWARD F., p. 1021-1038) se ofrece la perspectiva del *Reporter* de la *American Bar Association* y miembro de la *Tort Trial and Insurance Practice Section's Asbestos Task Force* (VAIRO, GEORGENE, p. 1039-1070). El ejemplar continúa con una contribución relativa a los aspectos fraudulentos o de abuso (BRICKMAN, LESTER, p. 1071-1152), destacándose también las razones de la persistencia de la existencia de una cantidad tan elevada de pleitos, centrando la atención sobre algunos aspectos causales, con particular atención a la responsabilidad frente a «cualquier exposición» (SANDER, JOSEPH, p. 1153-1184).

Finalmente, se ofrece una contribución más específica en relación con el caso *Montgomery v. American Steel & Wire Corp.* (ABLEMAN, PEGGY L., p. 1185-1210) y otra más general (BERNSTEIN, ANNA, p. 1211-1257). (A. F.)
VVAA: «Vente, droits réels, sociétés de constructions... Les nouveautés législatives», *RDI*, 2014, núm. 5.

Estudios diversos presentados en el Coloquio de la asociación francesa de la construcción de 28 de marzo de 2014. Estudios a propósito de la ley ALUR y el problema de los arrendamientos y garantías. (R. A. R.)

WEICK, G.: «Force Majeure. Rechtsvergleichende Untersuchung und Vorschlag für eine einheitliche europäische Lösung», *ZEuP*, núm. 2, 2014, pp. 281-312.

El autor reconoce que la expresión «fuerza mayor» apenas ha sido recogida en el Derecho alemán y que no tiene apenas importancia en el Derecho

del BGB; sin embargo, sí tiene importancia en muchos otros ordenamientos europeos; y, además, se emplea a menudo como cláusula contractual en los contratos transnacionales de las empresas alemanas. Apoyándose en el Derecho francés, en el CISG (Convención de Viena sobre Venta Internacional de Mercaderías) y en parte de la doctrina alemana, se define la fuerza mayor como «Un acontecimiento, que queda fuera del control de ambas partes y proviene de fuera (*exterior*), y que es imprevisible (*imprévisible*) e irresistible (*irrésistible*)» (*M. G.-R.*)

ZAHN, B.: «Die Anwendbarkeit des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts auf Verträge über digitale Inhalte», *ZEuP*, núm. 1, 2014, pp. 77-96.

La propuesta de un Derecho Común Europeo de la Venta (*Common European Sales Law*, CESL) es el primer instrumento del Derecho de compraventa que también se aplica a contratos sobre contenidos digitales. El trabajo describe el problema de la clasificación de los contratos sobre contenidos digitales y su inserción en los tipos contractuales de la tradición jurídica del Derecho continental; examina los preceptos del texto del CESL sobre la aplicación a los contratos con contenidos digitales; e indaga a qué clase de contratos del CESL es aplicable.

El autor llega a la conclusión de que el carácter del CESL como instrumento del Derecho de la compraventa sólo se consigue en parte y que el texto necesita ser revisado. (*M. G.-R.*)

ZIMMERMANN, M.: «Die Sachmängelgewährleistung beim Rechtskauf», *AcP*, núm. 5/6, pp. 652-676.

El BGB no regula específicamente la cesión de créditos por compraventa, sino que su § 453 se limita a decir que «(1) Las disposiciones de la venta de cosas tienen su correspondiente aplicación a la venta de derechos y demás objetos. (2) El vendedor responde de los costes de la fundamentación y transmisión del derecho».

En la doctrina, U. Huber ha llegado a decir que «Un derecho, en tanto pura figura del mundo del pensamiento, no puede tener un vicio oculto».

El autor de este artículo pone, entre otros ejemplos, uno de Flume: A compra a B un cerdo determinado. A vende su crédito contra B a C y se lo cede. C recibe el cerdo de B, pero constata que el cerdo está enfermo y, por tanto, no tiene valor.

La conclusión de Zimmermann es que los derechos que están relacionados con una cosa muestran también cualidades propias de la cosa. En consecuencia, pueden existir vicios no solo en una venta de una cosa, sino también en la venta de un derecho (*M. G.-R.*)

ZOPPINI, A.: «La donazione ha forza di legge tra le parti (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)», *RDC*, 2014, núm. 1, pp. 223-231.

Reflexiones sobre los efectos del artículo 790 CC italiano y la relación entre el derecho sucesorio y el acto de la donación al modificarse la función socio económica de la sucesión. (*M. R. D. R.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BALZANO, L./BILLMANN, C.: «Les apports de la loi “ALUR” dans le domaine des sites et sols pollués», *RDI*, 2014, núm. 9, pp. 432-441.

La influencia de la protección del medio ambiente en el ámbito de la edificación de suelo urbano y los problemas de contaminación en el suelo. (*R. A. R.*)

BREGOLI, A.: «L’amministratore di condominio: un nuovo professionista al servizio (anche) della collettività?», *RTDPC*, 2014, núm. 1, pp. 9-34.

Reflexiones sobre la figura del administrador en los supuestos del condominio y las mejoras introducidas por la reforma normativa del 17 maggio 2013, en relación a sus facultades ordinarias y extraordinarias para dar mayor eficiencia a su servicio. (*M. R. D. R.*)

DHENNE, M.: «La loi núm. 2014-315 de 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon», *RD*, 2014, núm. 20, pp. 1164-1170.

Estudio de la ley de 11 de marzo de 2014 sobre las medidas de protección del derecho de autor. Nuevas acciones. (*R. A. R.*)

LE CORRE-BRODY, E.: «Le gage sur véhicule automobile source d’interrogations», *RD*, 2014, núm. 7, pp. 440-444.

Problemas jurídicos que presenta la prenda de automóviles como nueva forma de financiación. (*R. A. R.*)

LEBEL, Ch.: «Délai de mise en oeuvre du droit d’option», *SJ*, 2014, núm. 7, pp. 326-328.

Momento de inicio para el cómputo del plazo de la opción. (*R. A. R.*)

MAZEAUD, V.: «Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel», *RTDC*, 2014, núm. 1, pp. 29-48.

Estudio jurisprudencial sobre los conceptos jurídicos básicos del derecho patrimonial civil. Evolución. (*R. A. R.*)

MEKKI, M.: «”Écologisation” du droit civil des biens à l’aune de la Charte de l’environnement», *SJ*, 2014, núm. 26, pp. 1293-1296.

Cambios en el ámbito del derecho de cosas tras las modificaciones sufridas en el ámbito del medioambiente. (*R. A. R.*)

PARINI, G.: «La natura delle obbligazioni condominiali nella riforma del condominio e gli strumenti posti a tutela delle ragioni del creditore», *NGCC*, 2014, núm. 2, pp. 1115-1127.

Artículo acerca de la naturaleza jurídica de las obligaciones vecinales en la Ley italiana núm. 220 de 11 de diciembre de 2012 y acerca de la introducción de instrumentos de tutela de terceros acreedores de las comunidades vecinales. (*Alma R. G.*)

PELLIER, J.D.: «Cautionnement et droit de gage general», *SJ*, 2014, núm. 7, pp. 328-331.

Las garantías para el acreedor en general. La fianza como derecho de garantía general o común. (R. A. R.)

PISU, L.: «Possesso e presunzioni legali», *CI*, 2014, núm. 1, pp. 31-50.

Artículo dedicado al régimen jurídico de la posesión: posesión y *animus possidendi*, la presunción de posesión actual y la distinción entre posesión y detentación, las presunciones de posesión intermedia y anterior, el título de la detentación y el cambio de esta última en posesión. (*Alma R. G.*)

RAVENNE, S.: «Accession immobilière: bonne foi du preneur ou mauvaise foi du propriétaire?», *SJ*, 2014, núm. 8, pp. 373-375.

La accesión de inmuebles. ¿Quién la provoca?. Realmente hay mala fe del que actúa o la mala fe hay que imputarla al propietario negligente? (R. A. R.)

WADDILOVE, D. P.: «Emmanuel College v. Evans (1626) and the history of mortgages», *C. L. J.*, 2013, vol. 73, núm. 1, pp. 142-168.

Reflexiones críticas sobre el *leading case* relativo al derecho a recuperar la propiedad una vez pagada la deuda principal (*equity of redemption*). El artículo tiene la finalidad de desmontar el caso *Emmanuel College v Evans* (1626, 1 Chan. Rep. 18; 21 E.R. 494) y proponer una revisión de esta doctrina. El autor justifica su afirmación exponiendo la falla histórico-metodológica en relación con el concepto de *equity* que se ha venido construyendo y el estudio detallado de los registros. Se concluye que este caso se refería a un supuesto de *patronage*, debiéndose identificar el *leading case* con un supuesto anterior, de 1591: *Earl of Huntingdon v Freke*. Ello fue consecuencia tanto de un error de edición del informe en el asunto *Emmanuel College*, como de la primera asociación doctrinal (Viner) –seguida por los autores posteriores– entre este caso y el derecho de rescatar el bien. (A. F.)

DERECHO DE FAMILIA

CICERO, C.: «Restituzione dei doni prematrimoniali e *Ungerechtfertigte Bereicherung*», *DFP*, 2013, núm. 4, pp. 1437-1452.

Comentario a la sentencia del Tribunal de *Taranto* de 28 de junio de 2013 sobre el régimen jurídico de las donaciones que los prometidos se otorgan de forma previa a la celebración del matrimonio. Particular referencia se lleva a cabo del régimen de las donaciones de bienes inmuebles y su relación con las liberalidades indirectas. (*Alma R. G.*)

CIPRIANI, N.: «Il comodato di casa familiare sotto esame: appunti per le Sezioni Unite», *DFP*, 2013, núm. 4, pp. 1367-1406.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 17 de junio de 2013 n. 15113 sobre la concesión en comodato de un inmueble destinado a vivienda familiar y los problemas que se plantean a raíz de la separación o el divorcio sobrevenidos de los cónyuges que usan la vivienda, en caso de

que se asigne de forma exclusiva a uno de ellos. Se discute si existe el poder de revocación de dicho beneficio por parte del comodante. (*Alma R. G.*)

D'AVACK, L.: «L'ordinanza 7 dicembre 2012 del Tribunale civile di Firenze», *DFP*, 2013, núm. 4, pp. 1253-1295.

Comentario a sentencia sobre la admisión y consecuencias de la revocación del consentimiento por parte de uno de los usuarios a las prácticas de procreación médicamente asistida después de que el óvulo ha sido ya fecundado. (*Alma R. G.*)

FULCHIRON, H./BIDAUD-GARON, Ch.: «Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères», *RD*, 2014, núm. 31, pp. 1773-1781.

Los problemas de reconocimiento de filiación en casos de gestación sustituta. (*R. A. R.*)

HORTON, D.: «Indescendibility», *C. L. R.*, 2014, vol. 102, núm. 3, junio, pp. 543-601.

El autor propone la reforma de algunos aspectos relacionados con la incapacidad de transmitir por testamento, *trust* o sucesión intestada (conocida en los Estados Unidos como *indescendibility*). Se considera previamente útil centrar la atención en el examen de las cuestiones más relevantes que plantea la heterogénea normativa estadounidense. Así, se ofrecen algunos ejemplos concretos del fenómeno, con casos clásicos y otros contemporáneos de intrasmisibilidad, junto con su interpretación jurisprudencial y análisis doctrinal. Además, por un lado, se destacan las bases políticas comunes de la normativa y por otro, se evidencian sus finalidades, entre las cuales se encuentra la posible exclusión de los costes administrativos al no transferirse activos a los herederos. (*A. F.*)

LAMARCHE, M.: «Empêchement à mariage entre allies et nullité: sentimentalism ou pragmatisme de la Cour de cassation?», *SJ*, 2014, núm. 4, pp. 139-141.

Estudio jurisprudencial sobre el impedimento matrimonial entre parientes. Sanción de nulidad ¿por qué?. (*R. A. R.*)

LONG, J.: «Restare padre dietro le sbarre: il diritto del figlio e del padre detenuto alla reciproca frequentazione», *NGCC*, 2014, núm. 1, pp. 45-51.

Comentario al Decreto del Tribunal de Menores de Trieste de 23 de agosto de 2013 sobre el reconocimiento del derecho del progenitor internado en prisión a tener relación personal con el hijo. (*Alma R. G.*)

— «Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto», *NGCC*, 2014, núm. 4, pp. 289-296.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 18 de noviembre de 2013 n. 278, que examina el conflicto existente entre el interés de la parturienta al anonimato y el del hijo adoptado a conocer sus propios orígenes. (*Alma R. G.*)

MAIONE, L.: «Accordi in funzione solutoria e obbligo di mantenimento dei figli», *NGCC*, 2014, núm. 4, pp. 337-344.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 23 de septiembre de 2013 n. 21736 sobre la naturaleza jurídica de las atribuciones patrimoniales en sede de separación conyugal, con particular referencia a las contempladas en los acuerdos no homologados por el juez. En especial, estudio de las atribuciones patrimoniales realizadas en favor de los hijos. (*Alma R. G.*)

MARCENÒ, V.: «Quando da un dispositivo d'incostituzionalità possono derivare incertezze», *NGCC*, 2014, núm. 4, pp. 285-289.

Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 18 de noviembre de 2013 n. 278 que, a propósito de la aplicación del método jurídico de la ponderación de intereses, vuelve sobre el tema del derecho del adoptado a conocer sus propios orígenes en caso de que el parto haya sido anónimo. (*Alma R. G.*)

MASTROMARTINO, F.: «Sull'interpretazione evolutiva della Costituzione (Note in margine a una recente sentenza del *Tribunal costituzional* spagnolo in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso)», *DFP*, 2013, núm. 4, pp. 1551-1580.

Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional español 198/2012 de 6 de noviembre, que se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en cuanto permite el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, declarando que tal reforma legal ni vulnera la garantía institucional del matrimonio ni el derecho fundamental a contraerlo. (*Alma R. G.*)

MULON, E.: «L'article 371-4 du Code civil: un dispositif utile mais insuffisant en cas de séparation d'un couple homosexuel», *GP*, 2014, núm. 257-259, pp. 5-15.

Separación de pareja homosexual, insuficiencia normativa sobre la regulación y efectos del caso. (*R. A. R.*)

NEGRO, A.: «Note sul danno da perdita di embrioni», *NGCC*, 2013, núm. 12, pp. 1091-1097.

Comentario a la sentencia del Tribunal de *Milano* de 21 de mayo de 2013 acerca del daño consistente en la pérdida de los embriones. Una vez identificado el perjuicio sufrido por los cónyuges como lesión del derecho a la concepción, el tribunal ha calificado dicho daño exclusivamente como moral y ha excluido la existencia de un daño existencial, al no haber llegado a nacer el hijo. (*Alma R. G.*)

NEJAIME, D.: «Before marriage: the unexplored history of nonmarital recognition and its relationship to marriage», *C. L. R.*, 2014, vol. 102, núm. 1, febrero, pp. 87-172.

Análisis crítico de los derechos reconocidos a la comunidad lésbica, gay, bisexual y transgénero (movimiento LGBT) en relación con el matrimonio. El trabajo hace una lectura histórica del movimiento LGTB, desde la defensa de los derechos fuera del matrimonio hasta la igualdad del matrimonio con-

temporáneo. El autor evidencia que no siempre este movimiento ha luchado a favor de esta última institución, sino que lo ha hecho de manera más amplia. Por ello, el artículo constituye un aporte al estudio sobre los derechos de las personas no casadas en California durante las décadas de los ochenta y noventa, destacando una posible interacción y diálogo entre los derechos fuera y dentro del matrimonio. (A. F.)

PIRILLI, D.: «Patto di famiglia e interessi familiari», *DFP*, 2013, núm. 4, pp. 1534-1550.

Artículo dedicado a la autonomía privada y a los límites inderogables a la misma en el Derecho de Familia y Sucesiones: celebración de pactos familiares; análisis de los intereses de los legitimarios que no participan en tales pactos y, por último, el estudio de los intereses familiares entre el pacto y la empresa. (Alma R. G.)

RECINTO, G.: «Legge n. 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?», *DFP*, 2013, núm. 4, pp. 1475-1487.

Artículo a propósito de los cambios introducidos en el nuevo artículo 1315 bis del Código Civil tras la nueva Ley n. 219 del 2012: la asistencia moral del menor y el derecho a oírle. El derecho de crecer en familia y de mantener relaciones significativas con los padres, y las posibles consecuencias de tal derecho sobre la normativa reguladora de la adopción. (Alma R. G.)

RUSCELLO, F.: «Famiglia e rapporto uomo-donna. Linee evolutive di una relazione ancora *in itinere*», *DFP*, 2013, núm. 4, pp. 1459-1474.

Estudio del régimen jurídico de la mujer en el Código Civil italiano de 1865 y en el Código Civil italiano de 1942 precedente a la reforma de los años setenta y ochenta; la relación hombre y mujer en la reforma italiana de 1975 y el análisis de la mujer dentro de la familia diseñada por la Constitución italiana de 1948. (Alma R. G.)

SADL, D.: «L'autorisation du conjoint donnée à l'époux caution: etude prospective», *RD*, 2014, núm. 4, pp. 231-237. (R. A. R.)

SAVI, G.: «L'atto processuale dell'ascolto e i diritti del figlio minore», *DFP*, 2013, núm. 4, pp. 1340-1367.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 15 de mayo de 2013 n. 11687 sobre la necesidad de oír al menor con capacidad de discernimiento ante una modificación de las condiciones relativas a la separación conyugal, en concreto, ante la modificación de los encuentros y periodos de permanencia con uno de los progenitores. (Alma R. G.)

SCHUSTER, A.: «*Quid est matrimonium?* Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio», *NGCC*, 2014, núm. 1, pp. 33-41.

Comentario a la Ordenanza del Tribunal Supremo italiano de 6 de junio de 2013 n. 14329 que, a propósito del cambio de sexo de uno de los cónyuges y ruptura subsiguiente automática del matrimonio que había contraído con anterioridad, analiza la construcción jurídica e implicaciones que posee el derecho fundamental a la identidad de género. (Alma R. G.)

SERVETTI, G.: «Garanzia dei provvedimenti patrimoniali in materia di alimenti e mantenimento della prole nell'art. 3 della Legge 219/2012», *DFP*, 2013, núm. 4, pp. 1521-1533.

Artículo dedicado al estudio de las garantías, de carácter personal o real, que puede imponer el juez al progenitor en caso de que exista peligro de que este se sustraiga al cumplimiento de las obligaciones previstas en los procedimientos patrimoniales en materia de alimentos y cuidado de los hijos. (*Alma R. G.*)

SESTA, M.: «Stato unico di filiazione e diritto ereditario», *RDC*, 2014, núm. 1, pp. 1-34.

Análisis de la reforma introducida por la legge 10 dicembre 2012, n. 219, en materia de filiación, para reconocer la igualdad de los hijos con independencia de su origen matrimonial o extramatrimonial. Reflexión sobre su incidencia en derecho sucesorio y sus efectos respecto de hijos no reconocidos. (*M. R. D. R.*)

TAGLIASACCHI, E.: «Accordi in vista della crisi coniugale: *from status to contract?*», *NGCC*, 2014, núm. 2, pp. 96-103.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 21 de agosto de 2013 n. 19304 sobre acuerdos prematrimoniales y acuerdos preventivos que establecen determinadas consecuencias jurídicas en previsión de una futura y eventual crisis conyugal. Se discute, en concreto, si tales acuerdos son contrarios al orden público o bien implican limitaciones de la libertad personal. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE SUCESIONES

BENANTI, C.: «Il certificato successorio europeo: ragioni, disciplina e conseguenze della sua applicazione nell'ordinamento italiano», *NGCC*, 2014, núm. 1, pp. 4-14.

Este artículo constituye la primera parte de un trabajo sobre el certificado sucesorio europeo, en cuanto novedad introducida por el Reglamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las decisiones y a la aceptación y ejecución de los actos públicos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo. En concreto, este artículo analiza las razones y características de tal certificado, la competencia y los sujetos legitimados para la presentación de la solicitud. (*Alma R. G.*)

— «Il certificato successorio europeo: ragioni, disciplina e conseguenze della sua applicazione nell'ordinamento italiano-parte seconda», *NGCC*, 2014, núm. 2, pp. 85-96.

Este artículo constituye la segunda parte de otro, que se encuentra en el número 1 de la misma revista y año (páginas 1 a 14), acerca del certificado sucesorio europeo en cuanto novedad introducida por el Reglamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012: procedimiento, emisión y contenido del certificado, efectos de dicho certificado y, por último, relaciones entre la protección del tercero que ha confiado en el

certificado sucesorio y la tutela del que trae causa del heredero o del legatario aparente. (*Alma R. G.*)

BENNI DE SENA, A.: «Legato e successione nel contratto di locazione», *NGCC*, 2014, núm. 3, pp. 157-178.

Artículo que refleja el interés que despierta la relación entre la sucesión *mortis causa*, en especial, la que es a título particular, y el contrato de arrendamiento: El contrato de arrendamiento y la sucesión *mortis causa* entre una disciplina codificada y una disciplina regulada en ley especial; arrendamiento y legado: límites a la autonomía testamentaria y el objeto del legado; la responsabilidad del legatario en los supuestos del legado *ex lege*, del legado testamentario y del legado de empresa. (*Alma R. G.*)

BILOTTI, E.: «Accertamento giudiziale della filiazione extramatrimoniale e inefficacia del testamento per sopravvenienza di figli e discendenti», *NGCC*, 2014, núm. 3, pp. 254-263.

Comentario a la sentencia de apelación de Roma de 18 de septiembre de 2013 que discute acerca de si la normativa reguladora de la revocación del testamento puede aplicarse también en caso de reconocimiento judicial de la filiación extramatrimonial. (*Alma R. G.*)

CINQUE, M.: «Profili successori nella riforma della filiazione», *NGCC*, 2013, núm. 12, pp. 657-668.

Problemas aún sin resolver en materia de derechos sucesorios con la reciente reforma italiana de la filiación por La ley n. 219 de 10 de diciembre de 2012: en especial, derechos sucesorios de los parientes naturales, la sucesión de los hijos nacidos de incesto y la desheredación por la extinción de la patria potestad. (*Alma R. G.*)

OLIVIERO, F.: «Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448 Bis CC», *RDC*, 2014, núm. 1, pp. 35-72.

Comentario sobre la posibilidad de desheredación de legitimarios por indignidad para suceder, en el ordenamiento jurídico italiano, según el artículo 448 Bis CC: requisitos de forma, causas, efectos, etc. (*M. R. D. R.*)

PACIA, R.: «Validità del testamento di contenuto meramente diseredativo», *RDC*, 2014, núm. 2, pp. 307-328.

Análisis de la novedad introducida por la l. 10.12.2012, n. 219 y la posibilidad de testar para desheredar a un legitimario sin introducir disposiciones patrimoniales. Efectos sucesorios independientes de la cláusula testamentaria de desheredación, según el ordenamiento jurídico italiano. (*M. R. D. R.*)

SCHILLING, A.: «Coniectura Voluntatis, Ergänzende Testamentauslegung and Construction by Necessary Implication. A Historical Comparison of Roman, German and English Law», *ZEuP*, núm. 2, 2014.

El artículo examina la evolución de la interpretación integradora en Derecho romano, alemán e inglés, desde un punto de vista histórico comparativo. Se demuestra que los diferentes tratamientos son debidos a las diferencias generales en las tres culturas jurídicas. En cualquier caso, en los tres sistemas

se prefiere la integración testamentaria antes que acudir a las reglas de la sucesión intestada. (*M. G.-R.*)

SESTA, M.: «Stato unico di filiazione e diritto ereditario», *RDC*, 2014, núm. 1, pp. 1-34.

Análisis de la reforma introducida por la legge 10 dicembre 2012, n. 219, en materia de filiación, para reconocer la igualdad de los hijos con independencia de su origen matrimonial o extramatrimonial. Reflexión sobre su incidencia en derecho sucesorio y sus efectos respecto de hijos no reconocidos. (*M. R. D. R.*)

— «Questioni sulla prova della falsità del testamento olografo», *CI*, 2014, núm. 1, pp. 69-78.

El tema de la carga de la prueba asume particular relevancia en el ámbito de la acción directa para impugnar el testamento ológrafo: así, en especial se reputan cuestiones a tratar el reparto de la carga de la prueba en el conflicto entre heredero testamentario y heredero abintestato, la naturaleza y aptitud probatoria del testamento ológrafo y, por último, la determinación de la falsedad entre el procedimiento de desconocimiento de la escritura privada y la querrela de falsedad. (*Alma R. G.*)

ZACCARIA, A.: «La pubblicità delle disposizioni mortis causa: principio di continuità e risoluzione dei conflitti», *RDC*, 2014, núm. 1, pp. 207-221.

Análisis de los artículos 2644 y 2650 CC italiano, relativos al requisito de publicidad, mediante inscripción registral, de las adquisiciones mortis causa y sus efectos frente a terceros afectados. (*M. R. D. R.*)

ZOPPINI, A.: «La donazione ha forza di legge tra le parti (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)», *RDC*, 2014, núm. 1, pp. 223-231.

Reflexiones sobre los efectos del artículo 790 CC italiano y la relación entre el derecho sucesorio y el acto de la donación al modificarse la función socio económica de la sucesión. (*M. R. D. R.*)

VARIA

BARRIÈRE BROUSSE, I.: «L'improbable européanisations du droit international privé de la famille», *SJ*, 2014, núm. 5, pp. 178-180.

Intentos de la Unión Europea por unificar el Derecho internacional privado sobre la familia de los distintos Estados miembros. Problemas jurídicos e imposibilidad de tal unificación. (*R. A. R.*)

BEVIVINO, G.: «Appunti su etica e professioni legali», *NGCC*, 2014, núm. 4, pp. 179-187.

Artículo que reflexiona sobre varios aspectos de la ética y las profesiones de carácter jurídico: la noción de ética y el papel de la profesión, la deontología y el carácter de las normas deontológicas y la dificultad de ser jurista en la actualidad. (*Alma R. G.*)

MELLER-HANNICH, C./ HÖLAND, A./ KRAUSBECK, E.: «'ADR' und 'ODR': Kreation der europäischen Rechtspolitik. Eine kritische Würdigung», *ZEuP*, núm. 1, 2014, pp. 8-38.

El artículo hace un análisis crítico de la Directiva 2013/11/UE sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo y del Reglamento 524/2013, del Parlamento y del Consejo, sobre resolución *online* de litigios en materia de consumo. No está claro que esta legislación vaya a crear mayor confianza en el mercado único europeo de consumidores y empresas. Tampoco lo está su impacto en la eficacia de los derechos de los consumidores.

«ADR» y «ODR» se refieren respectivamente a «Alternative Dispute Resolution» y a «Online Dispute Resolution». (*M. G.-R.*)

TARUFFO, M.: «Il regime provatorio: i principi generali», *CI*, 2014, núm. 1, pp. 1-7.

Artículo dedicado al régimen general de la carga de la prueba en el proceso civil y sus excepciones. (*Alma R. G.*)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

BACCIARDI, E.: «La limitazione del recesso delle microimprese tra pratiche commerciali scorrette e pubblicità ingannevole», *NGCC*, 2014, núm. 3, pp. 244-250.

Comentario a sentencia sobre la posible equiparación que puede hacerse, en materia de protección y aplicación de medidas de tutela, entre el consumidor y las microempresas en la normativa reguladora de la competencia desleal. (*Alma R. G.*)

DERECHO DE SOCIEDADES

CUTTONE, M.: «Il contratto di associazione in partecipazione riformato: tra oscillazioni interpretative e risvolti pratici», *NLCC*, 2014, núm. 1, pp. 31-56.

Reflexiones sobre el contrato de asociación en participación, tras la reforma introducida por la l. 28 junio 2012, n. 92 y el dl 28 junio 2013, n. 76: causa del contrato y facultades y obligaciones de las partes. (*M. R. D. R.*)

MAROCCHI, M.: «Sull'attualità della correlazione tra potere e rischio nella s.p.a. riformata», *CI*, 2014, núm. 1, pp. 221-229.

Después de diez años de la entrada en vigor de la reforma italiana en materia de sociedades de capital, el autor se cuestiona si puede sostenerse todavía la vigencia del principio de la correspondencia entre el poder de gestión y el riesgo en el ámbito de las sociedades, o está todavía vigente pero profundamente modificado. (*Alma R. G.*)

NOCELLA, S.: «Diritti dei soci, informazione societaria e ruolo dell'assemblea: le correzioni del d.lgs. 18 giugno 2012, n. 91», *NLCC*, 2014, núm. 1, pp. 71-98.

Análisis del ámbito de aplicación del d.lgs. 18 junio 2012, en materia de convocatoria y desarrollo de la asamblea societaria: convocatoria de asamblea, participación de los socios en las materias a debatir en la asamblea, asistencia mediante representación, etc. (*M. R. D. R.*)

ZATTAR-GROS, AF.: «Morceaux choisis de l'ordonnance núm. 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés», *GP*, 2014, núm. 264-266, pp. 7-18.

Estudio sobre la nueva regulación en materia de sociedades a raíz de la ordenanza de 31 de julio. Unificación de garantías solicitadas a las sociedades en el ámbito europeo. (*R. A. R.*)

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

LASSERRE CAPDEVILLE, J.: «Les incidences sur le monopole bancaire et le monopole des prestataires de services de paiement de l'ordonnance sur le financement participatif», *GP*, 2014, núm. 260-261, pp. 5-8.

La asignación de los servicios de pago a los bancos y entidades de crédito. Problemas presentados con la ordenanza 2014-863. (*R. A. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

RABITTI, M.: «La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario», *CI*, 2014, núm. 1, pp. 201-220.

Relevancia jurídica de la cualidad de consumidor en las relaciones entre entidad bancaria y cliente. El uso de la noción de consumidor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano y en las decisiones del Árbitro Bancario Financiero. El Árbitro Bancario Financiero y la tutela del consumidor. (*Alma R. G.*)

DERECHO CONCURSAL

THOLE, Chr.: «Die Reform der Europäischen Insolvenzverordnung – Zentrale Aspekte des Kommissionsvorschlag und offene Fragen-», *ZEuP*, núm., 2014, pp. 39-76.

En la actualidad existe un Reglamento de Insolvencias Transfronterizas, de 2000. La Comisión Europea ha propuesto el 12-XII-2012 un nuevo Reglamento. La contribución del autor muestra los aspectos centrales de la nueva regulación y aclara las cuestiones abiertas. (*M. G.-R.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law
CLR	California Law Review
C. L. J.	Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
ERPL	European Review of Private Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L. Q. R.	Law Quarterly Review
MLR	Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
N. Y. U. L. Rev.	New York University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
RD	Recueil Dalloz
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDI	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. Rev.	University of California Los Angeles Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2013

Coord.: **Ramón CASAS VALLES (UB)**. **Carles VENDRELL CERVANTES (UAM)**

STC 41/2013, 14 de febrero

CI: Estimada. Se anula parte de la DA 3.^a de Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social.

Ponente: Aragón Reyes. Voto particular discrepante de Pérez de los Cobos Orihuel al que se adhieren otros tres.

Conceptos: Convivencia *more uxorio* y matrimonio. Unión de hecho homosexual y pensión de viudedad. Igualdad. Cláusula general de igualdad y prohibiciones de discriminación (por «orientación sexual»). Infracción del principio de igualdad ante la ley por establecer un requisito no razonable (tener hijos en común). Alcance temporal de la declaración de nulidad.

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE. DA 3.^a Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social.

La importante Ley 40/2007, de 4 de diciembre, sobre Medidas en materia de Seguridad Social, tuvo por objeto introducir las reformas necesarias para dar cumplimiento al llamado Pacto de Toledo de 2003 y, de forma más directa, al Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno y las asociaciones empresariales y sindicales más importantes.

Entre las cuestiones afectadas estaba el régimen asistencial de las parejas de hecho. A este respecto, el Preámbulo explicaba que: «*En materia de supervivencia las mayores novedades atañen a la pensión de viudedad y, dentro de ésta, a su otorgamiento en los supuestos de parejas de hecho que, además de los requisitos actualmente establecidos para las situaciones de matrimonio, acrediten una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años, así como dependencia económica del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad*». Y añadía: «*Finalmente, la equiparación de las parejas de hecho a las matrimoniales lleva a extender el tratamiento seguido para la viudedad también con respecto al auxilio por defunción y a las indemnizaciones a tanto alzado en caso de muerte derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional. La ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho hace imprescindible delimitar, si bien exclusi-*

vamente a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, los perfiles identificativos de dicha situación, intentando con ello una aproximación, en la medida de lo posible, a la institución matrimonial. No obstante, habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace inviable la plena igualación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad».

De acuerdo con las explicaciones anteriores, se dio nueva redacción al artículo 174 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Concretamente, sus apartados 3 y 4 pasaron a tener la siguiente redacción:

«3. Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el apartado 1 de este artículo, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones.

A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica.

4. *En todos los supuestos a los que se refiere el presente artículo, el derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado anterior, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente.»*

Se decidió asimismo reconocer retroactivamente el derecho a pensión de viudedad en supuestos especiales, con arreglo a una serie de requisitos, cosa que se hizo mediante la DA 3.^a de la Ley 40/2007:

«Disposición adicional tercera. Pensión de viudedad en supuestos especiales.—Con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurran las siguientes circunstancias:

a) *Que a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.*

b) *Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 5 de la presente Ley, con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste.*

c) *Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.*

d) *Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.*

e) *Para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición.»*

La sentencia del Tribunal Constitucional tiene su origen en una solicitud de pensión de viudedad por parte del miembro supérstite de una pareja de hecho, que invocaba a su favor la DA 3.^a de la Ley 40/2007, al haberse producido el fallecimiento del otro antes del 1 de enero de 2008, fecha de su entrada en vigor. Se trataba de una pareja homosexual y se cumplían todos los requisitos legales para obtener la pensión, salvo el del apartado c), que exige *«que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes»*. Esta fue la razón de que el INSS denegara la petición.

La demanda contra la resolución denegatoria correspondió al Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, que interpuso Cuestión de Inconstitucionalidad respecto de la DA 3.^a, de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Sus razones se recogen en la sentencia reseñada: *«Para el Juzgado promotor de la cuestión la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 comporta un trato desfavorable por causa de la orientación sexual, expresamente prohibido por el artículo 14 CE, toda vez que el requisito de haber tenido hijos en*

común que establece la citada disposición para poder causar derecho a la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho en las que el fallecimiento del causante se produjo antes del 1 de enero de 2008 (fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007), resulta de muy difícil o imposible cumplimiento para las parejas de hecho homosexuales. Pues, además de la imposibilidad biológica, ha de tenerse en cuenta que el derecho de las parejas del mismo sexo a la adopción conjunta y la adopción individual del hijo del conviviente sólo ha sido reconocido de manera reciente en algunas Comunidades Autónomas en las leyes que regulan el régimen jurídico de las parejas de hecho, como ha sucedido en Cataluña en virtud de la Ley del Parlamento catalán 3/2005, de 8 de abril. La exigencia del referido requisito, aparentemente neutral, supone así, según el Juzgado, un trato discriminatorio para las parejas de hecho del mismo sexo, por su efecto excluyente de la pensión de viudedad» (FJ 1).

La extensa y razonada sentencia, que cuenta con un voto particular, puede resumirse en los puntos que siguen.

1) *Doctrina constitucional sobre matrimonio y unión de hecho: Son situaciones diferentes, que no es obligado equiparar, aunque nada impide extender la protección de las uniones de hecho para aproximarla a la dispensada al matrimonio.*—El Tribunal considera oportuno llevar a cabo ante todo una exposición de su propia doctrina sobre la naturaleza de las uniones de hecho en relación con el matrimonio. *«La exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema público de Seguridad Social no pugna con el artículo 14 CE, toda vez que “el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1) [...] Nada de ello ocurre con la unión de hecho more uxorio, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”. Por consiguiente, nada se opone constitucionalmente a que “el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de esa diferente situación de partida” (STC 184/1990, FJ 3). Lo que significa que “no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir more uxorio”. (STC 184/1990, FJ 2). [...] Así pues, siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, el legislador puede establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica» (FJ. 2).*

Ahora bien *«tampoco existe obstáculo constitucional alguno a que el legislador pueda extender la protección de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables, heterosexuales u homosexuales [...]». Extensión que en modo alguno resulta vedada por el artículo 14 ni encontraría obstáculos en los artículos 32 y 39 de la Constitución. El legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales [...]. En tal sentido, la opción de requerir la*

existencia de previo vínculo matrimonial para tener derecho a una pensión de supervivencia no es la única constitucionalmente posible» (FJ 3).

2) *¿Necesidad o daño?: La Ley 40/2007 como instrumento para aproximar el régimen de las parejas de hecho estables al matrimonio.*—La Ley 40/2007 se sitúa precisamente en ese margen de libertad de que dispone el legislador. Mediante ella se ha procedido a extender los beneficios de la pensión de viudedad a las uniones de hecho estables, sean heterosexuales u homosexuales, aunque sin llegar a la plena equiparación con el matrimonio.

Actualmente, explica la sentencia, la pensión de viudedad matrimonial no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o de dependencia. Su objeto es más bien compensar el daño que implica la falta o minoración de ingresos y, en general, la repercusión económica de la muerte de uno de los cónyuges. Nada impediría, sin embargo, redefinir el sistema para que la pensión se condicionara, en su reconocimiento o cuantía, «a la existencia de un estado real de necesidad del supérstite o de dependencia económica del causante, así como, en su caso, a la existencia de cargas familiares (como así se ha sugerido en alguna ocasión en las recomendaciones del pacto de Toledo, con la finalidad de recuperar la configuración originaria de la pensión de viudedad como prestación sustitutiva de las rentas perdidas por el óbito del causante)» (FJ 4). Pues bien, eso sería, justamente lo que ha hecho la Ley 40/2007 para las uniones de hecho al dar nueva redacción al artículo 174.3 TRLGSS. Se exige para ellas lo que, acaso, en un futuro se exija también para los matrimonios. De este modo, a partir del 1 de enero de 2008, las uniones de hecho estables tienen derecho a pensión de viudedad, pero sólo cuando concurre «una situación real de necesidad del supérstite, en función de su nivel de ingresos propios y de la existencia o no de cargas familiares» (FJ 4).

3) *Un régimen transitorio favorable para los casos de fallecimiento anterior al 1 de enero de 2008.*—La DA 3.ª de la Ley 40/2007 tiene por objeto extender los beneficios de la reforma mediante «una prestación de carácter excepcional para atender situaciones de necesidad acaecidas con anterioridad a la entrada en vigor de dicha reforma legal, como excepción a la regla general en materia de Seguridad Social conforme a la cual, como ya se dijo, la norma aplicable para causar derecho a la prestación de que se trate es la vigente en el momento de producirse el hecho causante» (FJ 5). Por tanto, no se trata de extender retroactivamente la pensión de viudedad sino de atender «a concretas situaciones de necesidad acaecidas antes del 1 de enero de 2008 que el legislador ha considerado merecedoras de protección, por tratarse de uniones *more uxorio* dotadas de estabilidad y permanencia», a cuyo efecto habrán de cumplirse los requisitos establecidos en la repetida DA 3.ª de la Ley 40/2007. (FJ 5).

4) *Cláusula general de igualdad y prohibición de discriminación: Necesidad de abordar el problema en primer lugar desde la perspectiva de la cláusula general.*—El artículo 14 CE dispone que «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Esta norma contiene, de un lado, una cláusula general de igualdad y, de otro, una prohibición de discriminación por una serie de causas que no están tasadas. Entre ellas cabe incluir la «orientación sexual», aunque no se mencione expresamente. Como dice la sentencia, «es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación (por todas, STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3)» (FJ 6).

El Juzgado de lo Social denunciaba la vulneración del principio de igualdad con referencia a las prohibiciones de discriminación. Sin embargo, el Tribunal considera que, ante todo, hay que verificar si la norma cumple con la previa cláusula general de igualdad, ya que el requisito cuestionado (*«que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes»*), *«se exige a todas las parejas de hecho, con independencia de que sus componentes sean de distinto o del mismo sexo, y ello al margen (claro está) de que el requisito sea, como señala el Juzgado promotor de la cuestión, de más difícil o incluso imposible cumplimiento en el caso de las parejas homosexuales, dada la imposibilidad biológica de que las parejas homosexuales tengan hijos entre sí y la imposibilidad legal de adopción conjunta por estas parejas (también de las parejas de hecho formadas por miembros de distinto sexo) hasta fechas relativamente recientes, cuando diversas Comunidades Autónomas han aprobado leyes que permiten la adopción conjunta por las parejas de hecho»* (FJ 6).

El Tribunal concluye que, en efecto, el repetido requisito infringe la cláusula general de igualdad, cosa que hace innecesario analizar si se ha violado o no la prohibición de discriminación. Como es sabido, el artículo 14 primer inciso (cláusula general) no impone la igualdad de trato. No obstante, para que una diferencia de trato sea legítima, es preciso que *«resulte objetivamente justificada, [y] que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida»* (FJ 6). Es aquí donde se sitúa el nudo de la sentencia.

El Preámbulo de la Ley 40/2007 no da ninguna explicación sobre las razones que llevaron al reconocimiento retroactivo de la pensión a las uniones de hecho que cumplieran ciertos requisitos. En esta tesitura, el Fiscal General y el Abogado del Estado coincidían en considerar que la decisión de no ampliar retroactivamente la pensión de viudedad a todas las parejas de hecho estables obedecía a la necesidad de *«conjurar el riesgo de que se produzcan reclamaciones abusivas o fraudulentas fundadas en hechos pretéritos de dudosa probanza (teniendo en cuenta que la creación de los registros municipales de uniones de hecho es relativamente reciente), en detrimento de la adecuada asignación de los recursos económicos –escasos frente a las necesidades de protección siempre crecientes– del sistema de Seguridad Social»*. La descendencia común sería un *«indicador inequívoco»* de la relación de convivencia y evitaría que *«accedan a esta prestación situaciones en las que la pretendida convivencia more uxorio no resultase plenamente acreditada»* (FJ 7). El Tribunal Constitucional, sin embargo, rechaza esta línea argumental. El requisito legal cuestionado, dice, *«no puede ser entendido como un indicador inequívoco de la existencia efectiva de la relación de convivencia more uxorio que se pretende proteger, pues ni la circunstancia de haber tenido hijos en común acredita una mayor estabilidad o solidez de la unión de hecho, ni dicha circunstancia constituye el único medio de prueba posible sobre la estabilidad de la pareja, debiendo repararse en que la propia disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, en su letra b), ya establece como requisito autónomo para acceder a la pensión, al margen de la descendencia, que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida como pareja de hecho con el causante durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste, en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, del artículo 174.3 LGSS»* (FJ 7).

El requisito cuestionado tampoco encuentra la necesaria justificación objetiva y razonable *«en una pretendida finalidad de otorgar protección social a una concreta situación de necesidad»*. Si así fuera, se exigiría que

los hijos fueran menores o estuvieran cargo del supérstite. Y, sin embargo, no es así: «En efecto, el precepto cuestionado exige únicamente que “el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes”, lo que significa que –cumplidos los restantes requisitos que señala el legislador– se puede acceder a la pensión de viudedad excepcional [...] tanto si existen hijos comunes de la pareja de hecho a cargo del supérstite, como si los hijos comunes de la pareja no sobreviven al causante o no se encuentran ya a cargo del supérstite por ser mayores de edad» (FJ 8). Por tanto: «La diferencia de trato que establece el requisito legal cuestionado se revela así carente de una justificación objetiva y razonable, porque no responde a la finalidad de la pensión (contributiva) de viudedad configurada por la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 (referida a hechos causantes acaecidos antes de su entrada en vigor, de ahí su carácter excepcional) que no es propiamente la de atender a una real situación de necesidad o de dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien resarcir frente al daño que se produce al actualizarse la contingencia (la muerte del causante), por la falta o minoración de ingresos de los que participaba el supérstite» (FJ 8).

5) *El caso particular de las parejas del mismo sexo: Imposibilidad de cumplimiento del requisito legal.*—Cuando las uniones de hecho son homosexuales, la situación empeora: «Ese requisito (haber tenido hijos en común) no sólo carece de justificación constitucionalmente legítima por las razones expuestas, sino que, además, resulta ser de imposible cumplimiento, por razones biológicas, tanto para las parejas de hecho formadas por personas del mismo sexo como para las parejas de hecho de distinto sexo que no pudieron tener hijos por causa de infertilidad, a lo que ha de añadirse que la posibilidad de adopción de niños por las parejas de hecho ha estado vetada en nuestro ordenamiento jurídico hasta fechas relativamente recientes, como ya se dijo, lo que significa que el requisito cuestionado tampoco podía ser cumplido por vía de adopción» (FJ 8).

6) *Delimitación del alcance temporal de la anulación.*—Por las razones expuestas, la sentencia declara nulo el apartado c) de la DA 3.^a de la Ley 40/2007, por vulneración del principio de igualdad ante la ley. La propia sentencia delimita el alcance temporal de la anulación, cerrando el paso a reclamaciones que no se hubieran planteado en tiempo. «Ha de advertirse que esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad, que tiene efectos erga omnes desde la fecha de publicación de la presente Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado” (art. 164.1 CE y art. 38.1 LOTC), no permite que quienes, por no cumplir el requisito de haber tenido hijos en común con el causante, no solicitaron la pensión de viudedad prevista en la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 en el plazo de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de dicha Ley, puedan reclamar ahora la pensión [...] Tampoco permite, claro está, revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de lo dispuesto en la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 (art. 40.1 LOTC)» (FJ 8).

7) *Referencia al voto particular.*—El voto particular defiende la constitucionalidad de la norma discutida, al entender que el requisito de haber tenido hijos comunes para acceder a la pensión de viudedad excepcional es un requisito razonable: «Que el legislador decidiera utilizar el hecho de haber tenido descendencia común como criterio de selección de la situación merecedora de protección no puede considerarse carente de justificación objetiva y razonable, atendidos los limitados recursos económicos del sistema de Seguridad

Social. Haber tenido hijos en común implica la existencia de mayores cargas familiares, anteriores y/o posteriores al hecho causante, cuya atención incide en todo caso sobre la capacidad económica del superviviente. Su valoración por el legislador, por tanto, encaja perfectamente en la lógica de esta prestación dirigida a compensar el daño que la muerte del causante produce en el beneficiario por la falta o minoración de ingresos de los que participaba, sin que resulte desprovisto de sentido presumir que este daño es mayor cuando han existido hijos comunes. La exigencia de hijos comunes no es, por lo demás, un requisito ajeno a la regulación de la pensión de viudedad, pues el legislador lo contempla también en otros supuestos (art. 174.1 in fine LGSS).».

STC 42/2013, 14 de febrero

CI: Referida al artículo 121.21,d) del Código Civil de Cataluña (Ley catalana 29/2002), por pretendida infracción de los artículos 14, 149.1.6.^a y 8.^a CE. Se declara la inadmisión de la Cuestión.

Ponente: Valdés Dal-Ré.

Conceptos: Cataluña. Igualdad ante la ley. Competencias autonómicas en materia procesal y civil. Prescripción. Responsabilidad extracontractual. Derecho transitorio. Inadmisión de la Cuestión por no ser aplicable al caso la norma cuya inconstitucionalidad se denuncia. Falta de análisis de las normas transitorias por parte del órgano judicial.

Preceptos de referencia: Artículo 121.21,d) y DT única del Libro I Código civil de Cataluña. Artículo 1968.2 CC. Artículo 149.1.6.^a y 8.^a CE.

Al aprobarse la Constitución de 1978 una parte –sólo una parte– de la comunidad de juristas españoles pudo pensar que la coexistencia en nuestro país de diversos Derechos civiles sólo provocaría conflictos de baja intensidad, manteniéndose las diferencias ya conocidas en materia de régimen económico matrimonial, sucesiones y derechos reales y sin que fueran de temer grandes movimientos en el campo de las obligaciones y contratos. Para esto último se contaba con el cortafuegos de la competencia estatal sobre las bases de las obligaciones contractuales y, más allá, con las exigencias de la unidad de mercado. También, en fechas más recientes, con el proceso de construcción del Derecho europeo. Todo ello sin olvidar eventuales atajos consistentes en alterar las fronteras tradicionales entre materia civil y mercantil (vid. la reciente *Propuesta de Código mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*).

Por supuesto, el futuro no está escrito. Pero, por lo pronto, hace ya bastante que la realidad dista mucho de esa ingenua previsión. Aunque la cuestión elevada al Tribunal Constitucional ha quedado –con razón– sin resolver, el asunto objeto de la sentencia reseñada prueba que el conflicto puede afectar a materias muy sensibles y de gran trascendencia práctica. Concretamente al Derecho de daños y, de forma más transversal, a la prescripción. Por lo demás, para hacerse una idea clara de hasta dónde pueden llegar las diferencias en el campo del derecho patrimonial, bastará transcribir el párrafo del Preámbulo del «*Anteproyecto de ley del Libro VI del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y contratos*», en el que se expone el contenido previsto para dicho Libro: «*El títol primer, relatiu a les disposicions generals, es reserva per a la regulació de les parts generals de l'obligació i del contracte, tenint en compte els principis que informen la contractació que*

afecta els consumidors. El títol segon es dedica a les fonts contractuals i ha de contenir els diferents tipus contractuals. El títol tercer s'ha de referir a les fonts no contractuals de l'obligació» (el texto está actualmente en fase de información pública, DOGC núm. 6672, 25.7.2014). No parece que pueda tacharse de agorero a quien vaticine un conflicto abierto, con varios frentes, entre el Estado y la Comunidad Autónoma.

Pero volviendo al presente, la diversa regulación de la prescripción y la caducidad ya ha brindado la ocasión de que esa conflictividad se manifieste. Se trata de una materia bastante neutra y, en lo que atañe a las normas, sumamente técnica. No es de extrañar que la diversidad legislativa suscite sorpresa a ojos foráneos. Sin embargo, en el Derecho civil catalán ya había alguna norma sobre prescripción antes de la Constitución de 1978. Si a eso añadimos que la legislación supletoria del Código civil español es vieja y muy deficiente, a nadie sorprenderá que el Parlamento de Cataluña decidiera ejercer la competencia para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil propio, aprobando, en 2002, una moderna y completa regulación de la prescripción y la caducidad (Título 2.º del Libro 1.º del Código civil catalán, CCCat). Ha sido bien analizada por la doctrina española y ciertamente podría constituir una base útil para que, sin renunciar a las competencias que cada uno ostente, se pudiera llegar a establecer, si no una única normativa, sí al menos normativas sustancialmente coincidentes. Bastaría con aprobar leyes idénticas sin perjuicio de eventuales diferencias menores cuando estuvieran justificadas. La doctrina, en particular civil, tiene aquí un importante trabajo por delante al que, por fortuna, no está volviendo la espalda (en este sentido, hay que llamar la atención sobre los trabajos de la Asociación de Profesores de Derecho civil en sus XVII Jornadas, Mayo 2014).

En lo que al caso interesa, bastará recordar que la moderna legislación catalana establece un plazo de prescripción trienal para la acción de responsabilidad extracontractual [art. 121-21,d) CCCat] mientras que, como es notorio, en el Código civil español (art. 1968.2) el plazo es de un año. Con ese marco normativo, llegó a un juzgado de Lérida una demanda por daños, en la que las fechas relevantes eran las siguientes: 9 de julio de 2001 (sinistro), 16 de diciembre de 2003 (notificación al perjudicado del Auto de archivo de las diligencias penales incoadas tras la denuncia del accidente), 1 de enero de 2004 (fecha de entrada en vigor de la normativa catalana), 28 de diciembre de 2004 (reclamación extrajudicial), 12 de diciembre de 2005 (nueva reclamación extrajudicial) y 14 de diciembre de 2007 (demanda).

Alegada la prescripción por los demandados y dejada la cuestión para sentencia, el juez decidió plantear Cuestión de Inconstitucionalidad sobre el artículo 121.21, d) de la Ley catalana 29/2002, de 30 de diciembre, por su eventual colisión con los artículos 14 (igualdad) y 149.1.6.ª y 8.ª (legislación procesal y civil) del texto constitucional. Vale la pena reproducir los argumentos del Auto judicial, tal como se recogen en la sentencia del Tribunal Constitucional: *«El artículo 121.21 d) fija un plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual diferente del que establece la legislación estatal, con invasión por parte del legislador catalán, a criterio del juzgador, de la competencia exclusiva del Estado en materia procesal (art.149.1.6 CE). Tal invasión no puede encontrar justificación en ninguna especialidad procesal que pudiera derivarse de alguna particularidad del derecho sustantivo de la Comunidad Autónoma de Cataluña, única hipótesis en que podría contemplarse la intervención normativa, según [se] deduce de la doctrina establecida en la STC 47/2004, de 25 de marzo, que transcribe*

parcialmente. Añade un segundo razonamiento, relativo al artículo 149.1.8 CE, por si se entendiera que el plazo que establece el precepto cuestionado no es de naturaleza procesal, sino de naturaleza sustantiva civil, y defiende en relación con ello que el establecimiento de un plazo específico por el legislador catalán para el ejercicio de las acciones basadas en la responsabilidad extracontractual no obedece tampoco a una regulación reveladora de la conservación, modificación y desarrollo por la Comunidad de Cataluña de su Derecho civil, foral o especial, único marco en el que aquella previsión constitucional le atribuye competencias. Termina aludiendo al artículo 14 CE, ya que estima que el establecimiento por el Código civil de Cataluña de un plazo para el ejercicio de las acciones de responsabilidad extracontractual superior al fijado por el Código civil común, situaría en posición más favorable a las personas a cuya relación jurídica le fuera aplicable el Código autonómico que a aquéllas que vengan regidas por la norma estatal, sin que ello encuentre una explicación objetiva y razonable» (Antecedente 3)

El problema es ciertamente del mayor interés y habría dado ocasión para despejar las dudas suscitadas. Pero la sentencia del Constitucional no entra en el fondo por la sencilla razón de que el juez pasó por alto que las propias disposiciones transitorias de la ley catalana resolvían con claridad el problema disponiendo la aplicabilidad al caso del artículo 1968.2 CC y, por tanto, del plazo de prescripción anual. El legislador catalán, muy consciente de lo que supone operar en materia de tanta importancia práctica, optó por una retroactividad de grado medio, además de prever una amplia *vacatio legis*. Así lo explica el Preámbulo de la Ley 29/2002: «Dada la importancia y la previsible repercusión práctica de la nueva normativa sobre prescripción y caducidad, ha sido preciso finalmente regular con detalle las situaciones transitorias y optar por un grado de retroactividad medio, que tiende a favorecer la aplicación de los plazos de prescripción más cortos. Por estas mismas razones y por la conveniencia que el título II del libro primero del Código civil de Cataluña entre en vigor al comienzo del año natural, también se ha considerado necesario establecer una *vacatio legis* hasta el 1 de enero de 2004». De acuerdo con este planteamiento, la DT única del Libro I del Código civil de Cataluña establece que: «Las normas del libro primero del Código civil de Cataluña que regulan la prescripción y la caducidad se aplican a las pretensiones, las acciones y los poderes de configuración jurídica nacidos y aún no ejercidos con anterioridad al 1 de enero de 2004, con las excepciones que resultan de las normas siguientes: [//] a) El inicio, la interrupción y el reinicio del cómputo de la prescripción producidos antes del 1 de enero de 2004 se regulan por las normas vigentes hasta aquel momento. [//] b) Si el plazo de prescripción establecido por la presente Ley es más largo, la prescripción se consuma cuando ha transcurrido el plazo establecido por la regulación anterior. [//] c) Si el plazo de prescripción establecido por la presente Ley es más corto que el que establecía la regulación anterior, se aplica el establecido por la presente Ley, el cual empieza a contar desde el 1 de enero de 2004. Sin embargo, si el plazo establecido por la regulación anterior, aun siendo más largo, se agota antes que el plazo establecido por la presente Ley, la prescripción se consuma cuando ha transcurrido el plazo establecido por la regulación anterior.»

El plazo de la acción civil empezó a correr tras la notificación del Auto de archivo de las diligencias incoadas a raíz de la denuncia del perjudicado, es decir, el 16 de diciembre de 2003. Por tanto, antes del 1 de enero de 2004. Le era pues aplicable el año del artículo 1968.2 CC, al que remitía la legislación civil catalana anterior a la Ley 29/2002. La acción prescribió por tanto

en diciembre de 2004. Era así inevitable que el Tribunal Constitucional inadmitiera la Cuestión pues, en sus propias palabras, el juez proponente «*en ningún momento puso a contraste los elementos temporales del caso con la fecha de entrada en vigor de la norma de cuya constitucionalidad duda, ni con su régimen transitorio, que soslayó abiertamente, pese a que esos datos temporales desencadenaban a todas luces el juego de tales previsiones jurídicas y la aplicación del artículo 1968.2 del Código civil, vista la remisión que contenía el artículo 344 del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio (compilación del Derecho civil de Cataluña), al plazo prescriptivo más corto en él regulado y su condición de norma aplicable al caso por esa razón, a tenor del régimen transitorio.*» (FJ 4)

STC 55/2013, de 11 de marzo

RA: Estimado.

Ponente: Pérez de los Cobos Orihuel.

Conceptos: Igualdad ante la Ley. Unión homosexual. Denegación de pensión en aplicación de la DA 3.^a,c) de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Aplicación de la STC 41/2013 de 14 de febrero que decretó la nulidad de la disposición en cuanto a la exigencia de «haber tenido hijos comunes».

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE. DA 3.^a Ley 40/2007, de Medidas en materia de Seguridad Social.

La sentencia resuelve el recurso de amparo formulado por el miembro superviviente de una pareja homosexual, que había visto denegada la pensión de viudedad excepcionalmente reconocida a las parejas de hecho, homosexuales o heterosexuales, por la DA 3.^a de la Ley 40/2007 de Medidas en materia de Seguridad Social. La negativa se había basado en el incumplimiento del requisito del apartado c) de dicha disposición, según el cual, para acceder a la pensión, la pareja debía tener descendencia común.

Tal exigencia fue anulada por STC 41/2013, por infracción del principio de igualdad ante la ley reconocido en el inciso primero del artículo 14 CE (vid. supra la reseña correspondiente). En aplicación de dicha sentencia, el TC estima el amparo: «*Planteada la cuestión en los términos expuestos, la respuesta ha de ser forzosamente concisa e inequívoca a la luz de nuestra reciente STC 41/2013, de 14 de febrero, por la que el Pleno de este Tribunal ha resuelto la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona respecto al apartado c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, declarándola inconstitucional y nula. Ciertamente, en ella hemos declarado que el requisito contenido en la letra c) de la disposición cuestionada, constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE), pues la diferencia de trato que se establece entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad especial que regula, sino que conduce a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supervivientes de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas y jurídicas), la exigencia de haber tenido hijos comunes*» (FJ 2).

STC 77/2013, de 8 de abril**RA: Estimado.****Ponente: Ortega Álvarez.****Conceptos: Igualdad ante la Ley. Unión homosexual. Transexualidad. Denegación de pensión en aplicación de la DA 3.^a,c) de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Aplicación de la STC 41/2013 de 14 de febrero que decretó la nulidad de la disposición, en cuanto a la exigencia de haber tenido hijos comunes.****Preceptos de referencia: Artículo 14 CE. DA 3.^a Ley 40/2007, de Medidas en materia de Seguridad Social.**

Como en la STC 55/2013 (vid. supra la correspondiente reseña), el recurso de amparo se desestima en aplicación de la STC 41/2013, que decretó la nulidad del apartado c) de la DA 3.^a de la Ley 40/2007, al entender que la exigencia de haber tenido hijos comunes, para acceder a la pensión de viudedad excepcional reconocida en la citada disposición, infringía el principio de igualdad ante la ley del primer inciso del artículo 14 CE. La única particularidad de este caso reside en que la solicitante de la pensión y del posterior amparo era transexual. Pero el problema se resuelve en el mismo sentido y por las mismas razones: «*Nuestra reciente STC 41/2013, de 14 de febrero, ha declarado que la citada exigencia constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley consagrado por el artículo 14 CE, pues la diferencia de trato que se establece por la norma cuestionada entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no sólo no obedece a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad especial regulada en la referida disposición, sino que conduce además a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supervivientes de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos comunes (FJ 9)*» (FJ 3).

STC 79/2013, 8 de abril**RA: Estimado.****Ponente: González Rivas.****Conceptos: Ejecución hipotecaria y derecho a la tutela judicial efectiva. Legitimación pasiva del tercer adquirente con título inscrito. Valor de la publicidad registral a efectos de la ejecución hipotecaria. Litisconsorcio necesario. Indefensión. Nulidad de actuaciones.****Preceptos de referencia: Artículo 24 CE. Artículo 685 LEC.**

La sentencia tiene su origen en un procedimiento de ejecución hipotecaria instado por *Banco de Sabadell*. La acción, iniciada el 3 de noviembre de 2009, se dirigió contra los prestatarios, quedando al margen una empresa (*IG Llanerastur*) que se había adjudicado la finca en otro procedimiento instado por la Agencia Tributaria. Aunque su titularidad constaba en el registro desde el 11 de marzo de 2008, *IG Llanerastur* sólo tuvo conocimiento de la ejecución hipotecaria cuando la finca ya se había subastado e inscrito a nombre de otra persona. Ante esta situación, *IG Llanerastur* se personó en el procedimiento hipotecario y solicitó la nulidad de actuaciones por vulnera-

ción de la tutela judicial. La solicitud, no obstante, fue denegada. Según razonó el correspondiente Auto *«la parte solicitante carece de legitimación al promover dicha nulidad en cuanto que no es parte en el procedimiento, en sentido propio (se ha personado a los solos los efectos del incidente), ni tampoco de forma obligatoria tendría que haber sido parte –necesaria–, por cuanto que inicialmente no debió ser demandada, en cuanto no acredita –sólo afirma– que hubiera comunicado a la entidad acreedora su adquisición»*. IG Llanerastur acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional al entender que dicho Auto vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva.

El interés del caso, como explica la propia sentencia, radica en que *«se plantea la cuestión relativa a la constitución de la relación jurídico procesal en el procedimiento de ejecución hipotecaria de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), en relación con el titular de la finca que ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, lo cual dota a este recurso de especial trascendencia constitucional puesto que no sólo se trata de una cuestión de relevante y general repercusión social [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 g)] sino que, además, permite a este Tribunal Constitucional sentar doctrina sobre la proyección que, desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), tiene la inscripción registral y su publicidad en dicho procedimiento especial de ejecución, problema sobre el que no nos hemos pronunciado específicamente bajo la vigencia del procedimiento hipotecario de la actual Ley de enjuiciamiento civil, puesto que nuestras Sentencias anteriores se refieren genéricamente a la intervención de terceros poseedores en el proceso de ejecución hipotecaria desde la perspectiva del interés legítimo (por todas, SSTC 29/2003, de 13 de febrero; 6/2008, de 21 de enero; y 43/2010, 26 de julio), lo que se corresponde con el supuesto del apartado a) del fundamento jurídico 2 de la invocada STC 155/2009»* (FJ 2).

Centrada la cuestión, el Tribunal comienza por recordar que nada se opone a un proceso como el hipotecario, sin fase de cognición y con una contradicción procesal extraordinariamente reducida, pues su carácter no definitivo permite que las cuestiones de fondo puedan discutirse después con toda amplitud (cfr. STC 158/1997, con referencia al procedimiento anterior a la vigente LEC; y ATC 113/2011, referido ya a esta última). Sin embargo, añade, *«la validez global de la estructura procedimental de la ejecución hipotecaria en modo alguno admite excepciones al derecho de defensa de los interesados, no siendo admisibles lecturas restrictivas de la intervención de quienes son titulares de derechos e intereses legítimos, entre los que figuran los denominados legalmente como “terceros poseedores” y el propietario de los bienes que no se ha subrogado en el contenido obligacional garantizado con la hipoteca»* (FJ 3).

Según el artículo 685.1 LEC *«La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes»*. El Auto del Juzgado entendía que tal acreditación no había tenido lugar por cuanto IG Llanerastur no había comunicado su condición de tercer adquirente al banco ejecutante. El Tribunal Constitucional, sin embargo, considera que, a los efectos del artículo 685.1 LEC, es suficiente la constancia registral previa. En este sentido dice la sentencia que: *«El artículo 685 LEC establece que la demanda debe dirigirse frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados “siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bie-*

nes”, precepto éste que entendido según el artículo 24 CE nos lleva a la conclusión de que la situación de litisconsorcio necesario se produce en todo caso respecto de quien tiene inscrito su título adquisitivo, pues el procedimiento de ejecución hipotecaria no puede desarrollarse a espaldas del titular registral, como aquí ha sucedido, al serlo con anterioridad al inicio del proceso de ejecución hipotecaria» (FJ 4). Y añade: «En efecto, en la cuestión planteada, la inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos erga omnes, por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que éste conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registrales» (FJ 4).

De todo ello resulta la siguiente conclusión, que aboca a la estimación del amparo con la consiguiente declaración de nulidad y retroacción de actuaciones: «Se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la entidad IG Llanerastur, S.L., al no haber sido llamada al proceso, puesto que consta acreditado que era titular del dominio de la vivienda hipotecada en virtud de subasta llevada a cabo por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, figura inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad el 11 de marzo de 2008, y está identificada en la certificación de cargas expedida con anterioridad a la interposición de la demanda ejecutiva, sin que la sociedad demandante tuviera conocimiento efectivo del proceso de ejecución, con anterioridad a la fecha que indica la parte recurrente» (FJ 4).

STC 81/2013, 11 de abril

CI: Estimación parcial. Planteada cuestión en relación con los artículos 3, 4, 5, 8 y 9 de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho, la sentencia declara inconstitucionales y nulos los artículos 4 (regulación de la convivencia) y 5 (inscripción), desestimando la Cuestión en lo demás.

Ponente: Ortega Álvarez. Voto particular discrepante de Aragón Reyes al que se adhiere Ollero Tassara.

Conceptos: Unión de hecho. Comunidad de Madrid. Competencias autonómicas Materia civil. Ordenación de registros e instrumentos públicos. Registros de naturaleza civil y de naturaleza administrativa. Régimen estatutario de los funcionarios. Concesión de beneficios en materias de competencia autonómica.

Preceptos de referencia: Artículo 149.1, 8.^a y 149.1.18.^a CE.

El caso tiene su origen en el recurso contencioso-administrativo planteado por un partido político llamado *Familia y Vida* contra el Decreto madrileño 134/2002, sobre Registro de uniones de hecho de la Comunidad, aprobado al amparo de la Ley 11/2001 de la Asamblea de Madrid. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid planteó Cuestión de Inconstitucionalidad referida a los artículos 3, 4, 5, 8 y 9 de la citada ley madrileña. Las razones aducidas eran tres. En primer lugar, se sostenía que los artículos 4 y 5 vulneraban la competencia exclusiva del Estado en materia civil al regular el contenido de los posibles pactos de convivencia y su inscripción en el registro de uniones de hecho de la Comunidad. En segundo lugar, se reprochaba al artículo 3 atribuir a la inscripción carácter

constitutivo. El tercer argumento tenía como objeto los artículos 8 y 9 de la Ley, a los que se imputaba infringir el artículo 149.1.18.^a CE, que atribuye al Estado la competencia sobre «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios».

1) *Invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia civil.*— El reproche se dirigía a los artículos 4 y 5 de la Ley 11/2001 de Madrid, que seguidamente se reproducen para mayor comodidad:

«Artículo 4. *Regulación de la convivencia.*—1. Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese. [//] 2. Los pactos a que se refiere el número anterior podrán establecer compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto a la situación anterior. Tales compensaciones habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código civil. [//] 3. A falta de pacto se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la unión contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas de ésta en proporción a sus recursos.[//] 4. Serán nulos y carecerán de validez los pactos contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos. Asimismo serán nulos los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes.[//] 5. En todo caso los pactos a que se refiere este artículo, estén o no inscritos en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, sólo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrán perjudicar a terceros.»

«Artículo 5. *Inscripción.*—1. Los pactos a que se refiere el artículo 4 podrán inscribirse en el Registro, siempre que en ellos concurren los requisitos de validez expresados en el mismo artículo.[//] 2. La inscripción podrá efectuarse a petición de ambos miembros de la unión conjuntamente.[//] 3. Contra la denegación de la inscripción, que se hará por resolución motivada, podrá interponerse el recurso administrativo que proceda.»

Basta una simple lectura, dice la sentencia, para comprobar que el artículo 4, «aun cuando solamente sea para las parejas que se hayan inscrito voluntariamente en el registro (art. 1.1), contempla un régimen normativo generador de obligaciones económicas derivadas de dicha situación de hecho que pertenece al ámbito de las relaciones jurídico-privadas de los miembros de la unión de hecho» (FJ 4). La regulación, añade, «se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil». En palabras de la STC 28/2012 (Ley canaria de ordenación del turismo) «las regulaciones relativas a las relaciones inter privados constituyen reglas de Derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil» (FJ 4 de la sentencia reseñada).

Careciendo la Comunidad de Madrid de competencia alguna en materia de legislación civil, la inconstitucionalidad y nulidad por invasión de competencias del Estado es inmediata. Y otro tanto sucede con el artículo 5: «*Se trata de una norma meramente procedimental relativa a la inscripción en el registro de uniones de hecho de los pactos previstos en el artículo 4. razón por la cual el artículo 5 ha de correr la misma suerte y procedente resulta declarar su inconstitucionalidad y nulidad*» (FJ 4)

2) *La creación de un registro administrativo de uniones de hecho entra dentro de las competencias de la Comunidad Autónoma.*—El artículo 3 de la Ley disponía lo siguiente:

«*Artículo 3. Acreditación.—1. Las uniones a que se refiere la presente Ley producirán sus efectos desde la fecha de la inscripción en el Registro de las Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, previa acreditación de los requisitos a que se refiere el artículo 1 en expediente contradictorio ante el encargado del Registro. [//] 2. Reglamentariamente se regulará tal expediente contradictorio. En todo caso, la previa convivencia libre, pública, notoria e ininterrumpida en relación de afectividad, habrá de acreditarse mediante dos testigos mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles. [//] 3. La existencia de la unión de hecho se acreditará mediante certificación del encargado del Registro.*»

El TSJ de Madrid entendía que dicha norma vulneraba la competencia que el artículo 149.1.8.ª CE reserva «en todo caso» al Estado sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos. Sin embargo, recuerda el Tribunal, «*los registros a que dicha ordenación se refiere son, exclusivamente, los de carácter civil*», mientras que «*la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, creen registros administrativos y, por tanto, distintos de los anteriores, ha sido admitida con naturalidad por la doctrina constitucional desde las SSTC 32/1983 y 87/1985*» (FJ 5). En cuanto al concreto registro de que se trata, la sentencia considera que no es civil sino administrativo: «*Se limita a publicitar un hecho, la existencia de la previa unión de hecho a fin de atribuirles determinada eficacia en ámbitos de competencia propia de la Comunidad de Madrid y, por tanto, sin incidir en la legislación civil ni, por lo mismo, en la competencia estatal relativa a la ordenación de los registros del artículo 149.1.8 CE.*» (FJ 5)

3) *Constitucionalidad de la concesión de beneficios relacionados con las competencias de la Comunidad.*—Los artículos 8 y 9 de la Ley proceden a la «*equiparación de [las uniones de hecho inscritas] a los matrimonios en cuanto a los beneficios concedidos al personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid y a los derechos y obligaciones establecidos en la normativa madrileña de Derecho público, “en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios”*» (FJ 6). La sentencia entiende que los citados preceptos no incurren en infracción alguna pues la concesión de beneficios no desborda el ámbito de las materias que son competencia de la Comunidad.

4) *Referencia al voto particular.*—La discrepancia afecta, en primer lugar, al artículo 3 de la ley pues, según se razona, la inscripción de las uniones de hecho «*no sólo va a producir efectos en el ámbito de la competencia*

de la Comunidad de Madrid, como se afirma en la Sentencia, sino que también puede producirlos en ámbitos de competencia estatal; piénsese, por ejemplo, en la pensión de viudedad para supervivientes de parejas de hecho: la existencia de la pareja de hecho se podrá acreditar, según el artículo 174.3 de la Ley general de la Seguridad Social». La discrepancia afecta asimismo al artículo 8 en la medida en que no distingue entre funcionarios y empleados. En el primer caso, no habría objeciones a la norma. Sí, en cambio, en el segundo: «[La] atribución de efectos jurídicos administrativos a la inscripción en dicho registro excede de las competencias autonómicas cuando se trata de personal laboral».

STC 93/2013, 23 de abril

RI: Estimación parcial del recurso del Partido Popular contra la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas estables. Se declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad: del artículo 2, apartado 2, párrafo primero, inciso «*hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que*» y párrafo segundo, y apartado 3; del artículo 3, inciso «*y el transcurso del año de convivencia*»; del artículo 4, apartado 4; del artículo 5, apartado 1, inciso «*respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles*», y apartados 2, 3, 4 y 5; del artículo 6; del artículo 7; del artículo 9; del artículo 11; y del artículo 12.1; con el alcance determinado en el fundamento jurídico 14.

Ponente: Asua Batarrita. Hay un voto particular discrepante de Aragón Reyes al que se adhiere Rodríguez Arribas y otro más de González Rivas. Se admite la abstención de Ollero Tassara por haber sido uno de los diputados del Partido Popular que, en su día, formularon el recurso.

Conceptos: Legislación foral sobre uniones de hecho. Competencias civiles del Estado y de la Comunidad Foral Navarra. Competencias sobre formas del matrimonio y sobre normas de conflicto y puntos de conexión. Libre desarrollo de la personalidad. Intimidad personal y familiar. Derecho a no contraer matrimonio. Unión de hecho: noción y límites de la actividad reguladora del legislador. Adopción por parejas homosexuales. Leyes navarras «de mayoría absoluta». Alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad.

Preceptos de referencia: Artículos 10.1, 14, 18.1, 32.2, 149.1.1.^a y 149.1.8.^a CE. Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA).

Un grupo de diputados del Partido Popular interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la Ley foral navarra 6/2000, de 3 de julio, sobre Igualdad Jurídica de Parejas estables. Antes de la sentencia hubo modificaciones normativas que dejaron sin contenido algunos aspectos del recurso, pero no su esencia. Según los recurrentes, la Ley debía ser declarada inconstitucional en bloque por tres razones: 1.^a) Por invadir la competencia que «*en todo caso*» ostenta el Estado sobre «*las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas*

de matrimonio» (art. 149.1.8.^a CE); 2.^a) Por incurrir en el vicio formal de no indicar que se trata de una «ley foral de mayoría absoluta»; y 3.^a) Por «[comprometer] los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar y a no casarse (arts. 10.1, 18.1 y 32.1 CE), en la medida en que impone determinados efectos jurídicos a personas que no han expresado su deseo de casarse». Con independencia de lo anterior, los recurrentes también alegaban una razón 4.^a): «Que los distintos preceptos en los que se articula la Ley Foral incurren en diversos motivos de inconstitucionalidad; que en algunos casos son un mero reflejo de las alegaciones ya realizadas y en otros supuestos resultan de otras consideraciones suplementarias. Así, entre otros aspectos, estiman que el artículo 2.3, que establece una norma conflictual, invade la competencia exclusiva del Estado central referida a las «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8 CE); que el artículo 8, en la medida en que permite la adopción a las parejas estables homosexuales, sería inconstitucional por vulnerar el artículo 39.2 CE; o que los artículos 12 y 13, referidos a los efectos fiscales o a la materia «función pública», deben ser declarados inconstitucionales por incluirse en una ley foral de mayoría absoluta» (FJ 1).

La sentencia hace en primer lugar un extenso resumen de los objetivos, rasgos básicos y contenido de la ley. Sin perjuicio de la recomendable lectura íntegra, valgan a este mismo propósito dos párrafos de la Exposición de Motivos: «El artículo 39 de la Constitución Española indica la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. En dicho artículo no existe referencia a un modelo de familia determinado ni predominante, lo que hace necesaria una interpretación amplia de lo que debe entenderse por tal, consecvente con la realidad social actual y con el resto del articulado constitucional, en particular los artículos 9.2 (obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas) y 14 (los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social)». «La presente Ley Foral pretende eliminar las discriminaciones que por razón de la condición o circunstancia personal o social de los componentes de la familia, entendida en la multiplicidad de formas admitidas culturalmente en nuestro entorno social, perduran en la legislación, y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de protección social, económica y jurídica de la familia, adecuando la normativa a la realidad social de este momento histórico».

Tras esa presentación, la sentencia aborda las diferentes razones de inconstitucionalidad alegadas, empezando por el supuesto vicio procedimental.

1) *La condición de «ley de mayoría absoluta»*.—El artículo 20 de la norma estatutaria navarra (LO 13/1982 de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra, LORAFNA) distingue entre leyes «de mayoría simple» y «de mayoría absoluta». Según los recurrentes, el hecho de que la ley impugnada no explicitara esta última condición ni identificara cuáles de sus preceptos requerían mayoría absoluta y cuáles no, supondría un vicio determinante de inconstitucionalidad. Se reprochaba un indebido efecto de «congelación», semejante al que se produciría si el Estado regulara mediante ley orgánica materias que deben ser objeto de ley ordinaria. A ello la letrada del Parlamento navarro oponía que: «La necesidad de que la Ley Foral impugnada se apruebe por mayoría absoluta se contiene en el acuerdo de la Mesa del

Parlamento de 12 de junio de 2000, por incidir en el Derecho civil foral, tal y como dispone expresamente el artículo 20.2 LORAFNA, en relación con el artículo 48.2 del mismo cuerpo normativo, por lo que es evidente que no se produce ningún tipo de “congelación” en las normas contenidas en la Ley Foral referibles a otros ámbitos competenciales, como son el fiscal o el que corresponde a materias propias de la función pública». En línea con esta argumentación, el Tribunal Constitucional desecha este motivo del recurso: «*Con independencia de las similitudes y diferencias que puedan establecerse entre los distintos instrumentos normativos que suponen las leyes orgánicas y las leyes forales de mayoría absoluta, si lo que se presume vulnerado son los principios de publicidad y seguridad jurídica (art. 9.3 CE) es obvio que tal denuncia no puede acogerse puesto que resulta claro que la Ley Foral 6/2000 ha cumplido con todos los trámites previstos en la LORAFNA y en el Reglamento de la Cámara para desplegar, válidamente, sus efectos jurídicos» (FJ 4).* Por lo demás, «*no existen en el ordenamiento navarro dos tipos de leyes forales en función de la mayoría necesaria para su aprobación»*, debiendo concluirse que «*del modus operandi seguido para su aprobación y promulgación no puede derivarse la inconstitucionalidad de la Ley Foral 6/2000» (FJ 4).*

2) *No hay infracción de la competencia estatal referida a las «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio» (art. 149.1.8.^a CE).*—Según los recurrentes, so capa de regular las parejas de hecho, el Parlamento navarro habría introducido en el sistema legal español una nueva forma de matrimonio, contraído por medio de la convivencia estable: «*Si el resultado final es que las parejas estables sean consideradas como si de un matrimonio se tratara parece claro que quien tenga la competencia para decidir qué es el matrimonio tendrá competencia para regular su régimen jurídico. Asumir una solución distinta de ésta supone incurrir en un nominalismo que vacía de contenido la competencia estatal» [Antecedente 1,b)].*

a) *Alcance de la reserva «en todo caso» a favor del Estado.*—El Tribunal Constitucional comienza por precisar el significado de la reserva «*en todo caso» de «las reglas relativas a [...] relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio».* A los efectos que ahora interesan, dice la sentencia, la extensión de la competencia estatal puede definirse en función del artículo 32.2 CE, según el cual la ley regulará «*las formas del matrimonio la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».* De esta suerte, prosigue, «*hemos de considerar que, siquiera por relación con el citado precepto constitucional, la competencia estatal ex artículo 149.1.8 CE se extiende al sistema matrimonial (requisitos materiales y formales y causas de extinción) y al contenido personal del matrimonio, esto es, el régimen de derechos y deberes de los cónyuges con exclusión del régimen económico matrimonial en los territorios con competencias propias en Derecho civil especial o foral, lo que, por otra parte, coincidiría con lo dispuesto en el artículo 13.1 del Código civil» (FJ 5).*

b) *Matrimonio y convivencia more uxorio son realidades jurídicamente diferentes.*—La ley navarra no regula el matrimonio sino las parejas estables no matrimoniales. Con esta premisa: «*Importa [...] destacar que, como afirmamos en la STC 184/1990 [...] FJ 3, en la Constitución, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2) mientras*

que “nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”» (FJ 5).

c) *Equiparar y aproximar no son conceptos idénticos: la convivencia «more uxorio» no se convierte en «matrimonio» por el hecho de que su régimen se aproxime.*—Los recurrentes reprochaban a la ley haber regulado el matrimonio omitiendo este nombre. El Tribunal, sin embargo, no lo entiende así: «*Equiparar, en cuanto supone tomar como modelo determinados aspectos de una realidad preexistente para aplicarla a un supuesto de hecho distinto y en un ámbito de competencia propia, es algo conceptualmente distinto a regular una institución, en este caso el matrimonio, y se conecta, por el contrario, con la atribución de ciertas consecuencias jurídicas a la existencia de la situación de hecho que constituiría el sustrato o fundamento de la pareja estable*» (FJ 5). La competencia estatal se refiere sólo al matrimonio (arts. 149.1.8.^a y 32 CE). La ley navarra, por el contrario, «*disciplina una realidad social diferente, ceñida a las parejas de hecho que reúnan determinados requisitos. Y aun cuando pueda encontrarse cierta conexión o paralelismo entre ambas realidades, su regulación difiere, entre otros aspectos sustanciales, en el relativo a los requisitos y formalidades que, para la celebración del matrimonio exige la formalización solemne de la prestación del consentimiento al efecto ante funcionario o autoridad, o, en su caso, en la forma prevista por la correspondiente confesión religiosa [...]* (Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979, y las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre), resultando insuficientes otros ritos étnicos o culturales no reconocidos por el Estado (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4)» (FJ 5). La conclusión es clara: «*Estas evidentes diferencias, que se ponen de relieve desde la esencia misma de una y otra realidades jurídicas, impiden su equiparación conceptual, por lo que no se produce invasión alguna de la competencia exclusiva estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio por el hecho de que la Comunidad Foral de Navarra haya decidido regular las parejas estables y atribuir determinadas consecuencias jurídicas a las uniones de hecho*» (FJ 5)

3) *Violación de la competencia estatal en materia de Derecho interregional (art. 149.1.8.^a CE).*—También en el terreno competencial se sitúa el reproche dirigido específicamente al artículo 2.3 de la Ley, según el cual «*las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra*». Los recurrentes consideraban que con ello se infringía la competencia del Estado sobre las «*normas para resolver los conflictos de leyes* (art. 149.1.8.^a CE). Como es sabido, la Constitución de 1978 optó «*por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional*» (FJ 3 STC 156/1993). Por ello: «*La adopción de normas unilaterales o de extensión delimitadoras de los respectivos ámbitos de aplicación espacial y personal de la norma en tanto que técnica de solución de conflictos de leyes, es, por tanto, una tarea que, en principio, resulta vedada a la actuación del legislador autonómico. Quiere ello decir que, en este caso, es al legislador foral a quien corresponde determinar el ámbito de aplicación de las normas que aprueba si bien tal labor no puede ser realizada al margen del principio de territorialidad que limita las normas autonómicas*» (FJ 6). En cuanto al caso concreto: «*Es patente que el artículo 2.3 de la Ley Foral 6/2000 se aparta de esta doctrina, pues, al establecer su aplicación al supuesto en que uno de los dos miembros de la pareja estable tenga vecindad civil navarra, determina el ámbito perso-*

nal de aplicación de una norma integrada en el ordenamiento navarro y dispone unilateralmente, por tanto, la eventual aplicación de la normativa de la Comunidad Foral al miembro de la pareja que no tenga la vecindad civil antes citada» (FJ 6). En conclusión, la norma es nula por invadir las competencias del Estado.

4) *Lesión de los derechos al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), a la intimidad personal (art. 18.1 CE), y a la libertad de elección de no contraer matrimonio que deriva del artículo 32 CE.*—La sentencia deja para el final este motivo, relativo tanto a la Ley en su conjunto como a buena parte de sus concretos preceptos. La vulneración, según los recurrentes, «se produce porque la norma establece una serie de condiciones objetivas cuya concurrencia produce ex lege, no solo la identificación de lo que se considera “pareja estable”, sino también la asignación correspondiente de un estatuto jurídico compuesto de derechos y deberes que, en general, operan con independencia de la propia voluntad de los miembros de la pareja» (FJ 7).

a) *No hay vulneración del derecho a no contraer matrimonio.*—La jurisprudencia constitucional ha reconocido que del derecho a contraer matrimonio, reconocido en el artículo 32.1 CE, se puede extraer la libertad de no contraerlo. Sin embargo, «la Ley Foral no regula una forma de matrimonio, sino las consecuencias que el legislador foral ha querido atribuir a una situación de hecho que se diferencia claramente del matrimonio» (FJ 7).

b) *Sobre la vulneración de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal.*—Para resumir con más facilidad la sentencia recurriremos a subapartados, destacando la idea clave de cada uno de ellos.

b.1) *Noción de unión de hecho.*—Pese a la heterogeneidad de situaciones es posible llegar a una «noción general unitaria» caracterizada por la «voluntad libremente configurada de permanecer al margen del Derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial» (FJ 8). En otras épocas, la situación podía deberse a impedimentos legales para contraer matrimonio, pero hoy ya no es así. La decisión de no contraer matrimonio se vincula con las «convicciones y creencias más íntimas» de la persona (FJ 4, STC 47/1993) y, por tanto, con el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía privada (art. 10 CE). «El libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia more uxorio, como si trataran de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por éstos» (FJ 8).

b.2) *Unión de hecho y familia.*—La unión de hecho «puede conducir, aunque no necesariamente, a la constitución de una familia». La familia matrimonial «es la que toman en consideración tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos [...] como los Tratados sobre derechos fundamentales suscritos por España» (FJ 4, STC 45/1989). Pero no es la única posible. En nuestra Constitución la protección a la familia se extiende también a «la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja» (FJ 3, STC 47/1993).

b.3) *Intervención legislativa y unión de hecho.*—Que los miembros de la unión no quieran sujetarse a los preceptos del matrimonio no significa que queden al margen del Derecho. El legislador puede regular las uniones de hecho e incluso conviene que lo haga: «El establecimiento de alguna regulación de una situación de hecho resulta incluso acorde con [el artículo 32.1 CE]» (FJ 7). No obstante, al hacerlo, es preciso «[respetar] determinados

límites, ya que supondría una *contradictio in terminis*, convertir en “unión de derecho” una relación estable puramente fáctica integrada por dos personas que han excluido voluntariamente acogerse a la institución matrimonial, con su correspondiente contenido imperativo de derechos y obligaciones» (FJ 8). El primer límite es la libertad: «Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el artículo 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de [sic] la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja» (FJ 8). También la intimidad puede ser un límite: «No cabe soslayar tampoco la incidencia que una regulación detallada de las uniones de hecho pueda tener sobre el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE)» (FJ 8). Asimismo habrá que ponderar la concurrencia de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

b.4) *La ley no es contraria, en bloque, al derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad.*—Llegados a este punto, se trata de saber si el régimen que establece la Ley foral 6/2000 «es de aplicación imperativa a las parejas estables o si, por el contrario, éstas pueden optar voluntariamente por someterse o no a esa regulación» (FJ 9). El precepto clave a este objeto es el artículo 2 de la ley (concepto de pareja estable) y, más en concreto, su apartado 2 (relativo al requisito de la estabilidad). Los dos primeros apartados del artículo 2 disponían lo siguiente: «1. A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona. [//] 2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja “hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que” hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público» (las comillas internas, añadidas, destacan la parte que a la postre sería declarada inconstitucional). Es fácil ver que el artículo 2.2 de la Ley contempla tres situaciones, de las cuales sólo la última respeta el principio de voluntariedad; es decir, la autonomía de la voluntad como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Quienes convivan maritalmente de forma ininterrumpida un mínimo de un año o, sin esa exigencia temporal, tengan descendencia común, no pueden sustraerse a la Ley. Ello, dice el Tribunal, «no resulta respetuoso del [sic] derecho fundamental consagrado en el artículo 10.1 CE. Únicamente resultaría acorde con tal derecho y respetuoso de [sic] la libre voluntad de los integrantes de la pareja, una regulación de carácter dispositivo, como es la que se acoge en el tercero de los supuestos» (FJ 9). Ahora bien, la voluntariedad no solo puede canalizarse a través del documento público. También cabría entender cumplido este requisito mediante «la inscripción, en su caso, en los registros de parejas estables a que se refiere la disposición adicional de la Ley Foral» (FJ 9). La regulación de las uniones estables que lleva a cabo la Ley foral «responde básicamente a un modelo imperativo, bien alejado del régimen dispositivo que resultaría acorde a las características de las uniones de hecho, y a las exigencias del libre desarrollo de la personalidad recogido

en el artículo 10.1 CE.» (FJ 9). Pero de ahí no resulta necesariamente la inconstitucionalidad del conjunto de la Ley pues «*si bien una buena parte del contenido legal se refiere a derechos y obligaciones privados, que se imponen imperativamente a los miembros de la pareja, otra parte se refiere a derechos de carácter público, reconocidos por el legislador en ámbitos propios de su competencia, que implican unos beneficios para uno o los dos miembros de la pareja estable [...]. Por consiguiente, habrá que atender al contenido concreto de cada precepto*» (FJ 9)

En cuanto a la pretendida vulneración del derecho a la intimidad, queda descartada desde el momento en que la Ley caracteriza la relación que regula no sólo como unión libre sino también «*pública*», cosa que implica que «*quienes integran la pareja han realizado profesión públicamente de su condición de pareja estable, llevando a cabo actos externos demostrativos de la existencia entre ellos de una relación de afectividad análoga a la conyugal*». Por tanto, han permitido «*el conocimiento ajeno de una parte de su intimidad, lo que excluye la vulneración del artículo 18.1 CE por injerencias ilícitas en la misma*» (FJ 9)

c) *Análisis de los diferentes preceptos.*—Descartada la inconstitucionalidad en bloque, la sentencia aborda el análisis individualizado de los diferentes preceptos.

c.1) *Inconstitucionalidad de las normas que prescinden de su asunción voluntaria por los miembros de la pareja.*—El criterio básico —aunque no único— aplicado por el Tribunal Constitucional para declarar inconstitucionales diversos preceptos es su imperatividad. Dicho de otra forma, el régimen previsto para la cuestión concreta de que se trate ¿depende de la voluntad de los miembros de la pareja o, por el contrario, les resulta imposible sustraerse a él? En el primer caso, nada hay que objetar. En el segundo, la norma será inconstitucional por ir contra el principio de libre desarrollo de la personalidad y autonomía de la voluntad. Al objeto de ilustrar la aplicación de este criterio bastarán algunos ejemplos, remitiendo a la sentencia para los demás preceptos.

El artículo 5.1 de la Ley foral disponía que los interesados «*pueden regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de disolución de la pareja, “respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles”*» (comillas internas añadidas). El inciso destacado se declara inconstitucional porque «*los derechos mínimos que la Ley establece en este punto se imponen sobre los pactos que puedan alcanzar los integrantes de la unión de hecho y, por tanto, sobre la libre voluntad de éstos, por lo que se produce efectivamente la vulneración de la libertad consagrada en el artículo 10.1 al imponerles unos efectos patrimoniales que no han asumido voluntariamente mediante el correspondiente pacto*» [FJ 11,b)].

Lo mismo sucede con el artículo 7 de la ley (responsabilidad patrimonial), según el cual: «*Los miembros de la pareja estable son responsables solidariamente frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa y la atención de los hijos comunes*». Según la sentencia: «*La regla de imputación de responsabilidad del artículo 7, aunque pudiera considerarse como una consecuencia necesaria de la convivencia libre y voluntariamente asumida, evitando que la misma pudiera producir perjuicios a terceros, lo cierto es que merece igualmente la decla-*

ración de inconstitucionalidad, ya que se impone de manera absoluta a los integrantes de la pareja, sin permitirles siquiera el establecimiento voluntario de un régimen distinto, por lo que vulnera el artículo 10.1 CE» [FJ 11,c)].

Y un ejemplo más: «*Tampoco es compatible con la Constitución el artículo 9, en la medida en que equipara a los miembros de la unión de hecho a los cónyuges en aspectos referidos a las acciones relacionadas con la tutela, la curatela, la incapacitación, la declaración de ausencia y la declaración de prodigalidad. Tales materias están reguladas en la ley 62 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra que, a su vez, se remite a lo establecido en el Código civil, y aunque lo que hace el legislador foral es extender un régimen jurídico preexistente al supuesto de hecho constituido por las uniones estables, sin embargo, realiza esa extensión sin contar con la voluntad de ambos integrantes de la pareja estable» [FJ 11, d)].*

c.2) *La cuestión de la adopción por parejas homosexuales.*—Según el artículo 8.1 de la Ley, «*los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio*». Para los recurrentes, dicho artículo hace posible la adopción conjunta por parte de parejas homosexuales cosa que, a su entender, «*resulta contraria al mandato de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), puesto que antepondría al interés del menor el de las parejas homosexuales en adoptar*». El Tribunal Constitucional rechaza esta alegación: «*Esta cuestión ha quedado resuelta por este Tribunal, y de manera muy clara en la reciente STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 12, en la que se ha hecho hincapié en el fundamental dato de la preponderancia del interés del menor sobre el de quienes pretendan adoptarlo, interés que ha de ser preservado en todo caso y que se tutela mediante el escrutinio al que se somete a los eventuales adoptantes con independencia de su orientación sexual*» (FJ 12). Recordando la STEDH de 26 de febrero de 2002 (asunto Frette c. Francia), el Constitucional insiste en que nada indica que una pareja homosexual no pueda proporcionar las condiciones de acogida más favorables y tacha no demostrable la tesis de los recurrentes, según la cual «*la crianza en el entorno de una pareja homosexual resulta, per se, perjudicial o nociva*» (FJ 12).

5) *Alcance en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad.*—El Tribunal toma nota de la existencia de situaciones personales y patrimoniales de distinta índole consolidadas al amparo de la ley impugnada y de los perjuicios que causaría una inconstitucionalidad *ex tunc*. Por tal motivo, considera aplicable la doctrina de la STC 365/2006, en cuyo FJ 8 se decía que: «*La modulación del alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad no se limita a preservar la cosa juzgada. Más allá de ese mínimo impuesto por el artículo 40.1 LOTC debemos declarar que el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) también reclama que —en el asunto que nos ocupa— esta declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme*» (FJ 14).

6) *Votos particulares.*—El voto de Aragón defendía la plena estimación del recurso por vulneración de las competencias reservadas en todo caso al Estado por el artículo 149.1.8.ª CE; y, además, por no ser la ley impugnada de conservación, modificación o desarrollo del Derecho civil foral navarro. En cuanto a lo primero, se dice: «*Sólo el legislador estatal ostenta competencia para regular las uniones de hecho estables como una institución jurídica análoga al matrimonio. Esta competencia exclusiva del Estado se fundamenta en el propio tenor de la expresión “formas de matrimonio” que emplea el*

artículo 149.1.8 CE, para referirse a la competencia exclusiva del Estado “en todo caso”. Es notorio que la Constitución, en el momento de su aprobación en 1978, partía entonces de que el “matrimonio” era el único modo de dotar de efectos jurídicos a las uniones estables entre parejas; pero esa literalidad del artículo 149.1.8 CE no impide entender que el término “matrimonio” que emplea el precepto constitucional ha de abarcar cualquier otra regulación jurídica de las parejas estables ligadas por una relación de afectividad análoga a la conyugal, aunque esa otra institución jurídica no lleve, claro está, el nomen iuris de matrimonio». Además, en cuanto a lo segundo, el voto afirma que: «La Comunidad Foral de Navarra carece de competencia ex artículo 149.1.8 CE y artículo 48 LORAFNA para regular las uniones de hecho como una institución jurídica análoga al matrimonio, pues no existía en la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra a la entrada en vigor de la Constitución, como es obvio, la institución jurídica de las parejas de hecho estables, que Navarra ha regulado, en flagrante exceso competencial, en su Ley Foral 6/2000».

En el segundo voto particular, el de González Rivas, la discrepancia se refiere a la posibilidad de adopción conjunta por parte de parejas homosexuales. El magistrado reitera lo que, también mediante voto particular, dejó expresado en la STC 198/2012: «El legislador ordinario está vinculado por los parámetros constitucionales expresamente prefijados en los artículos 32 y 39 CE, de los que se infiere la imposibilidad de desarrollar una relación de filiación adoptiva por dos adoptantes del mismo sexo».

STC 98/2013, 23 de abril

RI: Estimado. Anulación de los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Ponente: Roca Trías.

Conceptos: Derecho de fundación. Competencia estatal sobre legislación civil. Derecho civil y administrativo.

Preceptos de referencia: Artículo 34 CE. Artículo 149.1.8.ª CE. Ley estatal 50/2002, de Fundaciones. Artículos 37, 1 y 3 de la Ley 1/2007 de Fundaciones de La Rioja.

La sentencia aborda la constitucionalidad de dos disposiciones de la Ley 1/2007, de Fundaciones de La Rioja. La primera, el artículo 37.1, contemplaba la fusión de fundaciones y la permitía siempre que el fundador no lo hubiera prohibido, pero siempre que se tratase de «fundaciones con fines análogos», cosa que, en cambio, la Ley estatal 50/2002, de fundaciones, no exige. La segunda, el artículo 37.3, permitía acordar la fusión pasando por alto la expresa prohibición del fundador si era «la única manera de evitar la liquidación de dicha fundación», de nuevo contra el criterio de la Ley 50/2002.

El conflicto se sitúa en el terreno de las competencias, invocándose a favor del Estado las tres siguientes: Regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, con referencia al derecho de fundación del artículo 34 CE (art. 149.1.1.ª CE); legislación civil, sin perjuicio de las competencias que puedan ostentar algunas Comunidades Autónomas (art. 149.1.8.ª CE); y legislación procesal (art. 149.1.6.ª CE).

La legislación sobre fundaciones, tanto estatal como autonómica, ha sido ya objeto de anteriores resoluciones del Tribunal Constitucional. Por tal motivo, la sentencia se abre con una breve síntesis de su propia doctrina. Acto seguido, se aborda el análisis del problema competencial, centrado en la frontera entre Derecho civil y administrativo, en el bien entendido de que, tratándose de La Rioja, basta calificar las normas impugnadas como civiles para decretar su nulidad por invasión de las competencias del Estado.

1) *Síntesis de la doctrina constitucional sobre el derecho de fundación y su desarrollo legislativo.*—Básicamente, la resolución reseñada echa mano de la STC 341/2005, que se pronunció sobre la Ley madrileña 1/1998, de fundaciones. Las ideas centrales se refieren a la distribución competencial y al contenido del derecho de fundación.

a) *En cuanto a la distribución de competencias.*—La sentencia recuerda que: «Al Estado compete ex artículo 149.1.1 CE regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en [el ejercicio del derecho de fundación]. Por otra parte, otros títulos competenciales del Estado —en los términos en que los consagra la propia Constitución— le habilitan igualmente para disciplinar el régimen jurídico de las fundaciones en los aspectos civiles y procesales (art. 149.1, números 8 y 6 CE), así como a estimular la participación de la iniciativa privada en la realización de actividades de interés general, mediante medidas fiscales que le corresponde establecer, de conformidad con el artículo 149.1.14 CE» (FJ 2 de la STC 341/2005, transcrito en el FJ 2 de la reseñada). También con invocación de su propia doctrina, el Tribunal afirma que «[Son las disposiciones de la Ley estatal 50/2002, de fundaciones] las que habremos de tener presentes al llevar a cabo la “labor de cotejo y contraste” entre los preceptos autonómicos impugnados y las normas estatales sobre la materia [SSTC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 7, y 243/2004, de 16 de diciembre, FJ 6 a)], que puede resultar necesaria al abordar la vertiente competencial del presente recurso» (FJ 3 STC 231/2005, transcrito en el FJ 2 de la reseñada).

b) *En cuanto al contenido del derecho de fundación.*—La sentencia subraya su conexión con el derecho a la propiedad privada y a la herencia así como su condición de manifestación de la autonomía de la voluntad, siendo la exigencia de que la fundación sirva al interés general lo que determina la intervención administrativa. El artículo 34 CE, recuerda el Tribunal, «se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman [...] como afirmación general pocas dudas puede haber de que ese es el concepto de fundación a que se refiere el artículo 34 de la Constitución. Obsérvese también que el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello

permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados [...]. Del rasgo básico que supone el que las fundaciones tengan un fin de interés general se deriva la exigencia de la intervención administrativa» (FJ 4 de la STC 341/2005, reproducido en el FJ 2 de la reseñada).

2) *Naturaleza de las normas impugnadas y falta de competencias de la Comunidad Autónoma de La Rioja.*—La Rioja tiene competencia plena en materia de fundaciones. Pero esta competencia no deja sin efecto las que corresponden al Estado, en particular en virtud de los artículos 149.1.1.^a y 149.1.8.^a CE. Dado que La Rioja carece de competencias en materia de Derecho civil, la sentencia analiza en primer lugar el conflicto desde esta perspectiva.

Ante todo, hay que saber si las normas sobre fusión de fundaciones son civiles o administrativas. Si son civiles, no hará falta entrar en el análisis del artículo 149.1.1.^a CE. Planteada así la cuestión, la sentencia recurre a la doctrina de resoluciones anteriores para concluir que las normas impugnadas son civiles. «Este Tribunal ha reiterado en las Sentencias que se han citado en el fundamento jurídico 2, que la fundación de carácter jurídico privado tiene su origen en un acto de la autonomía de la voluntad, y si bien la actuación de la administración pública en la vida de la misma es notoria e imprescindible, en ningún caso puede llevarnos a situar su entero régimen jurídico en la órbita del derecho público y específicamente del derecho administrativo. El derecho de fundación se regula inmediatamente después del derecho a la propiedad privada y del derecho a la herencia (art. 33 CE), ambas instituciones marcadamente de naturaleza jurídico privada. En síntesis, por lo tanto, cabe decir que el contexto constitucional en el que se inserta el derecho de fundación (art. 34 CE), refuerza uno de sus rasgos identificativos que es el de ser una manifestación de la autonomía de la voluntad del sujeto respecto del destino de sus bienes, a través de la constitución de un especial tipo de persona jurídica que garantice el cumplimiento de los fines deseados (STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 5)» (FJ 3). El hecho de que las fundaciones «[estén] sometidas, en algunos aspectos, a normas de Derecho público, [...] no las convierte en una institución de Derecho público» (FJ 3). En concreto: «La regulación de la fusión de las fundaciones [...] se inserta de lleno en el ámbito de la autonomía privada expresada por el fundador, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil» (FJ 3). La conclusión a partir de aquí es automática: Las normas son nulas por cuanto la Comunidad de La Rioja no tiene competencia alguna en materia civil que pueda oponerse a la competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.8.^a CE.

3) *Vulneración de los principios básicos de la normativa estatal.*—La sentencia podría detenerse aquí pero, *obiter dictum*, cree conveniente añadir que «La Rioja no sólo se ha limitado a reproducir las normas estatales sobre fundaciones, lo que en cualquier caso conduciría igualmente a declarar su inconstitucionalidad, pues habrían sido dictadas sin ostentar la necesaria competencia legislativa, sino que, confrontando las citadas normas estatales sobre la fusión de fundaciones con los apartados 1 y 3 del artículo 37 de la Ley de fundaciones de La Rioja, se llega sin especial esfuerzo a la conclusión de que, además, éstas últimas vulneran los principios básicos sobre los que

se asienta la normativa estatal» al exigir «fines análogos» para permitir la fusión y al prescindir de la voluntad del fundador cuando, mediante la fusión, se trata de evitar la liquidación (FJ4). De paso, la resolución aprovecha para insistir en que «las cuestiones relativas a la voluntad del fundador forman parte de la esencia del negocio jurídico fundacional y tienen naturaleza civil, por consiguiente, sólo podrán legislar sobre ellas aquellas Comunidades Autónomas que cuenten con una regulación civil propia en la concreta materia o en una institución civil conexas» (FJ 4).

STC 106/2013, 6 de mayo

RA: Estimado.

Ponente: Ortega Álvarez.

Conceptos: Objeto del proceso civil: Pretensiones y alegaciones. Litispendencia, cosa juzgada y reconvencción. Preclusión. Inexistencia de obligación de reconvenir. Derecho a la tutela judicial en su vertiente de acceso a la justicia.

Preceptos de referencia: Artículos 222, 400 y 406 LEC y artículo 24.1 CE.

La venta de participaciones en una sociedad dio lugar a dos procedimientos judiciales entre las mismas partes. En el primero, los vendedores demandaban un relevo de garantías, a lo que los demandados se allanaron parcialmente (reconocieron sus obligaciones contractuales en cuanto al relevo de garantías, pero negaron cualquier obligación relativa a tener que cancelarlas a su costa). En este primer proceso se dictó Auto de suspensión por existir una cuestión prejudicial civil, debida al segundo de los procesos aludidos. En este, los demandantes eran los compradores y los demandados los vendedores. Con su demanda, en este segundo proceso, los compradores pretendían *«que se declarase la existencia de una contingencia en la valoración de las existencias de la sociedad objeto de la compraventa; se denunciaba asimismo la existencia de deudas no manifestadas por los vendedores; además solicitaba la declaración de la nulidad del contrato y, alternativamente, su resolución por incumplimiento; se reclamaba una indemnización así como que se declarase que las contingencias y deudas ocultas estuvieran sometidas a la función de garantía prevista en el contrato de compraventa»*. En suma, dos pleitos cruzados, referidos al mismo contrato y con las posiciones procesales invertidas.

El origen del recurso de amparo está en el Auto de sobreseimiento recaído en el segundo proceso, al entender el juez que *«concurrían las excepciones procesales de litispendencia y cosa juzgada con respecto al primer procedimiento instado por los demandados»* (Antecedente 2). Lo interesante del caso es la motivación. De acuerdo con ella: *«[los demandados] deberían haber accionado mediante la vía de excepción o reconvencción en el primer proceso, solicitando [en él] lo que pretendían conseguir mediante la iniciación de un procedimiento distinto»* (Antecedente 2).

El recurso de apelación contra el Auto de sobreseimiento fue desestimado por la Audiencia Provincial con una argumentación centrada en los artículos 222 (*cosa juzgada material*) y, sobre todo, 400 (*preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos*) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De acuerdo con este último:

«1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.»

El precepto transcrito es de una enorme importancia práctica. Sin embargo, resulta polémico, habiendo dado lugar a lecturas diferentes, si no opuestas. Para algunos, la idea de fondo es simple: Se trata de evitar la multiplicidad de procesos. Todo lo que sea susceptible de discutirse en un mismo pleito, debe serlo. Desde la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), las guerras se libran en una sola batalla y en ella hay que emplear todo el armamento. No cabe reservárselo para otro momento. A favor de esta lectura simple y radical parecería jugar lo que se dice en la Exposición de Motivos de la LEC (apartado VIII), al tratar del objeto del proceso civil: «*Se parte aquí de dos criterios inspiradores: por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo.*» Hay, sin embargo, otra lectura probablemente más acorde con la norma. Según ella, no se trata de obligar a la parte demandada a que formule todas las pretensiones que quepan sino a alegar todos los hechos y fundamentos posibles en relación con aquellas pretensiones que ha decidido formular. Las alegaciones fácticas y jurídicas, no las pretensiones, son el armamento que hay que llevar a la batalla sin posibilidad de hacerlo más tarde.

El interés del caso radica en que la Audiencia Provincial de Cáceres desestimó el recurso de apelación contra el Auto de sobreseimiento con una argumentación claramente alineada con la primera de las lecturas apuntadas. Vale la pena transcribir lo esencial de la misma, tal como se recoge en el Antecedente 2 de la sentencia del Tribunal Constitucional:

«*No cabe duda de que los compradores, cuando contestaron a la demanda en el anterior procedimiento ... tenían pleno conocimiento de todos los hechos que ahora alegan en el presente procedimiento, que ya existían en aquellas fechas, pues pretenden, nada menos, que la nulidad o resolución de la totalidad del contrato de compraventa, con los efectos jurídicos accesorios a dichos pronunciamientos.* Asimismo, entendía el órgano judicial que «poniendo en relación los artículos 400.2 y 222.2 LEC lo que se pretende evitar con dichos preceptos es evitar lo que aquí ha ocurrido entre las

partes, es decir; que pudiendo cuestionarse en un solo proceso –el primero seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Cáceres– todas las discrepancias o cuestiones existentes respecto de un determinado negocio jurídico, en este caso un único contrato de compraventa, se inicia una serie de procedimientos en los que cada uno de ellos tan solo contempla una parte o un aspecto del mismo contrato de compraventa, cuando era perfectamente posible resolver todas las discrepancias en uno solo, de haber actuado la parte compradora en el primer procedimiento, alegando todas las excepciones materiales y procesales, la compensación y la nulidad del contrato, e incluso haber formulado reconvencción, para las demás pretensiones, como es la resolución contractual, pues, insistentemente, a la fecha de contestar la primera demanda tenía pleno conocimiento de los hechos que fundamentan la segunda ... la máxima según la cual la cosa juzgada cubre lo deducido y lo deducible ha sido admitida sin discusión, y ahora se ve consagrada en la Ley en los preceptos citados, y ello para evitar la multiplicidad de procesos cuando sería posible, más racional y más justo, tanto para la Sociedad como para los sujetos pasivos de los juicios, resolver un litigio en un solo proceso.»

El recurso de amparo de los demandantes en el segundo pleito (y demandados en el primero) denunciaba la vulneración del derecho a la tutela judicial (art. 24 .1 CE, en su vertiente de acceso a la justicia), al considerar que *«la interpretación que los órganos judiciales han realizado del artículo 400 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), es rigorista y desproporcionada puesto que deja imprejuzgadas pretensiones que no fueron plantadas en el primer pleito»* (Antecedente 3). Los demandados en el segundo pleito (actores en el primero) se opusieron al amparo, argumentando que *«tales cuestiones quedaron resueltas en sentido negativo cuando la parte recurrente dejó precluir la posibilidad de plantearlas cuando se allanó parcialmente y no reconvino al contestar a la demanda en el primer proceso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Cáceres, y todo ello en virtud del juego de los artículos 400, 405 y 406 LEC»* (Antecedente 6).

Dejando a un lado los óbices procesales –que se rechazan– la sentencia se centra en la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia. En tal infracción habrían incurrido los órganos judiciales, según los recurrentes, al haber entendido que las pretensiones ejercitadas en el segundo proceso *«eran, en aplicación del artículo 400.2 LEC, “hechos y fundamentos jurídicos” que hubieran debido ser planteados en su contestación a la demanda en el primer proceso (cuyo objeto era la relevación de determinadas garantías vinculadas al contrato)»* (FJ 5).

Planteadas la cuestión en estos términos, la sentencia distingue entre *«lo que se pide»* y *«las razones en las que se basa la petición»*. El artículo 400 LEC establece la preclusión en cuanto a éstas. No en cuanto a aquellas. Uno pide lo que quiere pedir; aunque, eso sí, está obligado a exponer todos los hechos y fundamentos jurídicos de las pretensiones que ha decidido formular. Dice la sentencia: *«El artículo 400 LEC se refiere nítidamente a la carga que pesa sobre el demandante de alegar todos los “hechos, fundamentos y títulos jurídicos” en los que pueda basar “lo que se pida” en la demanda,*

sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior»; añadiendo que «esta carga que el legislador ha impuesto al demandante, es aplicable, en virtud del artículo 406.4 LEC, también al demandado que ejercita la reconvencción» y , en el mismo sentido, que «el artículo 222.2 LEC, en cuyo tenor también basan los órganos judiciales su decisión de sobreseimiento, dispone que la cosa juzgada alcanza a las pretensiones ejercitadas en la demanda y en la reconvencción» (FJ 5).

Sin embargo, en el caso objeto de amparo, *«los órganos judiciales, han aplicado ambos preceptos al demandado que, allanándose a la demanda, no optó por reconvenir»*. No corresponde al Tribunal Constitucional establecer la interpretación de las normas procesales, pero sí censurarla cuando conduce a la vulneración del derecho a la tutela judicial. Así ha sucedido en el caso resuelto puesto que los órganos judiciales *«realizando una lectura más allá del tenor literal de los artículos antes citados, han impedido al demandante de amparo la obtención de una resolución de fondo sobre sus pretensiones, al considerar que en el primer pleito no debió allanarse sino plantear las oportunas excepciones materiales o, en su caso, debería haber ejercitado la reconvencción y en ella, en aplicación de lo establecido en el artículo 400 LEC, haber planteado todas acciones relativas al negocio jurídico que había celebrado con el demandante»* (FJ 5). *«Tal interpretación [...] contraviene el carácter voluntario que la ley procesal otorga al ejercicio de la reconvencción. No podemos olvidar que nuestra legislación procesal al regular la reconvencción en el artículo 406 LEC, dispone que el demandado “podrá” por medio de reconvencción formular las pretensiones que crea le competen respecto del demandante; es decir, la decisión de reconvenir o de no hacerlo se regula como un derecho, no como un deber»* (FJ 5). *«En definitiva sin perjuicio de la evidente relación entre los dos procesos judiciales, lo cierto es que las pretensiones que se ejercitaron en el segundo pleito quedaron imprejuzgadas, por lo que, reiterando lo afirmado en la STC 71/2010, de 18 de octubre [para un caso muy similar] lo cierto es “los artículos 222.2 y 400.2 LEC se refieren a hechos y alegaciones que pudieron ser aducidos en un procedimiento anterior, pero no a la formulación de pretensiones que permanezcan imprejuzgadas y respecto de las cuales no hubiese prescrito o caducado la acción procesal”»* (FJ 5).

STC 122/2013, 20 de mayo

RA: Estimado.

Ponente: González Rivas.

Conceptos: Ejecución hipotecaria. Notificación por edictos e indefensión tras la reforma de la LEC por la Ley 13/2009. Interpretación «secundum constitutionem».

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. Artículo 686.3 LEC (Ley 13/2009, de 3 de noviembre).

La sentencia resuelve y acoge la petición de amparo contra un Auto que desestimó la petición de nulidad de actuaciones en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que los ejecutados habían sido directamente emplazados por edictos cuando de la documentación acompañada a la propia demanda podía inferirse cuál era su domicilio real. La cuestión no es nueva y sobre ella se había pronunciado ya la STC 245/2006, según la cual *«una vez*

que surjan dudas razonables de que el domicilio señalado en la escritura del préstamo hipotecario y que figura en el Registro sea el domicilio real del ejecutado, le es exigible (al órgano jurisdiccional) que intente, en cumplimiento del deber de diligencia que en orden a la realización de los actos de comunicación procesal le impone el artículo 24.1 CE, el emplazamiento personal del ejecutado en el domicilio que figure en las actuaciones, distinto del que consta en la escritura de préstamo hipotecario y en el Registro» (FJ 2 STC 245/2006).

Con posterioridad, sin embargo, se añadió un nuevo número 3 al artículo 686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 13/2009, de 3 de noviembre). De acuerdo con él: *«Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el artículo 164 de esta ley»*. Esta novedad determina la *«especial trascendencia constitucional»* del recurso y hace necesario que el Tribunal Constitucional *«se pronuncie sobre el nuevo marco normativo de la ejecución hipotecaria»*, sobre el cual no ha sentado aún doctrina [STC 155/2009, FJ 2,a)], teniendo en cuenta que *«el tenor literal del precepto aplicado por el órgano jurisdiccional (art. 686.3 LEC) presenta un riesgo de conflicto con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, según la interpretación uniforme de este Tribunal en materia de actos de comunicación y acceso al proceso»* (FJ 2).

La doctrina del Tribunal configura la notificación edictal como claramente subsidiaria respecto de la personal, de tal modo que sólo cabrá recurrir a ella en *«los supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero»* y en el bien entendido de que *«cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos»* (FJ 3, con amplia cita de resoluciones anteriores). *«Sobre esta doctrina, [añade la sentencia] no puede interferir la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que añade un nuevo apartado 3 al artículo 686 LEC, habida cuenta que todos los preceptos relativos a la notificación del despacho de la ejecución y del requerimiento de pago han de ser interpretados en coherencia con la jurisprudencia de este Tribunal»* (FJ 4).

Procede, por tanto, *«realizar una interpretación secundum constitutionem del artículo 686.3 LEC, integrando su contenido, de forma sistemática, con el artículo 553 LEC, precepto rector de la llamada al proceso de ejecución hipotecaria, y con la doctrina de este Tribunal en cuanto a la subsidiariedad de la comunicación edictal, la cual tiene su fuente directa en el derecho de acceso al proceso del artículo 24.1 CE, de manera que la comunicación edictal en el procedimiento de ejecución hipotecaria sólo puede utilizarse cuando se hayan agotado los medios de averiguación del domicilio del deudor o ejecutado»* (FJ 5).

Dado que, en el caso de autos, el juzgado no desplegó la diligencia que le era exigible y procedió a la notificación por edictos cuando en los autos había información suficiente para intentar al menos la notificación personal, procede estimar el amparo y decretar la nulidad del Auto impugnado, con la consiguiente retroacción de las actuaciones.

STC 127/2013, 3 de junio

RA: Desestimado.

Ponente: Ortega Álvarez.

Conceptos: Tutela judicial y motivación de las sentencias. Protección de la familia. Protección integral de los hijos. Custodia y visitas. Derechos de los niños y tratados internacionales. «Reglas de Pekín» y omisión en la sentencia de los nombres de los implicados. Jurisdicción nacional y «foro de necesidad».

Preceptos de referencia: Artículos 24 y 39.1,2 y 4 CE. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 20/11/1989. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores («Reglas de Pekín»); Resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 de noviembre de 1985). Artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos humanos y libertades fundamentales. Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre Aspectos civiles de la Sustracción internacional de menores. Reglamento del Consejo de la UE 2201/2003, de 27 de noviembre, sobre Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y Responsabilidad parental.

El caso que dio origen a la sentencia es singular. Su trasfondo es la disputa de una pareja por la custodia de su hija de tres años, con la que la madre, española, se había trasladado a España, mientras el padre, de diferente nacionalidad, permanecía en Bélgica, lugar de residencia de la pareja antes de la separación. La lucha, dura y agotadora, se llevó a cabo en paralelo ante los tribunales de los dos países y se resolvió en términos razonables gracias al sentido común del que dieron muestra, primero, el Tribunal de Apelación de Bruselas y, luego, la Audiencia Provincial de La Coruña. Se trata, visto el resultado, de un caso claro de cooperación judicial *de facto* basada en la confianza mutua de ambos tribunales. Su criterio no se vio afectado por la decisión del Tribunal Constitucional que desestimaría la petición de amparo del padre contra la sentencia de la Audiencia de La Coruña.

El padre quería que la cuestión se dirimiera ante los tribunales belgas en tanto que la madre optó por los españoles. Entre ambos se cruzó lo que el Tribunal Constitucional, sin exagerar un ápice, describe como «un piélagos» de acciones, tanto civiles como penales. En sustancia el padre pretendía que se aplicara la excepción prevista en el artículo 10 del Reglamento UE 2201/2003, sobre Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, conforme al cual, en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, la competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor residía habitualmente antes del traslado o retención. En otro caso, se aplica la regla general, según la cual la competencia corresponde a los tribunales del lugar de residencia del menor (art. 8 Reglamento 2201/2003). Con esta base, el padre inició acciones en Bélgica y obtuvo resoluciones favorables en primera instancia. La madre, por su parte, hizo otro tanto ante los juzgados de La Coruña, logrando la custodia de la hija y la fijación de un régimen de visitas bastante restrictivo para el padre. Importa destacar que, en uno de los procedimientos seguidos en España, se desestimó la solicitud de restitución de la menor «*al concluir el órgano judicial que no era un supues-*

to de sustracción internacional en los términos del Convenio [de La Haya de 1980, de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores]». Esta resolución no fue recurrida por el padre y devino firme.

Como queda dicho, antes de que el asunto llegara al Tribunal de Apelación de Bruselas, tanto el padre como la madre contaban con decisiones favorables a sus respectivas pretensiones dictadas por los órganos judiciales nacionales. Había no obstante una novedad de hecho: La madre había vuelto a contraer matrimonio y tenía otro hijo, siendo éste el contexto familiar en el que convivía la menor en disputa. Como hizo el padre con la decisión del Juzgado de Primera Instancia de la Coruña, también la madre recurrió la del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas. La sentencia del Tribunal de Apelación belga, previa a la de la Audiencia de La Coruña, es de un sentido común digno de resaltarse. He aquí el resumen que hace el Tribunal Constitucional: *«Esta Sentencia confirma la decisión del primer juez de declararse competente para conocer del asunto, de conformidad con el artículo 11 del Reglamento 2201/2003, pero desestima las pretensiones del recurrente en amparo [es decir, del padre], relativas a la guarda y custodia de L. [la menor] y la vuelta de ésta a Bélgica. En este sentido, el Tribunal de apelación parte de que el criterio determinante para pronunciarse sobre la guarda y custodia es el interés de la menor; prescindiendo, dice expresamente, de consideraciones sobre el conflicto entre los padres y los divergentes puntos de vista de los órganos belgas y españoles sobre el retorno de la menor. [...] Así, toma en consideración que la madre se ha vuelto a casar y tiene otro hijo, familia en la que vive la menor; que en estas circunstancias es ilusorio esperar que la madre se traslade a Bruselas. Pondera entonces la posibilidad de que la menor se trasladara sola a Bruselas, lo que descarta pues “no parece corresponder al interés de la niña“, que tiene 3 años y perdería la presencia de la madre, “el principal progenitor de referencia”, con la que siempre ha vivido, sin que el padre haya vivido nunca permanentemente con ella. Por el contrario, en España vive en una familia, con un hermano, lo que parece más propicio para su desarrollo social que una familia monoparental; en suma: “separar a [L.] del entorno maternal en el que vive ahora desde hace un año y medio, para encontrarse confiada, en otro país, a un padre con quien no vivió nunca, sin posibilidad de ver a su madre en otros momentos que durante los fines de semana y las vacaciones, implica un riesgo serio de grave traumatismo de la niña”. [...] El Tribunal de Apelación belga también valora que, aunque sostiene que el desplazamiento de la menor fue ilícito, “no se puede sin embargo sancionar el comportamiento reprehensible de la Sra. [B.B.] en detrimento del interés de la niña” y descarta que sólo si la niña vive con el padre se puedan asegurar los derechos del otro progenitor: “Se puede suponer que la actitud poco constructiva de la Sra. [B.B.] se puede vincular con la escalada del conflicto entre las partes y con la multiplicación de los procedimientos judiciales tanto en España como en Bélgica, y que fue dictada en gran parte por su temor a ver al Sr. [G.] llevarse a la niña con él a Bélgica, a falta de marco donde ejercer el derecho de visita. Se puede razonablemente esperar que la atribución por la presente decisión de la guarda y custodia de la pequeña [L.] a la Sra. [B.B.] permitirá aliviar el conflicto, y que la Sra. [B.B.] —o en su defecto, los órganos judiciales españoles, en adelante competentes— tendrán a bien restaurar vínculos normales entre L. y su padre y de asignar a*

este último un derecho de visita respetuoso con su lugar y su papel de padre". Concluye la Sentencia: "Por lo demás, el tribunal considera que actualmente los órganos jurisdiccionales españoles son los más indicados para pronunciarse sobre el derecho de visita del Sr. [G.], en aplicación del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis"» [Antecedente 2, e) de la sentencia reseñada]).

Resumiendo: la sentencia belga, justamente preocupada por el interés superior de la menor, creyó oportuno no alterar el *status quo* en materia de custodia, sin perjuicio de lanzar un mensaje a los jueces españoles para intentar fortalecer la relación padre-hija con un régimen de vistas generoso. Pues bien, el mensaje fue lealmente acogido por la Audiencia de La Coruña (sec. 5, de 25 de febrero de 2011; en la STC consta el 25 de enero, fecha de la deliberación). Sin perjuicio de su recomendable lectura directa, en síntesis, la Audiencia vino a confirmar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y la atribución de la guarda y custodia de la menor a la madre. Pero modificó el régimen de visitas para acoger íntegramente la pretensión del padre recurrente, incluso en lo relativo a la forma de abono de los gastos extraordinarios.

Esta es la argumentación esencial en lo que atañe a las visitas (FD 5.º SAP La Coruña): «[...] *La pretensión deducida por el padre apelante dirigida a la ampliación del régimen de visitas establecido entre el recurrente y su hija menor de edad, debe ser atendida, teniendo en cuenta el principio ya mencionado, elevado a rango constitucional (art. 39 CE) del "favor filii". El reducido régimen de visitas establecido entre el padre y la hija menor, no se fundamenta en causa alguna; y si bien es cierto la importancia de la función del maternaje [sic] en los primeros años de vida para el adecuado desarrollo psicológico de la menor, no es menos cierto que también juega un papel importante en dicho desarrollo la figura paterna, por lo que si se establece un régimen de visitas tan restrictivo como el que señala la sentencia apelada, sobre todo teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el presente asunto –la hija menor reside en Coruña con su madre quien se ha casado y tiene otro hijo, y el padre vive en Bruselas –el padre se convertiría en un simple "visitador", lo que no se puede permitir, pues si bien es posible e incluso lógico y natural que el esposo de la madre de Sandra –que tienen un hijo en común– asuma el rol de padre al formar entre todos un grupo familiar, ello no puede significar –y precisamente con más motivo debe establecerse un régimen de visitas amplio– que la menor Sandra no conozca quien es su padre y que el padre no pueda disfrutar de la compañía de su hija, cuando es él quien tendrá que realizar y pagar los viajes desde Bruselas a Coruña para ver a su hija. A ello debemos añadir que también hay que tener en cuenta que la imposibilidad de que el Sr. Abilio pueda ver a su hija con más frecuencia, incluso durante la semana, viene producido por la decisión de la madre de trasladarse desde Bruselas a Coruña, decisión que aunque sea comprensible –sobre todo después de casarse en esta ciudad y tener otro hijo– no era obligatoria y, por lo tanto no puede traducirse en una limitación, mayor del que supone ya de por sí la larga distancia, del derecho de visitas del padre no custodio. Por los motivos expuestos se acuerda conceder al Sr. Abilio el régimen de visitas que ha solicitado, que hemos recogido en el fundamento de derecho primero, apartado II 3.º A. [...] II.–La recogida y entrega de la hija menor Sandra, sin perjuicio de cualquier acuerdo en otro sentido al que lleguen las partes, se producirá en*

el domicilio en que vive la menor, al no existir ninguna razón para que ello se produzca en el Punto de Encuentro. [...] III.—Con el fin de favorecer la mayor relación entre padre e hija, procede aceptar la solicitud del Sr. Abilio de que podrá comunicarse con su hija por escrito, teléfono móvil, correo electrónico, siempre que se respete el horario escolar, de estudio y de descanso de la menor. Por ello se establece la obligación de Doña Juana de instalar los aparatos electrónicos necesarios para que d. Abilio pueda hablar y ver a su hijo a través del ordenador. De no acordarse así, el Sr. Abilio, ante la imposibilidad de ver a su hija con más frecuencia dada la lejanía de los domicilios de ambos, se acabaría convirtiendo, para su hija, si no en un extraño, cuando menos en alguien a quien hay que ver y estar con él más que por “cariño”, por obligación.»

Con todo, el padre interpuso recurso de amparo alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial, en su vertiente de derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE). También denunciaba la infracción de los apartados 1, 2 y 4 del artículo 39 CE (protección de la familia, protección integral de los hijos y derecho de los niños a gozar de la protección prevista en los tratados internacionales).

La sentencia del Tribunal Constitucional, tras desechar algunas causas de inadmisibilidad alegadas, centra la cuestión en el artículo 24.1 CE, dado que los otros derechos invocados no son susceptibles de la vía de amparo. Cabe destacar los siguientes puntos.

1) *La sentencia de la Audiencia satisface el derecho a una sentencia motivada y fundada en Derecho.—«No se aprecia la vulneración del derecho fundamental que se denuncia por cuanto la Sentencia de la Audiencia Provincial contiene los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión y una fundamentación en Derecho, sin que se aprecie vicio de arbitrariedad, motivación irrazonable o error patente» (FJ 4).*

2) *Nada hay que reprochar en cuanto al criterio del «foro de necesidad» aplicado.—«La Sentencia fundamenta la competencia del tribunal español en la necesidad, lo que conecta con el concepto de foro de necesidad, conocido en Derecho, que vincula con el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) y con los derechos de la menor y del padre. El criterio de necesidad sustenta la competencia al objeto de garantizar el acceso a la jurisdicción de la pretensión procesal de establecimiento de un régimen de relaciones paterno-filiales, evitando un resultado constitucionalmente inadmisibles, esto es, que dicha pretensión quede sin una resolución sobre el fondo; lo cual es un hecho cierto en lo atinente al derecho de visitas, sin que su extensión a la guarda y custodia pueda considerarse irrazonable cuando garantiza que el régimen de relaciones paterno-filiales que se adopte sea completo, sin hacerlo depender de la suerte que pueda seguir la eficacia en España de la Sentencia belga» (FJ 5).* Hay que tener en cuenta —y así lo subraya la Audiencia— que los tribunales belgas no se habían pronunciado sobre el régimen de visitas, cosa que hacía imprescindible que lo hicieran los españoles: *«Al no pronunciarse los tribunales belgas sobre el derecho de visita del Sr. Abilio con su hija Sandra, de aceptarse la pretensión de declarar la nulidad de la sentencia de instancia, nos encontraríamos con que ningún tribunal, ni español, ni belga, regularía dicho régimen de visitas, con lo*

que se conculcarían al mismo tiempo tanto el derecho del padre a mantener relaciones con su hija menor, como los de ésta de crecer conociendo y conviviendo con su padre, a pesar de los problemas que se plantean con la distancia geográfica en que se encuentran el uno del otro» (FD 2.º-II SAP La Coruña).

3) *Razonabilidad del criterio de la Audiencia.*—Aunque no fuera necesario, el Tribunal Constitucional quiere dejar claro que comparte la forma en que la Audiencia Provincial ha valorado el interés superior de la menor. A este respecto señala que «abunda en favor de la adecuación constitucional de la motivación y fundamentación en Derecho controvertida un análisis de la misma en términos de razonabilidad de los resultados desde la perspectiva del interés superior del menor [...] el caso de autos ha desembocado en una situación patológica, escapada de todas las prevenciones legales, en perjuicio de la menor cuyo interés demanda un régimen de relaciones paternofiliales estable, [...] eficaz tanto en España como en Bélgica [...]. En orden a procurar este objetivo es significativo que la resolución de la Audiencia sobre la guarda y custodia incorpore materialmente la motivación de la Sentencia de apelación belga, haciéndola nuestra. [...] La razonabilidad del resultado se aprecia no sólo desde la óptica del interés superior del menor sino de los derechos del padre ahora recurrente [...]. De esta suerte, la resolución judicial controvertida, en los términos en que se fundamenta, coadyuva a la garantía y ejercicio de los derechos del recurrente y entronca con el artículo 39 CE y con el derecho al respeto a la vida privada y familiar previsto en el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Además, no puede ignorarse que, en cuanto al fondo, el Tribunal español reproduce la motivación y reitera el fallo de la decisión belga sobre la guarda y custodia y acoge íntegramente el régimen de visitas solicitado por el recurrente, de lo que resulta que ha obtenido la solución más favorable posible, a la luz del interés del menor en la actualidad, siendo legal y constitucionalmente inviable, como parece reclamarse, una motivación y fundamentación en Derecho de la competencia judicial internacional en materia de relaciones paternofiliales ajena a este criterio» (FJ 6).

4) *Omisión de los nombres de los litigantes y aplicación extensiva de las «Reglas de Pekín».*—En otro orden de cosas, es de reseñar que la sentencia del Tribunal Constitucional omite en esta ocasión el nombre de los litigantes. No es su criterio habitual, contra lo que sucede con las sentencias de los tribunales ordinarios, en los que todos los nombres son sistemáticamente sustituidos por otros ficticios, incluso cuando no se trata de las partes del litigio. La excepción que hace, en este y otros casos, el Tribunal Constitucional obedece a la aplicación extensiva de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing; resolución 40/33 de la Asamblea General, de 28 de/11/1985)*, en las que se prevén medidas para preservar la intimidad y el anonimato de los menores (cfr. regla 8.ª). Las *Reglas de Beijing* se han aplicado y citado de forma expresa en otras ocasiones, al menos desde la ya lejana STC 36/1991. Obviamente, el caso de la resolución reseñada nada tiene que ver con la «justicia de menores» a las que se refieren las repetidas reglas. Pero nada impide aplicar ese criterio para proteger así la intimidad del menor.

STC 133/2013, 5 de junio

RA: Estimado.

Ponente: Sala Sánchez.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial y motivación de las resoluciones.

Conflicto entre los Tribunales Supremo y Constitucional. Declaración de responsabilidad de los magistrados del Constitucional por negligencia cometida al no haber motivado una resolución y consiguiente condena a indemnizar el daño moral. Imposibilidad de control jurisdiccional de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. Artículos 49, 50.2 (reformado por LO 6/1988) y 50.3 (reformado por LO 6/2007) de la LOTC.

La sentencia pone fin a un largo proceso para el que no es fácil encontrar adjetivos compatibles con la dignidad de las instituciones involucradas. Esperpéntico sería quizá un término adecuado. Con todo, dada la notoriedad del caso, la tarea de adjetivar puede dejarse al lector. El sainete comenzó cuando un licenciado en Derecho, el Sr. Mazón, indignado por el hecho de que algunas plazas de Letrado del Tribunal Constitucional se cubrieran mediante libre designación o designación temporal, pidió que se sacaran todas a concurso-oposición. Ante la inactividad del Constitucional, el Sr. Mazón acudió a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para pedir que se condenara a aquél a convocar de forma libre todas las plazas de Letrado. El intento se saldó con un fracaso pues la normativa aplicable no exigía que «todas» las plazas se cubrieran así (STS, 3.ª, 24/6/2002). Ante esta resolución, el Sr. Mazón acudió de nuevo al Constitucional. Su escrito iba dirigido «*Al Tribunal Constitucional. Sustituido por formación que garantice un examen imparcial*» y en él formulaba las siguientes pretensiones: «1. La abstención de todos los magistrados del Tribunal por tener interés directo, subsidiariamente, su recusación. 2. La solicitud de una medida legislativa al Presidente del Gobierno para que solicite el [sic] Parlamento la aprobación de un proyecto de ley que garantice el derecho constitucional a un examen imparcial del presente recurso de amparo. 3. Por la formación que prevea la medida legislativa y respete el derecho al juez imparcial, la estimación del presente amparo con declaración de nulidad de la sentencia impugnada y estimación del contenido de la demanda.». En suma, el Sr. Mazón quería que se pusieran en marcha los órganos del Estado para dar satisfacción a su pretensión de que todas las plazas de Letrado del Tribunal Constitucional salieran a concurso; y, de paso, que se renovara el propio Tribunal. Como es lógico, no quería que el recurso de amparo lo decidieran los mismos Magistrados que ya habían desestimado su inicial petición. De ahí el encabezamiento de su escrito.

El 18 de julio de 2002, el tribunal despachó el asunto mediante la siguiente providencia: «*El Pleno, en su reunión del día de hoy y a propuesta de la Sala Segunda, visto el escrito de 10 de julio de 2002 presentado por don José Luis Mazón Costa, acuerda por unanimidad la inadmisión del mismo, por cuanto el recurso no se dirige a este Tribunal Constitucional, sino a otro hipotético que le sustituya. En su consecuencia, procédase al archivo de las presentes actuaciones*». Realmente no era una respuesta muy afortunada. Lo que puede sonar «ingenioso» en una conversación informal debe medirse antes de convertirlo en argumento de una resolución; sobre todo si ese argumento resulta ser el único. Estaba claro que, cualquiera que fuese su preten-

sión y por mucho que careciera de fundamento, el Sr. Mazón se había dirigido al Tribunal Constitucional. Por fortuna, el recurso del Sr. Mazón contra la anterior providencia dio ocasión a precisar un poco más y una nueva providencia del Tribunal, de 17 de septiembre de 2002, pudo explicar que la pretensión de amparo no sólo se había inadmitido por ir dirigida a «un tribunal hipotético» sino también porque «carecía de la claridad y precisión que el artículo 49 LOTC exige».

Ello no impidió, sin embargo, que el Sr. Mazón siguiera insistiendo. En esta ocasión, en un movimiento inédito, acudió a la Sala 1.^a del Tribunal Supremo para exigir, mediante una acción por responsabilidad extracontractual, que los magistrados del Tribunal Constitucional –once, pues el decimosegundo no había intervenido por enfermedad– fueran condenados por «*dolo civil o, subsidiariamente, por culpa grave, imponiéndoles solidariamente la obligación de indemnizar al demandante con la suma de once mil euros*». Además, el recurrente pedía que el TS notificase la sentencia al titular de la iniciativa legislativa «*para que se arbitre procedimiento de ejecución del mandato legal de destitución de magistrados a que se refiere el artículo 23.2 LOTC, ante la improbabilidad de que sean los demandados quienes ejecuten su propia destitución*». Prescindiendo de esta última y absurda petición, que fue rechazada, el Tribunal Supremo estimó en lo esencial la demanda, aunque reduciendo el montante de la indemnización a cargo de cada magistrado a la suma de 500 euros (STS, 1.^a, 23/1/2004, corregida por Auto de 27/1/2004). Hay que dejar constancia, no obstante, de que hubo un voto particular discrepante, del magistrado Marín Castán, favorable a la desestimación de la demanda y a cuyo contenido no cabe sino remitir.

Para el Tribunal Supremo no había duda alguna de que podía exigirse responsabilidad civil a los magistrados del Constitucional; y precisamente –aquí está el *quid* de la cuestión– por culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones. La valoración de la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad extracontractual iba precedida de la siguiente reflexión o, si se prefiere, proclama: «*Siguiendo moderna doctrina constitucionalista alemana perfectamente incardinable en el derecho español, partir de la base de que la responsabilidad, término eminentemente filosófico y enclavado en la teoría de la ética, se ha convertido, como no podía ser menos, en un concepto jurídico sobre el que, entre otras cosas, la ley civil debe exigir claras pruebas para determinar si de una acción u omisión de una persona surge una obligación cuyas consecuencias le afectarán en un sentido resarcitorio. [//] Todo lo cual hay que unirlo al axioma de que una sociedad libre reclama, probablemente más que ninguna otra, que los seres humanos guíen sus acciones por un sentido de responsabilidad en relación con unos deberes que normalmente vienen delimitados por la ley civil. [//] En conclusión, libertad y responsabilidad civil deben ser en esta contienda judicial inseparables, y se debe absolutamente disentir del dogma medieval “The king can do no wrong”*» (FJ 2, STS).

El recurso directo al artículo 1902 CC se justificaba «*por la sencilla razón de que dicha responsabilidad extracontractual o aquiliana tiene que ser aplicable de una manera directa a los Magistrados del Tribunal Constitucional, ya que en su regulación orgánica no se han introducido singularidades o especialidades derivadas del ejercicio de su función como máximo intérprete de la Constitución*» (FJ 3, STS). A partir de aquí, la sentencia es contundente en sus valoraciones. «*Se ha de afirmar sin lugar a dudas*» que los magistrados del Constitucional «*tuvieron una conducta absolutamente*

antijurídica» porque, con sus resoluciones, «*se negaron lisa y llanamente a entrar a resolver una petición de amparo so pretexto de que iba dirigida a un hipotético tribunal, lo que implica un “non liquet” totalmente inadmisibile*» (FJ 4, STS). La ocurrenste astucia –por llamarla de alguna manera– del Tribunal Constitucional (*el Sr. Mazón no se dirige a nosotros, por tanto podemos ignorarlo*) funcionó como un cebo irresistible para un órgano que, se diría, esperaba la ocasión; acaso escocido por algunas resoluciones del Tribunal Constitucional que habían anulado, e incluso *sustituido*, sentencias del Tribunal Supremo.

Cuesta no pensar en el «Caso Preysler», suscitado cuando la Sra. Isabel Preysler acudió a los tribunales a raíz de algunas indiscreciones de poca monta de una empleada de hogar. Tras las sucesivas instancias, el Tribunal Supremo negó la existencia de daños a la intimidad de la Sra. Preysler. Ésta, sin embargo, recurrió en amparo con éxito (STC 115/2000, de 5 de mayo) y ello obligó al Tribunal Supremo a dictar una segunda resolución, admitiendo esta vez la lesión de la intimidad (STS, 1.ª, 20/7/2000). Pero lo hizo reduciendo los 10 millones de pesetas (60.000 €) de indemnización que había concedido la Audiencia a tan sólo 25.000 ptas. (150 €). La Sra. Preysler acudió otra vez al Tribunal Constitucional y de nuevo con éxito (STC 186/2001, de 17 de septiembre). En breve, venía a decir, conceder una indemnización meramente «simbólica» de 25.000 ptas. era tanto como no restituir a la agraviada su derecho a la intimidad. El Constitucional puso énfasis en el derecho «*a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes*», así como en «*la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho*» (FJ 6, STC 186/2001).

Pero el rapapolvo no se detenía aquí. La sentencia del Tribunal Supremo, dijo el Constitucional, «*no satisface las exigencias de motivación derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en la medida en que versan sobre la reparación de un derecho fundamental vulnerado, cual es el derecho a la intimidad. En efecto, el Tribunal Supremo procedió a revisar la cuantía de la indemnización fijada por la Audiencia Provincial desatendiendo datos determinantes del alcance de las lesiones, omitiendo los hechos acreditados en el procedimiento en los que quedó probada la difusión de la revista “Lecturas” en las semanas en que se publicó el reportaje enjuiciado, y desconociendo criterios legales que el juzgador debe tener en cuenta para valorar el daño moral producido por la intromisión ilegítima declarada (art. 9.3 Ley Orgánica 1/1982), especialmente el referente a las circunstancias del caso y el relativo a la difusión o audiencia del medio a través del cual aquélla se haya producido. Tal incumplimiento adquiere relieve constitucional por cuanto la insuficiencia de la motivación de la fijación de la cuantía de la indemnización implica una ausencia de los elementos y razones de juicio que permiten conocer los criterios de la decisión judicial, puesto que el razonamiento del Tribunal Supremo no constituye una motivación adecuada o satisfactoria de la decisión adoptada (por todas, STC 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4), y por ello, en la medida en que puedan considerarse lesión autónoma respecto del derecho a la intimidad, podría suponer una vulneración del derecho de la recurrente a obtener de los órganos judiciales una resolución motivada y fundada en Derecho*» (FJ 6, STC 186/2001). En suma, que al Constitu-

cional la cantidad de 25.000 ptas. le parecía una indemnización «*insuficiente para reparar el derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente*» (FJ 7 STC 186/2000).

Esta conclusión podría haber devuelto de nuevo el caso al Supremo. Pero el Constitucional decidió romper el posible bucle y dejar zanjado el asunto, añadiendo así sal a la herida. Con el argumento de que el restablecimiento del derecho a la intimidad de la Sra. Preysler ya no podía esperar más, el Constitucional expresó su falta de confianza en el Supremo, haciendo suyo el asunto: «*El otorgamiento del amparo comporta la declaración de nulidad de la Sentencia impugnada [art. 55.1 a) LOTC]. Pero el restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho fundamental [art. 55.1 c) LOTC] exige, dadas las particulares circunstancias del supuesto enjuiciado en este caso, que nuestro fallo no se limite a declarar tal nulidad y a acordar la devolución de las actuaciones para que sobre ellas se produzca un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo, puesto que, de una parte, estamos ante un vicio in iudicando y, de otra, a diferencia de lo acaecido en ocasiones precedentes, habiéndose ya pronunciado por dos veces al respecto el órgano judicial frente a cuyo último pronunciamiento se nos demanda amparo, el pleno restablecimiento del derecho a la intimidad personal y familiar exige aquí, en función de las concretas características del caso, excluir dicha devolución con el objeto de que la reparación procedente no se dilate en términos inadmisibles*» (FJ 9 STC 186/2000).

A la vista del «Caso Preysler», se hace más fácil entender algunas cosas del «Caso Mazón». De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo, los magistrados del Constitucional demandados habrían rechazado la petición de amparo del Sr. Mazón «*no porque no se comprendiera dentro de los casos y formas establecidos por la ley –artículo 161-1-b) de la Constitución Española–, sino porque, según el proveído, iba dirigido a un hipotético tribunal y no al Tribunal Constitucional, lo que es absolutamente incierto, pues iba dirigido a ese Tribunal, cuyos miembros son ahora demandados por tal causa; sin que se pronunciaran en modo alguno sobre la petición primera, su posible abstención, sobre todo cuando el tema planteado en el amparo se refería a una cuestión que habían resuelto gubernativamente los miembros del Tribunal Constitucional demandados*» (FJ 4, STS). ¡Falta de motivación! ¿Qué peor pecado podrían cometer los magistrados de un órgano que se ha aplicado a dar lecciones al respecto? Ninguno. A ojos del Supremo, se trata de una negligencia intolerable: «*Al no dar respuesta lógica a la pretensión de amparo, los Magistrados demandados han actuado con una negligencia profesional grave, que supone, para el caso concreto, una ignorancia inexcusable, ya que la ilicitud o antijuridicidad tiene como base la violación de unas normas absolutamente imperativas. En conclusión, que nos encontramos ante una conducta judicial absolutamente rechazable, desde un punto de vista profesional*» (FD 4, STS). Magnánimamente, sin embargo, el Supremo rechazó la acusación de dolo. También hubo magnanimidad en el montante de la indemnización por daño moral (pues de eso se trataba), que quedó en unos modestos 500 € por cabeza (5500 € en total).

A los pocos días, el 3 de febrero de 2004, el Pleno del Tribunal Constitucional adoptó por unanimidad un Acuerdo para expresar su disconformidad con la sentencia del Supremo. No es fácil encontrarlo –si es que está– en la página web del Constitucional, pero se puede consultar en algunos lugares de

la red¹. Tras dar sus razones, el Tribunal acordó: «*Primero. Declarar que las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo no pueden ser enjuiciadas por ningún órgano del Poder Judicial dado que sólo a este Tribunal corresponde, conforme a la Constitución y a su Ley Orgánica, resolver tales recursos. [//] Segundo. Asimismo declarar que el enjuiciamiento de las resoluciones recaídas en recursos de amparo, realizado por vía de la acción de responsabilidad civil, constituye una invasión de la jurisdicción, exclusiva y excluyente, atribuida a este Tribunal Constitucional por la Constitución.*»

Hasta aquí los cuatro primeros actos de la comedia, que podemos resumir del siguiente modo: Se abre el telón con una pretensión quijotesca basada en un igualitarismo de tertulia televisiva y expuesta en términos adecuados al medio (*hay que poner fin a esta vergüenza*); sigue con unos magistrados ofendidos que deciden castigar la osadía con el desprecio (y *este quién se ha creído qué es*); luego vienen otros magistrados que parecen haber hallado la anhelada ocasión para devolver viejas ofensas (*ahora te vas a enterar o, si se prefiere, arrieros somos*); más tarde, los primeros magistrados, los condenados, entran de nuevo en escena para rasgarse las vestiduras y expresar su reprobación por la osadía (*esto no quedará así*). Toda una síntesis de los *principios generales* a los que responden a veces algunos comportamientos, luego envueltos, eso sí, en una aparatosa *escenografía jurídica* inasequible no ya al ciudadano medio sino incluso al cultivado. Es inaudito lo que, en España, puede llegar provocar la pretensión disparatada de un Sr. Mazón cualquiera; aunque, por cierto, no fuesen las instituciones sino él quien a la postre saliera mejor parado pues, a fin de cuentas, se trataba de un simple ciudadano que, bien o mal, usó los recursos que el ordenamiento ponía a su disposición, sin que nadie tuviera por qué esperar de él nada especial.

Una explicación del caso, más jurídica y seguramente más acertada, puede verse en el artículo de Pablo Salvador Coderch y otros, ya citado, en el que el conflicto entre tribunales se justifica, simplemente, por un diseño institucional defectuoso. Más allá de las razones –y las hay– que asisten a los dos grupos de magistrados, el problema estaría en que no tenemos un Tribunal Supremo sino dos o, al menos, una zona de intersección entre Supremo y Constitucional que provoca resultados indeseables de forma inevitable. Al publicarse ese artículo, sin embargo, aún no estaba concluida la comedia y, por tanto, sólo cabía pronunciarse sobre su anuncio: «*Al parecer, los 11 Magistrados del Tribunal Constitucional condenados por el Tribunal Supremo han presentado ante su propio Tribunal un recurso de amparo que, dicho sea con todos los respetos, es a un tiempo delirio de la razón jurídica y daño al contribuyente, quien a la postre habrá de cargar con los costes del desastre*».

El recurso de amparo, como es obvio, se presentó y el último acto lo ha escrito y protagonizado el propio Constitucional, en línea con lo que ya había expresado el Acuerdo del Pleno de 3 de febrero de 2004. Los once magistrados condenados por el Supremo habían presentado su recurso el 23 de febrero de 2004. Pero la resolución se hizo esperar... porque fue necesario que se

¹ Por ejemplo: <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/tac.html> y http://www20.gencat.cat/docs/Departament_de_la_Presidencia/GJ/Document/Arxiu/122-13583.pdf. Asimismo hay un enlace en un recomendable artículo de Pablo Salvador Coderch, Sonia Ramos González y Álvaro Luna Yerga: «*Diseño institucional defectuoso Comentario a la STS, 1.ª, 23.I.2004*», Indret, abril 2004 (http://www.indret.com/pdf/216_es.pdf)

produjera una de las cosas que el Sr. Mazón exigía –la renovación del Tribunal Constitucional– para así evitar las causas de abstención o recusación. Cumplido este trámite pudo al fin dictarse la sentencia reseñada que espereamos cierre de una vez este desafortunado asunto. En síntesis, los puntos clave son los siguientes:

1) *No concurren motivos de inadmisión del recurso de amparo.*—En particular, dice la sentencia, los magistrados llamados a resolver no están contaminados por el Acuerdo de 3 de febrero de 2004, ni su imparcialidad comprometida por el hecho de que los recurrentes ostentaran su misma condición en el momento de plantear el amparo. Se han adoptado todas las cautelas para evitarlo, aun a costa de una espera de diez años: «*En todo caso, para despejar cualquier duda respecto de la eventual influencia que sobre la garantía de imparcialidad pudiera tener la circunstancia de que el recurso se hubiera resuelto con quórum suficiente pero estando todavía en el cumplimiento de su función de Magistrados algunos de los recurrentes se ha considerado más adecuado esperar a la total renovación de los Magistrados, a pesar de la demora que ello ha supuesto en la resolución de este recurso, y que, tal como se pone de manifiesto en los antecedentes, ha sido mayor de la que cabía prever por la inicial actitud procesal de la parte comparecida y los retrasos en el cumplimiento del deber constitucional de renovación del Tribunal por el Senado y el Congreso de los Diputados en los plazos constitucionalmente establecidos*» (FJ 2).

2) *Los magistrados del Tribunal Constitucional no son inmunes a las acciones por responsabilidad civil, aunque ésta no podrá deducirse del enjuiciamiento de sus resoluciones.*—«*No es objetable, desde la perspectiva constitucional, la argumentación dirigida a concluir que no cabe apreciar una ausencia de responsabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional y que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo tiene jurisdicción para conocer de la eventual responsabilidad civil en que pudieran aquéllos incurrir, habida cuenta de que dicha argumentación se justifica en el hecho de que la aludida irresponsabilidad no resulta necesaria para el ejercicio independiente de la jurisdicción constitucional [...]. Además, la posible existencia de la declaración de responsabilidad civil por dolo como causa de cese de los Magistrados del Tribunal Constitucional incluso está prevista en la propia Ley reguladora del Tribunal (art. 23.1.7 LOTC); y la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo para conocer de las demandas al respecto se encuentra establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 56.2 LOPJ)*» (FJ 6). Ahora bien, añade la sentencia: «*Todo ello sin perjuicio de que haya de afirmarse, también como conclusión, que la eventual responsabilidad civil en que pudieran incurrir los Magistrados del Tribunal Constitucional en ningún caso podrá deducirse del enjuiciamiento de las resoluciones jurisdiccionales que el mismo dicte*» (FJ 8).

3) *La corrección de las resoluciones del Tribunal Constitucional no puede ser enjuiciada por ningún órgano judicial.*—Así lo proclama hoy expresamente el artículo 4.2 de la LOTC, reformado mediante LO 6/2007: «*Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado*». Pero, como explica la sentencia, así debía entenderse ya de acuerdo con la normativa anterior: «*Esta normativa pone de manifiesto no sólo la irrecurribilidad de las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional por ningún otro órgano del Estado sino la imposibilidad misma de que sea objeto de enjuiciamiento la corrección jurídica de la interpretación que realice de la Constitución o de su Ley Orgá-*

nica en sus resoluciones jurisdiccionales. Aspecto, este último, que si bien ha venido a ser recogido expresamente en la nueva redacción dada al artículo 4.2 LOTC por la Ley Orgánica 6/2007, ya estaba implícito en la regulación vigente en el momento en que se dictó la resolución ahora impugnada en amparo». (FJ 6).

4) *La inadmisión del amparo pedido por el Sr. Mazón sí fue motivada.*—El principio resumido en el anterior apartado 3) bastaría para anular la sentencia del Supremo: «*La conclusión judicial de que cabía sustanciar un procedimiento de responsabilidad civil individual contra cada uno de los Magistrados del Tribunal Constitucional basado en una supuesta incorrección jurídica de la interpretación de concretos preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional [...] no resulta compatible con la interdicción constitucional, ex artículo 24.1 CE, de incurrir en una argumentación irrazonable. En consecuencia, sin necesidad de entrar en la alegación referida a la inviolabilidad del artículo 22 LOTC, las resoluciones impugnadas deben ser anuladas*» (FJ 6). Pero, como cabe suponer, el Tribunal Constitucional no podía cerrar así su sentencia. Era necesario lavar la mancha con la que se había afeado la actuación del órgano. Por ello, la sentencia se aplica a explicar que, en realidad y contra lo sostenido por el Supremo, la inadmisión del recurso de amparo del Sr. Mazón estuvo perfectamente motivada. Para ello recurre a la «pequeña» diferencia existente entre sus providencias de 18 de julio y 17 de septiembre de 2002: «*Ciertamente, la contestación aportada en la primera providencia de 18 de julio de 2002 quedaba limitada a señalar como causa de inadmisión que “el recurso no se dirige a este Tribunal Constitucional, sino a otro hipotético que le sustituya”. No obstante, tal como se reconoce incluso en el fundamento de derecho primero de la resolución impugnada, calificándolo como dato absolutamente constatado, en la providencia de 17 de septiembre de 2002 también se señalaba, además de la claridad de que la supuesta demanda no estaba dirigida a ese Tribunal, que, en cualquier caso, “carecía de la claridad y precisión que el artículo 49 LOTC exige como requisitos esenciales de las demandas de amparo”*» (FJ8). De la simple lectura de la providencia de 17 de septiembre de 2002 resulta por tanto «*de manera incontrovertible [...] que la razón para concluir la inadmisión del recurso no fue sólo la eventual indeterminación del órgano al que iba dirigido sino también que no se cumplía con las exigencias derivadas de la redacción entonces vigente del artículo 49 LOTC*» (FJ 8). Llegados a este punto, la faena está casi hecha. Ya sólo falta explicar qué —más— hizo mal el Tribunal Supremo.

5) *La sentencia de la sala civil del Tribunal Supremo violó el derecho a la tutela judicial efectiva de los magistrados demandados, incurriendo en un defecto de motivación.*—Es la puntilla. El Tribunal Supremo, al decidir, pasó por alto que la providencia del Constitucional de 17 de septiembre de 2002 había inadmitido el amparo por no cumplirse con las exigencias del artículo 49 LOTC: «*Este error fáctico cumple también con todos los requisitos para ser considerado un error con relevancia constitucional, toda vez que no es imputable a la negligencia de los recurrentes sino exclusivamente atribuible al órgano judicial y, además, ha sido determinante de la decisión adoptada*» (FJ8). Es más, las cosas no habrían cambiado aunque el Constitucional se hubiera limitado al ocurrente argumento de que el Sr. Mazón no se había dirigido al Tribunal Constitucional sino a «un tribunal hipotético». «*Todavía cabe apreciar un segundo defecto constitucional de motivación en la resolución impugnada, ya que no cabe afirmar, como se hace en ella, que*

la respuesta contenida en la providencia de inadmisión de que el recurso de amparo no se dirigía a este Tribunal Constitucional, sino a otro hipotético que le sustituya, no supuso la aplicación razonada de una causa legal de inadmisión del recurso de amparo.» (FJ 8). En este sentido, «la normativa entonces vigente sobre la admisibilidad del recurso de amparo establecía expresamente en el artículo 50.1 a) LOTC que también cabía apreciar la inadmisión por providencia de un recurso de amparo cuando concurriera en la misma el caso al que se refiere el artículo 4.2 LOTC. Dicho precepto, en la redacción originaria de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, tras la contundente afirmación del artículo 4.1 LOTC de que “[e]n ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional”, lo que establecía era que “[e]l Tribunal Constitucional apreciará, de oficio o a instancia de parte, su falta de jurisdicción o competencia”» (FJ 8). En suma, si el Constitucional lo dijo y fue mediante providencia, nada cabe añadir ni objetar. En cualquier caso «más allá de las discrepancias que pudieran establecerse sobre si el escrito del entonces recurrente en amparo estaba o no dirigido al Tribunal Constitucional, con la conformación subjetiva que entonces tenía, o a un hipotético tribunal, por la forma en que se pretendía dotarlo de una nueva conformación subjetiva a través de un procedimiento que claramente quedaba al margen de la competencias constitucional y legalmente atribuidas al Tribunal Constitucional, la afirmación contenida en la resolución impugnada de que la respuesta aportada no implicaba la aplicación de una causa legal de inadmisión del recurso de amparo es una decisión no fundada en derecho a la vista del artículo 50.1 c), en relación con el artículo 4.2 LOTC, en la redacción entonces vigente. Ello es determinante de que también por este motivo se concluya que la resolución judicial impugnada vulneró el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el pronunciamiento relativo a que habían incurrido en responsabilidad civil por incumplimiento de su deber de resolver» (FJ 8).

STC 140/2013, 8 de julio

RA: Inadmitido.

Ponente: González Rivas.

Conceptos: Intimidación. «Especial trascendencia constitucional» del amparo como requisito autónomo del recurso.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1, 49.1 y 50.1,a) LOTC.

La LO 6/2007, de 24 de mayo, modificó la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Entre otros objetivos se pretendía reducir la carga de trabajo y, con ello, aumentar la eficiencia del Tribunal. Una de las medidas adoptadas consistió en restringir el acceso al amparo. Desde entonces ya no basta con alegar la violación de un derecho fundamental. También se exige acreditar la «especial trascendencia constitucional del recurso». De no hacerse, el recurso será inadmitido. Es útil releer la Exposición de Motivos de la ley:

«El elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Consti-

tucional. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución. Y así, entre las modificaciones que se introducen en relación con el amparo se pueden destacar el cambio en la configuración del trámite de admisión del recurso, la habilitación a las Secciones para su resolución y la reforma sobre el trámite de cuestión interna de constitucionalidad prevista en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

La primera de estas novedades es la que afecta a la configuración del trámite de admisión del recurso de amparo. Y es que frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado. Esta modificación sin duda agilizará el procedimiento al transformar el examen de admisión actual en la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso.»

La sentencia reseñada aplica la doctrina sentada por el Tribunal tras la reforma de la LOTC del año 2007 a un caso en el que el recurrente, un recluso, pretendía obtener amparo contra sendos Autos judiciales que habían denegado su queja contra el registro de su celda sin aviso previo, sin su presencia y sin que le fuera entregada acta del resultado. Alegaba vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Pero el Tribunal inadmitió el recurso sin entrar en el fondo por entender que en la demanda no se había justificado la especial trascendencia constitucional del recurso.

1) *El cumplimiento de este requisito puede verificarse incluso tras la admisión del recurso a trámite.*—«En este punto, procede subrayar que pese a que la demanda de amparo haya sido anteriormente admitida a trámite, hemos señalado con reiteración que nada obsta para que este Tribunal pueda abordar de nuevo o reconsiderar, incluso de oficio, el análisis de los presupuestos de viabilidad del amparo en fase de Sentencia» (FJ 2)

2) «Argumentar la vulneración del derecho» no es lo mismo que «justificar la especial trascendencia constitucional» del recurso.—Es reiterada la doctrina constitucional a este respecto. La sentencia insiste en ella: «Por consiguiente, la demanda de amparo, en lo que aquí interesa, ha de contener dos líneas argumentales nítidamente diferenciadas: la relativa a la lesión del derecho fundamental cuyo amparo se pretende, y la atinente a la trascendencia constitucional del recurso tendente a su preservación y restablecimiento.

Ambas son indispensables, de tal forma que la exposición acerca de la apariencia de la vulneración del derecho fundamental no puede suplir la carencia de un razonamiento explícito sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo (ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1 y SSTC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 178/2012, de octubre, FJ 3 y 2/2013, de 14 de enero, FJ 3)» [FJ 4,a)].

3) *«Alegar» no es «justificar»: En qué consiste el requisito.—«Al demandante le es reclamable un razonable esfuerzo argumental que enlace las infracciones constitucionales denunciadas con alguno de los elementos que expresa el artículo 50.1 b) LOTC, sin que, obvio es, sea suficiente con la sola mención —desprovista de los imprescindibles fundamentos— de que el recurso posee especial trascendencia constitucional. Por el contrario, es necesario que de lo expuesto se desprenda “por qué el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” que se aleguen en la demanda (por todas, SSTC 69/2011, FJ 3; 143/2011, FJ 2; 191/2011, FJ 3; 176/2012, FJ 3 y 2/2013, FJ 3)» [FJ 4,c)].*

4) *El momento del recurso en relación con la reforma.—El Tribunal Constitucional, consciente de que la novedad era de calado, decidió atemperar el rigor en la valoración del requisito. Pero sólo para los recursos previos a la STC 155/2009, de 25 de junio, publicada el 28 de julio de 2009: «Este Tribunal ha apreciado el momento de interposición de la demanda de amparo en relación con dicha fecha, para atenuar el rigor del análisis del cumplimiento del requisito de justificar la especial trascendencia constitucional —sin, obviamente, eliminarlo o desvirtuarlo— en las demandas interpuestas con anterioridad a la misma [...]. En cambio, el transcurso del tiempo, y la correlativa existencia de una doctrina constitucional consolidada sobre la cuestión, hará decaer la pertinencia de atemperar la valoración del cumplimiento de aquella carga justificativa» [FJ 4,d)].*

La aplicación de la doctrina expuesta conduce a la inadmisión. En el caso objeto de la reseña, el recurso contenía un epígrafe sobre «relevancia constitucional» y «especial trascendencia constitucional». Pero, bajo esa rúbrica, se limitaba «a dar cuenta de la supuesta lesión padecida, señalando literalmente que «no es conforme a nuestro derecho, ni al derecho internacional vigente en España, que el hecho de estar presente o no estar presente el Sr. interno en el registro de la celda, se considere, se justifique, o se estime, por el resultado final del registro; y no por la causa o motivo inicial al mismo, esto es, antes de iniciarse el registro» [...] Esta afirmación no se acompaña de la existencia de una argumentación tendente a motivar la especial trascendencia constitucional que permite una decisión sobre el fondo del recurso en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales cuya vulneración se denuncia y no se realiza, en fin, siquiera un mínimo esfuerzo por encuadrar el asunto en alguno de los casos que se especificaron en el [FJ 2 de la STC 155/2009]» (FJ 5). Por lo demás, dado que el recurso, de 28 de septiembre de 2011, es posterior en más de dos años a la repetida STC 155/2009, «resulta incuestionable que no es dable moderar el rigor exigible en la valoración del cumplimiento de un requisito insubsanable para la admisión del recurso de amparo» (FJ 5).

STC 167/2013, 7 de octubre

RA: Estimado.

Ponente: González Rivas.

Conceptos: Orden de los apellidos. Derechos a la tutela judicial efectiva, a la igualdad y a la propia imagen. Apellidos y reclamación de paternidad extramatrimonial. Derecho al nombre y derecho a la imagen y a la vida privada. Derecho al nombre como derecho de la personalidad. Derechos e intereses de los progenitores y del hijo menor. Uso público por cierto tiempo del apellido materno. Apellidos y violencia de género.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 18 y 24 CE. Artículos 113-2 del Código de Familia de Cataluña. Artículo 109 CC. Artículos 55, 58 y 59.3 LRC y Art 194 RRC.

La sentencia aborda y resuelve el conflicto suscitado en torno a los apellidos de un menor tras el éxito de una demanda de reclamación de paternidad extramatrimonial. Desde su nacimiento y durante cierto tiempo, el niño llevó los dos apellidos de su madre. Cuando el niño tenía cuatro años, el padre interpuso acción civil reclamando su condición de tal. Conoció de ella un Juzgado de Violencia sobre la Mujer pues se había seguido un proceso penal previo por esta razón.

La sentencia estimó parcialmente la demanda y declaró la paternidad del actor. En cuanto a los apellidos, la madre pretendía que no se alterara el *status quo*. La sentencia, sin embargo, aplicó mecánicamente el criterio legal. La falta de acuerdo de los progenitores razonaba, *«implica, por aplicación de nuestra legalidad, que el primer apellido del menor debe ser el primero del padre y el segundo, el primero de la madre. En cuanto a la alegación de perjuicio para el menor, no puede estimarse conforme a la ley. Si partimos de que la filiación determina el orden de los apellidos; que este orden solo se puede modificar por acuerdo de los progenitores, de modo que si no existe tal acuerdo rige lo ordenado en la Ley, y que, en fin, es sólo el hijo, cuando alcanza la mayoría de edad el que puede solicitar que se altere el orden de los apellidos (art. 109 del Código Civil), debe mantenerse lo dicho, habiéndose pronunciado ya en ese sentido la jurisprudencia menor»*.

La decisión fue confirmada por la Audiencia Provincial de Barcelona (sec. 12, 21/12/2009) y la madre acudió al Tribunal Constitucional en demanda de amparo. Denunciaba la *«vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (arts. 14 CE) y el derecho a la propia imagen del menor (art. 18.1 CE)»* (Antecedente 3). El orden de los apellidos impuesto por la sentencia, añadía, no habría tenido en consideración *«ni la voluntad contraria de la madre, las circunstancias que han rodeado la vida de la menor desde su concepción, que el padre del menor fue condenado por un delito de maltrato en la persona de la madre, ni que se trata de un derecho personalísimo que va unido a la imagen o a la voz del menor y que el niño ya se identifica con él (art. 18.1 CE)»* (Antecedente 3). Es importante tener presente que, en todo momento, la madre, además de ejercer sus propios derechos, actuó también en nombre e interés de su hijo menor.

El Ministerio Fiscal solicitó también la estimación del amparo. El padre, en cambio, se opuso, alegando *«que la vigente normativa sobre el orden de los apellidos se adecúa a las recomendaciones internacionales, a los principios constitucionales y a la realidad social, no suponiendo atentado alguno contra el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución,*

en tanto que, realizado correctamente el juicio de igualdad se aprecia que las normas aplicables no atribuyen resultados distintos según sea varón o mujer la persona respecto de la que deban determinarse los apellidos, o según sea la filiación materna o paterna la reconocida en último lugar» (FJ 1). Y añadía que el ordenamiento «aplica igual solución en todos los casos cuando los progenitores no han alcanzado un acuerdo sobre el orden de los apellidos. Tampoco puede encontrarse violación alguna del derecho a la propia imagen del menor pues no puede existir intromisión ilegítima por un órgano judicial que ha aplicado una norma imperativa y de orden público como lo es la que regula el derecho al nombre» (FJ 1)

En definitiva la recurrente denunciaba un resultado derivado directamente de la ley. En concreto, de la aplicación de los artículos 113-2 del Código de familia catalán, 109 del Código civil y 55 de la Ley del Registro Civil en relación con el artículo 194 del Reglamento del Registro Civil; y, al propio tiempo, de la no aplicación del artículo 59.3 de la Ley del Registro Civil, que hubiera permitido al Juez encargado del Registro declarar el mantenimiento de los apellidos del menor («*El Juez de Primera Instancia puede autorizar, previo expediente: [...] 3.º La conservación por el hijo natural o sus descendientes de los apellidos que vinieron usando, siempre que insten el procedimiento dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del reconocimiento o, en su caso, a la mayoría de edad*»). De ello deriva la especial trascendencia constitucional del recurso puesto que, como destaca el Tribunal, «*por una parte, la vulneración se imputa a la ley o a otra disposición de carácter general [...]. Pero, además, hay que subrayar que en el objeto del amparo está comprometido el derecho fundamental a la propia imagen del menor del artículo 18.1 CE y que se da una generalizada interpretación de los tribunales ordinarios en el sentido de aplicar el orden de los apellidos para el caso de disenso en supuestos de determinación judicial de la paternidad respecto de menores que venían utilizando el primer apellido materno desde su nacimiento*» (FJ 3). La doctrina de la sentencia puede sintetizarse en cuatro puntos:

1) *El derecho al nombre es parte integrante del derecho a la imagen y a la vida privada.—«La inclusión del derecho al nombre dentro del conjunto de derechos de la persona y, más concretamente, en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE, ya se expresó en nuestra STC 117/1994, de 25 de abril, y en el mismo sentido ha venido siendo reconocido tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Más concretamente, en relación con los apellidos, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010 (C-208/09, Sayn-Wittgenstein, ap. 52) expresa que el apellido de una persona es un elemento constitutivo de su identidad y de su vida privada, cuya protección está consagrada por el artículo 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, así como por el artículo 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Aunque el artículo 8 de dicho Convenio no lo mencione expresamente, el apellido de una persona afecta a su vida privada y familiar al constituir un medio de identificación personal y un vínculo con una familia» (FJ 5). Esta doctrina, como es lógico, rige asimismo para los menores: «En relación a los menores de edad, los textos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado español también reconocen el derecho al nombre como un derecho de la personalidad» (FJ 5).*

2) *La vigente normativa española en materia de apellidos es conforme con la Constitución.—Dado el planteamiento del recurso de amparo, quizá*

cabría haber pensado en una hipotética declaración de inconstitucionalidad de las normas que anteponen el apellido paterno al materno. Pero no es así. Según explica la sentencia: «*Ninguna duda cabe que los artículos 109 del Código civil y 194 del Reglamento del Registro Civil cumplen con la exigencia de preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) en un aspecto tan personalísimo como lo es su derecho al nombre en cuanto asegura desde el momento mismo de su nacimiento que sea identificada por su filiación cuando está determinada y si en aquél momento no lo está desde el mismo instante en que quede declarada, trazando los criterios que deben regir la inscripción registral de los apellidos mientras el hijo no es plenamente capaz de obrar y deben ejercer esta facultad sus progenitores como titulares de la patria potestad. El primero de ellos es el mutuo acuerdo sobre el orden en el que deberán quedar inscritas ambas filiaciones, la paterna y la materna. El segundo es la inscripción de la filiación paterna y después la materna, como ha venido siendo usual en el ordenamiento jurídico civil. En todo caso, y dado que el titular de este derecho personalísimo es el hijo, puede invertir su orden una vez alcanzada la mayoría de edad en virtud de la sola declaración de voluntad y sin necesidad de esgrimir causa alguna*» (FJ 6).

3) *No obstante, cuando la filiación paterna se determina de forma sobrevenida ha de valorarse de forma especial el interés del menor.*—Las normas sobre apellidos toman como referente el momento del nacimiento. Cuando la paternidad se determina judicialmente, «*entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por Sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona*» [FJ 7,b)]. El menor hacía ya tiempo que usaba, socialmente, el apellido materno. En el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. «*En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar*» [FJ 7,c)]. No se trata de que la normativa española sea incorrecta. Pero las circunstancias del caso (que, no obstante, se darán con relativa frecuencia) exigían una solución diferente. Desde la perspectiva constitucional «*debió ponderarse especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos, por lo que se concluye reconociendo la vulneración del contenido constitucional del artículo 18.1 CE, invocado por la parte recurrente como infringido*» (FJ 7).

4) *Apellidos y violencia de género.*—Finalmente y aunque con lo anterior bastaría para estimar el amparo, la sentencia considera oportuno «*[no] pasar por alto que el padre había sido condenado por Sentencia de fecha 30 de octubre de 2007 como autor de un delito de violencia en el ámbito familiar; interponiendo éste la demanda de paternidad en fecha 24 de enero de 2008*» (FJ 8). Por tanto, prosigue la sentencia «*la alegación de la demandante era atendible y debió ser valorada a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos, puesto que así lo ha previsto el legislador tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2004 [de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género] del artículo 58 de la Ley del Registro civil en la disposición adicional vigésima, donde se contempla la posibilidad de cambio de apellidos en caso de violencia de género por Orden del Ministerio de Justicia, lo que pone de manifiesto la relevancia de esta circunstancia a la hora de decidir sobre esta cuestión*» (FJ 8).

Por todas estas razones, el Tribunal Constitucional estima el amparo, declara vulnerado el derecho a la imagen del menor y anula –cabe suponer que sólo en cuanto a los apellidos– las sentencias del Juzgado de Violencia y de la Audiencia Provincial.

STC 176/2013, 21 de octubre

RA: Estimado.

Ponente: González-Trevijano Sánchez.

Conceptos: Derecho a la intimidad. Derecho la propia imagen. Divulgación de imágenes de ministro que revelan relaciones afectivas. Ponderación con la libertad de información. Interés público informativo constitucionalmente prevalente. Persona de notoriedad pública. Inviolabilidad del domicilio.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1, 18.2 y 20.1 d) CE. Artículo 8 LO 1/1982.

La vida amorosa del ex ministro y vicepresidente del Gobierno Francisco Álvarez-Cascos adquirió una presencia intensa en los medios de comunicación tras su segundo matrimonio. En particular, la cobertura mediática de su estancia vacacional en diciembre de 2003 en Lanzarote –que daba cuenta del inicio de una nueva relación sentimental tras ese matrimonio– fue amplia, detallada y ha dado lugar a distintos procedimientos judiciales de resultados de las acciones iniciadas por el político y la pareja que le acompañó en esa estancia.

En el presente caso, el programa de Telecinco «Crónicas Marcianas» difundió distintas imágenes –captadas por algunos *paparazzi* con teleobjetivo– en las que se veía al político con su nueva pareja y los hijos menores de cada uno de ellos en un hotel.

Las acciones por vulneración en los derechos a la intimidad y a la propia imagen del político y de su pareja fueron estimadas en la primera instancia y en la alzada. En la primera instancia, las personas responsables de la emisión del programa litigioso fueron condenadas a abonar solidariamente a los demandantes 600 euros. La Audiencia Provincial de Madrid elevó la indemnización a 18.000 euros para cada uno de los demandantes.

La Sala Primera del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y declaró la prevalencia del derecho a la libertad de información. Sobre la base de una extensa y fundada argumentación, el Tribunal Supremo destacó *(i)* la gran proyección pública y política del político demandante y, en particular, su condición de ministro en el momento litigioso; *(ii)* que la otra demandante tenía carácter accesorio y la difusión de su imagen y de la información que le afectaba resulta necesaria; *(iii)* que los lugares donde fueron captadas la mayoría de las fotografías eran públicos (terracea y playa de uso común en el hotel); y *(iv)* que con anterioridad el político había dado conocer al público su nueva relación personal.

El Tribunal Constitucional rechaza esta argumentación y conclusión: el derecho a la intimidad y a la propia imagen de los demandantes prevalece sobre la libertad de información, por las distintas razones que se resumen como sigue.

1) *Por su naturaleza privada, personal y familiar y por el modo en que fueron captadas las fotografías, su publicación no autorizada vulnera el derecho fundamental a la propia imagen.*—En el presente caso, es indiscutible que la cuestión controvertida residía exclusivamente en determinar si la

publicación de las imágenes e información litigiosas estaban amparadas por el derecho fundamental a la información y, por tanto, la afectación a los derechos fundamentales a la propia imagen y a la intimidad quedaba justificada por la prevalencia de ese límite del artículo 20.1 d) CE. Dicho de otro forma: es indiscutible que las imágenes e información formaban parte de la esfera personal privada (incluso íntima) y reservada de los demandantes, inequívocamente protegida por el artículo 18.1 CE; pero las circunstancias del caso –en esencia, la condición política de uno de los afectados y, en particular, su perfil conservador, su posicionamiento en determinados aspectos de política familiar y su contraste con su conducta personal– podían determinar la licitud de esa afectación a los derechos del artículo 18.1 CE y la prevalencia de la libertad de información.

No obstante, esta posible prevalencia se analiza inicialmente en la sentencia de forma entremezclada con la otra cuestión –indiscutible en este caso, como queda dicho– relativa a si las imágenes e información publicada en el programa litigioso quedaban comprendidas, respectivamente, en el ámbito objetivo de protección de los derechos fundamentales a la propia imagen y a la intimidad de los demandantes. Este planteamiento conlleva que la argumentación de la sentencia se exprese de forma algo circular y tautológica: En el caso, se dice en la sentencia, no puede prevalecer la libertad de información porque se infringen los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

Así sucede con el primer argumento que expone el Tribunal Constitucional para rebatir la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo: este, en su juicio de ponderación, no habría tenido en cuenta «*la naturaleza privada y el carácter personal y familiar de las fotografías ni su forma de obtención, mediante una operación ajena a la voluntad del actor y sin su consentimiento [...]*». Es evidente que este razonamiento sirve escasamente para dilucidar la existencia de un interés público informativo constitucionalmente relevante en el caso: Una información constitucionalmente protegida por el artículo 20.1 d) CE puede ser de naturaleza privada, carácter personal y familiar, haber sido captada con teleobjetivo por el *paparazzo* más perspicaz o malévolo y, desde luego, sin el consentimiento del afectado.

2) *La información publicada vulneró el derecho fundamental a la intimidad de los demandantes porque tenía por objeto «revelar sus relaciones afectivas».*—Otro tanto cabe de decir de este segundo razonamiento de la sentencia: El propósito de la publicación es innegable; pero, al mismo tiempo, carente de toda trascendencia para resolver la cuestión controvertida en el caso.

3) *Los argumentos erróneos del Tribunal Supremo. En concreto, la ausencia de interés público constitucionalmente prevalente.*—El Tribunal Constitucional rechaza expresamente los argumentos que llevaron al Tribunal Supremo a disponer la prevalencia del derecho a la información y, en particular, rechaza que (i) la pareja del político tuviera carácter accesorio; antes bien, el Tribunal Constitucional resalta que esta carecía de proyección pública y que, por tanto, la divulgación de su imagen carecía del mismo interés general de la del político; (ii) pese a la notoriedad pública del político, no toda información referida a él debe estar amparada por la libertad de información; especialmente, como en el caso, cuando esa información fue captada clandestinamente por *paparazzi*; esta última consideración excluye asimismo que el carácter público de alguna de las dependencias donde fueron captadas las imágenes pudiera determinar la prevalencia del derecho a la libertad de información.

Finalmente, la sentencia analiza la cuestión más relevante y la que en definitiva llevó al Tribunal Supremo a desestimar la demanda rectora del procedi-

miento en la jurisdicción ordinaria: la posible existencia de un interés público informativo constitucionalmente protegido en la información e imágenes litigiosas. A diferencia del Tribunal Supremo, la sentencia sostiene que esa información e imágenes –las «relaciones afectivas de los recurrentes»– «carece[n] en absoluto de cualquier trascendencia para la comunidad, porque no afecta al conjunto de los ciudadanos, ni a la vida política del país, al margen de la mera curiosidad generada por la propia cadena de televisión [...]» (FJ. 7).

Este argumento –muy discutible, a la vista de la razonada conclusión dispar de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la trayectoria política del recurrente y la necesidad pública de conocer datos de su vida privada– se acompaña a renglón seguido de otro mucho mejor orientado: El mensaje crítico que pretendía transmitir el programa (o la justificación de la información en su utilidad para conocer la «doble moral» del recurrente) podía transmitirse sin necesidad de publicar unas imágenes que, evidentemente, reproducían una escena familiar privada.

4) *Inexistencia de vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE).*–Como respuesta al argumento de la sentencia del Tribunal Supremo que consideró que algunas de la imágenes litigiosas habían sido captadas en lugares públicos (la terraza y la playa de un hotel), los recurrentes en amparo solicitaron al Tribunal Constitucional que realizara una interpretación extensiva de su doctrina relativa a la consideración de las habitaciones de hotel como domicilio a los efectos del artículo 18.2 CE, de manera que resultara de aplicación a las zonas comunes de un hotel (como aquella terraza y aquella piscina). Acertadamente, el Tribunal no solo resalta la escasa relevancia del argumento, sino también su manifiesta falta de fundamento: precisamente, el carácter de zona común impide que pueda tener la consideración de domicilio.

STC 177/2013, 21 de octubre

RA: Estimado.

Ponente: Valdés Dal-Ré. Voto particular discrepante de González Rivas.

Conceptos: Derecho civil estatal y autonómico. ¿Selección de la norma aplicable o apreciación judicial indebida de la inconstitucionalidad?

Inaplicación de ley postconstitucional sin plantear cuestión de inconstitucionalidad.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 y 2 CE.

En el recurso de amparo se imputa a sendas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y del Supremo la violación de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haber incurrido en exceso de jurisdicción al rechazar la aplicación de una norma autonómica sin elevar cuestión de constitucionalidad.

El caso es semejante al resuelto por la STC 187/2012 y el Tribunal se limita prácticamente a reproducir la doctrina sentada en ésta. «*En consecuencia, conforme con la doctrina constitucional expuesta sobre el control de constitucionalidad de las leyes postconstitucionales debemos concluir que la Sentencia impugnada, “por más que pueda resultar aparente o formalmente motivada” (STC 173/2002, FJ 7) no es una resolución fundada en Derecho, porque el órgano judicial incurrió en exceso de jurisdicción ex artículo 163*

CE y concordantes sobre el control de leyes, que además resultó lesiva de las garantías del proceso debido y que provocó indefensión de la recurrente en amparo. El órgano judicial inaplicó una ley postconstitucional vigente sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad y lo fundamentó en la aplicación de la cláusula de prevalencia del Derecho estatal ex artículo 149.3 CE, con un entendimiento de la misma que no resulta conforme con la doctrina constitucional, tal y como ha quedado expuesta. [...] Como es sabido, este Tribunal tiene declarado que los “órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, FJ 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular –como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución– y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España.” (SSTC 73/2000, FJ 4; 104/2000, FJ 8; 120/2000, FJ 3; 173/2002, FJ 9 y 66/2011, FJ 6).» (FJ 8 de la STC 187/2012, transcrito en el FJ 3 de la reseñada).

Más allá de lo obvio (el Tribunal Constitucional monopoliza el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes), el problema de fondo del caso se entiende bien a la vista de los argumentos del voto discrepante: *«No estamos ante un problema de prevalencia, sino de selección entre dos normas – estatal y autonómica– que regulan de forma distinta un mismo supuesto de hecho (eficacia de normas urbanísticas no publicadas) que corresponde realizar al órgano judicial como cuestión de legalidad ordinaria. Se trata de una operación, genuinamente jurisdiccional [...] A mi juicio, los órganos jurisdiccionales seleccionaron la norma estatal determinante de la nulidad del planeamiento [urbanístico] impugnado y no se trató, pues, de seleccionar una norma estatal desplazando la autonómica, como se sostiene en la Sentencia, sino que se aplicó la norma estatal realizando una auténtica interpretación integradora, ajustada a lo que dispone en el artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».*

STC 186/2013, 4 de noviembre

RA: Estimado. Voto particular discrepante de los magistrados Valdés Dal-Ré y Asúa Batarrita.

Ponente: González Rivas.

Conceptos: Libertad de residencia de menor española y orden de expulsión de la madre extranjera, estando el padre, español, en prisión. Derecho a la intimidad. Diferente dimensión del «derecho a la vida familiar» y el «derecho fundamental a la intimidad personal y familiar». Deberes parentales.

Preceptos de referencia: Artículos 18 y 19 CE. Artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

El caso, de gran interés, tiene su origen en la sanción administrativa de expulsión de una ciudadana argentina, tras hallarla sin la documentación para residir en España y comprobar que cumplía una pena privativa de libertad

superior a un año, como autora de una conducta dolosa. La afectada se opuso alegando arraigo en el país y que tenía una hija menor, de tres años y nacionalidad española, cuyo padre, asimismo español, estaba encarcelado. La resolución administrativa de expulsión fue confirmada por sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, contra la que la afectada interpuso recurso de amparo alegando violación de la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y de la libertad de residencia de la menor (art. 19 CE). No se imputó a la sentencia ninguna violación autónoma del derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE), por lo que éste quedó al margen del procedimiento ante el Tribunal Constitucional.

La argumentación de la recurrente era en esencia la siguiente: *«Si como consecuencia de la expulsión de la madre la niña viajara con su progenitora a Argentina, como es lo lógico, al no tener otra persona que ejerza la patria potestad y la guarda y custodia en territorio español, se estaría privando a hija y padre, ambos españoles de origen, del derecho de relacionarse entre sí, impidiendo el desarrollo del derecho de disfrutar de la intimidad familiar del artículo 18.1 de la Constitución, en la línea que lo viene interpretando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por otro lado, entendemos que la menor española vería vulnerado el derecho que le reconoce el artículo 19 CE puesto que al expulsar a su progenitora, estando el otro progenitor en prisión sin poder hacerse cargo de la menor, se la forzaría necesariamente a abandonar el territorio español. Ello es contrario al artículo 19 CE, puesto que de forma indirecta se fuerza a la niña a abandonar su propio país, sin dejarle elegir libremente su residencia»* (Antecedente 3). Tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal formularon oposición solicitando la inadmisión y, en su caso, desestimación del recurso.

La sentencia aborda ante todo la pretensión de inadmisión, que se rechaza. Considera el Tribunal que la recurrente, aun no siendo titular de los derechos denunciados, sí ostenta un interés legítimo cualificado pues, de un lado, fue parte en el proceso judicial que concluyó con la sentencia del TSJ de Andalucía y, por otro, si se otorgase el amparo, *«la Sentencia [...] produciría en su ámbito jurídico propio una ventaja en sentido jurídico»* (FJ 2). Resuelto lo anterior, los puntos a destacar son los siguientes:

1) *Una orden de expulsión puede afectar a libertad de residencia de los hijos menores de nacionalidad española, pero hay que valorar las circunstancias concretas de cada caso.*—Entrando en el fondo, la sentencia aborda en primer lugar el problema de la libertad de residencia (art. 19. CE). En principio dice, una resolución administrativa que acuerda la expulsión de la madre *«por mucha incidencia que pueda tener en la decisión de la hija menor española sobre su lugar de residencia, no entraña ninguna obligación jurídica de salir de España, en el sentido que no se impide a la ciudadana española optar entre mantener su residencia en España, separándose de la madre, o trasladarla a Argentina junto con su madre»* (FJ 4). Sin embargo, prosigue la sentencia, el análisis no puede detenerse aquí pues, tratándose de menores, hay que tener en cuenta dos cosas más. En primer lugar, la necesidad de conceder una especial tutela a sus intereses: *«En las decisiones de las autoridades administrativas en que puedan resultar concernidos los niños debe considerarse el interés de éstos de un modo principal»* (FJ 5). En segundo lugar, que los derechos no deben ser sólo teóricos sino reales y efectivos, a cuyo propósito, el Tribunal Constitucional trae a colación la doctrina de la STJUE de 8/3/2001, asunto C-34/09, en la que se consideró contraria al Derecho de la Unión Europea la negativa a conceder permiso de residencia a

un extranjero –nacional de un Estado tercero– cuyos hijos menores eran nacionales del Estado de la Unión concernido y en el que, además, residían.

De lo anterior, el Tribunal Constitucional extrae la siguiente conclusión inicial: *«Combinando estas dos notas procede afirmar que la menor de edad de nacionalidad española, aunque no se le imponga la obligación jurídica de salir del territorio nacional, verá lesionado su derecho fundamental a permanecer en España ex artículo 19 CE cuando en el caso concreto el superior interés de la menor pase necesariamente por acompañar a su progenitor expulsado a su país de destino, ya sea por no tener en España ningún otro elemento de arraigo, ya sea porque solo dicho progenitor pueda asumir su manutención. Argumentar, en estas circunstancias, que la menor de edad de nacionalidad española mantiene intacta la libertad de entrar y salir de España según su voluntad por el solo hecho de que no se le imponga la obligación jurídica de abandonar el territorio nacional sería tanto como convertir las libertades garantizadas en el artículo 19 CE en derechos meramente teóricos o ilusorios»* (FJ 5).

La anterior doctrina, sin embargo, debe contrastarse con las circunstancias del caso concreto. La madre no ostentaba la guarda exclusiva de la menor. Ésta tenía también un padre, español, el cumplimiento de cuya condena –por el mismo delito que la madre– estaba próximo (2014). Además la niña había convivido con sus abuelas paterna y materna mientras la madre estuvo en prisión, siendo ellas quienes de hecho asumieron su manutención. Por todo ello, aunque se ejecutara la decisión de expulsión de la madre, la menor *«seguirá teniendo importantes elementos de arraigo en España que hacen viable en la práctica que opte, en aras de la prevalencia de su propio interés, por permanecer en España, de modo que dicha expulsión no impedirá el disfrute efectivo de las libertades que como ciudadana española le reconoce el artículo 19 CE»* (FJ 5).

2) *El «derecho a la vida familiar» no forma parte del «derecho fundamental a la intimidad personal y familiar».*—La recurrente sostenía que la ejecución de la orden de expulsión dañaría el derecho de la menor a una vida familiar y, en consecuencia, su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar protegido por el artículo 18.1 CE. El Tribunal Constitucional, sin embargo, rechaza esta tesis con extensa invocación de su propia jurisprudencia relativa a la distinción entre «derecho a la intimidad personal y familiar» y «derecho a la vida familiar» (SSTC 236/2007, 231/1988, 197/1991, 60/2010 y otras asimismo citadas): *«Es jurisprudencia constitucional reiterada, a la que hemos de ajustarnos al resolver este recurso de amparo, que el “derecho a la vida familiar” derivado de los artículos 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex artículo 18.1 CE»* (FJ 7). Ello no significa que la «vida familiar» carezca de tutela. Pero ésta se logra por otros cauces, que excluyen la vía de amparo. El «derecho a la vida familiar», explica la sentencia: *«Se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE), cuya efectividad, como se desprende del artículo 53.2 CE, no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el artículo 57.2 LOEx [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España], verificando*

si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del artículo 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo» (FJ 7). La inexistencia de vía de amparo para proteger el «derecho a la vida familiar» determina la desestimación del recurso.

3) *Referencia al voto particular.*—El extenso voto particular es muy duro con la decisión, a la que no ahorra críticas. Discrepa de la sentencia prácticamente en todos los puntos: Desde la necesidad de analizar el derecho a la tutela judicial, hasta la forma en que se valoraron los derechos a la libre residencia y a la intimidad personal y vida familiar de la menor. Se reprocha a la sentencia haber incurrido en una denegación de justicia y una voluntad deliberada de «minimizar» la incidencia práctica de los efectos de la expulsión. A este efecto, la mayoría habría realizado una «adjetivación selectiva de los perjuicios [que] resulta caprichosa y reduccionista o estrecha de miras», llegando a un «auténtico despropósito» al sostener que la libertad de opción de la menor sigue existiendo. Los discrepantes entienden que la ejecución de la orden de expulsión sí afectará a los derechos fundamentales de la menor (libertad de residencia y derecho a la intimidad y vida familiar) y que, en consecuencia, el amparo debería haberse admitido. «No habiéndolo hecho así, se ha puesto una piedra más para una nueva condena contra el Estado español por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instancia ante la que la actora, indudablemente, recibirá la adecuada satisfacción a sus pretensiones que, de manera inexplicable, este Tribunal Constitucional no le ha otorgado».

STC 190/2013, 18 de noviembre

RA: Estimado.

Ponente: Ortega Álvarez.

Conceptos: Derecho a la intimidad personal y familiar. Libertad de información. Especulación sobre la identidad del padre de una persona de notoriedad pública.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1 d) CE.

La directora de cine Pilar Miró (1940-1997) falleció sin revelar al público la identidad del padre de su hijo, Gonzalo Miró, a pesar del interés mediático que siempre despertó esta información. Aprovechando este interés, y acaso tras esperar que el hijo cumpliera la mayoría de edad, los programas de la cadena Telecinco «Aquí hay tomate» y «TNT» emitieron sendos reportajes, entrevistas y tertulias en los que se especuló ampliamente sobre la identidad del padre. Pese a que los programas se anunciaron bajo la alegación de que finalmente se revelaría el secreto tan celosamente ocultado por Pilar Miró, su contenido se limitó a la especulación, y simplemente se identificó implícitamente a un determinado periodista como la opción más verosímil.

Gonzalo Miró interpuso una demanda por vulneración en su derecho a la intimidad personal y familiar y, en nombre de su difunta madre, por vulneración del derecho a la intimidad de esta. Tras la desestimación de la demanda en la primera instancia, la Audiencia Provincial de Madrid apreció la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar del demandante y su madre y condenó a las personas responsables de los programas litigiosos a indemnizar a aquel por un importe de 300.000 euros.

La Sala Primera del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación de los medios. A su juicio, los programas televisivos no revelaron «*hechos de la vida privada del actor*», de manera que no se produjo intromisión en el ámbito de protección del derecho fundamental a la intimidad.

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo del demandante, declara la vulneración del derecho fundamental a la intimidad, anula la sentencia del Tribunal Supremo y acuerda la retroacción de actuaciones para que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la indemnización derivada de la lesión al derecho a la intimidad del demandante (cuestión que también había sido recurrida inicialmente en casación). Como consecuencia de este pronunciamiento, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha dictado su sentencia de 5 de junio de 2014 (RJ 2014/3014), que reduce la indemnización concedida por la Audiencia Provincial y la fija en 200.000 euros.

A continuación se resume la argumentación seguida por el Tribunal Constitucional:

1) *Delimitación de los derechos fundamentales en juego: imposibilidad de pronunciarse sobre los derechos a la intimidad personal y familiar de Pilar Miró.*—El recurso de amparo se formuló por vulneración, tanto del derecho fundamental a la intimidad personal del demandante, como del mismo derecho que tendría su difunta madre. Como es lógico, el Tribunal advierte, con carácter preliminar, que no podrá pronunciarse sobre la vulneración de este último derecho, con arreglo a la doctrina fijada en la STC 231/1988 (*Paquirri*), que reproduce extensamente.

La sentencia, no obstante, no extrae de esta doctrina una conclusión más concreta (como sería, coherentemente, afirmar sin asomo de duda que el derecho a la intimidad de Pilar Miró se extinguió con su muerte).

En todo caso, el Tribunal deja claro que los dos derechos en juego en el caso son el derecho a la intimidad personal y el derecho a la intimidad familiar del demandante: el primero, le protegería respecto de la divulgación de la «*identidad de su padre*»; el segundo le protegería, entre otros, de la divulgación de «*aspectos íntimos de su madre fallecida*» (FJ. 2).

2) *La mera especulación o los rumores sobre la filiación del demandante afectaron a su derecho a la intimidad.*—Según la sentencia, la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo no es compatible con la doctrina constitucional sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la intimidad. El Tribunal Supremo, como ha quedado indicado, entendió que los programas de televisión no identificaron al padre del demandante, sino que se conjeturó «*sobre las posibles filiaciones paternas del actor, con base a una serie de datos conocidos en relación a [sic] la vida de su progenitora, siendo diversos los nombres propuestos y por tanto barajados como posibles, sin aseverar categóricamente nada al respecto*».

La jurisprudencia constitucional, no obstante, había señalado que «*a nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar. El derecho a la intimidad puede verse afectado, no solamente por la afirmación concreta y veraz sobre la identidad del padre del recurrente, sino también por meras especulaciones o rumores su filiación*» (FJ. 5). Por tanto, «*[c]arece de relevancia que el dato sobre la paternidad del recurrente sea cierto o no [...]*».

De este modo, el Tribunal confirma una doctrina clara y singularmente útil para ser aplicada en otros casos: la publicación de una entrevista inventada —pese a no divulgar datos pertenecientes a la vida íntima o privada de una persona— infringe el derecho a la intimidad del afectado, salvo que esta publi-

cación quede amparada por un límite constitucionalmente relevante (p. ej., libertad de expresión o libertad de creación artística).

3) *La información sobre la filiación paterna de Gonzalo Miró carece del interés público necesario para quedar protegida por la libertad de información. La irrelevancia de la previa divulgación de esa información.*—A la vista de la consolidada jurisprudencia constitucional sobre el concepto de interés público informativo que queda protegido por el derecho constitucional a la libertad de información, la sentencia descarta contundentemente la existencia de este interés en el caso: *«la información sobre la filiación paterna del recurrente de amparo carece de interés público, sin perjuicio de que sean datos que puedan interesar a un mayor o menor número de espectadores y sin que la condición de personaje público del titular del derecho a la intimidad pueda alterar tal conclusión»*.

Sentada esta premisa algo contradictoria (el Tribunal no ignora que esa información interesaba a mucha gente, con independencia de que este interés responda a la necesidad de saciar una curiosidad prosaica y al puro entretenimiento), la sentencia se limita a sostener la prevalencia del derecho a la intimidad en este caso.

Mayor interés presenta la siguiente consideración que realiza la sentencia: ante la alegación de los recurridos en amparo de que la información litigiosa —la especulación sobre la identidad del padre del recurrente— había sido largamente abordada en el pasado por otros medios, que también habían barajado los mismos nombre y datos, la sentencia considera que ello no elimina la licitud de la intromisión en el derecho a la intimidad; o, por mejor decir, que esa previa difusión no determina que esos datos queden directamente protegidos por la libertad de información: *«[e]l hecho de que un dato íntimo, en un momento determinado, haya alcanzado notoriedad sin consentimiento de su titular —siempre que dicha publicidad no esté amparada por otro derecho fundamental— no implica que dicho dato deje de estar protegido por su derecho a la intimidad y quede, por tanto, carente de tutela jurídica ante una posterior publicación del mismo»* (FJ. 7).

STC 197/2013, de 2 de diciembre

RA: Estimado.

Ponente: Martínez-Vares García.

Conceptos: Notificación por edictos y tutela judicial efectiva. Desahucio por precario. Indefensión. Nulidad de actuaciones.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE.

La sentencia se refiere, una vez más a la problemática de la notificación por edictos. En este caso, no en procedimiento de ejecución hipotecaria (vid. la reseña de la STC 79/2013), sino de desahucio por precario. El recurso de amparo se interpone contra dos resoluciones judiciales a las que los demandantes *«atribuyen la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en la medida en que, al serles notificada por edictos la demanda de juicio de desahucio por precario interpuesta frente a ellos, no tuvieron conocimiento del desarrollo del proceso y, por lo tanto, no fueron oídos en él»* (FJ 1).

1) *Doctrina constitucional sobre notificación por edictos y derecho a la tutela judicial: Deber de diligencia judicial.*—La sentencia resume en pri-

mer lugar su ya conocida doctrina sobre la notificación por edictos. *«Recae sobre el órgano judicial no sólo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación, sino también el de asegurarse de que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso. En concreto, para la validez constitucional de la notificación edictal hemos exigido que se hayan agotado previamente por el órgano judicial las modalidades de notificación más aptas para asegurar la recepción de la misma por su destinatario –la notificación personal–, admitiendo el empleo de los edictos sólo en los casos en que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero. [...] El órgano judicial “ha de extremar las gestiones en la averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales a su alcance, de manera que el acuerdo o resolución judicial que lleve a tener a la parte en un proceso como persona en ignorado paradero debe fundarse en criterios de razonabilidad que conduzcan a la certeza, o cuando menos a una convicción razonable, de la inutilidad de los medios normales de citación” (por todas, STC 61/2010, de 18 de octubre, FJ 2 y las que en ella se citan)» (FJ. 2)*

2) *Valoración de las concretas circunstancias del caso.*—La anterior doctrina, sin embargo, no puede aplicarse en abstracto. Para la estimación del amparo, el Tribunal tuvo en cuenta que: *«La vivienda, situada en un entorno rural de difícil localización, no fue encontrada hasta el momento de ejecución de la Sentencia, una vez precluidas todas las posibilidades procedimentales de alegación y prueba. A este resultado contribuyó de forma decisiva la pasividad del Juzgado ante el que se tramitaba el procedimiento, el cual ante la dificultad en la práctica de la diligencia no agotó los medios “normales a su alcance” para la localización de los demandados: ignoró el ofrecimiento de los actores –que sí conocían la ubicación del inmueble– de acompañar al funcionario de la oficina judicial que efectuase el emplazamiento y no llevó a cabo ninguna otra gestión para asegurar la recepción de la notificación ni en el domicilio que se hizo constar en la demanda, ni en otro en el que el emplazamiento fuera posible, respecto de lo que el Juzgado no emprendió ninguna averiguación» (FJ 4).*

En consecuencia, se estima el amparo por haberse producido indefensión de los recurrentes y se decreta la nulidad de actuaciones.

STC 208/2013, 16 de diciembre.

RA: Estimado.

Ponente: Asúa Batarrita.

Conceptos: Derechos al honor y a la propia imagen. Entrevista a mayor edad con un importante déficit cognitivo difundida en televisión en un contexto burlesco. Protección de los disminuidos físicos y psíquicos. Requisitos constitucionales de validez del consentimiento prestado por incapaz para la intromisión en los derechos al honor y a la propia imagen.

Preceptos de referencia: Artículos 10.1, 18.1 y 49 CE. Artículos 2.2 y 3.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar.

No es infrecuente que los contenidos de los programas de entretenimiento televisivo se llenen con protagonistas reales ocasionales, representados por

personas inicialmente carentes de notoriedad pública, cuya intervención se limita a revelar y testimoniar determinadas historias personales, más o menos interesantes, a veces afortunadas, a veces desgraciadas. Que los espectadores empaticemos con el afectado, que lo critiquemos o, directamente, que podamos reírnos de él y de su historia es consustancial a estos programas.

Al margen del juego de la libertad de información en estos casos, la cuestión jurídica relevante se sitúa en el consentimiento o autorización que prestan las personas que participan en estos programas. En apariencia, la cuestión es sencilla: si consienten válida y eficazmente en todos los usos de su imagen, de la información personal, etc., la conducta de las personas responsables de los programas será lícita y, en particular, no constituirá una intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: *volenti non fit iniuria*. Así lo dispone el artículo 2.2 de la LO 1/1982.

No obstante, en el caso de las personas físicas con la capacidad de obrar restringida –menores, incapacitados e incapaces– la cuestión resulta más difícil: no se discute si es posible el consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen de estas personas, sino cómo afectan estas restricciones a la capacidad de obrar en el ejercicio del consentimiento expreso del artículo 2.2 LO 1/1982. Se trata, en suma, de determinar si los menores, incapaces e incapacitados podrán, a pesar de las eventuales restricciones generales a su capacidad de obrar, ejercitar válidamente y por sí solos el consentimiento; o si el ordenamiento –la CE, en el caso que nos ocupa– impone normas de protección adicional de estas personas y, en este sentido, impone la representación legal o un complemento de su capacidad y, con ello, determina la invalidez o ineficacia del consentimiento prestado por el menor, el incapacitado o el incapaz por sí solos.

El caso que está en el origen de la sentencia plantea, de forma descarnada, esta problemática: el programa «Crónicas marcianas» de Telecinco emitió una entrevista que previamente había realizado a una persona mayor de edad, con unos rasgos físicos de notoria singularidad y con un acreditado déficit cognitivo (en el procedimiento se expondría que el entrevistado tenía una discapacidad física y psíquica del 66 por 100). Las preguntas del periodista versaron esencialmente sobre la misma temática: el tipo de mujer por el que el entrevistado sentía atracción. La entrevista finalizó con un mensaje que el entrevistado dirigió al público, en el que reseñó abiertamente y con concisión esas preferencias.

Según el relato de los hechos realizado en todas las instancias judiciales, el tono burlesco de la entrevista era inequívoco: además de que la emisión se acompañó de «risas y jolgorio», parece que el efecto cómico residía en el contrapunto que percibía el espectador, al observar que alguien cuyos rasgos físicos condicionan negativamente sus posibilidades de encontrar pareja detallaba con cierta exigencia el tipo de mujer con la que deseaba estar.

Como la crueldad no excluye el efecto cómico ni el entretenimiento, la entrevista tuvo cierta acogida entre los espectadores; de ahí que en la página web del programa se reseñara la entrevista y se adornara de comentarios hilarantes dirigidos a poner de relieve los signos de la discapacidad física del entrevistado.

El entrevistado y sus padres interpusieron demanda de protección civil de los derechos al honor y a la propia imagen contra el entrevistador, el director de «Crónicas marcianas» y la cadena de televisión en la que se emitía el pro-

grama. Solicitaron la declaración de la intromisión ilegítima en esos derechos y una indemnización de 300.000 euros.

El Juzgado de Primera Instancia –que rechazó la legitimación activa de los padres– estimó parcialmente la demanda, declaró la intromisión ilegítima y concedió una indemnización de 15.000 euros. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –que, a diferencia de la primera instancia, admitió la intervención *ad cautelam* de los padres como demandantes– confirmó el resto de los pronunciamientos de la resolución del Juzgado.

La Sala Primera del Tribunal Supremo revocó la sentencia de la Audiencia y negó la intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la propia imagen del entrevistado. Para el Tribunal Supremo, el consentimiento prestado para la realización de la entrevista fue válido y excluyó el carácter ilícito de la intromisión.

El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo formulado por el Ministerio Fiscal frente a la sentencia del Tribunal Supremo, anula esta sentencia y confirma la de la Audiencia Provincial, sobre la base de los argumentos que se resumen a continuación.

1) *La difusión en televisión y en internet de la entrevista queda comprendida en el ámbito objetivo de los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen.*—Esta conclusión es, a juicio del Tribunal, indiscutible a la vista de los hechos acreditados en la jurisdicción ordinaria. La cuestión, en efecto, presentaba poco margen de discusión en relación con el derecho fundamental a la propia imagen: la reproducción de la imagen del entrevistado en televisión y en la página web queda indiscutiblemente comprendida en el ámbito de protección del artículo 18.1 CE, con independencia de que esas imágenes no fueran íntimas (pues el derecho a la imagen no se confunde con el derecho a la intimidad), y por cuanto esas imágenes afectaban a su esfera moral o personal (no patrimonial). El encuadramiento en el derecho al honor exigía un razonamiento más detallado, pues el mensaje transmitido en la entrevista –que, indudablemente, menospreciaba al entrevistado– no era falso. Por ello, al reseñar el contenido del derecho fundamental al honor, la sentencia destaca la jurisprudencia constitucional que lo ha caracterizado como aquel que protege a la persona «frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio» (FJ. 3); y sobre todo aquella jurisprudencia que ha destacado que la afectación del derecho al honor no reside exclusivamente en la falsedad del mensaje o información, sino en «el propósito burlesco, animus iocandi» que «se utiliza precisamente como instrumento de escarnio» (*ibid.*). Como contribución adicional a esta jurisprudencia, la sentencia añade, en un tono esencialmente retórico, que «el derecho al honor es una emanación de la dignidad, entendido como el derecho a ser respetado por los demás» (*ibid.*).

2) *La difusión de la entrevista no queda amparada por la libertad de información.*—La posible prevalencia de la libertad de información sobre los derechos al honor y a la propia imagen del entrevistado no era la cuestión central del caso. Con todo, las referencias a ella en la sentencia son de interés. En realidad, la sentencia se limita a recordar que la protección constitucional de la libertad de información solo se da en relación con informaciones veraces y referidas «a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública» (FJ. 5). Es evidente que para la jurisprudencia constitucional –a diferencia de lo que en alguna ocasión ha sostenido la Sala Primera del Tribunal Supremo (*vid.*

STS 12-VI-2009, *María Reyes*)— la información frívola que solo entretiene no queda protegida por la libertad de información. Esta consideración —que descarta directamente que la información que pudiera transmitir la entrevista quedara cubierta por la libertad de información— se acompaña en la sentencia de dos argumentos adicionales, aparentemente innecesarios y con escasa conexión con el artículo 20.1 d) CE: (i) en todo caso, no puede prevalecer la libertad de información por cuanto la entrevista constituyó «*un abuso de sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen*» y «*fue realizada únicamente con propósito burlesco, para ridiculizar al entrevistado [...]*» (FJ. 5); y (ii) la condición del entrevistado de discapacitado físico y psíquico impide que prevalezca la libertad de información. Aquí el Tribunal —sin aparente conexión con la libertad de información— adelanta su *ratio decidendi* en relación con la invalidez del consentimiento prestado por el entrevistado: el artículo 18.1 CE debe ponerse en conexión con el artículo 49 CE (mandato constitucional de protección de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos).

3) *El entrevistado no consintió la publicación de la entrevista en la página web y, por tanto, existe vulneración del derecho a la propia imagen.*—El Tribunal no rehúye la cuestión central y más difícil del caso: determinar si el entrevistado, al consentir para la realización y difusión de la entrevista, consintió válidamente y neutralizó el eventual carácter ilícito de la intromisión en sus derechos al honor y a la propia imagen. No obstante, advierte con carácter preliminar que la infracción del segundo de estos derechos se produciría en todo caso respecto de la publicación de la entrevista en la página web. En efecto, el entrevistado no consintió en ese segundo uso y, por tanto, la utilización de su imagen en la página web (con una evidente finalidad comercial) constituye una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen.

4) *El entrevistado no consintió válida y eficazmente. El error de la Sala Primera del Tribunal Supremo.*—La conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo de que el entrevistado consintió válida y eficazmente se apoyó en un doble argumento: (i) el entrevistado no había sido declarado judicialmente incapacitado, y (ii) acudió voluntariamente a la entrevista e indiscutiblemente consintió a la captación de su imagen para que fuera emitida en el programa «*Crónicas Marcianas*»; de ello, extrae el Tribunal Supremo que el entrevistado prestó válidamente el consentimiento *ex* artículo 2.2 LO 1/1982, con arreglo a la consolidada doctrina jurisprudencial que admite la validez del consentimiento tácito, por medio de actos inequívocos.

Aunque no lo formulara expresamente, el Tribunal Supremo no dejó de pronunciarse sobre si el entrevistado tenía capacidad natural suficiente para consentir. Al respecto, y sobre la base de un argumento algo sorprendente, el Tribunal Supremo entendió que la consideración en la sentencia de primera instancia de que el entrevistado tenía una discapacidad física y psíquica del 66 por 100 —que evidentemente influyó en el fallo de esta primera resolución— no fue en realidad declarado «*como hecho probado*»; de manera que debía prevalecer la presunción de capacidad.

Así las cosas, el (discutible) argumento del Tribunal Supremo presentaba una trascendencia constitucional —al menos, bajo el punto de vista del art. 18.1 CE— lábil: para el Tribunal Supremo, la validez del consentimiento del entrevistado respondía esencialmente a una cuestión probatoria: no se había conseguido acreditar que el entrevistado no reuniera la capacidad natural suficiente para entender y querer, por lo que, no estando incapacitado judicialmente, debía presumirse su capacidad para consentir válidamente. No

obstante, el Tribunal Constitucional consigue formular el *error* de la Sala Primera en unos términos distintos, con mayor enjundia constitucional: para el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo se limitó a observar «*la inexistencia de una declaración judicial*» y de ello extrajo la presunción de capacidad y, en última instancia, la validez del consentimiento (FJ. 6).

En este contexto, el Tribunal Constitucional expone con soltura el reproche al Tribunal Supremo: al tratarse de una persona con discapacidad (en el sentido, al parecer, del art. 49 CE), el análisis de su capacidad para consentir en la intromisión en los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE «*no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad*». En estos casos, el artículo 18.1 CE y los artículos 2.2 y 3.1 LO 1/1982 (en conexión con sus arts. 49 y 10.1) exigen atender a dos consideraciones adicionales.

En primer lugar, el consentimiento debe ser expreso (como dispone el artículo 2.2 LO 1/1982). Pero esta exigencia debe interpretarse de forma «*especialmente rigurosa*»; lo que significa que, a diferencia de la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo, la mera realización voluntaria de una entrevista no puede interpretarse como la prestación de un consentimiento expreso. Aunque el Tribunal Constitucional no detalla qué debe entenderse por expreso a los efectos del artículo 2.2 LO 1/1982, es claro que su doctrina se opone abiertamente a la del Tribunal Supremo, que, de conformidad con la doctrina de los autores más autorizados, ha considerado, con carácter general, que la forma expresa que exige esa norma no excluye la validez del consentimiento prestado tácitamente.

En segundo lugar, en los casos como el que nos ocupa, se exige una «*garantía adicional*», que el Tribunal Constitucional identifica con la necesidad de que el «*entrevistador [...] se asegurara de que el actor, con una discapacidad física y psíquica evidente, era claramente conocedor de las características del programa en el que se emitiría la entrevista y del alcance de ésta*». Como no se produjeron estas garantías, el Tribunal Constitucional concluye que el consentimiento del entrevistado no fue prestado de forma válida y eficaz y, por lo tanto, este consentimiento no excluyó la licitud de la intromisión en los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen.

El Tribunal Constitucional no aclara en qué se concretan esas garantías adicionales y, sobre todo, qué debería haber realizado el entrevistador para que el consentimiento del entrevistado fuera válido (¿se exige contrato escrito? ¿Debe firmar una carta de asunción de riesgos o un documento de consentimiento informado? ¿Debían consentir sus padres? ¿Debía intervenir el Ministerio Fiscal *ex art. 3.2 LO 1/1982?*...). Se dirá con razón que estas son cuestiones civiles que corresponde dilucidar a la jurisdicción y legalidad ordinarias; mas no se olvide que el fundamento de la presente sentencia del Tribunal Constitucional –y con él la posibilidad de reprochar constitucionalmente la argumentación *civil* u *ordinaria* que realizó la Sala Primera del Tribunal Supremo– se apoya en una interpretación de la LO 1/1982 (en consonancia con los arts. 18.1, 10.1 y 49 CE); y ello, por cuanto esa normativa contiene –según dice la propia sentencia del Tribunal Constitucional (FJ. 6)– la configuración legal de unos derechos fundamentales (en este caso, el honor y la propia imagen). Por tanto, si el Tribunal Constitucional ha precisado cómo deben interpretarse los artículos 2.2 y 3.1 LO 1/1982 también debería –o deberá más adelante– aclarar cómo un incapaz puede en Derecho español consentir válida y eficazmente la intromisión en sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Gabriel GARCÍA CANTERO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Sara MARTÍN SALAMANCA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doble venta: prescripción de acción personal: computo del plazo (arts. 1964 y 1969 CC).–En los supuestos en los que interviene la mala fe o el dolo de una de las partes de la relación jurídica, por ejemplo en el fraude de acreedores o en la doble venta, la posibilidad del ejercicio de la acción y, con ella, el cómputo para su ejercicio, no debe ser otro que el momento en que la víctima tuvo conocimiento de la lesión de su derecho o debió tenerlo por exigencia de una diligencia básica o por hechos claros e inequívocos.

Protección registral y buena fe.–Reiterada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo mantiene que la protección registral no resulta aplicable cuando la ignorancia o desconocimiento, ya de la inexactitud del Registro, o bien de los vicios o defectos que afecten a la titularidad del propietario, es

imputable a la mala fe o negligencia del adquirente que conoció o debió conocer dicha irregularidad ante hechos o indicios claros, manifiestos o inequívocos al respecto (en este sentido, entre otras, SSTS de 25 octubre de 1999, 8 marzo de 2001 y 11 octubre de 2006). (STS de 11 de diciembre de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Las demandantes interponen una demanda, ejercitando una acción declarativa de dominio y solicitando que los demandados sean condenados a abonarles la suma de 324.000 euros, importe en el que cifran el valor actual de la finca litigiosa que no reivindican al entender que está en posesión de unos terceros de buena fe. Alegan que dicha finca litigiosa fue adquirida, en abril 1983, por Francisco (marido y padre, respectivamente, de las demandantes) para su sociedad de gananciales, siendo los vendedores Dionisio y su esposa Eulalia (hermana del comprador). La citada compraventa no accedió al Registro, comprobándose posteriormente que los vendedores procedieron a vendérsela a Conrado y su esposa mediante escritura pública en octubre de 1986 que sí se inscribió en el Registro de la Propiedad. Dicha finca fue objeto de otras dos compraventas posteriores que también fueron inscritas en el Registro.

A la pretensión de la parte actora se opone la demandada Eulalia, considerando que la compraventa realizada en 1983 a favor de su hermano fue simulada al no haberse entregado el precio, encontrándose en todo caso prescrita la acción por haber transcurrido más de quince años. La parte demandada formula reconvencción y solicita que se declare la nulidad de la escritura pública inicial de compraventa que no fue inscrita en el Registro.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvencción. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación, revocando la sentencia de primera instancia en lo referente a la estimación de la reconvencción. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto, casa la sentencia recurrida y devuelve las actuaciones a la Audiencia Provincial para que, una vez rechazada la prescripción de la acción ejercitada en la demanda, dicte sentencia sobre el resto de cuestiones objeto del litigio.

NOTA.—El Tribunal Supremo no entra en el fondo de la cuestión litigiosa y se limita a casar la sentencia y a ordenar a la Audiencia Provincial que juzgue, como tribunal de instancia, todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto del proceso, no pudiendo apreciar la prescripción de la acción ejercitada en la demanda (esta solución ya se adoptó por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 2009). (M. J. P. G.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Libertad de información frente al derecho al honor y a la intimidad. Ponderación.—La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información, porque comprende la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

Sin embargo, la libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos (SSTC 104/1986 y 139/2007). Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos, y sólo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante (SSTC 107/1988, 105/1990 y 172/1990). El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos, e impide la difusión de expresiones insultantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (SSTC 14/2003 y 216/2006). El conflicto entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación. Ello exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión: i) la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre; ii) la libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otros, aunque sea desabrida y pueda molestar, pues así lo exigen también los principios que conforman la sociedad democrática. En segundo término, la técnica de ponderación debe valorar el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión, teniendo en cuenta que: i) la relevancia pública o interés general de la noticia cuando la persona sobre la que versan ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública puede justificar la prevalencia del derecho a la libertad de información y expresión cuando las noticias o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado; ii) la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, porque la CE no reconoce un derecho al insulto (SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, entre otras), pero el requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares periodísticos o del resto de particulares propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de esas necesidades de concisión, se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas; iii) se debe tener en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permitan entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente de su carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003). (STS de 27 de diciembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Iván formuló demanda de protección de su derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen frente a Diario C, por las manifestaciones efectuadas en un artículo publicado en la revista dominical de este diario, con el título «*Un novio freudiano para M*», en el que se hacían comentarios e insinuaciones sobre su personalidad, infancia y condición sexual así como acusaciones respecto a una supuesta agresión a una de sus empleadas, los cuales, según afirmaba, además de ser injuriosos y vejatorios, no se ajustaban a la verdad.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Barcelona de 19 de mayo de 2009 desestima la demanda. Se funda en las siguientes apreciaciones: i) es innegable la proyección pública del demandante, siendo la relación mantenida con la famosa actriz M lo que le ha convertido en protagonista de informaciones de los medios de comunicación; ii) el contenido del artículo publicado se refiere a aspectos de la vida conyugal del demandante que él mismo ha hecho públicos; iii) no se han utilizado términos innecesarios o efectuado afirmaciones o insinuaciones injuriosas; iv) no cabe entender que lo publicado exceda de los límites del reportaje neutral, pues no ofrece ninguna información nueva, sino un resumen de informaciones ya publicadas anteriormente.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 17.^a, de 7 de octubre de 2010 desestima el recurso de apelación interpuesto por el actor y confirma la sentencia impugnada. Contra dicha sentencia, el demandante interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, por entender que, frente a la intromisión en el derecho al honor y a la intimidad personal del demandante, atendidas las circunstancias del caso, debe prevalecer la libertad de información y de expresión. Entre los argumentos utilizados por el Alto Tribunal podemos destacar los siguientes: i) el demandante puede ser considerado como una persona con proyección pública, cuya celebridad y conocimiento público no derivan del ejercicio de funciones públicas o actividades de especial trascendencia política o económica, sino del interés suscitado en general por el conocimiento de su compromiso matrimonial con una famosa actriz; ii) el contenido del artículo versa sobre aspectos de la vida privada del demandante constados con aspectos que él mismo ha hecho públicos; iii) aunque algunas afirmaciones no sean del agrado del demandante, no tienen un carácter injurioso, insultante o desproporcionado; iv) concurren los requisitos para la existencia de un reportaje neutral: existe una referencia literal al contenido de lo declarado por el propio demandante y a lo dicho sobre él con anterioridad en programas del corazón, y el autor no transmite como propia la información ofrecida, sino que claramente pone de manifiesto cuál es la versión del demandante, discerniendo entre aquellas informaciones vertidas que proceden de datos contrastados de aquellas que son simples rumores u opiniones, preguntándose en algunas ocasiones sobre el grado de verosimilitud de las afirmaciones realizadas en programas del corazón. Al aplicarse la doctrina constitucional del reportaje neutral no se debe analizar la verdad de los hechos, pudiendo existir algún error o inexactitud en la información cuando ello no afecta a la esencia de lo informado. (*G. M. A.*)

3. Efectos de la escisión parcial de una sociedad.—La escisión parcial, entendida como traspaso en bloque de una o varias partes del patrimonio de una sociedad a otra, no provoca la extinción de la sociedad segregante, que mantendrá invariable su personalidad jurídica. Se produce una sucesión universal, si bien limitada a los elementos patrimoniales que forman parte de la unidad económica escindida, y los socios de la sociedad aportante se convierten en socios de la beneficiaria de la aportación. Ahora bien, conforme al

artículo 253.1 TRLSA, la parte del patrimonio social que se divida o segregue con la escisión formal debe formar una unidad económica. El problema se produce a la hora de interpretar el concepto de «unidad económica», que no necesariamente tendría que tener vida propia ni tiene por qué coincidir con una empresa, unidad productiva, establecimiento o negocio, sino que podría ser meramente funcional.

El carácter excepcional de la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo.—Nuestro ordenamiento jurídico reconoce personalidad jurídica a las sociedades de capital, de tal manera que éstas puedan llegar a responder de su propio actuar, si bien instrumentalmente a través de los administradores. No obstante, esto no impide que en ciertos casos (ej.: infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso), cuando concurren determinadas circunstancias, proceda el levantamiento del velo con el fin de evitar el perjuicio injustificado a legítimos intereses y derechos de terceros (SSTS de 13 de octubre de 2011 y de 4 de noviembre de 2010). Ahora bien, considera el Tribunal Supremo que el levantamiento del velo es un remedio excepcional y, como tal, deberá aplicarse de forma restrictiva (SSTS de 30 de mayo de 2012, de 7 de junio de 2011 y de 26 de mayo de 2008). La norma general debe ser el respeto a la personalidad de la sociedad de capital y la excepción la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo. Para poder aplicarla, es necesario acreditar aquellas circunstancias que evidencian el abuso de la personalidad de la sociedad. Estas circunstancias pueden ser muy variadas y dan lugar a una tipología de supuestos muy amplia, sin que constituyan un *numerus clausus*. Cada supuesto es distinto y no se pueden mezclar, pues conllevan distintas consecuencias. **(STS de 3 de enero de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 25 de marzo de 1991, la sociedad RV firmó con la sociedad SBM dos contratos de ejecución de obra. El 24 de junio de 1991, SBM pagó a RV el 5% del precio de la obra correspondiente a sendos contratos y el 6 de noviembre de 1991 pagó el 10% del precio de la obra correspondiente a uno de los contratos. El crédito que SBM tenía para la devolución de las cantidades entregadas como anticipo del precio del contrato de obra que no llegó a perfeccionarse fue cedido el 3 de marzo de 1998 a don JC. Entre los años 1997 y 1998, la sociedad RV se escindió parcialmente y generó una nueva sociedad beneficiaria denominada inicialmente IRV y luego pasó a denominarse RVR. En el proyecto de escisión no es objeto de designación ni reparto el crédito de BSM por la devolución de las cantidades entregadas como anticipo. En la sesión del Consejo de Administración de RV se dejó constancia de que la escisión se debe a la necesidad de organizar, de una manera autónoma, el tratamiento de su cartera de pedidos internacionales y de otros grandes contratos. Y en el proyecto de escisión se manifiesta que el desarrollo de la actividad internacional constituye una unidad económica empresarial cuya comercialización y gestión se desarrolla de una forma autónoma. La sociedad matriz RV cambió su denominación por TC y constituyó otra sociedad denominada RVI, ese mismo año 1997. En 1999, la sociedad matriz TC fue declarada en quiebra. En 2003, la sociedad beneficiaria RVR compró las acciones de RVI y se escindió parcialmente, creando la sociedad GRV

GVEIS, a la que transmitió las acciones de RVI. Luego, GRV GVEIS compró el 91.04% del capital social de RVR. Don JC reclama el crédito señalado frente a las sociedades RVR, GRV GVEIS y RVI. Alega: a) que dichas sociedades eran beneficiarias de la escisión parcial de la sociedad deudora originaria (art. 259 TRLSA); B) las operaciones societarias descritas se realizaron para defraudar el derecho de crédito de BSM, reclamado en 1996, solicitando, en consecuencia, el levantamiento del velo.

El Juzgado de Primera Instancia reconoció legitimación activa a don JC para la reclamación del crédito que originariamente correspondía a BSM, al existir una cesión de crédito válida. Después analizó la legitimación pasiva y concluyó que RVR no había asumido la obligación cuyo cumplimiento reclama el actor, pues este crédito aparecía incluido entre los elementos del pasivo transmitido. El Juzgado de Primera Instancia entiende que para que proceda la aplicación del artículo 259 TRLSA, es necesario que la sociedad beneficiaria de la escisión parcial asuma la obligación de la sociedad escindida. Igualmente, rechazó la pretensión de que respondieran de este crédito GRV GVEIS y RVI. Finalmente, desestima la pretensión de levantamiento del velo. Considera que la mera existencia de un proceso de escisión, la constitución de nuevas sociedades mediante aportaciones patrimoniales de una sociedad ya existente, la mera coincidencia del accionariado o de los órganos de administración de varias sociedades, o la actuación en el tráfico de diversas sociedades que forman parte de un grupo empresarial, manteniendo cada una de ellas frente a los demás una independencia en las relaciones jurídicas establecidas, no son datos por sí solos constitutivos de fraude de ley o abuso de derecho. No cabe entender que todas las sociedades demandadas son una sola sociedad, junto con la actual TC en liquidación, para hacerlas responsables de las deudas de esta última.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación por las siguientes razones: 1) no se transmitieron la totalidad de los activos y pasivos de la matriz, sino sólo los enumerados en el proyecto de escisión, entre los que no se encontraba el crédito ahora reclamado, por lo que no resultaba de aplicación el artículo 259 TRLSA, pues la sociedad beneficiaria no asumió esta obligación; 3) tampoco es aplicable el artículo 255.3 TRLSA, en la medida en que la escisión no dio lugar a la extinción de la sociedad que se escindía; 4) tampoco cabe el levantamiento del velo al no apreciarse ninguna conducta fraudulenta que lo justifique.

Don JC interpone recurso de casación, basado en los siguientes motivos: a) la infracción de los artículos 253.1 y 259 TRLSA, 97.4 Ley 43/1995, y 2Bbis y 2.i) Directiva de 23 de julio de 1990, pues lo importante no es que en el balance de escisión aparecieran reflejados los negocios que se transmitían, sino que se haya transmitido la unidad económica; b) la infracción de los artículos 1115, 1116, 1117, 1123 y 1303 CC, así como el Plan general de contabilidad, el artículo 34 CCO, y el 172 TRLSA, porque el balance previo de escisión no reflejaba fielmente la imagen de la compañía, al no contener el crédito de BSM a la devolución del pago anticipado; 3) la infracción de los artículos 6.4 y 7 CC, pues hay que entender que

la omisión de ese crédito se ha hecho en fraude de ley –al tratarse de un negocio internacional que nunca fue excluido expresamente, no debería impedirse que se considere incluido en la rama de actividad de los negocios internacionales transmitidos a la sociedad de nueva creación y beneficiaria de la escisión–.

En cuanto al primer motivo de casación, el Tribunal Supremo considera que la rama de actividad transmitida a la sociedad beneficiaria de la primera escisión debía incluir todo negocio internacional, con independencia de que no se recogiera en el balance de la sociedad beneficiaria algún determinado contrato o alguna obligación. El hecho de que no se incluya la deuda en el proyecto de escisión no significa necesariamente que quedara fuera del efecto de la sucesión universal. A juicio del Alto Tribunal, se transmitió la deuda formando parte de las relaciones jurídicas traspasadas en bloque [art. 252.1.b) TRLSA], por lo que es responsable de su cumplimiento la sociedad beneficiaria. Según el Tribunal Supremo, no es de aplicación el artículo 259 TRLSA porque dicho precepto presupone la existencia de varias sociedades beneficiarias, y en este caso sólo existe una sola. Por tanto, se hace responsable a RVR (sociedad beneficiaria de la primera escisión).

Respecto al segundo motivo del recurso, entiende el Tribunal Supremo que su resolución carece de sentido, al haberse estimado el primero, pues ya se ha reconocido que la deuda con BSM fue transmitida a la sociedad beneficiaria de la primera escisión, aunque no apareciera entre los elementos del pasivo transmitidos.

Finalmente, el tercer motivo alega la infracción de la jurisprudencia sobre el levantamiento del velo, al entender el recurrente que el entramado de sociedades, a las que se ha ido cambiando el nombre, se ha montado para inducir a confusión sobre la identidad de unas y otras, y dificultar la reclamación del crédito. El Tribunal Supremo también lo estima así. Considera que se ha producido un uso abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad para defraudar los legítimos intereses de terceros. A su juicio, la finalidad de todo este entramado de operaciones era distraer la unidad económica de la que había surgido el crédito de la sociedad originariamente deudora, generando confusión a la hora de seguir la pista de la sociedad beneficiaria. Por tanto, el Alto Tribunal entiende justificado el levantamiento del velo de las sociedades codemandadas GRV GVEIS y RVI, para que respondan solidariamente de la deuda que originariamente había sido creada por RV y que luego pasó a RVR tras la primera escisión.

NOTA.–El artículo 6.4 CC se refiere al abuso de derecho y el 7.2 CC al fraude de ley. En base a sendos preceptos, y ante la falta de normativa específica al respecto, el Tribunal Supremo ha creado la doctrina del levantamiento de velo, de aplicación excepcional, dado el respeto que debe primar a la personalidad jurídica de las sociedades. Esta figura implica desposeer a la sociedad de dicho atributo y extender a sus socios la responsabilidad por deudas contraídas con terceros. Para su aplicación, el Juez deberá tener indicios claros que apunten que la sociedad en cuestión está utilizando su personalidad jurídica de forma abusiva para conseguir objetivos que perjudican derechos o intereses legítimos de terceros que han contratado con ella. El Tribunal Supremo ha identificado

en esta sentencia varios supuestos típicos de abuso y que darían lugar al levantamiento del velo: a) la infracapitalización, que se refiere a supuestos de sociedades creadas conforme a los requisitos legales de liquidez para constituir su capital social, pero donde existe una ausencia evidente de activos líquidos con los que financiar las actividades que configuran su objeto social –se produce una manipulación dolosa de la situación financiera de la sociedad.–; b) la confusión de personalidades, es decir, entre el patrimonio personal del socio y el patrimonio de la sociedad; c) la dirección externa, donde una sociedad ejerce la dirección efectiva de otra; d) el trasvase fraudulento de activos patrimoniales de una sociedad a otra, con el fin de generar una situación de insolvencia para los acreedores que contrataron con la sociedad originaria (ej.: mediante una escisión parcial, como el caso que se planteó en la sentencia reseñada). (S. L. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Nulidad proveniente de delito imputable a ambos contratantes.

Artículo 1305 CC.–El artículo 1305 CC establece una excepción al principio de *restitutio in integrum* del artículo 1303 CC en los casos en que la nulidad radical de los contratos se funde en causa ilícita, por ser el hecho que la sustenta un delito o falta común a ambos contratantes, siendo el reprochable proceder de los contratantes sancionado con la imposibilidad de ejercer cualquier acción entre sí, independientemente de los efectos que pudiera haber causado la nulidad, plasmada en el adagio *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* o la imposibilidad de pedir el cumplimiento ni la restitución por parte de aquel contratante que puede considerarse culpable de la ilicitud.

El legislador no deja margen al restablecimiento del equilibrio prestacional, pese a que ello pudiera provocar el enriquecimiento de una de las partes, y ello porque ambos incurrieron en delito, y quien a ello se arriesga debe tener claro que la norma no ampara el desequilibrio económico que provocó su actuar torticero. No cabe una interpretación extensiva o equilibradora de los riesgos, pues la conducta del recurrente en cuanto causante de ilícito delictivo merece una respuesta contundente pues ha incurrido en una de los comportamientos rechazados por la sociedad a través de la ley y por ello se tipifica como delito.

El artículo 1305 CC excluye tanto las acciones de enriquecimiento injusto como de pago de lo indebido.–En el ámbito del artículo 1305 CC, que no hace excepción alguna, no procede el ejercicio de acciones contractuales o extracontractuales. Asimismo, no cabe aplicar la doctrina sobre enriquecimiento injusto cuando la situación patrimonial producida es consecuencia de pactos libremente asumidos (SSTS de 30 de marzo y 23 de noviembre de 1988, 22 de mayo de 1989, 2 de enero de 1991, 23 de marzo y 15 de diciembre de 1992, 14 de diciembre de 1993, 4 de noviembre de 1994, 28 de febrero de 1995, 24 de marzo de 1998, 30 de septiembre de 1999, 27 de marzo y 12 de diciembre de 2000, entre otras), pues un acuerdo adoptado con plena libertad y voluntad decisoria, es causa justificada de un incremento patrimonial (STS de 16 de marzo de 1995). (STS de 25 de enero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Don D. y doña Y. otorgaron en 1991 sendas escrituras de compraventa por las que vendían diversos inmuebles a la sociedad G., S.A., representada por don F., la cual se subrogó en las hipotecas existentes, reteniendo la parte del precio correspondiente al importe de los préstamos hipotecarios.

En 2001, se dictó sentencia, que devino firme, por la que se condenó a don D., doña Y. y don F. como autores de un delito de alzamiento de bienes, declarándose la nulidad de las referidas escrituras de compraventa, tras lo cual don D. y doña Y. procedieron a vendérselas a C., S.L.

G. demandó a don D., doña Y. y C., solicitando se declarara su derecho a la subrogación en la posición de las entidades financieras acreedoras en la garantía hipotecaria y al reintegro de los gastos y pagos realizados.

Dicha demanda es desestimada íntegramente en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por G., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, la sociedad demandante interpuso sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo ambos desestimados íntegramente por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

5. La regla *contra proferentem* del artículo 1288 CC.—El artículo 1288 CC contiene la regla de interpretación *contra proferentem* de las cláusulas contractuales. El Tribunal Supremo entiende que tiene un doble fundamento: a) la autorresponsabilidad del declarante; 2) la protección de la confianza generada en la otra parte. El ámbito de aplicación típico de esta regla son los contratos sometidos a condiciones generales. Respecto de la contratación negociada, su aplicación no resulta tan natural y automática, sino que está sometida a una serie de requisitos: 1) que la redacción de las condiciones particulares haya sido obra del propio proferente y su intervención haya sido determinante en la oscuridad de las mismas, sin que el resto de partícipes haya cooperado en su producción; 2) que la interpretación realizada no haya permitido averiguar cuál era la voluntad real o querida por las partes.

Doctrina de los actos propios.—El ejercicio de los derechos subjetivos se encuentra limitado por la doctrina de los actos propios. Se trata de proteger la confianza que fundamentalmente se ha puesto en el comportamiento ajeno. Tiene su fundamento en el principio de la buena fe, que impone la obligación de ser coherente con el comportamiento realizado y quedar vinculado con el mismo. Para ello es necesario: 1) que los actos propios sean inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica; 2) que exista una incompatibilidad o contradicción con la conducta precedente. Para aplicar la doctrina de los actos propios no es necesario que estemos ante un negocio jurídico, sino que basta con el deber general de responder de las consecuencias derivadas de la confianza suscitada.

La validez de la venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros.—En un primer momento, el Tribunal Supremo optó por la nulidad de la venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros, basándose en la carencia de objeto o en el error del consentimiento. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido decantándose por la validez de este tipo de ventas (STS de 28 de marzo de 2012). Y ello por varios motivos: a) la naturaleza de la compraventa como contrato generador de obligaciones

(art. 1445 CC); b) el principio de conservación de los contratos, que implica, en otras cosas, el solucionar adecuadamente las vicisitudes que plantee la dinámica contractual, articulando mecanismos que permitan dar validez y eficacia al contrato, y facilitando así el tráfico patrimonial y la seguridad jurídica. La frustración que pudiera surgir en la entrega de la cosa o la transmisión del derecho en cuestión, otorga al comprador una serie de remedios que van más allá de la nulidad de la venta y que presuponen la validez previa del contrato celebrado (ej.: la acción de indemnización, la resolución, la responsabilidad por evicción). Ahora bien, dicha validez se proyectará únicamente en el plano de la eficacia obligacional del contrato, pero no en el ámbito de la eficacia jurídico-real, de la misma manera que tampoco se alteran los derechos que correspondieran a los comuneros que no prestaron su consentimiento. A pesar de todo, a la hora de valorar la validez de la compraventa, habrá que tener en cuenta las circunstancias concretas del caso y, sobre todo, cuál era la intención del comprador. Si lo que realmente quería éste era obtener la titularidad plena sobre el objeto de la compraventa y ello constituye el presupuesto esencial de la misma, surgirá una acción de anulación por error sustancial y excusable. **(STS de 15 de enero de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno].

HECHOS.—P, padre de los hermanos M, R, G, E, L y F, demandante y demandados, y esposo de A, codemandada, era dueño de varios solares identificados con los números 0 a 60. P fue vendiéndolos en vida en virtud de escrituras públicas y privadas, de manera que, al momento de su fallecimiento, sólo faltaban por vender los identificados con los números 0 a 5. Los hermanos intervinientes en el procedimiento otorgaron en abril de 1985 escritura pública de apoderamiento a favor de su madre, para que vendiera los solares números 7 a 26. En abril de 2005, A, haciendo uso de su poder, vendió a la empresa G, también demandada, los solares con los números 0 a 4. En diciembre de 2005 los demandantes revocaron el poder otorgado a su madre. Los actores interponen demanda ejercitando acción de nulidad del contrato de compraventa celebrado entre A y G, al faltar el consentimiento de los vendedores, al haberse extralimitado la mandataria en el poder conferido.

El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad de pleno derecho del contrato de compraventa señalado, por haberse extralimitado A, al haber vendido unos solares que quedaban fuera de su ámbito de apoderamiento y faltar el consentimiento de los actores.

La sentencia es recurrida en apelación por todas las partes demandadas, alegando: 1) que no existió extralimitación de poder; 2) que la compradora actuó de buena fe; 3) subsidiariamente, que al haberse transmitido las participaciones indivisas, la nulidad solicitada únicamente alcanzaría a las participaciones de los actores y no la de los restantes vendedores. La Audiencia Provincial reitera que la apoderada se ha excedido del contenido del mandato, que sólo tenía la facultad de otorgar escrituras de venta respecto de las parcelas 7 a 26. El hecho de que algunas de dichas parcelas estuvieran vendidas ya a través de escritura pública por el propio causante constituye un error, por cuanto sobre ellas nada se podía escriturar, pero no determina que pueda ampliarse el objeto del mandato a todas las fincas sitas en ese paraje. En cuanto a la validez o invali-

dez del negocio jurídico celebrado, la compradora de las fincas ha actuado con buena fe, confiando en la suficiencia del poder apreciada por el Notario autorizante de la compraventa otorgada por la apoderada demandada. Sin embargo, señala la Audiencia que dicha circunstancia no es suficiente para declarar la eficacia de una extralimitación de poder y del negocio formalizado por A. Respecto a la extralimitación del poder, la Audiencia niega que se pueda aplicar la doctrina sobre la apariencia representativa, que determinaría la validez del negocio por negligencia del mandante. Aunque la numeración de los solares es a efectos internos (no a efectos registrales), que deriva del negocio de segregación, y la compradora no tenía por qué tener conocimiento previo de dicha circunstancia, las dudas sobre su determinación exacta deberían haberse resuelto antes del otorgamiento del negocio. Por tanto, entiende la Audiencia que no existe apariencia representativa, sino dificultad en la determinación del objeto sobre el que estaba autorizada la apoderada, que pudo haber sido subsanada. Finalmente, la Audiencia tampoco admite la pretensión de nulidad parcial. Conforme al artículo 399 CC, cada uno de los copropietarios puede libremente transmitir a un tercero su parte indivisa. Sin embargo, en este caso se pretendía enajenar una finca, un cuerpo cierto físico, sobre el que los vendedores tenían un derecho de copropiedad por cuotas. No se trataba de transmitir su correspondiente cuota, sino la finca misma sobre la que recaían aquéllas. De ahí que la Audiencia declare la nulidad total del negocio (arts. 1261 y 1275 CC).

Los demandados interponen recurso de casación, planteando las siguientes alegaciones: a) se cuestiona la declaración de nulidad radical del contrato, pues los comuneros demandados sostuvieron la legitimidad de la venta y la existencia de facultades de la mandataria, por lo que los actores únicamente tendrían legitimación para la anulación respecto de las cuotas que les correspondían en copropiedad; b) la aplicación de la regla *contra proferentem* del artículo 1288 CC, pues se cumplen los requisitos de la redacción unilateral y oscuridad en el texto, en la medida en que los actores intervinieron en el otorgamiento de la escritura de mandato, algo que les impide aprovecharse de la dificultad de una cláusula con el fin de perjudicar al resto de intervinientes en el contrato –los actores no revocaron el poder otorgado a su madre durante más de 20 años, período en el que se beneficiaron de su actuación sin exigir rendición de cuentas.–; c) la infracción del artículo 1709 CC, al negar la eficacia del mandato con que actuó la demandada A. El Tribunal Supremo desestima la segunda y la tercera alegación. Entiende que no es aplicable al caso ni la doctrina de la interpretación *contra proferentem* ni la doctrina de los actos propios por no darse los requisitos. A su juicio, la falta de revocación previa del apoderamiento no supone un acto propio inequívoco y definitivo en el sentido de ratificar la disposición patrimonial efectuada. Además, la falta de exigencia de la obligación de dar cuenta de sus operaciones (art. 1720 CC) no comporta, por sí sola, que los poderdantes hayan ratificado por actos propios la disposición del apoderado realizada más allá del poder otorgado. El primer motivo es el

único que estima el Tribunal Supremo, declarando la validez de la venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros.

NOTA.—En cuanto a la regla *contra proferentem*, hay que indicar que ya el artículo 6.3 LCGC establece, en sede de condiciones generales, que las dudas en la interpretación de aquellas que resulten oscuras deberán resolverse a favor de lo más favorable para el adherente. La diferencia entre este precepto y el artículo 1288 CC es que la solución, en el artículo 6.3 LCGC, es elegir la interpretación más favorable para el adherente, que será, consecuentemente, la más perjudicial para el proferente. En cambio, la del artículo 1288 CC consiste en escoger la interpretación que no favorezca a éste, que no necesariamente tiene que ser la más perjudicial. Además, existen dos manifestaciones de la aplicación subsidiaria de la norma contenida en el artículo 1288 CC: 1) únicamente será aplicable cuando las reglas de interpretación incluidas en los artículos 1281 a 1287 CC hayan resultado inútiles; 2) es necesario que la cláusula en cuestión sea oscura, porque si es clara y precisa, si no existen dudas en cuanto a su interpretación, no podrá aplicarse el artículo 1288 CC. Respecto al segundo tema importante —la venta de cosa común sin el consentimiento de todos los comuneros—, la Audiencia Provincial hizo referencia a la libertad que tiene cada uno de ellos de transmitir su cuota. Sin embargo, dicha libertad tiene una serie de límites: a) que estemos ante derechos indisponibles —por ejemplo, por ser personalísimos.—; b) dicha transmisión no puede suponer, en ningún caso, el establecimiento de servidumbres sobre la cosa común —el artículo 597 CC exige el consentimiento de todos los comuneros en estos casos.—; c) el resto de comuneros tienen un derecho de tanteo y retracto sobre la cuota de la que se pretende disponer (art. 1522 CC; d) si las cuotas no estuvieran distribuidas, la transmisión quedará condicionada a la porción que se le adjudique definitivamente a ese comunero disponente. (S. L. M.)

6. Dación en pago.—La dación en pago o *datio in solutum* es una forma especial de pago, es el negocio jurídico (no es un contrato, como productor de obligación) por el que el deudor realiza a título de pago una prestación distinta a la debida y el acreedor la acepta, y su dominio pleno se le transmite para aplicarlo a la extinción total del crédito (STS de 23 de septiembre de 2002), produciendo los efectos del pago, como cumplimiento de la obligación (STS de 19 de octubre de 2006).

Dación en pago y enriquecimiento injusto.—El enriquecimiento injusto o sin causa, no se recoge explícitamente en el CC pero se aplica como principio general del derecho (STS de 8 de mayo de 2006). Se trata de hechos que provocan un enriquecimiento en una persona a costa del empobrecimiento de otro, sin causa (SSTS de 27 de septiembre de 2004, 27 de octubre de 2005 y 18 de noviembre de 2005). El efecto del enriquecimiento injusto es el nacimiento de una obligación, siendo deudor el enriquecido y acreedor el empobrecido, consistente en restituir lo mismo en lo que se enriqueció o, si no es posible, indemnizar su valor. La acción por enriquecimiento injusto es subsidiaria, en el sentido de que no cabe alegarla si ha mediado un contrato o un acto o negocio jurídico.

La dación en pago es una forma especial de pago, como negocio jurídico emitido voluntariamente por personas físicas o jurídicas con plena capacidad de obrar. Se puede impugnar el negocio jurídico por las causas generales de ineficacia o invalidez, pero no por enriquecimiento injusto. Negado, a partir de hechos probados, el error obstativo y el error vicio, no cabe sino mantener la validez y eficacia de la dación en pago.

Cláusula *rebus sic stantibus*.—La cláusula *rebus sic stantibus* no está legalmente reconocida, pero dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales, si bien es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente. Su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles. En cuanto a sus efectos, hasta el presente, se le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismos, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones (entre otras, SSTS de 23 de abril de 1991, 29 de mayo de 1996, 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 27 de mayo de 2002, 21 de marzo de 2003, 25 de enero de 2007 y 20 de noviembre de 2009). (**STS de 27 de diciembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La sociedad A., S.L., hizo dación en pago, a los efectos de extinguir sus deudas procedentes de préstamos hipotecarios y uno de carácter personal, con la entidad *Caja de M.*

Una de las fincas aparece en el Registro con una superficie de 339,58 m². Se promovió expediente de dominio por exceso de cabida, declarándose que su superficie no es la indicada, sino 2097 m². En la escritura de dación en pago no se hace referencia alguna al exceso de cabida, pese a que estaba en trámite el expediente.

A. formuló demanda interesando la nulidad de la dación en pago, al haber transmitido en ella la propiedad de una finca cuya extensión era muy superior a la que se hizo constar en la escritura pública; o, en su caso, anulación por haber sufrido error en este extremo; o, en último lugar, compensación económica por el enriquecimiento injusto que experimentó la Caja. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la actora, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, la demandante interpuso recurso de casación, siendo desestimado íntegramente por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

7. Incumplimiento contractual. *Aliud pro alio*.—La resolución por incumplimiento de una de las partes, sancionada por el artículo 1124 CC, implica un incumplimiento esencial del contrato. Es preciso que se produzca frustración del fin del contrato, para la parte que cumple y por razón del incumplimiento obstativo de la contraria (STS de 10 de junio de 2010), hecho objetivo del incumplimiento, no justificado o producido por causa imputable al que pide la resolución (STS de 30 de octubre de 2009). En tal sentido, la

resolución cabe en caso de incumplimiento objetivo de la obligación de entrega de la cosa vendida en el contrato de compraventa, lo que ocurre efectivamente si se da el caso de *aliud pro alio*, en que existe pleno incumplimiento del contrato de compraventa, por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió y consiguientemente se ha producido la insatisfacción del comprador, lo que en estos casos permite acudir a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC (STS de 16 de noviembre de 2000). La evidencia de la frustración del fin del contrato, eliminando las legítimas expectativas de la parte perjudicada, desencadena la resolución, en definitiva, la inhabilidad del objeto (STS de 31 de julio de 2002), existiendo un defectuoso cumplimiento al haber sido hecha la entrega de cosa distinta o con vicios que hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina (STS de 17 de febrero de 2010). La doctrina de *aliud pro alio* contempla una doble situación: que se haya entregado cosa distinta a lo pactado o que se haya entregado cosa que, por su inhabilidad, provoque una insatisfacción objetiva, es decir, una completa frustración del fin del contrato (STS de 25 de febrero de 2010). Si el objeto es inhábil para el fin por el que se contrató, pero la parte que lo sufre (el comprador) había conocido y aceptado estas posibles contingencias, ello evita que sea el incumplimiento de la otra parte (el vendedor) el que haya provocado el *aliud pro alio*. (STS de 21 de diciembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La sociedad 2M.C.G.C., S.A. vendió a la inmobiliaria V, S.L. en contrato privado, posteriormente elevado a escritura pública y más tarde complementado con un anexo aclaratorio en el que se expresan las contiendas y contingencias sobre las fincas, unas parcelas en la que ya se construían algunos chalets y que se adquieren para construir otros y destinarlos a la venta. Habiéndose presentado sendos recursos contencioso-administrativos contra los acuerdos municipales de aprobación definitiva del proyecto de urbanización y del proyecto de compensación, ambos fueron declarados nulos.

La compradora V, S.L. interpuso demanda de resolución del contrato de compraventa contra la vendedora 2MC, por entrega de cosa diversa, *aliud pro alio*. El Juzgado dictó sentencia desestimando la demanda. Apelada esta sentencia por el demandante, la Audiencia lo desestimó, confirmando la sentencia del juzgado. La entidad demandante interpuso recurso de casación contra esa sentencia, siendo desestimado por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

8. Contrato de suministro. Incumplimiento por ambas partes.—En los supuestos de incumplimientos dobles se hace necesario determinar quién, por tener que cumplir primero, dejó de hacerlo antes y justificó, por razones funcionales del vínculo, la infracción contractual de la otra parte de la relación jurídica (SSTS de 26 de octubre de 1978 y 12 de febrero de 2007), porque si bien es cierto que la jurisprudencia sobre el artículo 1124 CC no reconoce al contratante incumplidor legitimación para resolver la relación jurídica sinagmática, también lo es que sí se la reconoce cuando el incumplimiento hubiera venido provocado por el anterior de la otra parte de la relación (SSTS de 20 de junio de 1990 y 27 de diciembre de 1995). En modo alguno cabe estimar la *exceptio non adimpleti contractus* si la prestación de la otra parte

contratante fue de indudable provecho o utilidad para quien la alega (STS de 11 de diciembre de 2009), y así en un contrato de obra el contratista no vendrá obligado a terminar la obra en su totalidad si el comitente deja de pagar las cantidades pendientes por obras ya ejecutadas (STS de 14 de diciembre de 2001). Por tanto, es esencial atender a la reciprocidad para valorar los incumplimientos de cada parte contratante, pues lo que no cabe admitir es que una de las partes se sitúe en una posición de ventaja gracias a su propio incumplimiento para, desde esta posición de ventaja, exigir a la otra parte que cumpla íntegramente y a la perfección sus obligaciones contractuales.

Indemnización del lucro cesante. Apreciación restrictiva.—La jurisprudencia, al interpretar el artículo 1106 CC en su referencia a «la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor», se inclina por criterios de «razonable verosimilitud» en la prueba (SSTS de 21 de abril de 2008 y 18 de septiembre de 2007), «especial rigor probatorio», excluyendo los beneficios hipotéticos o imaginarios (SSTS de 27 de junio de 2007 y 14 de julio de 2006), o apreciación restrictiva o ponderada «aplicando criterios de probabilidad de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos» (SSTS de 29 de diciembre de 2000 y 15 de julio de 1998). (STS de 19 de diciembre de 2012; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Entre la mercantil *R.*, como suministradora, y la unión temporal de empresas que ejecutaba las obras de prolongación del dique rompeolas del puerto de *T.*, integrada por las empresas *A.* y *C.*, se concertó un contrato de suministro de hormigón.

Existiendo varias facturas pendientes de pago, *R.* demandó a *A.* y *C.* reclamando el importe de dichas facturas, más una indemnización de daños y perjuicios por haber tenido que resolver anticipadamente el contrato. Las demandadas, tras pagar ante notario parte de las cantidades reclamadas, contestaron a la demanda alegando el incumplimiento contractual de *R.*, su disconformidad con el precio unitario del hormigón suministrado, la pertinencia de determinadas deducciones y la improcedencia de cualquier indemnización, aunque reconocían un saldo provisional a favor de *R.* pero con la reserva de reclamar contra ella en otro procedimiento por los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento contractual.

Fundándose precisamente en tal reserva expresa, *A.* y *C.* interpusieron una demanda contra *R.*, solicitando su acumulación a las actuaciones que ya se estaban tramitando y pidiendo que se declarase resuelto el contrato de suministro celebrado con *R.* y que se condenara a ésta a pagar a *A.* y *C.* una indemnización por deficiencias en el suministro de hormigón para cajones y bloques y por cambio de suministrador.

Habiéndose acumulado ambos procesos, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de *R.* y desestimó íntegramente la de *A.* y *C.*, condenando a éstas a pagar cierta cantidad. La sentencia fue apelada por ambas partes, y la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de *A.* y *C.* y desestimó totalmente el de *R.*, revocando la sentencia del Juzgado en el sentido de rebajar el importe de la condena. Contra esa sentencia, *R.* recurrió en casación, siendo estimado parcialmente el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

9. Derecho concursal. Calificación del concurso como culpable por incumplimiento del deber de llevanza de la contabilidad de la sociedad. Responsabilidad del administrador único.—El sentido propio de las palabras que componen la norma del artículo 172, apartado tercero, LC no permiten, en buena técnica, condicionar el ejercicio de la potestad del juez de decidir si debe condenar a la satisfacción del déficit concursal, a qué administradores, en qué medida y con qué alcance, a la presencia de un daño indemnizable ni a la influencia del comportamiento imputado a los administradores o liquidadores de la persona jurídica sobre la generación o agravación del estado de insolvencia de la misma, cuando la calificación del concurso como culpable ha resultado de la concurrencia de, al menos, uno de los supuestos descritos en el apartado segundo del artículo 164 LC. Carece de fundamento exigir para la procedencia de la condena del administrador societario que éste hubiera causado o agravado la insolvencia de la sociedad, pues no lo exige el artículo 172, apartado tercero, ni resulta, sino lo contrario, del apartado segundo del artículo 164 LC. Esta última norma no constituye un mero desarrollo del apartado primero de este precepto —el art. 164 LC—, sino que contiene la relación de conductas antijurídicas a las que el legislador vinculó, en todo caso y sin excepción, la declaración de concurso culpable. El apartado tercero del artículo 172 LC no establece una indemnización por el daño derivado de la generación o agravamiento de la insolvencia por dolo o culpa grave, sino un supuesto de responsabilidad por deuda ajena cuya exigibilidad requiere i) ostentar la condición de administrador o liquidador; ii) que el concurso fuese calificado como culpable; iii) la apertura de la fase de liquidación; iv) la existencia de créditos fallidos o déficit concursal. Con ello, el Tribunal Supremo recuerda la doctrina jurisprudencial ya establecida en sus SSTs de 6 de octubre de 2011 (644/2011), 16 de enero (994/2011), 21 de marzo (142/2012), 26 de abril (255/2012), 21 de mayo (289/2012) y 16 de julio de 2012 (501/2012). (**STS de 27 de diciembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Siguiendo la propuesta de la administración concursal de la sociedad SQ SL, y del Ministerio Fiscal, el Juzgado de lo mercantil número 2 de Alicante, en sentencia de 21 de septiembre de 2009, calificó como culpable el concurso de esta entidad. Entiende que concurre el supuesto previsto en la regla primera del apartado segundo del artículo 164 LC, esto es, por el incumplimiento por la deudora del deber de llevanza de la contabilidad durante varios ejercicios. La sociedad no había llevado los libros de contabilidad correspondientes a los ejercicios de 2002, 2005 2006 y 2007, y había depositado tardíamente las cuentas de los ejercicios de 2003 y 2004. El Juzgado identificó al único administrador de la sociedad concursada como afectado por la calificación, le inhabilitó para administrar bienes ajenos y ejercer el comercio o tener cargo o intervención en compañías mercantiles o industriales durante un plazo de dos años, a pagar a los acreedores de esta sociedad el importe íntegro de los créditos que no percibieran en la liquidación de la masa activa, y al pago de las costas del proceso.

En sentencia de 7 de mayo de 2010, la Audiencia Provincial de Alicante desestima el recurso de apelación interpuesto por el administrador condenado. Éste interpone recurso de casación, que, nuevamente, es desestimado por el Tribunal Supremo. Sostiene el Alto

Tribunal que la sociedad luego concursada incumplió el deber de llevanza de la contabilidad; el artículo 164.2 LC imponía la calificación del concurso como culpable y los órganos judiciales de ambas instancias aplicaron correcta, razonable y motivadamente el artículo 172.3 LC.

NOTA.—El magistrado don Ignacio Sancho Gargallo formula un voto concurrente. Su disidencia respecto de la opinión de la mayoría no alcanza a la decisión final, sino que se ciñe a la argumentación empleada. Concretamente, a las razones que justifican la responsabilidad del administrador a pagar la totalidad de los créditos no concursales no satisfechos con la liquidación. Explica cómo si bien para la calificación culpable del concurso, conforme al artículo 164.2 LC, no se exige que esta conducta haya generado o agravado la insolvencia del deudor, esta actuación sí justifica la responsabilidad del administrador a pagar total o parcialmente los créditos concursales no satisfechos con la liquidación prevista en el artículo 172.3 LC (actual art. 172 bis LC). En definitiva, la ratio legis de esta norma está vinculada a la generación o agravación de la insolvencia. Cuando el incumplimiento del deber legal de llevar la contabilidad de los tres últimos ejercicios económicos, imputable al administrador afectado por la calificación del concurso como culpable, impide conocer en qué medida la generación o la agravación de la insolvencia es imputable a un comportamiento de este sujeto, Sancho Gargallo entiende lógico que pueda presumirse, pues ha sido el administrador quien ha provocado la duda con la omisión de un deber legal tan relevante como es llevar la contabilidad que permite conocer la situación patrimonial de la sociedad. Cuando es un único administrador, debe ser la misma conducta que ha motivado la calificación culpable del concurso la que determine en su caso su responsabilidad a la cobertura, total o parcial, del déficit, sin que a la hora de graduar esta responsabilidad se puedan tener en cuenta otras conductas distintas a las que sirvieron para calificar el concurso como culpable. No sería contradictorio basar la calificación culpable del concurso en el incumplimiento del deber de llevar la contabilidad y condenar a la cobertura total del déficit, en la medida que la falta de contabilidad impidiera conocer las causas de la insolvencia y la incidencia de la conducta del administrador, pues la imposibilidad de constatar este resultado se debe a la culpa del administrador, a quien, entonces, le será imputable la generación de la insolvencia. (*G. M. A.*)

10. Contrato de permuta financiera. Calificación del crédito concursal. Concepto de obligaciones recíprocas.—Los artículos 61.2 y 84.2 LC declaran como créditos contra la masa las prestaciones a que esté obligado el concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración del concurso. Sin embargo, ni la LC ni el CC definen qué debe entenderse por «obligaciones recíprocas», lo que ha dado lugar a que con frecuencia se identifiquen las recíprocas con las que dimanen de contratos onerosos de los que derivan prestaciones a cargo de ambas partes. La jurisprudencia, sin embargo, ha diferenciado entre el «sinalagma genético», referido al momento en el que se perfecciona la

relación obligatoria en el que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación, y el «sinalagma funcional» o interdependencia, en el que ambas prestaciones deben cumplirse simultáneamente, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor, sin perjuicio de las excepciones que imponen los usos del tráfico o el pacto (así, SSTs de 15 de marzo de 1979, 14 de mayo de 1982, 18 de noviembre de 1994, 5 de julio de 2007, 8 de junio de 1996, 9 de diciembre de 2004, 30 de marzo de 2010, y 10 y 11 de marzo de 2011).

El contrato de permuta financiera de tipos de interés, desvinculado de cualquier otra operación, por el que una de las partes debería pagar el saldo resultante de la diferencia entre «un tipo de interés variable EURIBOR3M» y «un tipo de interés fijo o variable determinado en función del Tipo Barrera Knock-In», no contiene obligaciones funcionalmente recíprocas, ya que nada más surgen obligaciones para una de las partes, pues las prestaciones pendientes de cumplimiento para una de las partes no guardan relación causal con las que pudieran derivarse en el futuro para la otra. Debe por tanto conceptuarse como crédito concursal ordinario. (STs de 9 de enero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—El Banco *S.C.H., S.A.* y la sociedad *S.B., S.A.* suscribieron un «contrato marco de operaciones financieras», y en su ámbito una «confirmación de permuta financiera de tipos de interés (Swap Bonificado 3X3 con Barrera Knock-In)», desvinculada de cualquier otra operación. Con posterioridad, se declaró el concurso de *S.B., S.A.*, y, habiéndose presentado por el Banco el saldo resultante de la liquidación trimestral del contrato de permuta financiera, la administración concursal no lo incluyó en la lista de acreedores.

El Banco *S.C.H., S.A.* formuló demanda de incidente concursal interesando la modificación de la lista de acreedores en cuanto al reconocimiento del crédito derivado de la liquidación o liquidaciones periódicas del contrato de permuta financiera de tipos de interés como crédito contra la masa, ante lo que *S.B., S.A.* mantuvo que se trataba de un crédito concursal subordinado y la administración concursal que era un crédito concursal ordinario, oponiéndose ambas a la demanda. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda y calificando el crédito como concursal ordinario. Interpuesto recurso de apelación por la entidad actora, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, la demandante interpuso recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación, siendo ambos desestimados íntegramente por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

11. Concurso de acreedores. Excepción de incumplimiento contractual frente a la solicitud de inclusión de un crédito en la lista de acreedores.—Declarado el concurso, en los contratos en que sea parte el deudor concursado, aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato; mientras que si no se solicita o no se aprecia ese reseñado interés del concurso en la

continuidad del contrato, el juez acordará la resolución del contrato, con un efecto liberatorio respecto de las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa (art. 62.4 LC). Ello no obsta a que, frente a la reclamación de inclusión en la lista de acreedores de un crédito contractual, el deudor concursado o la administración concursal puedan oponer la inexistencia del crédito o la aminoración de su importe porque la prestación debida fue realizada inadecuada o parcialmente, pudiendo así conocer el juez del concurso, por vía de excepción, sobre el cumplimiento o incumplimiento de la prestación contractual que generó en un contrato sinalagmático el crédito reclamado, pues de ello depende el reconocimiento de su existencia y su cuantificación, así como su consideración como crédito concursal o contra la masa.

La *exceptio non adimpleti contractus* presupone que el contrato bilateral está pendiente de cumplimiento por ambas partes, pues provoca una mera suspensión provisional del cumplimiento de la obligación, por lo que no cabe oponer la excepción frente a la pretensión de inclusión de un crédito concursal, porque su invocación presupone que el contrato está pendiente de cumplimiento por ambas partes y por ello el crédito reclamado es un crédito contra la masa (art. 61.2 LC). La pretensión de inclusión de un crédito concursal derivado de un contrato bilateral con reciprocidad de prestaciones presupone que esté pendiente de cumplimiento por una sola de las partes, el concursado, lo cual puede ser compatible o bien con un incumplimiento de la prestación que ya no sea susceptible de cumplimiento, que sea resolutorio, lo que equivale a una inexistencia del crédito reclamado; o bien con un cumplimiento defectuoso que, resuelta la relación contractual, justifique la reducción del precio estipulado. (STS de 18 de diciembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La promotora inmobiliaria *L.* suscribió un contrato de consultoría con la consultora *G.* para la prestación de servicios profesionales «de apoyo, asesoramiento y gestión de todas las actuaciones urbanísticas necesarias para el desarrollo urbanístico» de unos terrenos pertenecientes a un sector respecto del cual *L.* pretendía la adjudicación de la condición de «agente urbanizador», trabajos que debían desarrollarse en tres fases. *G.* comenzó a prestar los servicios correspondientes a la primera fase, por los que cobró un 20% del precio estipulado. Más tarde, *L.* fue declarada en concurso de acreedores voluntario y *G.* comunicó un crédito por los servicios desarrollados para *L.*, pendientes de pago, pero la administración concursal no incluyó este crédito en la lista de acreedores, porque los trabajos estaban defectuosamente realizados, faltaba documentación y las facturas no estaban registradas contablemente.

A la vista de esta exclusión, *G.* presentó una demanda de impugnación de la lista de acreedores, en la que solicitaba que se declarara que el contrato de consultoría se encontraba tácitamente resuelto en interés del concurso y por ello debía ser reconocido su crédito, más los intereses correspondientes, como crédito contra la masa y, subsidiariamente, como crédito concursal, a lo que se opusieron tanto la administración concursal como *L.*

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la impugnación de créditos y reconociendo el crédito de *G.* como crédito ordinario, entendiendo que, con ocasión de la impugnación de la lista de acreedores por el acreedor que pretendía su inclusión, la concursada no puede excepcionar que el contrato no fue cumplido o que lo fue defectuosamente. Interpuesto recurso de apelación por *L.*, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, la demandante interpuso recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La *exceptio non adimpleti contractus*, cuyo papel en el ámbito concursal es analizado en esta sentencia, se ha consolidado como un medio de defensa que supone una negativa provisional al pago que suspende o paraliza la ejecución de la prestación a su cargo mientras la otra parte no cumpla con exactitud (SSTS de 12 de julio de 1991, 21 de marzo de 2001 y 17 de febrero de 2003), si bien debe tratarse del incumplimiento de una obligación básica, no bastando el cumplimiento defectuoso de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias (SSTS de 3 de diciembre de 1992, 22 de octubre de 1997, 28 de abril de 1999, y 20 y 26 de junio de 2002).

Existen diferencias entre la *exceptio non adimpleti contractus* y el incumplimiento resolutorio del artículo 1124 CC. Respecto a sus efectos, la excepción de incumplimiento no reporta una modificación de la relación obligatoria, pues su aplicación provoca una mera suspensión provisional del cumplimiento de la obligación, mientras que la pretensión resolutoria supone el ejercicio de una facultad de configuración jurídica que reporta la modificación de la relación obligatoria por medio de su efecto resolutorio (STS de 5 de noviembre de 2007). Por otra parte, en la aplicación de la *exceptio* resulta suficiente con que la gravedad del incumplimiento revele una quiebra básica o esencial respecto de la exactitud del programa de prestación acordado que, por lo general, seguirá siendo útil a los intereses del acreedor si se cumple satisfactoriamente, mientras que en la dinámica resolutoria la gravedad del incumplimiento debe generar una situación de quiebra básica de los elementos básicos respecto de la posible satisfacción de los intereses del acreedor, a los que dan lugar los llamados incumplimientos esenciales (imposibilidad sobrevinida fortuita, transcurso del término esencial, *aliud pro alio*, imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos o la frustración del fin del contrato: STS de 20 de diciembre de 2006).

Sobre esta sentencia, vid. el comentario de Lis Paula San Miguel Pradera en *CCJC*, n.º 94, 2014, pp. 71-98. (*F. J. J. M.*)

12. Retroacción de la quiebra.—La jurisprudencia, desde la STS de 7 de marzo de 1931 y por mucho tiempo, interpretó literalmente el artículo 878.II CCO, entendiendo que bastaba una interpretación literal o gramatical, y proclamaba la nulidad de todos los actos comprendidos en el periodo de retroacción, sin admitir limitaciones ni por razón de las personas afectadas ni por los negocios realizados, llegando incluso en alguna ocasión a dejar sin efecto la eficacia protectora para el tercero hipotecario de la fe pública regis-

tral (SSTS de 17 de marzo de 1958 y 15 de noviembre de 1991), si bien en alguna ocasión desestimó la pretensión de ineficacia del acto impugnado por advertir una clara ausencia de perjuicio para la masa de la quiebra. En el ámbito de las operaciones inmobiliarias, aparecieron algunas sentencias que relativizaron los efectos de esta ineficacia, refiriéndose a la necesidad del fraude (STS de 12 de marzo de 1993) o del perjuicio (STS de 20 de septiembre de 1993), e incluso la STS de 7 de julio de 1998, llegó a reconocer expresamente que no podía interpretarse literalmente este precepto y supeditó la ineficacia a la concurrencia del perjuicio, que vendría representado por un detrimento patrimonial o disminución del haber de la masa.

La ineficacia de los actos realizados por el quebrado en el periodo de retroacción no responde a la naturaleza propia de la nulidad, pues desde el punto de vista dogmático la nulidad aparece referida a los negocios jurídicos que padecen una ineficacia estructural derivada de una irregularidad en la formación del contrato, que se produce *ipso iure* y *erga omnes* de forma definitiva e insubsanable, sin posibilidad de confirmación, y la ineficacia del artículo 878.II CCO no responde a ninguno de los caracteres propios de la nulidad: no es automática, ni originaria ni estructural. Tesis que ha acabado siendo admitida por la jurisprudencia, sobre todo a partir de la STS de 13 de diciembre de 2005, por cuanto se requiere decisión judicial al menos cuando se oponga o resista el actual poseedor a la entrega de los bienes, que por otra parte no pueden ser ocupados por los síndicos, que tampoco pueden, con la sola base del auto que fija la retroacción, cancelar o anular los asientos registrales causados por las transmisiones realizadas durante el periodo de retroacción; o que puede inscribirse una compraventa presentada antes que un auto de declaración de quiebra que retrotraiga sus efectos a fecha anterior; o que en los folios de las fincas enajenadas por el quebrado durante el periodo de retroacción no puede ser anotada la declaración de quiebra acordada en un procedimiento en que no son citados ni oídos los titulares registrales actuales de aquéllas; y esta nulidad tampoco afecta por igual a todos los actos, pues vienen excluyéndose aquéllos que, por corresponder al giro y tráfico ordinario del quebrado, el buen sentido tiene por válidos, ni puede concebirse esta nulidad ni como originaria, pues el acto del quebrado nació correctamente, y no ha podido solicitarse la nulidad hasta la declaración de quiebra y la determinación del periodo de retroacción, ni cabe tampoco calificarla como estructural, pues no proviene de un defecto en origen, sino que se trata de las consecuencias posteriores de un negocio estructuralmente regular. Esta doctrina ya es, en la actualidad, unánime e incontrovertida, pues aparece reiterada con los mismos o parecidos términos en las sentencias posteriores. Una ineficacia de estas características responde a la categoría jurídica de la rescisión, cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial, de modo que debe considerarse ineficaces sólo los actos comprendidos en el periodo de retroacción que ocasionen un perjuicio para la masa de la quiebra, interpretación que además es acorde con lo previsto en la disposición adicional primera de la LC: la LC deroga el sistema de reintegración previsto en el CCO, e idea una acción de reintegración propiamente concursal, que nace y se extingue con el concurso de acreedores, de naturaleza rescisoria, que funda la ineficacia de los actos de disposición realizados por el deudor concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso en el perjuicio para la masa activa (art. 71.1 LC).

De este modo, en el ámbito de la retroacción de la quiebra, cabría excluir de los efectos del artículo 878.II CCO aquellos actos de disposición del deu-

dor quebrado que sean ordinarios de su actividad empresarial, de modo que en sí mismos no encierran ningún perjuicio, y hayan sido realizados en condiciones normales, esto es, de forma periódica y regular, lo que ahora puede articularse en la práctica teniendo en cuenta el artículo 71.5 LC. Pero el hecho de que el pago impugnado no pueda considerarse un acto ordinario de la actividad empresarial de la quebrada realizado en condiciones normales, no impide que el tribunal aprecie la ausencia de perjuicio, al analizar todas las circunstancias que rodeen al acto impugnado. **(STS de 12 de diciembre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—*O.*, S.A., como arrendataria, y *A.*, S.A., como arrendadora, firmaron el 4 de febrero de 1994 un contrato de arrendamiento de un edificio por quince años. El 1 de marzo de 2000, cuando aún quedaban nueve años de contrato, ambas partes convinieron la resolución del contrato de arrendamiento y la liquidación de las obligaciones pendientes mediante la fianza entregada en su día por *O.* y un cheque que se libró a favor de *A.*, así como el alquiler de parte del edificio para continuar con el negocio. Quince días después, *O.* solicitó su declaración en estado de suspensión de pagos, si bien el Juzgado que conocía de la suspensión de pagos acordó su archivo y la apertura de la quiebra, fijándose como fecha de retroacción el 1 de enero de 2000.

La sindicatura de la quiebra interesó la nulidad de los pagos realizados al liquidar las deudas pendientes del contrato de arrendamiento, por haber sido realizados durante el período de retroacción de la quiebra. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la sindicatura de la quiebra, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, la demandante interpuso recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación, siendo ambos desestimados íntegramente por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

13. Resolución de compraventa. Inaplicabilidad del régimen de los artículos 1182 a 1184 CC a las obligaciones de pagar una suma de dinero.—El régimen de los artículos 1182 a 1184 CC, referido a la pérdida de la cosa debida como causa de extinción de la obligación de entregarla, y a la liberación del deudor cuando lo sea de una obligación de hacer y la prestación resultare legal o físicamente imposible, no es aplicable a obligaciones que no sean de entregar una cosa determinada, hipótesis del artículo 1182 CC, ni tampoco una obligación de hacer, hipótesis del artículo 1184, sino la de pagar una suma de dinero, siendo el dinero una cosa genérica sujeta a la regla de que el género nunca perece, ni cuando lo verdaderamente pretendido en la demanda no era tanto una liberación de la obligación de los compradores de pagar el precio subsistiendo la de la vendedora de entregar la cosa cuanto un desistimiento del contrato, por más que se calificara de resolución y se invocara el artículo 1124 CC, por circunstancias sobrevenidas consistentes. Cuando la jurisprudencia admite la aplicación analógica del artículo 1184 CC a las obligaciones de dar a que se refiere su artículo 1182 (así, SSTs de 21 de febrero de 1991, 29 de octubre de 1996, 23 de junio de 1997 y 30 de abril de 2002) no lo hace para ampliar el ámbito del artículo 1182 a las deudas de dinero, sino para admitir la liberación del deudor de cosa determinada no

solo por la pérdida de esta sino también por la imposibilidad legal o fáctica de entregarla.

Cláusula *rebus sic stantibus* y crisis económica.—La cláusula o regla *rebus sic stantibus* trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato. Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, esta se ha mostrado siempre, sin embargo, muy cautelosa en su aplicación, dado el principio general del artículo 1091 CC, de que los contratos deben ser cumplidos (así, SSTS de 10 de diciembre de 1990, 6 de noviembre de 1992 y 15 de noviembre de 2000). Más excepcional aún se ha considerado su posible aplicación a los contratos de tracto único, como la compraventa (SSTS de 10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 22 de abril de 2004 y 1 de marzo de 2007), y por regla general se ha rechazado su aplicación a los casos de dificultades de financiación del deudor de una prestación dineraria (SSTS de 20 de mayo y 23 de junio de 1997). Más concretamente, en relación con compradores de viviendas que debían pagar el precio en tiempo más o menos próximo al inicio de la todavía subsistente crisis económica, la STS 597/2012, de 8 de octubre, ha rechazado tanto la nulidad por vicio del consentimiento como la resolución por incumplimiento solicitadas sobre la base de que la vendedora se había comprometido a obtener la subrogación de la compradora como deudora hipotecaria, pues el deudor debe prever las fluctuaciones del mercado, amén de apreciarse en la sociedad compradora una finalidad especulativa; y la STS 568/2012, de 1 de octubre, ha rechazado unas pretensiones similares de la compañía mercantil compradora de una vivienda, que igualmente alegaba el compromiso de la vendedora de facilitar la financiación del pago del precio, pues era previsible que el banco no hubiese aceptado la subrogación por falta de solvencia, cuando a la propia compradora se le denegaron los préstamos que directamente solicitó a las entidades financieras.

Ello no significa, sin embargo, que la regla *rebus sic stantibus* haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspectivas prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla (SSTS 27 de junio de 1984, 17 de mayo de 1986, 21 de febrero de 1990 y 1 de marzo de 2007), pero sin que la crisis económica, por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, pues en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas, favoreciendo a quien en verdad siguiera interesado en comprar pero por un precio inferior, y se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento. La posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica no puede fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba, tales como el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el

contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública; la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia. (STS de 17 de enero de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Entre la mercantil *H. y J., S.A.*, por una parte, y doña *Á.* y don *P.*, por la otra, se concertó un contrato privado de compraventa de vivienda.

Ante la imposibilidad de obtener financiación para pagar la parte del precio, más el correspondiente IVA, estipulada para el momento del otorgamiento de escritura pública y entrega de la vivienda, los compradores instaron judicialmente la resolución del contrato. La demandada contestó a la demanda oponiéndose y formulando reconvencción pidiendo la condena a los compradores al cumplimiento del contrato y al pago de la parte pendiente del precio más los intereses legales desde la interpelación judicial, ante lo que los demandantes calificaron de caso fortuito o fuerza mayor la imposibilidad de conseguir financiación, alegaron la situación existente al tiempo de celebrar el contrato (*rebus sic stantibus*) y la sobrevenida el tiempo de ser requeridos para otorgar la escritura pública.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó totalmente la demanda inicial de los compradores y estimó la reconvencción de la promotora, condenando a aquellos a cumplir el contrato y pagar la cantidad correspondiente a la parte pendiente del precio y el IVA, más los intereses legales desde la interpelación judicial. La sentencia fue apelada por los compradores demandantes, y la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, revocando la sentencia del Juzgado y desestimó la reconvencción, declarando resuelto el contrato y condenando a los compradores en el sentido de rebajar el importe de la condena. Contra esa sentencia, la promotora demandada interpuso sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo desestimado el primero y estimado el segundo por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

14. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida de cumplir la obligación de pagar el precio por falta de entidad bancaria que financie la operación.—Para que se produzca la liberación del deudor por imposibilidad de cumplir la prestación, es necesario que la prestación devenida imposible sea la diseñada a cargo del deudor en el acto constitutivo y no otra. Hay que deslindar la imposibilidad de cumplir la prestación de pagar el precio de compra, que es la asumida por los compradores, de la de obtener financiación banca-

ria. En segundo lugar, es necesario que dicha imposibilidad sea posterior a la celebración del contrato. No es posible atribuir efectos extintivos a los impedimentos sobrevenidos que fueron tomados en consideración por las partes al contratar, o que, razonablemente, deberían haberlo sido, ya para evitarlos o superarlos, ya para evitar o superar sus consecuencias. En un caso similar, la STS de 20 de mayo de 1997 afirmó que la posible dificultad para obtener un préstamo que financie la construcción de la vivienda es una cuestión razonablemente previsible en el momento de celebración del contrato, sin que pueda equivaler a imposibilidad la mayor dificultad de cumplir una obligación.

Cláusula *rebus sic stantibus*.—El Tribunal Supremo recuerda que tanto los ordenamientos de nuestro entorno como los principales textos de armonización y actualización del derecho de contratos (como son los Principios de Unidroit, los PECL o los trabajos de modernización del derecho de obligaciones español) contemplan soluciones para la influencia sobre el contrato de la alteración sobrevenida de las circunstancias. Reconoce el Alto Tribunal que, hasta ahora, la fórmula de la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido la más emplea por la jurisprudencia para admitir en nuestro sistema ciertos medios de corrección de la frustración económica del contrato (concretamente, la resolución del vínculo o la modificación equitativa de su contenido) en determinadas situaciones particulares. Finalmente, concluye que no resulta aplicable al caso concreto porque en su demanda, los compradores no hicieron ningún tipo de alegación sobre un cambio de las circunstancias concurrentes al contratar, no bastando a tales efectos una mera referencia a la cláusula en el escrito de contestación a la demanda de reconvencción presentada por la vendedora.

Calificación del contrato. Contrato de compraventa de obra futura.—Cuando el vendedor de una vivienda futura es, además, quien debe antes construirla, particularmente si le corresponde aportar los materiales, se plantea la cuestión de deslindar el contrato de compraventa del de ejecución de obra. Esta calificación depende de cuál de las dos prestaciones debidas (la consistente en el *facere* previo o en el *dare* o entrega posterior de lo ya construido) fue considerada más relevante por las partes, teniendo en cuenta lo expresado al contratar y las circunstancias objetivas concurrentes. Cuando de dicha calificación resulta que se está en presencia de un contrato de compraventa, los compradores no disponen del derecho de desistimiento previsto en el artículo 1594 CC para el contrato de obra. (STS de 18 de enero de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—El 28 de abril de 2008 las partes firmaron un contrato privado de compraventa de una vivienda en construcción por un importe de 249.000 euros. En ese momento, los compradores entregaron 36.000 euros como parte del precio convenido. Se pactó un plazo de entrega de la vivienda con posibilidad de prórroga en determinadas circunstancias. Además, para el caso de que los compradores no cumplieran su obligación de pagar el resto del precio aplazado, se estableció, a favor de la vendedora, la opción entre resolver el contrato y retener el 25% de las cantidades entregadas por los compradores o bien exigir el cumplimiento de la deuda pendiente. La misma opción se contempló a favor de los compradores para el caso de que la vendedora no entregara la vivienda en el tiempo establecido. Aunque los compradores pretendieron desistir del contrato, la vendedora insistió en la ejecución del contrato y les

requirió para que recibieran la vivienda y, simultáneamente, pagaran el resto del precio.

Los compradores presentaron una demanda pretendiendo la resolución del contrato y la condena a la vendedora a la devolución de parte del precio entregado (descontando el importe la pena pactada). Para ello se ampararon en la cláusula contractual que contemplaba la facultad resolutoria a favor de la vendedora, alegaron que el cumplimiento de su obligación de pago del precio había devenido imposible porque dos entidades de crédito se habían negado a otorgarles un préstamo hipotecario para financiar la operación.

La vendedora se opuso a la demanda defendiendo que la facultad resolutoria prevista en el contrato lo era a su favor, y presentó una demanda reconvenicional exigiendo el cumplimiento del contrato y el pago del resto del precio. Los compradores contestaron a la reconvenición haciendo referencia a la situación económica general y a la oportunidad de aplicar a su relación contractual la regla *rebus sic stantibus*.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvenición considerando que, ante el incumplimiento de los compradores, la vendedora había optado por exigir el pago del resto del precio. Los compradores presentaron un recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial que dictó una sentencia en la que declaró que el cumplimiento de la obligación de pagar el precio había devenido imposible para los compradores «ante la falta de entidad bancaria que financie la operación» y declaró la resolución del contrato, condenando a la vendedora a devolver las cantidades entregadas descontada la pena pactada. Frente a esta sentencia, la vendedora interpuso un recurso extraordinario por infracción procesal que fue desestimado y un recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, dejando sin efecto la sentencia recurrida y haciendo suyo el fallo de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—Como ya viene siendo habitual, antes de exponer las soluciones que ofrece el ordenamiento español al caso planteado, el Tribunal Supremo hace referencia a textos de armonización y actualización del derecho de obligaciones y contratos y a las soluciones que ofrecen algunos ordenamientos de nuestro entorno. Así, para ilustrar los efectos del cambio sobrevenido de las circunstancias menciona los Principios Unidroit, los PECL y los trabajos de modernización del derecho de obligaciones español, además del CC italiano y del CC portugués. En el caso la imposibilidad sobrevenida de cumplir y sus efectos, acude al CC italiano, al CC portugués y a los textos internacionales de los Principios Unidroit y la CISG. (L. P. S. M. P.)

15. Donación: revocación por ingratitud.—La Sala Primera del Tribunal Supremo mantiene que si bien es cierto que los hechos tipificados como causas de ingratitud en el artículo 648 CC tienen carácter tasado, conforme al principio de legalidad que rige en esta materia (STS de 13 de mayo de 2000, entre otras), no es menos cierto que la literalidad en la descripción o contenido de las causas tipificadas que legitiman instar la revocación de las donacio-

nes sí que puede ser objeto de interpretación. Ello permite a la doctrina y a la jurisprudencia (SSTS de 27 de febrero de 1995 y 5 de diciembre de 2006) afirmar que no es preciso para la aplicación del artículo 648 CC que exista una sentencia penal condenatoria ni tampoco que el procedimiento penal se haya iniciado, sino simplemente que la conducta que se impute tiene que revestir caracteres delictuales. (**ST5 de 18 de diciembre de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Se realiza una donación de tres inmuebles y posteriormente la donante interpone una demanda solicitando la revocación de la donación por causa de ingratitud de la donataria por imputar ésta a la donante una conducta merecedora de un reproche penal, conforme a lo dispuesto en la causa primera del artículo 648 CC, y subsidiariamente por la denegación indebida de alimentos, conforme a lo previsto en la causa tercera del citado precepto.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y declara la revocación de la donación por causa de ingratitud. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto y confirma en su integridad la sentencia de primera instancia. (*M. J. P. G.*)

16. Crédito al consumo. Crédito gratuito.—Según el Tribunal Supremo, el legislador de 1995 empleó la denominación «contratos de crédito gratuitos» para referirse a todos aquellos contratos en los que el financiador no tenga derecho a exigir al consumidor una retribución bien en concepto de intereses, bien indirectamente o por vía de repercusión. De esta manera, el hecho de que exista un préstamo sin pacto de intereses no supone que sea gratuito para el prestatario. Basta con que el prestamista convenga con el prestador de los servicios una retribución para que la gratuidad quede excluida en el conjunto de la operación, pese a estar expresamente pactada en el respecto del consumidor. Recuerda el Tribunal Supremo que, precisamente, esta interpretación en el conjunto del sistema de protección del consumidor, dio lugar a la reforma del artículo 2 operada por la Ley 62/2003.

Crédito al consumo. Contrato vinculado.—El Tribunal Supremo entra a interpretar el alcance que debe tener el acuerdo de exclusividad que exige la ley que exista previamente entre el financiador y el proveedor de bienes o servicios para que la ineficacia sobrevenida del contrato de consumo afecte al contrato expresamente destinado a su financiación. Sostiene que dicha exclusividad no es incompatible con la posibilidad de que colaboren con el prestador de los bienes o servicios varias entidades financieras, ya que se determina en función de las posibilidades efectivas de que, razonablemente, hubiera dispuesto el consumidor para contratar con otra entidad concedente del crédito. Cuando se determina que la libertad de decisión del consumidor no se ha respetado en este punto, se deben proteger sus intereses extrayendo consecuencias jurídicas de una conexión contractual determinada sin su colaboración. (**STS de 12 diciembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—La *Associació d'Usuaris d'Academies d'Ensenyament no Oficial de Girona i Província* presenta una demanda contra *Cambridge English School*, una empresa dedicada a la enseñanza de idio-

mas, y contra el *Banco Santander Central Hispano* y otras dos entidades bancarias que habían prestado dinero a los clientes para financiar los contratos de enseñanza de idiomas.

En su demanda pretende que determinados contratos de enseñanza de idiomas estaban resueltos desde la fecha en que la empresa de enseñanza idiomas dejó de prestar servicios y, como consecuencia de ello, los contratos de crédito firmados para financiarlos habían devenido ineficaces, al estar estos últimos vinculados con los primeros.

Las dos instancias estimaron las pretensiones de la demanda y el *Banco Santander Central Hispano* interpuso un recurso de casación contra la sentencia de apelación. El recurrente alegaba que los contratos de crédito que había celebrado con los destinatarios de los servicios de enseñanza no estaban sometidos a la entonces vigente Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, básicamente, porque eran préstamos gratuitos y porque no había un acuerdo de exclusividad entre el prestador del servicio y la entidad financiera.

NOTA.—En esta sentencia, el Tribunal Supremo reitera la doctrina contenida en las SSTs de 25 de noviembre de 2009, 19 de febrero de 2010, 1 de febrero, 22 de febrero y 4 de marzo de 2011 y 20 de julio de 2012, todas ellas referidas a la interpretación de los artículos 2.1 letra d), 14.2 y 15.1 letra b) de la Ley 7/1995, de 25 de marzo de Crédito al Consumo, antes de la reforma operada por la Ley 62/2003. Posteriormente, la Ley 7/1995 ha sido derogada por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo. (L. P. S. M. P.)

17. Accidente de circulación: Secuelas: Incapacidad permanente: Factor de corrección.—A resultas de las lesiones sufridas en accidente de circulación ocurrido el 16 de junio de 2004, el perjudicado ejerció, reclamando la pertinente indemnización más intereses del artículo 20 LCS y costas, la acción directa contra la aseguradora, aportando un dictamen pericial que fijaba el día de alta en la fecha en que el INSS declaró la incapacidad (16 de febrero de 2006), concediendo una puntuación total por secuelas de 37 puntos y valoraba el daño de acuerdo con las cuantías actualizadas para 2006. La entidad aseguradora mostró su disconformidad con la cuantía por entender que la víctima había contribuido culposamente al resultado por no llevar cinturón de seguridad, que el periodo de baja era menos extenso, que las secuelas debían recibir menor puntuación y que el daño debía valorarse en el momento en que ocurrió el siniestro. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y fijó la indemnización en 145.063,31 euros, descartó la concurrencia de culpa en el accidente y declaró: a) que la baja duró hasta el alta médica el 15 de diciembre de 2005, y no hasta que se declaró la invalidez en el ámbito laboral; b) que para computar las secuelas debía prevalecer la prueba pericial de la actora pues fue el único perito que reconoció personalmente a la víctima; c) que el factor corrector de incapacidad permanente no viene determinado por la calificación laboral, pues también han de ser valorados otros aspectos familiares y personales y no sólo la pérdida de capacidad para trabajar, lo que permite prescindir de la resolución del INSS y atender al resultado de la prueba practicada en juicio civil que acreditaba que la invalidez sufrida solo tiene carácter total y no absoluta porque la víctima

podía valerse por sí misma sin ayuda de terceras personas; d) que en orden a su cuantificación debía estar al año 2005 en que se establece definitivamente las lesiones; y e) que la conducta de la aseguradora en el pleito penal y en el civil en que consignó ciertas cantidades (la suma de 85.978,45 euros, cobrada el 18 de mayo de 2008), y el carácter razonable de su oposición, eran causa justificada para no imponer el recargo por mora. La Audiencia Provincial desestimó el recurso del actor y confirmó la sentencia apelada.

Improcedencia de intereses de demora.—La aseguradora actuó con arreglo a las exigencias impuestas por la regulación singular de la mora en el pago de las indemnizaciones derivadas de accidentes de circulación, sin que existan razones fácticas ni jurídicas para reprochar a la aseguradora que la cantidad consignada en sede penal por importe de 24.683,58 euros no fuera suficiente y que no fuera percibida por la víctima. La sentencia recurrida no declara probado que la compañía conociese la mayor gravedad de las lesiones al tiempo de realizar esa primera consignación en sede penal, por lo que no es posible asegurar que la consignación respondiera a una voluntad más aparente que real de cumplir con sus obligaciones. Además, una vez que la aseguradora solicitó un pronunciamiento judicial sobre su suficiencia ha de entenderse que su conducta se ajustó a las exigencias legales y jurisprudenciales, sin que la inactividad del Juzgado al respecto de declararla o no suficiente pueda operar en contra de dicha entidad. Ulteriormente el procedimiento penal fue archivado exclusivamente por inactividad del perjudicado, que al no formular denuncia en plazo, abocó al archivo de la causa penal, que trajo consigo que la consignación realizada se devolviera a la compañía, la cual expresó por escrito su voluntad de ofrecer en pago dicha cantidad. A mayor abundamiento, incluso en la hipótesis de que se hubieran infringido las anteriores exigencias, también es concorde con la doctrina jurisprudencial que toma en consideración el carácter razonable o fundado de los argumentos de oposición en su conjunto.

Factor de corrección por incapacidad permanente: Esta no depende de la decisión de órganos laborales, administrativos o jurisdiccionales.—El sistema legal de valoración utiliza el término *ocupación o actividad habitual*, y no contiene ninguna referencia a la actividad laboral del afectado. En consecuencia, la apreciación del supuesto fáctico de la norma, presupuesto para el reconocimiento del factor corrector de invalidez permanente, en sus distintos grados, no depende de la decisión tomada en sede laboral por los órganos administrativos o jurisdiccionales de dicho orden al respecto de la incidencia de las secuelas sufridas en la capacidad laboral del perjudicado, pues el sistema permite indemnizar tanto el perjuicio patrimonial ligado a la pérdida de ingresos por la incapacidad laboral como el daño moral ligado a dicha pérdida y, además el daño patrimonial y moral ligado a la falta de aptitud para el desempeño de lo que venía siendo cualquier actividad u ocupación habitual, incluso la de ocio. La sentencia confirma en este punto los hechos probados en primera instancia, donde no solo se descartó que la incapacidad resultante de las secuelas privara al perjudicado de autonomía suficiente para no valerse por sí mismo (lo que excluía la situación de gran invalidez) sino también que la pérdida inherente a las secuelas llegara al extremo de impedirle la realización de cualquier ocupación o actividad habituales desde la perspectiva civil —que no laboral—, a que se ciñe el sistema legal de valoración.

Periodo de incapacidad temporal.—No se aprecia incorrección alguna en la decisión de la Audiencia Provincial de extender el periodo de baja hasta la fecha en que se acordó conceder al perjudicado el alta médica definitiva (15 de

diciembre de 2005), pues en esa fecha se declara probado que las lesiones ya estaban estabilizadas, siendo relevante a tales efectos que las secuelas concretadas en ese instante determinasen ulteriormente el reconocimiento de una situación de invalidez permanente. Y desde el punto de vista fáctico, en la medida en que su fijación en ese día concreto fue el resultado de la valoración de la prueba obrante, integrada al respecto por informes periciales contradictorios, dicha decisión perteneciente al juicio fáctico ajeno a la casación. (**STS de 21 de enero de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La STS de 9 de enero de 2013, debida al mismo ponente, parecería contradictoria con la sentencia aquí anotada pues a efecto de fijar el *dies a quo* de la acción indemnizatoria ejercitada también en vía directa frente a la aseguradora, señala como decisiva la declaración del INSS. Pero obsérvese que en aquélla se trataba de segundas secuelas, y que la doctrina aplicaba se presentaba más bien como algo excepcional. En todo caso resulta conveniente dilucidar aquí con claridad las fronteras entre lo laboral y lo civil, evitando jurisprudencia aparentemente discordante. (*G. G. C.*)

18. Accidente de circulación: Indemnización por incapacidad permanente: Factor de corrección.—La perjudicada por un accidente de circulación ocurrido el 20 de febrero de 2005, ejercitando la acción directa contra la entidad aseguradora, reclama el máximo reconocido por daños personales (77.639 euros) por el concepto de factor corrector de la Tabla IV en razón a la incapacidad habitual, reconocida por el INSS el 5 de febrero de 2007. El Juzgado de Primera Instancia le concedió únicamente 12.000 euros por el factor corrector, considerando parcial la incapacidad pues sólo hacía unos meses que trabajaba como agente comercial, y las actividades deportivas que ya no podría desarrollar constituían sólo una afición. La Audiencia Provincial calificó la incapacidad de total y fijó la indemnización en 20.000 euros, dentro del primer tercio de la horquilla, no siendo impedimento que la lesionada tuviera 19 años en el momento del siniestro pues las secuelas le impedían la bipedestación prolongada, y para justificar la cuantía valoró el escaso tiempo en que llevaba trabajando, no precisando preparación especial para hacerlo, su juventud en el sentido de la posibilidad de reorientar fácilmente su futuro profesional, y que el accidente había tenido mayor incidencia en la equitación como actividad de ocio que practicaba, que en la profesional.

En el recurso de casación la perjudicada trata de plantear una controversia exclusivamente jurídica, es decir la posible aplicación analógica del criterio de la proporción inversa entre la edad de la víctima y *quantum* indemnizatorio, que el sistema invoca con relación a la Tabla III, para concretar, dentro de la horquilla, la suma de euros que, según la Tabla IV corresponde por el factor corrector de la incapacidad total permanente que le fue reconocida.

Pero la sentencia de la Audiencia Provincial se apoya en datos fácticos incontrovertibles en casación. La razón decisoria de la sentencia recurrida no desconoce el dato de la edad, ni se apoya exclusivamente en la irrelevancia de la juventud de la víctima, sino que toma en cuenta la edad —factor que debe tenerse en cuenta, pero no de forma proporcional o matemática—, junto a otros aspectos fácticos, directamente relacionados con la valoración probatoria y por tanto ajenos al recurso de casación, de forma que fueron todos ellos en su conjunto los que sirvieron de soporte al juicio jurídico expresado en la

sentencia respecto del concreto alcance del incremento que debía corresponder al grado de incapacidad reconocido a la víctima. Lejos de prescindir del valor de la juventud, este dato fue tomado en consideración precisamente para hacer un juicio prospectivo que no cabe tildar de ilógico o irracional, sobre las mayores posibilidades que tenía de reorientar su vida profesional respecto de otra persona de superior edad. El motivo no puede prosperar por presentar una controversia jurídica artificiosa, que oculta la mera disconformidad de la parte recurrente con los aspectos fácticos que justificaron la decisión en instancia, la cual cabe calificar de razonable y proporcionada, sin que se demuestre una desproporción en la apreciación de la incapacidad permanente, acertadamente elevada por la Audiencia Provincial al grado de total. (STS de 9 de enero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La doctrina jurisprudencial aquí reiterada estimula a las partes a dilucidar en la instancia todas las cuestiones fácticas relativas a la cuantificación del daño, ya que la Sala 1.^a solo entra en el delimitado campo de los aspectos jurídicos que permite el sistema y autoriza la LEC, lo que en general resulta de aprobar. (G. G. C.)

19. Accidente de circulación: Acción directa del perjudicado: Declaración de incapacidad laboral por segundas secuelas: Prescripción: *Dies a quo*.—Según reiterada jurisprudencia la determinación del *dies a quo* en el cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones presenta una doble dimensión, fáctica y jurídica. El juicio fáctico ligado a la valoración probatoria corresponde en principio a la Audiencia Provincial, en ejercicio de sus facultades exclusivas, y no es revisable en revisión. Por el contrario, la apreciación desde el plano jurídico permite a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. Cuando de secuelas se trata, el referido criterio se traduce en que la prescripción de la acción se inicia con la determinación del alcance de las secuelas o de los defectos permanentes originados, pues hasta que no se determina ese alcance no puede reclamarse por ellas (SSTS de 13 de julio de 2003, 14 de julio de 2008, y 20 de mayo de 2009). Por regla general, el conocimiento del daño sufrido lo tiene el perjudicado al producirse el alta definitiva, en la medida en que en esta fecha se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos objeto de indemnización, valorándolo con arreglo a las cuantías actualizadas vigentes para todo el año en que se produjo.

Doctrina compatible con la establecida en jurisprudencia más reciente (SSTS de 25 y 26 de mayo de 2010, 11 de febrero y 20 de septiembre de 2011, y 22 de febrero de 2012), según la cual si de las lesiones causadas por el hecho generador de la responsabilidad civil extracontractual que se reclama se derivan secuelas determinantes de incapacidad permanente, cuya fijación no se concreta en el momento del alta definitiva sino que se precisa de una resolución posterior, el plazo anual de prescripción de dicha acción aquiliana no ha de comenzar a completarse hasta que no recaе resolución firme (ya sea en vía administrativa, si no se impugna, o en vía judicial si fuese necesario agotar ésta para dilucidar definitivamente la contienda al respecto) concretan-

do tal situación de invalidez, en el grado que corresponda, por ser entonces, y no en la fecha del alta, cuando el perjudicado tiene perfecto conocimiento del daño sufrido. En aplicación de este último criterio jurisprudencial esta Sala ha declarado que si se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador o si el demandante no se hubiera conformado en su día con la reclamación administrativa correspondiente sobre el grado de su incapacidad, el día inicial del plazo de prescripción es aquel en que se resuelva definitivamente la reclamación del perjudicado contra la decisión administrativa correspondiente sobre el grado de su incapacidad, pues solo entonces podrá detallar en su demanda civil el definitivo daño sufrido.

Esta doctrina es coherente con la que impone interpretar restrictivamente la prescripción, al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho (SSTS de 14 de marzo de 2007, 6 de mayo de 2009 y 24 de mayo de 2010), y obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces determinarse en su totalidad el alcance de su daño, por causas no imputables a su persona o comportamiento (SSTS de 12 de junio de 2009 y 25 de mayo de 2010).

De conformidad con esta doctrina, la STS de 7 de octubre de 2009, fijó el día inicial del cómputo en la fecha de notificación al demandante de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ, que desestimó su recurso de suplicación; la STS de 24 de mayo de 2010, en la fecha del auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que declaró la firmeza de la s. de suplicación; y la STS de 25 de mayo de 2010, en la fecha de la sentencia firme que puso fin al procedimiento laboral.

En aplicación de la misma, ha lugar a estimar el recurso de casación, pues no fue con el alta médica, ni con el informe forense, ni con el título ejecutivo elaborado con base en este informe, cuando el perjudicado pudo tener conocimiento del efecto de invalidez de sus secuelas, sino que tal conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad de los perjuicios lo obtuvo con la resolución judicial firme que agotó la vía jurisdiccional laboral, dado que fue esta resolución la primera que se pronunció a favor de ligar el cuadro clínico del lesionado, integrado por múltiples patologías, con un agravamiento de las secuelas iniciales y con una incapacidad permanente absoluta desde la perspectiva laboral, más allá de que también sea objeto de discusión en este procedimiento civil la vinculación causal de esa invalidez laboral declarada con el accidente de circulación sufrido el 10 de noviembre de 1999.

Fijado así el día inicial del plazo de prescripción, no se discute que fue válidamente interrumpido mediante sucesivos requerimientos extrajudiciales a la entidad aseguradora.

Reposición de actuaciones procesales.—No pudiendo tenerse ya la acción civil por prescrita, habiéndose estimado totalmente el recurso de casación, procede la devolución de actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en la que se pronuncie sobre el resto de cuestiones planteadas; y ello en atención a que otra solución distinta traería consigo que el asunto quedara privado de la segunda instancia, y que esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado para la revisión total de los problemas probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración de la prueba. (STS de 9 de enero de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Una simple constatación permite comprobar que al dictarse esta sentencia se habían superado el plazo de 12 años desde que ocurrió el accidente de circulación, origen de la reclamación judicial, y que ahora, pese a estimarse el recurso de casación, tampoco se resuelve definitivamente el litigio por aplicarse —según razonada argumentación— la doctrina jurisprudencial de la reposición de actuaciones. También se advierte que, en buena parte, el origen de la dilación procedimental se debe —supuesto no demasiado frecuente—, a una actuación singularmente activa y diligente del perjudicado (que acudió sucesivamente a las vías penal, laboral y, definitivamente, civil): luego, si se produce excesiva dilación en la tramitación, cabría concluir *sibi imputet!* Pero la lectura de los prolijos fundamentos de derecho conducen pragmáticamente a la necesidad de buscar procedimientos que simplifiquen el trámite, pues una justicia tardía —¿cuánto tiempo tardará todavía en resolverse el eventual recurso contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial?—, pierde y ensombrece toda la aureola de calidad y preciosismo de que pueda estar adornada la doctrina jurisprudencial. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

20. Propiedad intelectual. Encargo de obra para ubicarla en una localización específica. Derecho moral del autor a que no se modifique la integridad de su obra. Ponderación de los intereses en juego: no llega hasta la posibilidad de justificar la oposición a su exhibición en otro entorno de modo absoluto y sin considerar las circunstancias.—La escultura creada no está concebida para ser exhibida en un lugar distinto de aquel en que se pactó el emplazamiento. El derecho a la integridad de la obra del recurrente, por tanto, se extiende a la tutela de la ubicación de la obra en el emplazamiento para el que fue creada. Otra respuesta merece, en cambio la pretensión de condena a que la obra no pueda ser ubicada en otro enclave. El derecho del autor no tiene carácter absoluto e ilimitado y no prevalece sobre el derecho del propietario de tal forma que, en caso de discordancia, no puede imponerse al dueño de la obra sacrificios desproporcionados susceptibles de ser encuadrados en el abuso que nuestro sistema repudia (art. 7 CC). Estos límites se acentúan cuando la obra se crea para ser exhibida en un espacio público. En tal caso, el autor desde el primer momento, debe conocer que su destino es el uso social y que va a integrarse en la ciudad y formar parte del urbanismo y que a las limitadas facultades dominicales del propietario del soporte se superpone la obligación de tutelar el interés público que, en algunas ocasiones, autoriza la expropiación de bienes materiales y, en otras, sin perjuicio de su eventual derecho a ser indemnizado de acuerdo con los criterios clásicos del daño moral, puede exigir el sacrificio en mayor o menor medida de derechos morales —modificaciones urbanísticas, alteraciones de las características físicas o paisajísticas del entorno, etc. e incluso razones simbólicas—. Además, no cabe descartar, en principio, que exista la posibilidad de situar la obra en un entorno que no implique interferencia en el diálogo entre el autor y el público mediante la obra de arte. En el caso concreto, la inexistencia de datos sobre un posible cambio de emplazamiento en el futuro, y, consiguiente falta de prueba sobre la eventual interferencia del

mismo en la integridad de la obra, es determinante para que el Tribunal Supremo confirme la decisión de la Audiencia Provincial y se desestime el recurso en este extremo concreto. (STS de 18 de enero de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Un Ayuntamiento encarga a un escultor (demandante) la realización de una escultura en bronce, y, entre las manifestaciones suscritas en el correspondiente contrato, figura que la escultura fue encargada «para su posterior ubicación en la localidad, en una dirección concreta, y que el Ayuntamiento se comprometía a contar con el escultor para la decisión del entorno inmediato en que se ubicaría la escultura. La escultura se colocó en el lugar para el que había sido concebida, pero, con posterioridad, se aprueba una modificación urbanística del centro de la localidad, que implicaba desplazamiento y alteración de los parques céntricos y la retirada de la escultura del cruce de calles en que se hallaba ubicada.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y declaró que las partes se habían comprometido a que la estatua se colocase en el lugar concreto, pero rechazó la condena a mantener la estatua en su ubicación y todo lo referente al derecho de autor. La sentencia de la segunda instancia, estimó la acción de prohibición de modificar el emplazamiento de la escultura en relación con el contrato. Pero desestimó la demanda por falta de prueba de violación del derecho moral del demandante a la integridad de la obra. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el demandante. (S. M. S.)

21. Propiedad intelectual. Plagio: existencia. Protección de la obra: requiere acreditar la existencia de la obra.—Para la protección de una obra, en cualquier caso es necesario probar la existencia de la obra, entendida no como un conjunto de ideas o de información que el autor pudiera llegar a tener en su mente, sino en la medida en que consta exteriorizada «por cualquier medio o soporte, tangible o intangible» (art. 10.1 TRLPI). El recurso hace supuesto de la cuestión porque parte de la consideración de que en los autos ha quedado acreditado que el demandado había creado en 1998 la obra que más tarde publicó en el artículo titulado «La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores», en el Libro Homenaje XXX del año 2007. Y en la sentencias de instancia no sólo no se declara probada esta circunstancia fáctica, sino que el tribunal analiza la prueba y expresamente concluye que el demandado no ha probado que esta obra hubiera sido creada antes de que la actora depositara su tesis doctoral y luego la publicara. Con ello, la Audiencia no contradice que una obra merezca ser reconocida como tal desde su creación, ni muchos menos lo supedita a su divulgación, sino que se limita a apreciar la falta de acreditación del hecho fáctico de que la obra fuera creada en el año 1998. (STS de 27 de diciembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La actora, doña M.A. es autora de la tesis doctoral titulada «Responsabilidad civil derivada del folleto de emisión de valores negociables», que fue dirigida por el demandado, don R. La

tesis se depositó y leyó en el año 1999, y en el año 2001 fue publicada. Don R. publicó en el Libro Homenaje XXX, editado en el año 2007, un artículo titulado «La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores». Doña M.A. demanda a don R., argumentando que este artículo del Sr. R. constituía un plagio de la obra de su tesis. La sentencia de primera instancia concluye que ha existido plagio. La Audiencia Provincial, en apelación, desestima el recurso interpuesto por el demandado. El Tribunal Supremo decide desestimar el recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante. (S. M. S.)

22. Propiedad intelectual. Límite de recopilaciones periódicas en forma de reseñas, revista de prensa o recopilaciones de artículos periodísticos: no concurre. Utilización periódica, no consentida y para formar parte de determinados programas de televisión, de imágenes y contenidos emitidos por la actora, llegando a alcanzarse un uso de hasta el treinta por ciento de programas de la demandada.—Tras la reforma, por Ley 23/2006, del artículo 32 apartado 1 TRLPI, resulta que la cita —que, según su específica regulación, reclama el cumplimiento de ciertos requisitos para ser considerada límite— alcanza a las «recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa» —con la concurrencia de aquellos que sean compatibles con la naturaleza de éstas—. Y que no alcanza a las recopilaciones «de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción» cuando dicha actividad «se realice con fines comerciales», ya que, en estos casos, la existencia de una oposición expresa del autor elimina el límite, en tanto que su falta convierte el derecho de exclusión en otro de simple remuneración. De ello resulta la procedencia de negar que la actividad de la recurrente estuviera amparada por el derecho de cita. En primer término, la recopilación no se exteriorizó en forma de reseña, dado que ésta, aunque pueda tener por objeto obras audiovisuales, se caracteriza por consistir en una síntesis o resumen y no comprende las reproducciones de imágenes y sonidos de una grabación audiovisual ajena que alcance la extensión señalada por los tribunales de las dos instancias (hasta el 30% del programa de la demandada). Hay también que excluir la recopilación en forma de revista de prensa, pese a ser también admisible en el ámbito audiovisual —ya que el fin de la incorporación— que, se ha de tomar en consideración para justificar su medida, por imperio de la misma norma, y ese fin —que no puede ser otro, tratándose de revistas de prensa, que el de informar— se ha visto superado con creces.

Por último, no cabe hablar de una recopilación de artículos periodísticos —a que se refiere la parte del texto introducida por la Ley 23/2006—, dado que tal género es propio de la prensa escrita, en cuanto texto, de estructura libre, en el que se interpretan, comentan o critican ideas o hechos actuales, relevantes desde el punto de vista del autor. (STS de 14 de enero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—GT, S.A. ejercitó en la demanda contra GIALS, SA, acción declarativa de las infracciones consistentes en la utilización periódica, no consentida y para formar parte de determinados programas de televisión, especialmente intensa en alguno, de imágenes y contenidos de los que habían sido emitidos por ella y eran objeto

de aquellos derechos. También ejercitó acciones de condena de la demandada a cesar en tal actividad y a indemnizarle en los daños y perjuicios. Las acciones fundadas en la legislación relativa a la propiedad intelectual fueron estimadas en las dos instancias. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial interpuso recurso de casación la demandada. El Tribunal Supremo lo desestimó. (S. M. S.)

23. Propiedad intelectual. Límite de cita: no concurre; requisitos del artículo 32 LPI. Empresa reprográfica que realizaba copias de las lecturas que figuraban como elenco bibliográfico recomendado a los alumnos universitarios: copia ilícita de obras protegidas.—De conformidad con el artículo 32.1 TRLPI, el límite conocido como cita convierte en lícita la inclusión en una obra propia, con determinados fines, de fragmentos de obras ajenas ya divulgadas. No se trata de calificar el comportamiento de los profesores universitarios, supuestos utilizadores de las citas, sino el de la demandada, titular de una empresa de reprografía y artífice de las copias de obras protegidas. Por tal razón, la referencia a la cita solo puede interesar indirectamente. El Tribunal Supremo admite que la recurrente niegue que los profesores universitarios hubieran creado obra alguna, y, en concreto, que merezcan tal consideración los listados de lecturas recomendadas a los alumnos, los cuales los entregaban a la demandada para hacer efectiva la reproducción. E igualmente que se haya producido incorporación de los textos ajenos a la supuesta obra de los profesores. Es más, no hay datos —en la medida en que la casación permite tomarlos en consideración— que posibiliten entender probado que tuvieron, en algún caso, un contenido más creativo que el elemental que ha sido señalado por la recurrente.

Además, hay base para entender, que no hubo incorporación alguna de parte de obra ajena a la supuesta —y prácticamente desconocida en sus detalles— de los profesores. La demandada producía copias de partes de los libros, revistas o periódicos, que los docentes pretendían fueran estudiados por sus alumnos, separándolas de los propios apuntes o lecciones, aunque después se uniesen a ellos materialmente. Por tanto, no cabe entender bien aplicado el límite.

Límite de ilustración para la enseñanza: no concurre.—El tribunal de apelación no podía haber considerado aplicable el límite de ilustración de la enseñanza (art. 32.2 LPI), por cuanto dicha norma había sido incorporada al texto refundido por la Ley 23/2006, y, por lo tanto, con posterioridad a la ejecución de los actos de reproducción imputados a la demandada. Es cierto que el límite estaba ya previsto en el art.10.2 del Convenio de Berna, pero en términos que dejaban a la decisión de los legisladores nacionales su incorporación. También el artículo 5.3.a de la Directiva 2001/29 contempló, entre otras excepciones, la ilustración con fines educativos o de investigación científica (arts. 2 y 3). Pero lo hizo atribuyendo a los Estados miembros un amplio margen para incluir o mantener límites relacionados. (STS de 9 de enero de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—CEDRO demanda a ACV, S.L., pretendiendo la declaración de que ACV, S.L., que había prestado servicios de reprografía a diversas Facultades de la Universidad de La Laguna, había infringido los mencionados derechos al producir, mediante fotocopia y sin autorización, partes de libros y revistas de estudio

de su repertorio, para la posterior venta de las copias a los estudiantes. También solicitaba la condena a cesar en la actividad infractora y a indemnizarle en los daños y perjuicios causados. Las pretensiones de la demandante fueron rechazadas en las dos instancias. Contra la sentencia de segundo grado, interpuso la demandante recurso de casación que se estima por el Tribunal Supremo. (*S. M. S.*)

24. Propiedad intelectual. Derechos de explotación: transformación de la obra y obra derivada; se estima. Comercialización como ringtones polifónicos, monofónicos y en tono real. Incorporación en una base de datos como transformación.—No cualquier arreglo musical puede considerarse una obra derivada, y, por tanto, constituir una transformación. Para ello debe suponer una aportación creativa que reúna suficiente originalidad, que puede afectar al elemento melódico o a otros aspectos, como los armónicos, rítmicos, de instrumentación, etc.

El recurso no cuestiona que las adaptaciones de estas canciones en tonos monofónicos y polifónicos constituyen transformación de obra originaria. El recurso tan solo cuestiona las adaptaciones en «tono real». En ellas, se produce una simplificación de la riqueza tímbrica de la originaria. A la postre, esa «modificación» lleva a concluir que se trata de una transformación de la obra musical originaria.

Aunque pudiera tener razón el recurso en que la modificación que supone «la simplificación de la riqueza tímbrica» no tiene entidad para considerarla, por sí, actividad de transformación, a la postre resulta relevante, pues el acto de transformación se apreció en la sentencia recurrida también por la incorporación del fragmento de esa obra musical en la base de datos de la demandada. (**STS de 18 de diciembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La empresa E.P.S, S.A. demanda a B.M., S.A. por la explotación in consentida en formato «ringtones» de tres obras de su repertorio, a la vista de que, en su opinión, tal utilización supone su fragmentación, en determinadas ocasiones, transformación e incorporación a una base de datos, para su posterior comercialización. La demandada se defendió oponiendo que había obtenido la preceptiva licencia de SGAE que cubría los actos de reproducción y comunicación pública. La sentencia de primera instancia declara la infracción de los derechos de propiedad intelectual de transformación. En segunda instancia, la Audiencia Provincial ratifica la valoración realizada por el juez mercantil. Frente a esta última sentencia, la demandada recurre en casación. (*S. M. S.*)

DERECHO DE FAMILIA

25. Divorcio: Guarda y custodia atribuida a la madre: Falta de motivación.—La simple lectura de la resolución recurrida evidencia que la motivación existe. Cosa distinta es que el padre esté, o no, de acuerdo con los razonamientos expresados, pero ello no es razón para la anulación de la sentencia. Según reiterada jurisprudencia, la motivación debe ser suficiente para cada caso concreto y de acuerdo con las cuestiones que se planteen, de modo

que ha de poner de manifiesto la *ratio decidendi* (STC 8/2001) y, además, que exteriorice el fundamento de la decisión adoptada, permitiendo su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio efectivo de los derechos (SSTS de 16 de junio de 2009 y 13 de julio de 2012, entre otras). La sentencia dice, además, que los hijos están adaptados a la situación actual de presencia mayoritaria de la madre con un régimen de visitas muy amplio para el padre y que aunque éste tiene capacidad para ostentar la guarda y custodia no hay motivo para cambiarla, y, tras analizar los efectos positivos de la guarda y custodia compartida, niega que constituya una solución única que valga para todos los supuestos de ruptura matrimonial y sostiene que la situación actual de falta de entendimiento y flexibilidad impide que pueda establecerse en un contexto en el que ha funcionado entre los cónyuges un régimen de guarda, custodia y visitas, desde la fecha de la separación de hecho.

No se justifica el cambio de régimen de guarda y custodia.—En realidad lo que el padre persigue es un cambio del régimen que los cónyuges, al separarse de hecho, establecieron de común acuerdo en septiembre de 2008, habiendo cambiado sólo el interés del progenitor que no lo ostentaba en la práctica, de hacerse cargo de los hijos en exclusiva, con un amplio régimen de visitas para la madre, y ante su denegación en la instancia, hacer valer la pretensión subsidiaria de que sea compartida. La doctrina jurisprudencial sobre esta última recuerda que en estos litigios sólo puede examinarse si el Juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente la conveniencia de que se establezca, o no este sistema de guarda. Pero la argumentación del recurso se limita a hacer valer las habilidades del padre, que no se discuten, para asumir los menesteres de guarda e imponer en su vista una solución jurídica distinta que ya fue rechazada en la instancia, porque el sistema establecido inicialmente por ambos cónyuges no sólo ha funcionado correctamente, sino que los menores se encuentran adaptados al mismo y es beneficioso para ellos. Como reitera la jurisprudencia, la guarda y custodia compartida se concibe como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (SSTS de 23 de febrero y 11 de marzo de 2010, y 7 de julio de 2011).

Pensión compensatoria.—No se concede únicamente 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 a la esposa el derecho a una pensión compensatoria en cuantía de 250 euros mensuales; y esta solución no resulta irracional o ilógica, ni se asienta en parámetros distintos de los que señala la jurisprudencia (**STS de 10 de diciembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—No sé si resulta convincente la declaración de que la guarda y custodia compartida no representa un premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda. En el supuesto examinado parece que el padre está bien capacitado para desempeñarla, pero se requiere algo más. Desde la reforma de 2005 estamos

ante un cambio legal de criterio para atribuir la guarda conjunta como regla general. Hay tribunales de instancia aferrados al criterio tradicional de establecer por principio la guarda materna y, sólo de modo excepcional, la paterna. El Tribunal Supremo va elaborando una doctrina jurisprudencial, a veces estableciendo nuevos esquemas, otras consolidando gradualmente avances, guiado siempre por el principio del bien de los hijos. En el presente caso es de aprobar la solución del recurso, aunque inicialmente parece que los cónyuges, dada su actitud, hubieran podido pactar la guarda compartida sin dificultad. Lo que de hecho convinieron entonces (guarda materna con amplio régimen de visitas) ha funcionado aceptablemente durante varios años, se acepta por los hijos menores y según los peritos resulta beneficioso para ellos. Luego: *nihil innovetur!* (G. G. C.)

26. Divorcio: Pensión compensatoria solicitada por el marido: Ausencia de desequilibrio.—En este caso, y en contra de la tesis del recurrente, no se ha probado que la diferencia de ingresos entre los cónyuges traiga causa directa del sacrificio asumido por el marido durante el matrimonio por su mayor dedicación a la familia, y en concreto por el cuidado del hijo menor común, ni que este sacrificio se encuentre también en relación directa con el progresivo incremento de los ingresos de la esposa por su trabajo durante el tiempo que duró el matrimonio (exclusión hecha de los ingresos o rendimientos derivados de bienes y derechos de los que ya disfrutaba antes del matrimonio y que tienen que ver con su superior estatus social y familiar). Tanto la Audiencia Provincial como el Juzgado coinciden en que el solicitante tiene suficiente cualificación y aptitud profesional para llevar una vida independiente desde el punto de vista económico, conclusión asentada en datos fácticos que no es posible revisar en casación. Además, el solicitante es una persona joven (39 años en el momento de la ruptura) que en ningún momento ha esgrimido (ni han sido acreditados) problemas de salud que le impidan continuar la misma actividad profesional que vino desempeñando sin mayor problema durante el tiempo de duración del matrimonio (7 años), ni se ha declarado probado en ninguna instancia que la relación matrimonial se convirtiera en obstáculo para el desarrollo profesional del marido, como no lo fue para la esposa, ni que fuera motivo de pérdida de derechos económicos o expectativas que de no mediar dicho vínculo pudiera haber obtenido. Por tanto cabe considerar como razonable la conclusión a la que se llegó en la instancia en cuanto que el matrimonio no supuso una rémora para ninguno de los esposos y la situación de cada uno al término de su relación más tenía que ver con los méritos, capacidades y aptitudes individuales o con factores ajenos o preexistentes (la procedencia socio-familiar de la esposa) que con la pérdida o el sacrificio que uno de ellos hubiera tenido que asumir en beneficio del otro. Por ello resulta de plena aplicación la doctrina que alude a que la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del artículo 97 CC, y a que el principio de dignidad contenido en el artículo 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el artículo 97. (**STS de 4 de diciembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La sentencia extractada contempla uno de los escasos supuestos en que es el marido el que solicita pensión compensatoria cuyo único *desmerecimiento* parece ser el de haber contraído matrimonio con mujer de elevado rango social. Una primera lectura del artículo 97.1 CC permitiría concluir que, en apariencia, tal cónyuge resulta lógico candidato a percibir una pensión posdivorcio (indudable descenso de estatus social, frente a conservación del mismo en su ex-esposa; lógico empeoramiento de situación económica del marido respecto a la época de casado). El reclamante aduce un ejemplo concreto: antes del divorcio su despacho profesional figuraba en un inmueble de la familia de la esposa que ha debido abandonar después del divorcio, careciendo de medios para adquirir o alquilar otro. El cambio de estado civil acarrea evidentemente al marido la indudable pérdida del disfrute de ventajas, beneficios, expectativas, etc. unidas al título de «Esposo de N.N.». Como colofón se hace, un tanto sorprendentemente un llamamiento a la responsabilidad social del divorciado para vivir en adelante «con el sudor de su frente». ¿Se reiterará en adelante tal llamamiento a las ex-esposas a quienes se deniegue, por cualquier causa, la pensión compensatoria? (G. G. C.)

27. Pensión compensatoria: Extinción solicitada en juicio de divorcio posterior a separación consensuada que la estableció como indefinida: Falta de motivación.—La sentencia de apelación circunscribe la controversia a la cuestión de la posible extinción de la pensión compensatoria concedida a la esposa en pleito de separación, que los cónyuges pactaron de mutuo acuerdo en convenio regulador, centrándose en analizar si procede constatar la existencia del supuesto previsto en el artículo 101 CC consistente en el cese del desequilibrio, al no constar ninguna de las otras dos causas de extinción. En el plano fáctico, en el ejercicio de su soberana competencia la sentencia declara probado que los cónyuges pactaron de mutuo acuerdo la pensión complementaria (375.000 pesetas mensuales, equivalentes aproximadamente a 2.245 euros), que liquidaron el régimen ganancial adjudicándose el haber común, que complementaron la liquidación con un régimen privado de la misma fecha, que el matrimonio duró escasamente cinco años, y la falta de reincorporación a su trabajo de la perceptora de la pensión después de haber expirado el plazo de excedencia voluntaria solicitado y de haber alcanzado la única hija del matrimonio la mayoría de edad. En el plano jurídico, la sentencia expone la valoración que le merecen los anteriores hechos, para concluir que no ha lugar a apreciar la referida causa de extinción, toda vez que persistían las bases económicas determinantes del desequilibrio objeto de compensación, precisando al respecto, de una parte, que la liquidación de la sociedad conyugal efectuada después de la ruptura, y el consiguiente reparto por mitad del haber ganancial es compatible con el empeoramiento económico sufrido por la esposa con relación al estatus económico del que venía disfrutando durante el matrimonio, y de otra que carece el recurrente de base legal para pretender la extinción de la pensión por el mero transcurso de tiempo, dado que la pensión indefinida, en la cuantía convenida, se fijó de mutuo acuerdo en contemplación a tal situación de desequilibrio, a partir de los datos y circunstancias sobre la duración del matrimonio, dedicación de la esposa a la familia y posibilidad de reintegrar-

se al mercado laboral en orden a obtener ingresos con los que superar aquella, de los que el esposo era conocedor, así como en función de acontecimientos posteriores (mayoría de edad de la hija común) que entraban en lo previsible. Por lo tanto, la sentencia no adolece de motivación suficiente de la decisión adoptada, contraria a la extinción.

Pensión pactada como indefinida: No es susceptible de extinguirse por el mero transcurso del tiempo: Subsistencia del desequilibrio.—Entrando en el fondo, los hechos probados de los que necesariamente ha de partirse en casación, indican que los esposos decidieron libremente, de mutuo acuerdo, fijar una pensión compensatoria a favor de la esposa en convenio regulador de la separación, a la luz de las mismas circunstancias, reveladoras de la desigualdad de ingresos (dada la notable posición de su marido, registrador de la propiedad), y de la existencia de un desequilibrio para la esposa con origen en la pérdida de los derechos económicos o legítimas expectativas a consecuencia de su mayor dedicación a la familia, que subsistían al tiempo de formularse la solicitud de extinción de dicho derecho. En este sentido, como afirma la Audiencia Provincial, lo verdaderamente relevante es que la situación de desequilibrio se apreció a pesar del resultado del reparto de bienes efectuado al liquidarse en el mismo convenio el régimen económico (complementado por otro acuerdo privado de esa misma fecha), y a pesar también de la previsible reducción de la dedicación de la madre al cuidado de la hija común, de manera que ni la situación económica resultante de ese reparto ni la futura independencia económica de la hija fueron óbices para que el hoy recurrente aceptara pagar una pensión a la esposa sin límite temporal alguna en su percepción (aun cuando antes de la reforma de 2005, era legalmente posible hacerlo). En esta tesitura, no habiéndose probado otras circunstancias, y, en particular, el supuesto desinterés de la esposa en reincorporarse al mercado laboral, sólo cabe compartir la conclusión a que llega la Audiencia Provincial, en cuanto a que la pensión se pactó con arreglo a las mismas bases económicas que podían ser constatadas en el momento de instarse su extinción, lo cual la jurisprudencia ha descartado que puede acontecer por el mero transcurso del tiempo. (STS de 10 de diciembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Llama la atención la relativamente elevada cuantía de la pensión convenida por los cónyuges (375.000 mensuales de las antiguas pesetas), así como la breve duración quinquenal del matrimonio, todo ello con carácter indefinido. ¿Pudo influir la cualificación profesional del marido? En todo caso no se ha probado en la instancia que hayan cambiado las circunstancias contempladas en el momento de pactar aquella (en el que incluso pudo preverse lógicamente la llegada a la mayoría de edad de la hija común que había quedado a cargo de la madre). Una conclusión se deduce: la pensión compensatoria indefinida no se extingue por el mero transcurso del tiempo. (G. G. C.)

28. Liquidación del régimen matrimonial: Partición de bienes indivisos: Falta de motivación.—La sentencia no adolece de falta de motivación porque ofrece una respuesta suficiente sobre las razones por las que declara extinguido el uso que se le atribuyó en su momento valorando todas las circunstancias que se tuvieron en cuenta desde que se dictaron las resoluciones

que lo reconocían (explotación del negocio familiar y atribución de la guarda y custodia de uno de sus hijos), hasta el momento en que se acordó la división del inmuebles, sin que se advierta contradicción alguna en su argumentación pues una cosa es que reconozcan los usos anteriores y otra distinta el valor que tengan en este momento como resultado de la división.

Incongruencia.—Mediante la remisión a la sentencia del Juzgado, se pronuncia sobre el carácter divisible del inmueble, valorando tanto las circunstancias meramente físicas, como las jurídicas o económicas. Así dice que el inmueble puede ser dividido en dos propiedades, una en planta baja, y otra en planta alta compartiendo el trastero y las terrazas, siendo ésta la óptima desde el punto de vista económico, jurídico e inmobiliario, sin que las obras de reforma alcancen un valor importante respecto del valor del inmueble, al ser el valor del edificio muy superior a la obra. Por todo ello, la sentencia no puede tacharse de incongruente.

Doctrina jurisprudencial sobre la *actio communi dividendo*.—El artículo 400 CC reconoce que todo copropietario puede pedir en cualquier tiempo la división de la cosa en común, pero añade el artículo 401 que no podrá pedirse *cuando hacerla resulte inservible para el uso a que se destina*. La división material se practica cuando la cosa común es divisible y se puede adjudicar una porción a cada comunero; y la división económica, mediante la venta y el reparto del precio en proporción a la cuota de cada uno, cuando la cosa es indivisible físicamente o jurídicamente o por resultar inservible para el uso a que se destina o por desmerecer su valor. Como dicen las SSTs de 10 de enero de 2008 y 27 de marzo y 15 de diciembre de 2009, según interpretación que parece mejor fundada, la división para el CC, no significa solamente división material sino que comprende la división en sentido jurídico, por lo que la indivisibilidad puede resultar de que la cosa, en caso de división, quede inservible para el uso a que se la destina, o bien porque produzca un anormal desmerecimiento, o bien ocasione un gasto considerable. No existen distintas acciones de división según que las cosas sean o no divisibles, y por eso el artículo 401, párr. 1.º, no puede ser interpretado en el sentido de que excluye un tipo de acción de división, pero deja subsistentes otros, puesto que no hay más que una acción de división. Dicha norma, enlazada con el artículo 400 CC ha de ser entendido como exclusión de la acción de división. Por ello, si es posible la división, no puede ser aplicado, ni menos en conexión con el artículo 404 CC —precepto que por su origen histórico, el artículo 2183 CC portugués 1867, ha de ser entendido como previsión de lo que se ha de hacer cuando no pueda practicarse una división material o *in natura*—, a lo que se ha de añadir el artículo 1062 CC, traído a causa por la remisión del artículo 406, sobre el desmerecimiento. Así pues, el artículo 401,1 excluye sencillamente la acción de división, habiendo declarado las SSTs 19 de junio de 2000 y 22 de julio de 2002, que a falta de convenio el juzgador ha de examinar si la cosa es divisible o indivisible, entendiéndose que se da esta hipótesis no sólo cuando lo sea desde la perspectiva material, según criterios económicos y sociales, sino también cuando desmerezca mucho por la división, en cuya hipótesis se incluye también la inservibilidad (arts. 404, 406 y 1062 CC).

La jurisprudencia ha venido considerando que el tono imperativo del artículo 401,2 hace inexcusable su aplicación siempre que sea posible, pues se trata de un derecho ejercitable por cualquiera de los copropietarios que se encuentren en tal situación, que es viable en cuanto se produzca la solicitud y concurren las características, siempre que no se exijan obras de enorme

importancia y que no se produzca la pervivencia de la copropiedad ordinaria, pues se trata de una forma de división. Se valora, en el sentido de valorar *esta peculiar forma de división* (STS de 26 de septiembre de 1990), la semejanza de los lotes o cuotas asignados a los copropietarios, así como la delimitación suficiente del espacio susceptible de aprovechamiento independiente (RRD-GRN de 5 y 7 de enero de 1998), y la susceptibilidad de aprovechamiento independiente, es decir, que no se precise el goce por cada uno de los propietarios de los espacios resultantes de los demás elementos privativos (RRD-GRN de 12 de noviembre de 1997 y 3 de julio de 2000).

En el presente caso no se han infringido las normas invocadas ya que la solución adoptada para disolver la comunidad se ajusta a lo interesado por ambas partes litigantes, y en particular por el recurrente quien pretendió con carácter principal la división material si esta fuera posible, y sólo en caso de indivisibilidad, que se procediera a la venta en pública subasta, habiendo propugnado lo primero el informe pericial según el cual no son importantes ni sustanciales las obras a realizar, ni que por su causa desmerezca el inmueble, siendo posible la división en dos plantas, solución óptima desde el punto de vista económico, jurídico e inmobiliario.

Respeto de los usos específicos preexistentes.—En ningún caso se ha cuestionado que debe respetarse el uso de todo el inmueble, otorgado al recurrente en juicio matrimonial y en liquidación de gananciales, no alegándose hechos de ninguna clase que alteren los presupuestos bajo los que fueron concedidos por el Juzgado de Familia (STS de 22 de enero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

29. Legado de cosa específica y determinada de propiedad del testador. Interpretación de disposición testamentaria y alcance de la protección registral.—El Tribunal Supremo recuerda que la interpretación testamentaria debe regirse por la regla de la preponderancia de la voluntad real del testador, conforme al artículo 675 CC. Dicha fijación 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 la voluntad interna. Tanto la ubicación, como la determinación del bien y su correspondiente titularidad pasan a integrar o conformar el objeto del legado. En 1901, tanto en el contexto doctrinal como en el plano sustantivo, el derecho de superficie no se presentaba como un derecho real con sustantividad propia y claramente diferenciado del tronco de la enfiteusis y del censo enfiteútico. Con estos antecedentes difícilmente puede sustentarse que el testador, si hubiera querido dividir el dominio o preservar la titularidad de la propiedad objeto del legado, se sirviese de esta figura, y no de otras de plena aceptación y aplicación en el contexto de la época, como el usufructo, el arrendamiento o los censos enfiteúticos. Si hablamos de legados de cosa específica y determinada de la propiedad del testador, el legatario adquiere el objeto legado con la delación de la herencia (*ius delationis*), sin necesidad de aceptación, de forma que se erige como propietario de la cosa legada desde el momento de la muerte del testador (art. 882, párrafo primero, CC). Respecto de la relación entre este precepto y los arts. 35 y 38 LH, el Tribunal Supremo recuerda su pronunciamiento de 22 de junio de 2012, en el que declaraba que

en Derecho español la inscripción registral no tiene, por regla general, naturaleza constitutiva. En esta línea, se debe entender que la regulación registral está principalmente orientada a otorgar su protección a los terceros adquirentes, pero ello no significa que la inscripción resulte simplemente declarativa con una función meramente informativa probatoria respecto de los derechos de los terceros, sino que otorga, también, una especial protección del titular inscrito. Concretamente, los arts. 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 opera un reconocimiento posesorio que permite acceder a su titular a una tutela interdicial o a la posesión hábil para usucapir y, en definitiva, a una situación de legitimación en virtud de la apariencia jurídica. No obstante, la protección dispensada en virtud de este reconocimiento posesorio queda establecida, conforme a la usucapión *secundum tabulas*, mediante una presunción *iuris tantum*, luego tiene que haberse producido fuera del Registro, aunque resulte presumida por la inscripción. Por ello, la inscripción sirve de refuerzo de la posible usucapión extrarregistral, pero no suple ni convalida la ausencia o los vicios que puedan presentarse en los presupuestos objetivos de la usucapión. **(STS de 15 de enero de 2013; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La Fundación Institución de Caridad de los Marqueses de Linares ejercitó una acción declarativa de dominio contra el Ayuntamiento de Linares y la Fundación Hospital de San José y San Raimundo sobre una concreta finca ubicada en este municipio, y solicitó la declaración de nulidad o de resolución del contrato de cesión de uso celebrado sobre esa finca entre la fundación y el ayuntamiento demandados. El origen de la reclamación se encuentra en la circunstancia de que la Fundación Institución de Caridad de los Marqueses de Linares fue creada mediante disposición testamentaria del S. don Aníbal, primer marqués, previéndose en dicha disposición una cantidad de dinero para la construcción de un hospital en unos terrenos que el testador ya había adquirido a tal fin, para el caso de que a su fallecimiento no estuviera ya construido, previendo también la denominación del hospital (Hospital de San José y San Raimundo) y encontrándose la finca litigiosa entre el capital contemplado en esta disposición testamentaria. Entiende la actora que en la medida que la finca litigiosa estaba dentro del patrimonio del marqués al tiempo de su fallecimiento, la misma pertenece a la Fundación Institución de Caridad de los Marqueses de Linares, que fue quien llevó a cabo las tareas de construcción del hospital, sin perjuicio de que el edificio construido sobre tal superficie pertenezca a la Fundación Hospital de San José y San Raimundo, que conservaría el derecho de superficie, quedando el dominio en manos de la Fundación Institución de Caridad de los Marqueses de Linares. Esta última reclama ahora la extinción de ese derecho de superficie porque no se ha construido el hospital, reclamando además la extinción del contrato de cesión que la fundación demandada ha celebrado con el ayuntamiento también demandado, por carecer la fundación demanda de capacidad dispositiva sobre la finca y por implicar una enajenación encubierta al tener una duración de 99 años.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Linares, Jaén, desestima íntegramente la demanda. Recurrída dicha sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Jaén, sección tercera, en sentencia de 10 de junio de 2010, también desestima el recurso. Entiende que no se ha probado la reserva del dominio pretendida por el testador respecto del terreno litigioso, considerando que el hecho de que se inscribiera la finca a nombre de la fundación reclamante es conforme con su configuración como heredera del marqués. Sostiene que los terrenos estaban afectos al cumplimiento del mandato y en el momento en que se produjo la entrega de la posesión quedó cumplido el legado, siendo la finca propiedad de la Fundación Hospital de San José y San Raimundo desde el fallecimiento del marqués. Considera que no fue voluntad del marqués establecer un derecho de superficie, sino un auténtico legado en cosa específica. Asimismo, rechaza la pretensión de nulidad o de resolución del contrato de cesión celebrado entre la fundación y el ayuntamiento demandados.

Contra dicha sentencia interpone recurso de casación la Fundación Institución de Caridad de los Marqueses de Linares. El Tribunal Supremo desestima el recurso. Aplicando la regla de la primacía de la voluntad del testador en la interpretación de la disposición testamentaria, concluye que dicha disposición no se puede interpretar sino como una disposición a título particular del legado de cosa propia y específica del testador. El testador no sólo conoce y dispone de un bien propio, claramente identificado en su patrimonio, sino que realiza la vinculación con la voluntad querida, que no es otra que la construcción de un hospital en los terrenos adquiridos para ese fin. Respecto de la *possessio ad usucapionem* a favor de la Fundación Hospital San José y San Raimundo, determinada la validez del titular adquisitivo del objeto legado, su posesión hábil tras la entrega del hospital comportó la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, que requiere el instituto de la usucapión conforme a los artículos 1941 y 1959 CC, en relación con los arts. 447 y 444 CC, cumpliéndose sobradamente el transcurso del tiempo exigido para ello. (G. M. A.)

30. Partición: Impugnación por legatario en pago de legítima estricta: *Actio ad supplendum legitima*: Incongruencia.—El juicio sobre congruencia precisa de la confrontación en su parte dispositiva —*dictum*— y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos, —la causa de pedir—, entendida como el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas, y el propio *petitum* o pretensión solicitada. De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia. Esta labor de contraste o comparación no requiere que se realice de un modo estricto, esto es, que se constate, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que se faculta para que se realice con cierto grado de flexibilidad bastando que se de la racionalidad y la lógica jurídica necesarias, así como una adecuación sustancial y no

absoluta ante lo pedido y lo concedido; de tal modo que se decide sobre el mismo objeto concediéndolo o denegándolo en todo o en parte. En términos generales las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruencia por entender que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito, salvo casos especiales. Con lo que la incongruencia *extra petita*, en relación con el principio *iura novit curia* se produce en la medida en que la facultad que tiene el tribunal para encontrar o informar el derecho aplicable comporta la alteración de los hechos fundamentales, causa de pedir, en que las partes basen sus pretensiones. Constitucionalmente la incongruencia entraña una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia judicial (STC de 18 de octubre de 2004), siendo necesaria que sea imputable y que tenga su origen en actos u omisiones de los órganos judiciales, quedando excluida cuando la indefensión sea debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan.

Motivación de las sentencias.—Consiste en la exteriorización del íter decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifican el fallo, y se fundamenta en el artículo 120.3 CE, configurándose como un deber inherente al ejercicio de la función jurisdiccional en íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva. Sirve para permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, para exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo la comprensión sobre la justicia y corrección de la decisión adoptada, y la de operar como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad. Pero no autoriza a exigir un razonamiento judicial efectivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la *ratio decidendi*. A lo anterior cabe decir que no es lo mismo falta de motivación que motivación satisfactoria para la parte, debiendo distinguirse la ausencia de motivación de las peculiares interpretaciones de valoración de la prueba y de la fijación de los hechos probados, sin que pueda ampararse en la falta de motivación la revisión del acervo probatorio.

Valoración de la prueba.—Hay que recordar que la restrictiva doctrina desarrollada por esta Sala durante la vigencia de la LEC 1881, sobre el control en casación de la valoración arbitraria o ilógica, mantiene su vigencia, si bien dentro del ámbito que ahora es propio (STS de 28 de noviembre de 2008), del recurso extraordinario por infracción procesal, y en esta línea se ha venido admitiendo con carácter excepcional, indicando que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en casación a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad.

En realidad, en el presente caso, todos los motivos procesales alegados tienen por objeto una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, que claramente excede del ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal.

Partición conforme a testamento: Defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima por la vía del artículo 815 CC: Acción de suplemento: Improcedencia de la nulidad o rescisión.—Se trata de determinar en cuanto al fondo del recurso de casación si conforme a la naturaleza de la partición realizada en el presente caso, practicada por el albacea contador-partidor, en escrituras de 23 de enero y 24 de abril de 2006, según la propia ordenación y disposición del causante, testamento no impugnado de 19 de mayo de 1999, por el que se excluía de toda posible atribución ulterior de bienes a la actora, más allá de lo asignado en pago de su legítima estricta, se puede articular la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima por el cauce de la ineficacia parcial elegida, ya sea por la nulidad de la misma, o subsidiariamente por la vía de la rescisión por lesión (arts. 1073 a 1081 CC). Al respecto, conforme a la naturaleza de la partición llevada a cabo, la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima y, con ella, la pretensión de una nueva *cognitio* relativa a computación y valoración del haber hereditario, debe realizarse únicamente por el marco general de la acción de suplemento de la legítima (art. 815 CC), como base para el ejercicio de la acción de reclamación de disposiciones testamentarias que lesionen o mengüen la legítima y, en su caso, de la reducción por inoficiosidad de las donaciones (art. 817 CC). Esta aplicación técnica de deriva de nuestro sistema sucesorio, específica y diferenciada, no puede confundirse ni reconducirse al ámbito de la nulidad patrimonial o al de su rescindibilidad por lesión (**STS de 4 de enero de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.] (*G. G. C.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXVII, 2014

FASCÍCULO I enero-marzo

	<u>Pág.</u>
<i>In memoriam</i>	
MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: «Eduardo García de Enterría y el Anuario»	5
Estudios monográficos	
GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia: «Marco jurídico privado del material biológico de origen humano en la actividad investigadora»	11
SOLER PRESAS, Ana: «Tratamiento jurídico de la frustración tras la adquisición de una empresa».....	81
TOMÁS MARTÍNEZ, Gema: «La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de propiedad: hacia una definitiva desconexión conceptual y temporal en sede de armonización europea»	113
FELIU REY, Jorge: «Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial, y su posible configuración como título ejecutivo»	169
Vida Jurídica	
Grupo ACTUALIZA: «Alegaciones a la propuesta de Código Mercantil hechas por el Grupo ACTUALIZA»	219
MORALES MORENO, Antonio-Manuel: «Los Principios latinoamericanos de Derecho de los contratos. Un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación»	227
Bibliografía	
A cargo de Bruno Rodríguez-Rosado	
LIBROS	
AGUILERA RULL, Ariadna: «Contratación y diferencia. La prohibición de discriminación por sexo y origen étnico en el acceso a bienes y servicios», por Alejandra de Lama Aymá	255

	<i>Pág.</i>
FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «Derecho privado romano», por Francisco J. Andrés Santos	258
LYCZKOWSKA, Karolina: «Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo», por José-Ramón García Vicente	262
MOREU BALLONGA, José Luis: «La ocupación explicada con ejemplos», por Ascensión Leciñena Ibarra	270
THOMALE, Chris: «Leistung als Freiheit», por Xabier Basozabal Arrue	276
 REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	283
 Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS COMENTADAS	
DEL OLMO GARCÍA, Pedro: «La renegociación de los contratos bajo amenaza. (Un comentario a la STS 29 de julio de 2013)»	313
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Pilar BENAVENTE MOREDA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LECAZNO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN	329
 FASCÍCULO II abril-junio	
 Estudios monográficos	
M. ^a Paz GARCÍA RUBIO: «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)»	397
Jochen MOHR: «La prohibición de la discriminación por razón de sexo en el derecho laboral»	455
Margarita JIMÉNEZ HORWITZ: «La protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares: la evolución desde la responsabilidad extracontractual hasta los remedios por incumplimiento»	475
M. ^a Teresa MARTÍN MELÉNDEZ: «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 matrimonial»	517
 Vida jurídica	
R.: «Libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad»	599

Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias	
Por Marta OTERO CRESPO	605
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno Rodríguez-Rosado	
ADAME MARTÍNEZ, Miguel Ángel: «Specific performance as the preferred remedy in comparative law and CISG», por Antoni Vaquer Aloy	651
FERRANTE, Alfredo: «La reducción del precio en la compraventa», por Esther Torrelles Torrea	654
RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P.: «Galicia y su Derecho privado – Líneas históricas de su formación, desarrollo y contenido», por Francisco J. Andrés Santos	657
VITERI ZUBIA, Ibon: «El pago anticipado en las obligaciones a plazo. El derecho al reembolso anticipado en el sector específico del crédito», por Andrés Domínguez Luelmo	660
REVISTAS EXTRANJERAS	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN	663
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
NOTA DE SENTENCIA	
GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz: «Cesión de créditos futuros <i>pro solvendo</i> : 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)»	701
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Gabriel GARCÍA CANTERO, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE	713

FASCÍCULO III **julio-septiembre**

Estudios monográficos

GETE-ALONSO Y CALERA, M. ^a del Carmen/SOLÉ RESINA, Judith: «Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)»	765
MESA MARRERO, Carolina: «Pactos con trascendencia sucesoria en la sociedad civil»	895

	<u>Pág.</u>
MACHO GÓMEZ, Carolina: «Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del “movimiento ADR” en Estados Unidos y su expansión a Europa»	931
Estudios de derecho extranjero	
DE LA IGLESIA PRADOS, Eduardo: «La definitiva igualdad en Italia de los derechos de los hijos: la reforma de la filiación y la patria potestad»	997
Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno Rodríguez-Rosado	
DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.): «Comentarios a la Ley Hipotecaria», por Bruno Rodríguez-Rosado	1057
ORDUÑA MORENO, Francisco Javier/MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María: «La moderna configuración de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> – Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura», por Álvaro Núñez Iglesias	1059
RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Representación sin poder y ratificación», por Beatriz Gregoraci Fernández	1061
SÁNCHEZ-VENTURA MORER, Inés: «La hipoteca inversa en el Derecho español», por José Antonio Doral García	1065
REVISTAS ESPAÑOLAS	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	1073
Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Gema ALVEAR LARA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Esther FARNÓS AMORÓS, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Francisco Luis SANTANA NAVARRO	1115

FASCÍCULO IV **octubre-diciembre**

Estudios monográficos

GIAMPETRAGLIA, Rosaria: «La autonomía de la voluntad en la transmisión de la empresa: “El pacto de familia”»	1169
GÓMEZ POMAR, Fernando/GILI SALDAÑA, Marian: «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas»	1199

	<u>Pág.</u>
CASAS PLANES, M. ^a Dolores/GARCÍA LÓPEZ, Petronila: «La igualdad en el Derecho de familia marroquí y español: estudio comparativo de la normativa jurídica de filiación y de la autoridad parental (su incidencia en la protección jurídico-civil del menor de edad durante la vida conyugal de sus padres y las crisis matrimoniales)»	1253
LEGERÉN MOLINA, Antonio: «Régimen jurídico de los actos realizados por un tutor sin la preceptiva autorización judicial. Comparativa del modelo español e italiano»	1339
 Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias	
Por Marta OTERO CRESPO	1367
 Bibliografía	
LIBROS	
A cargo de: Bruno Rodríguez-Rosado	
GETE-ALONSO Y CALERA, M. ^a del Carmen (Dir.), SOLÉ RESINA, Judith (Coord.): «Tratado de Derecho de la persona física», por Jordi Ribot Igualada	1407
NIETO ALONSO, Antonia: «Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación – La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad», por M. ^a del Carmen Gete-Alonso y Calera	1418
 REVISTAS EXTRANJERAS	
Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, María del Rosario DÍAZ ROMERO, Alfredo FERRANTE, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN	
	1423
 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
SENTENCIAS (AÑO 2013)	
Por Ramón CASAS VALLES, y Carles VENDRELL CERVANTES	1447
 Jurisprudencia del Tribunal Supremo	
SENTENCIAS	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Gabriel GARCÍA CANTERO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Sara MARTÍN SALAMANCA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA	
	1511

